

LA PRIVACIDAD COMO DERECHO HUMANO

CONTRIBUCIONES PARA LA PROMOCIÓN DE UNA NUEVA AGENDA BIOÉTICA



ANTONIO AGUILAR GUZMÁN
ELIZABETH BENITES ESTUPIÑÁN

LUCIANA B. SCOTTI
PATRICIA SOROKIN

COORDINADORES



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

LA PRIVACIDAD COMO DERECHO HUMANO
CONTRIBUCIONES PARA LA PROMOCIÓN
DE UNA NUEVA AGENDA BIOÉTICA



LA PRIVACIDAD COMO DERECHO HUMANO CONTRIBUCIONES PARA LA PROMOCIÓN DE UNA NUEVA AGENDA BIOÉTICA

ANTONIO AGUILAR GUZMÁN
ELIZABETH BENITES ESTUPIÑAN
LUCIANA B. SCOTTI
PATRICIA SOROKIN

COORDINADORES



DIRECCIÓN DE PUBLICACIONES
UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

323.4
P961p AGUILAR GUZMÁN, ANTONIO, COORD.
BENITES ESTUPIÑÁN, ELIZABETH, COORD.
SCOTTI, LUCIANA B., COORD.
SOROKIN, PATRICIA, COORD.
La privacidad como derecho humano: contribuciones para la promoción de una nueva agenda bioética. - Guayaquil : 1^a Edición.- Dirección de Publicaciones de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, 2022. 480 p.

ÁREA: CIENCIAS SOCIALES

1. DERECHOS HUMANOS.
2. ÉTICA.
3. DERECHO A LA PRIVACIDAD.
4. PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES.
5. INNOVACIÓN TECNOLÓGICA.

ISBN: 978-9942-825-41-4

EDICIÓN

ROBERTO GARCÍA SÁNCHEZ

DISEÑO Y DIAGRAMACIÓN

MARÍA FERNANDA MARTÍNEZ MIÑO

SOBRE LA PRESENTE EDICIÓN

DIRECCIÓN DE PUBLICACIONES DE LA UCSG, 2022

ISBN

978-9942-825-41-4



OBRA BAJO LICENCIA CREATIVE COMMONS

ATRIBUCIÓN-NOCOMERCIAL-SINDERIVADAS 4.0 INTERNACIONAL

CC BY-NC-ND

ESTA LICENCIA PERMITE A UD. SÓLO DESCARGAR LA OBRA Y COMPARTIRLA CON OTROS USUARIOS SIEMPRE Y CUANDO SE INDIQUE EL CRÉDITO DE AUTOR Y EDITORIAL. NO PUEDE SER CAMBIADA DE FORMA ALGUNA NI UTILIZARSE CON FINES COMERCIALES.

DIRECCIÓN DE PUBLICACIONES DE LA UNIVERSIDAD

CATÓLICA DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

AV. CARLOS JULIO AROSEMENA, KM. 1,5

TELÉFONO: +593 4 380 4600

GUAYAQUIL, ECUADOR

editorial@cu.ucsg.edu.ec

<http://www.ucsg.edu.ec>

Los coordinadores y el editor no asumen responsabilidad alguna por las opiniones vertidas en cada artículo. Estas corren por cuenta de sus respectivos autores.

COMITÉ ACADÉMICO-CIENTÍFICO INTERNACIONAL

Irene Acevedo - CHILE

Marcelo Alegre - ARGENTINA

Salvador D. Bergel - ARGENTINA

Jaqueline Bravo - COLOMBIA

Emiliano Buis - ARGENTINA

Lilian Calò - BRASIL

Julio A. Canario - REPÚBLICA DOMINICANA

Richard Carpentier - CANADÁ

Peter Chedrahui - ECUADOR

Ivan Chérrez-Ojeda - ECUADOR

Mario Cornejo-Olivas - PERÚ

Leila Devia - ARGENTINA

Ana de Llano - URUGUAY

Andrés Dorfman - ARGENTINA

Aitziber Emaldi Cirión - ESPAÑA

Carlos Fernández Barbudo - ESPAÑA

Ricardo Izurieta - ECUADOR

Aída Kemelmajer de Carlucci - ARGENTINA

Luciane Klein Vieira - BRASIL

Francisco León Correa - CHILE

Randall Madrigal - COSTA RICA

Nerea Magallón Elósegui - ESPAÑA

Eleonora Lamm - ARGENTINA

Sergio Litewka - ESTADOS UNIDOS

José Alberto Mainetti - ARGENTINA

José Moleón - ESPAÑA

Luis F. Niño - ARGENTINA

Tulio Ortiz (†) - ARGENTINA

Juan P. Pampillo Baliño - MÉXICO

María Luisa Pfeiffer - ARGENTINA

Vera Lúcia Raposo - PORTUGAL

Laura Rueda Castro - CHILE

Marco A. Sagastume Gemmell - GUATEMALA

Juan Camilo Salas - COLOMBIA

Manuel J. Santos - CHILE

Ruben Santos Belandro - URUGUAY

Norma O. Silvestre - ARGENTINA

Eduardo Tellechea Bergman - URUGUAY

Dana Weckesser - ESTADOS UNIDOS

Sandra Wierzba - ARGENTINA

CONTENIDO

A MODO DE PROEMIO	13
Patricia Sorokin	
POR LA PRIVACIDAD CON ÉTICA	25
Juan Antonio Travieso	
LA PROTECCIÓN DE LA INTIMIDAD EN RELACIÓN CON LAS DIVERSAS CATEGORÍAS DE DATOS EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA*	37
Carlos María Romeo Casabona	
EL ALFABETO DEL REGLAMENTO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS (RGPD) RESUMEN DE LOS PRINCIPALES CONCEPTOS DEL RGPD Y SU APLICACIÓN	61
Mirena Taskova, Jimena Luciana Reides (trad.)	
FIGURAS ESENCIALES EN MATERIA DE PRIVACIDAD: EL RESPONSABLE Y EL ENCARGADO DEL TRATAMIENTO	71
Juan Francisco Rodríguez Ayuso	
REFLEXIONES SOBRE PRIVACIDAD, INTIMIDAD Y DERECHOS HUMANOS EN EL CONTEXTO ACTUAL	91
Claude Vergès	
JAQUE MATE A LA PRIVACIDAD: LA PANDEMIA ES UN “GRAN HERMANO”	111
María Susana Ciruzzi	
PRIVACIDAD O PRIVACIÓN. ACOMPAÑAMIENTO Y DESPEDIDAS EN TIEMPOS DE COVID-19	125
Gisela Farias, Carlos Valerio Monge, Rosa Niño Moya, Natalia Cosmai, Ailin Irina Gurfein, Alejandro Duro, Verónica Rubín de Celis	

TELEMEDICINA Y EL ROSTRO CAMBIANTE DE LA ATENCIÓN MÉDICA	139
Ira Bedzow, Adam Herbst, Ida Cristina Gubert (trad.)	
APLICACIÓN DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LA COMUNICACIÓN (TIC) EN LA ACTIVIDAD SANITARIA. RIESGOS Y BENEFICIOS	147
Irene Melamed, Adriana Vilma Scrigni, Viviana Lifschitz, Victoria Restano, Fernando Adrián Torres, Carolina Ghioldi, Estela Quiroz Malca	
LA TRANSFORMACIÓN DIGITAL CENTRADA EN LAS PERSONAS UNA HISTORIA CLÍNICA ELECTRÓNICA INTEGRADA PARA UNA RESPUESTA EQUITATIVA	163
Marcelo D'Agostino, Myrna Martí, Felipe Mejía Medina, Victoria Malek Pascha, Sebastián García Saisó	
INTELIGENCIA ARTIFICIAL, NEUROÉTICA Y PROTECCIÓN DE DATOS BIOLÓGICOS	169
Edmundo Estevez M., Marcia Zapata M., Ronelsis Martínez M.	
INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y TRANSHUMANISMO FUNDAMENTOS PARA UNA INSTRUMENTACIÓN CONDUCTIVA	183
Rab. Fishel Szlajen	
PRIVACIDAD E IDENTIDAD DINÁMICA, LA ADOLESCENCIA EN LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN	203
Gustavo Caramelo	
LA PRIVACIDAD DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN EL ENTORNO DIGITAL: AMENAZAS AL PROYECTO DE VIDA DE LAS NUEVAS GENERACIONES.	
LA URGENCIA DE CAMBIAR EL RUMBO	223
Blanca Bórquez Polloni, Carmen Alicia Cardozo de Martínez, Mirtha Andreau de Bennato, Patricia Marta Cudeiro, Elizabeth María Benites Estupiñán, Fernanda María Ledesma, Eduardo Alfredo Duro	
INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y DERECHO A LA PRIVACIDAD EN LOS CASOS DE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL	241
Luciana B. Scotti, Leandro Baltar	
DERECHO A LA IDENTIDAD E INTIMIDAD DE LOS NIÑOS EN ESTADO INTERSEXUAL	255
Garbiñe Saruwatari Zavala	

**FEMINICIDIO/FEMICIDIO: DERECHOS SEXUALES
Y DESAFÍOS EMERGENTES**

275

Jorge Alberto Álvarez Díaz

**LOS DERECHOS HUMANOS EN TIEMPO DE LA CULTURA DIGITAL CONSIDERACIONES
SOBRE LA IDENTIDAD DEL COLECTIVO TRANS Y LA PRIVACIDAD DE SUS MIEMBROS 291**

Mario S. Gerlero

AYUDAR A PREVENIR ACCIONES CASI INVISIBLES, INTANGIBLES PERO DAÑINAS 315

Nancy Elisabet Periales

**PREVENCIÓN CONTRA LA CORRUPCIÓN Y LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES:
LOS DESAFÍOS DEL TRATAMIENTO SISTÉMICO DE ESTAS POLÍTICAS EN LAS
ORGANIZACIONES PRIVADAS BRASILEÑAS 333**

Antonio Fonseca, Jimena Luciana Reides, Dalila Natalia Milio (trads.)

PRIVACIDAD VS. LIBERTAD DE EXPRESIÓN 355

Ignacio M. Rebaudi Basavilbaso

LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHOS PERSONALÍSIMOS EN INTERNET 367

Eduardo Molina Quiroga

**CONSIDERACIONES SOBRE EL DERECHO AL OLVIDO LA VERDAD
Y EL HONOR COMO LÍMITES A LA LIBERTAD 393**

Pedro Montano, Ignacio Tasende

**DERECHO AL OLVIDO. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES A RAÍZ DEL USO DE INTERNET 413**

Alejandra Mpolás Andreadis, Mariano Nicolás Rivas Baloira

EL USO DE LAS REDES SOCIALES EN INTERNET Y EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN 431

Liliana V. Siede, Irene Carreras, Stella Borgeat, Guillermo Márquez, Patricia Nisenbaum, Gustavo Wasilewski, Agustín Almeyra, Ana María Manrique

**DERECHOS HUMANOS Y PRIVACIDAD DE LA INFORMACIÓN:
HACIA UNA TOMA DE CONCIENCIA EN EL SIGLO XXI 441**

Antonio Aguilar Guzmán, Roberto García Sánchez

LA PRIVACIDAD: UN DERECHO HUMANO Y UN PRINCIPIO CIUDADANO **451**

Gladys Inés Bustamante Cabrera, César Lara Álvarez, Mónica Vazquez Larsson, Paula Putallaz, Dirce Bellezi Guilhem, Agueda Muñoz del Carpio Toia

LA PRIVACIDAD: UN DERECHO HUMANO Y UN PRINCIPIO CIUDADANO
VIDA PRIVADA, PANDEMIA Y DERECHOS HUMANOS **461**

María Angélica Sotomayor Saavedra, Luis Manuel López Dávila

LA PRIVACIDAD COMO DERECHO HUMANO

CONTRIBUCIONES PARA LA PROMOCIÓN DE UNA NUEVA AGENDA BIOÉTICA

A MODO DE PROEMIO

Patricia Sorokin - ARGENTINA

“En el nuevo orden social que vienen configurando las nuevas tecnologías, la secuencia más relevante es la de «persona-información-control» y no la de «persona-información-secreto”¹

“POR DERECHO PROPIO”

El individuo que ingresó subrepticiamente en una sala de terapia intensiva y fotografió a ese paciente, no lo hizo al azar. Conocía su nombre, su apellido y su ocupación y, amparándose en el anonimato —así como en el interés que la noticia generaría—, gatilló su cámara con la intención de obtener el máximo rendimiento por la imagen. Esa intromisión, éticamente reprochable, devino en oportunidad.

Usualmente se define “oportunidad” como el momento exacto para realizar o conseguir algo. Etimológicamente proviene del latín *opportunitas*, formada por el prefijo *op* que significa “antes”, y *portus* que expresa “puerto”, es decir, “delante del puerto”.

Para que se concrete una oportunidad es necesario que se presente la “ocasión”. No obstante, aún estando delante del puerto y contando con todo lo requerido para conseguir esa tan anhelada “circunstancia”, la diferencia entre poder llegar “a buen puerto” o seguir esperando “una oportunidad” radica en la aparición de “la persona indicada en el momento justo”².

Aquel individuo vislumbraba una oportunidad y, para acceder a ella, debía elegir entre dos opciones contrapuestas: preservar a la familia de un dolor innecesario, que multiplicaría —aún más— la angustia que ya estaba padeciendo al ver la fotografía “constantemente en los lugares de venta”, o dar a conocer masivamente su astucia para estar allí, abusando de la indefensión del paciente.

Las evidencias indican que el individuo optó por entregar su “pesca” a una persona que, al contar con ese documento como prueba, difundió una “primicia” sin que mediara consentimiento del paciente ni de su familia debido a

¹ Sánchez, A., Silveira, H. y Navarro, M. (2003) *Tecnología, intimidad y sociedad democrática*. Icaria: Barcelona, p. 13.

² Ésta no debe confundirse con “la persona justa en el momento indicado”: en la segunda el énfasis radica en la justicia, no en el momento.

que, al momento de publicar aquellas imágenes, no se tuvo en consideración que la privacidad y la protección de datos se relacionan indubitablemente con la facultad de toda persona para ejercer control sobre la información que le concierne, sin la injerencia de terceros.

La revista de actualidad colocó —en la tapa junto a su logo— una pequeña fotografía de archivo y otra de mayor tamaño de la persona intubada, junto a una leyenda en letras rojas que anticipaba una muerte inminente... ocurrida veinticuatro horas antes que el número en cuestión (842) invadiera los quioscos.

En el convencimiento de que “la vida humana es más que vida biológica, es una vida biográfica, con aspectos psicosociales y cualidades filosófico-ontológicas como la dignidad, que tienen repercusiones en la dimensión jurídico-política”, la familia de Ricardo Balbín se propuso convertir su “sufrimiento” en acción, abogando en causa propia.

Su demanda por daños y perjuicios se basó en la defensa de un derecho: su “derecho a ser dejado solo”³, que había sido vulnerado. Nada ni nadie les devolvería su anonimato previo ni quitaría de su memoria el retrato de un esposo, hermano, padre y abuelo fotografiado en un estado que debió permanecer en la privacidad y respeto propio de la agonía. Entonces, invocaron a los tribunales de justicia en procura del restablecimiento de sus derechos por vía de una reparación (monetaria y moral) a pesar de que el daño —principalmente— “a sus nietos [...] y a sus hermanas [...] de 82 y 84 años de edad, respectivamente” ya había sido causado.

A sabiendas que una compensación, aún si se obtuviera, no alcanzaría a mitigar la aflicción ni el daño, presentaron la demanda que “sienta las pautas sobre las cuales pretende que se fije la indemnización reclamada, debidamente actualizada, recalando que a los actores [viuda e hijo] no los mueve un afán de lucro sino todo lo contrario”, exigir que se respete su dignidad.

La causa fue asignada al Juzgado del Dr. Carlos R. Ponce⁴, juez de Primera Instancia en lo Civil, quien, luego de escuchar a las partes y valorar la prueba aportada, dictó sentencia. Su valiente fallo, tras ser confirmado por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, llegó mediante recurso extraordinario a la Corte

³ Entendido como el derecho de toda persona a no ser perturbada en su soledad, o dicho de otro modo, el derecho a estar solo sin interferencias y protegido contra observaciones intrusivas: “*the right to be let alone*”, del derecho anglosajón.

⁴ El 16/07/2019 tuvimos la oportunidad de entrevistarlo. Su testimonio constituye un “hallazgo histórico” que permite recuperar los hechos y los fundamentos de aquel fallo tan significativo para el Derecho argentino. La reunión tuvo lugar en el Salón de Usos Múltiples del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja” (Instituto Gioja) de la Universidad de Buenos Aires (UBA), Argentina.

Suprema de Justicia de la Nación que dictó un *leading case*⁵ sobre derecho a la intimidad y a la imagen que se tornó emblemático. Ambos derechos tienen hoy un amplio tratamiento en el Código Civil y Comercial de la Nación⁶, y antes que ello en los instrumentos de derechos humanos con rango constitucional. Sin embargo, en 1982, aquel reconocimiento judicial significó un antes y un después en su plena y efectiva garantía, e incluso en la enseñanza e investigación de derechos tan elementales de toda persona, sea pública o anónima.

La fotografía que “ilustró” la tapa de la revista, que derivó en la condena a la editorial y en el posterior resarcimiento económico a la familia del difunto, aún puede hallarse —y, eventualmente, comprarse— en Internet. Entonces y también ahora hay quienes sostienen, como lo hiciera la demandada, que “en ningún momento se ha intentado infringir reglas morales, las buenas costumbres o la ética periodística; por el contrario, se intentó documentar gráficamente una realidad, señalada por los partes médicos: la gravedad del Dr. Balbín”. Así, al amparo de una pretendida justificación del deber de informar, el atropello se sigue multiplicando, y resulta en una revictimización “eterna” a la vez que en fuente inagotable de ganancia.

“La inclusión del concepto de dignidad en la Declaración Universal de los Derechos Humanos implica el respeto a la intimidad y a la integridad individual, y constituye una exigencia moral frente a las desigualdades existentes”. Por consiguiente, la afectación de derechos personalísimos por falta de conciencia o de escrúpulos, requiere que el Derecho adopte medidas tendientes a evitar que esa intromisión se produzca y se convierta en una realidad cotidiana, recurrente en los medios de prensa o en los tribunales, por citar algunos espacios.

En “la utilización masiva de Internet, especialmente en el uso de los denominados buscadores, se advierte un conflicto entre los derechos a la libertad de expresión e información por un lado y, por el otro, al honor, intimidad e imagen”. Al respecto, cabe preguntarse si en otros casos, resonantes y recientes, se ha ejercido el derecho a la información alegado por la parte demandada en el fallo “Indalia Ponzetti de Balbín c/Editorial Atlántida”, o si han primado la especulación, el sensacionalismo, la crueldad, el oportunismo y el morbo, evidenciando así que aquel límite normativo no siempre es recordado ni respetado.

⁵ “Caso cuya resolución o sentencia inicia una tendencia” (Diccionario panhispánico del español jurídico, Real Academia Española) Disponible en: <https://dpej.rae.es/lema/leading-case>

⁶ Para profundizar en la cuestión, véase Wierzba, S. (2016). Derecho a la imagen: Impresiones en torno a su regulación en el nuevo Código Unificado. En Temas de Derecho Civil. Persona y Patrimonio. Erreius: Buenos Aires. pp. 39-68.

“La existencia de información vinculada a personas que desean que la misma sea eliminada por transgresiones a su honor o intimidad, existió históricamente. Sin embargo, con el auge de las nuevas tecnologías, y la circulación de cantidades masivas de datos por la web (así como la propagación de *fake news*⁷⁾), la potencialidad de afectación de derechos aumentó considerablemente”.

¿Y AHORA QUÉ?⁸

Teniendo en cuenta el proceso de reforma y actualización de la Ley de Protección de Datos Personales N° 25.326, sancionada y promulgada en Argentina en el año 2000, y habiéndose reconocido en el ámbito judicial el derecho al olvido digital (demanda que, paradójicamente, significó a las personas afectadas tener que volver a ser mencionadas mientras salía a la luz aquello que querían olvidar⁹ y que exigían que fuera quitado de Internet), decidimos seguir abogando, con miras a crear conciencia sobre los daños y los riesgos asociados al tratamiento indebido de datos.

Considerando que el acceso público irrestricto a datos personales, e incluso a datos sensibles, se ha convertido cada vez más en una práctica masiva, favorecida por las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), y atendiendo a que este hábito suele ser observado como carente de riesgos; nuestra principal aspiración se orientó a alertar sobre esta situación y a generar conocimientos situados en la realidad argentina y en las peculiaridades de la región de América Latina y el Caribe, la que no dispone —como sucede en otras latitudes— de un Convenio Marco de Protección de Datos que establezca lineamientos comunes para sus países, que les permitan enfrentar las afectaciones a la vida privada.

Partiendo de las premisas: “Si quieres llegar rápido, camina solo. Si quieres llegar lejos, camina en grupo”¹⁰ y “De muchas ideas nuestras no nos habrá-

⁷ Noticias falsas que “se diseñan y emiten con la intención deliberada de engañar, inducir a error, manipular decisiones personales, desprestigiar o enaltecer a una institución, entidad o persona u obtener ganancias económicas o rédito político” (Wikipedia). Disponible en: https://es.wikipedia.org/wiki/Fake_news

⁸ “En mi experiencia, las personas que son víctimas se preguntan «¿Por qué a mí?»; las personas que son sobrevivientes [resistentes o resilientes] se preguntan «¿Y ahora qué?». Los destacados en bastardilla nos pertenecen. Fragmento extraído de Eger, E. (2020) *En Auschwitz no había Prozac: 12 consejos de una superviviente para curar tus heridas y vivir en libertad*. Planeta: Ciudad Autónoma de Buenos Aires. p. 23.

⁹ “El derecho al olvido no implica un ejercicio caprichoso y discrecional. Es un instrumento necesario para los tiempos en que vivimos, donde basta un «click» para dañar gravemente la imagen de una persona.”

¹⁰ Proverbio africano.

mos enterado jamás, si no hubiésemos sostenido largas conversaciones con los otros”¹¹; el correo de la convocatoria para participar de “un Conversatorio” se remitió con destinatarios en copia oculta. De ese modo, quien/es aceptara/n construir colectivamente lo haría/n “a ciegas”, demostrando así su predisposición a interactuar con todo el “alfabeto” y no solo con A, B y C; con M y N, pero no con Ñ; o con X pero sin Y ni Z. Asimismo, se buscó revertir la tendencia a “escuchar y no hablar”, ya que a dialogar, a debatir y a disentir se aprende dialogando, debatiendo, disintiendo—sobre todo en temáticas como las aquí profundizadas, fuertemente atravesadas por tensiones, prejuicios y reduccionismos de diversa índole.

Para posibilitar una constante y “desinteresada” retroalimentación, “en un contexto de derivaciones incontrolables que, por otra parte, no puede solucionarse de forma individual”, se creó un “lugar de encuentro” bajo la modalidad “Grupo de Trabajo” en el “Instituto Gioja” de la Universidad de Buenos Aires (UBA).

Luego, se invitó (en calidad de co-autores, traductores, revisores, pares evaluadores y Miembros del Comité Académico-Científico Internacional) a personas que, al igual que el equipo coordinador, estuvieran “dispuesta[s] a trabajar [*ad honorem y*] en beneficio de la humanidad”, y que además pudieran aportar “compromiso”, experiencia y experticia al armado de una agenda de prioridades “en materia de privacidad” y protección de datos, con perspectiva bioética.

La oportunidad poco oportuna (“estamos en pandemia”¹²) fue bien recibida... pero, debido a la incertidumbre de futuro y al temor a no poder cumplir con los plazos ni con las pautas, se produjeron “ausencias justificadas”. Para que nadie se perdiera por el camino, y para que todos los “aportantes” vieran reflejadas sus “anotaciones, observaciones y ajustes”, en este proemio también confluyen fragmentos de “intercambio[s] epistolar[es]” y telefónicos.

Con el propósito de “promover las posibilidades [reales] de un debate público pluralista e informado, en el que se [expresaren] todas las opiniones pertinentes”¹³; esta iniciativa consideró que todas las personas son/somos “esenciales”, y en virtud de ello fomentó el diálogo (interdisciplinario, inter-

¹¹ La autoría de la “frase motivadora”, compartida en el marco de los “intercambios”, corresponde al escritor español Noel Clarasó.

¹² Aunque resulta prematuro evaluar su impacto, durante los últimos meses se hizo manifiesta la “desigualdad de oportunidades sociales para recrear los derechos a la vida privada, aún más en la emergencia sanitaria” (los destacados en bastardilla nos pertenecen).

¹³ UNESCO (2005). Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos, Artículo 18, 3.

sectorial, intergeneracional), la paridad de género, la diversidad (geográfica, cultural, lingüística) y la representación (social, ideológica, institucional) amplia.

Poco a poco y paso a paso se fueron cimentando las bases sobre las cuales se construyó confianza recíproca, a partir de otorgar a la buena fe un valor preponderante. El uso racional, razonado y razonable de las TIC, gracias a las cuales fue posible enviar y recibir aportes técnicos, literatura especializada, “frases motivadoras” y, por qué no decirlo, muestras de “afecto”, permitió y permite lograr que todas las personas se sientan reconocidas por ser quienes son, y “felices” de formar parte de una propuesta inclusiva e incluyente.

El tratamiento de datos personales fue y continúa siendo motivo de controversia y conflictos de intereses. En aras de sensibilizar en torno de la “importancia de la preservación de la privacidad para la protección de datos y prevención de toda discriminación como parte de los derechos humanos individuales y colectivos”, velando por el bienestar (estar bien y sentirse bien) de las personas y haciendo valer sus posicionamientos, sin que sean los algoritmos quienes tomen decisiones por éstas, o las condicionen, se propendió a dar cabida a los pareceres de distintos especialistas que, de un modo u otro, alertan sobre la necesidad de contar con una normativa situada y robusta que proteja a las personas y sus datos.

Si bien “la transformación digital [...] es una necesidad urgente e imperativa”, “las preocupaciones sobre la privacidad con respecto a la telemedicina deberían aliviarse, no deberían abandonarse”, y tampoco se debería “descarta[r] la necesidad de incluir en estas políticas elementos para fortalecer la confianza en la Inteligencia Artificial [IA], al asegurar el respeto por los Derechos Humanos y los valores democráticos”, habida cuenta que toda intrusión implica “una amenaza real para la realización de [cada] proyecto vital” al convertir “a la información personal en un producto de Mercado”.

“Se espera que el Estado regulador actúe para proporcionar la reglamentación necesaria, pero también para que su reglamentación garantice el máximo beneficio para todos los interesados” dado que “los datos personales afectan directamente a los diversos derechos fundamentales y libertades públicas de los ciudadanos”.

“Estos retos pueden ser encarados [...] mediante normas, políticas públicas y programas que articulen a la multiplicidad de sujetos involucrados del sector público y privado, para [...] ir forjando en la sociedad, una cultura de respeto y promoción de los derechos humanos” “frente a la asimetría de intereses en juego”.

“SERÁ JUSTICIA”

En este *patchwork* (ensamble artesanal), que pretende ser armonioso y de lectura amena, la producción de sentido¹⁴ se articula como un continuo sin fin, permitiendo que distintos fragmentos de todos los manuscritos, escogidos *ad hoc* y entrecomillados, se integren entre sí con intención de recrear una narrativa que fusione todas las voces en una misma voz, como oportunamente lo hicieron la Sra. Indalia Ponzetti de Balbín y su hijo Enrique Balbín, al defender un derecho de todos y para todos.

Para replicar la dinámica solo es necesario “apasionarse” o “indignarse mucho”, ese es “el mejor motor para avanzar”. Un hecho transcurrido en Argentina al iniciarse este decenio lo exemplifica: un protocolo multicéntrico con cláusulas en extremo abusivas llegó a algunos Comités de Ética de Investigación (CEIs). En forma inmediata, un grupo de miembros de distintos CEIs de todo el país se autoconvocó para pensar cómo garantizar “la efectiva protección a la libertad de autodeterminación informativa, en los distintos frentes que ésta pueda verse comprometida”¹⁵, al observar que ese estudio pretendía obtener datos (personales, sensibles, genéticos y/o correspondientes al estilo de vida a lo largo de períodos prolongados), con fines extractivistas. Dicha acción colectiva significó la no aprobación de ese y otros protocolos y alcanzó su punto cúspide cuando, casi veinte años después, la máxima autoridad de la Dirección Nacional de Protección de Datos de Argentina se hizo presente, en el mismo Hospital que fuera sede de aquella primera reunión, en un evento científico organizado por su Comité de Ética¹⁶.

En referencia a la trazabilidad de material biológico o de medicamentos, están apareciendo nuevas técnicas que se orientan a “garantizar el seguimiento del usuario y su información oportuna; sin embargo, éstas no son capaces de prevenir fugas de información. Estas posibles violaciones de la confidencialidad, en lo que a Salud Digital se refiere, pueden afectar la privacidad personal, teniendo en cuenta la inclusión de datos sensibles en recetas digitales y/o en historias clínicas informatizadas”. En tal sentido, es dable señalar que “en este mundo de tecnología y virtualidad, la transparencia biológica y la trans-

¹⁴ Verón, E. (1993). *La semiosis social. Fragmentos de una teoría de la discursividad*. Barcelona: Editorial Gedisa.

¹⁵ Antecedentes Parlamentarios (2000). Ley 25.325 Habeas Data, La Ley, Diciembre 2000, p. 501.

¹⁶ II Jornadas de Bioética en Pediatría: Nuevos dilemas, nuevos desafíos, A 30 años de la Creación del Comité de Bioética del Hospital de Niños Dr. Ricardo Gutiérrez. Buenos Aires: 18-19/10/2018.

parencia informática llevan a la contradicción de la pérdida de privacidad en el momento de mayor defensa de la privacidad”¹⁷.

La protección informática es considerada un “derecho individual”¹⁸, reconocimiento indispensable frente al vertiginoso avance sobre todo en asuntos vinculados con la obtención y transmisión de datos que se producen en espacios indeterminados e indeterminables, eventualmente internacionales y eventualmente privados.

“La complejidad social, definida por la cultura y sociedad digital” “genera nuevos dilemas éticos y conflictos morales en la práctica cotidiana”. Así, el progresivo interés en sacar provecho del valor de venta y del valor de cambio de los megadatos obtenidos mediante las TIC permite advertir que a las V del Big Data (Velocidad, Variedad, Volumen, Validez, Valor y Visualización de datos) se agrega, de modo solapado, la V de *Vigilancia*.

Urge adecuar el marco normativo (nacional e internacional) para garantizar una debida protección de los datos personales y sensibles, en forma simultánea, no desfasada ni posterior a la ocurrencia de otros hechos “accidentales”, escandalosos, no éticos o “lamentables”.

Finalmente, hemos llegado a buen puerto. “Las restricciones” obligaron a postergar los plazos, a implementar “planes de contingencia” y a reversionar la programación original. El “confinamiento” no se vivió como un “aislamiento social” porque la conectividad, entendida como “la capacidad de establecer [...] un vínculo” fue, y continúa siendo, “oxigenante”.

Aquel Conversatorio, devenido hoy en este “maravilloso libro” editado por la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil (UCSG), actuó como factor aglutinante. Estar “al habla” coadyuvó, y coadyuva, a mantener “la llama-ta encendida”: “siempre es grato [tener con quien] compartir algo que nos une” y “camina[r] en grupo”.

Sin embargo, “es complejo delinejar un solo discurso, puesto que los entornos variaron sus límites”. Vaya, entonces, nuestro abrazo –entre otras– a las familias que debieron organizar la “bienvenida” de sus “pandemials”¹⁹ “a distancia”; a las familias que han tenido que atravesar la “despedida” de sus seres queridos “en soledad”, o con escaso “acompañamiento”; a las personas y familias que cumplieron “hitos” por vía telemática, o de un modo completamente distinto al que habían imaginado.

¹⁷ Zanier, J. (2002) Algunas reflexiones éticas acerca de la lectura del genoma humano. En P. Sorokin (Coord.) Bioética: entre utopías y desarraigos. Libro Homenaje a la Prof. Dra. Gladys J. Mackinson. Buenos Aires: Editorial AdHoc, p. 231.

¹⁸ Debido a que “protege el secreto de la vida íntima de la publicidad no autorizada”.

¹⁹ Bebés nacidos entre 2020 y 2021.

Otro abrazo, también especial, a las familias de aquellas personas que “pusieron el cuerpo y partieron”; a quienes aún “est[án] dando todo” en la “primera línea” (asistencial, familiar, laboral) con “estrés y agotamiento”; a quienes tuvieron que “reinventarse”, “reconvertirse”, “rebuscár[s]elas para seguir adelante”; a quienes soñaron recurrentemente con la posibilidad de volver a “verse cara a cara” para “tomar café” y/o para “cursar presencial”, sin tener que aferrarse ni acostumbrarse a la “educación híbrida”.

Último y no menos importante: un abrazo súper especial a quienes “esto [la pandemia en algunos casos y la exposición pública involuntaria en otros, les] está dejando huella[s] indelebles” en la mente y el alma”, y para quienes “juntan a la gente alrededor de cuestiones importantes y graves simplemente por vocación”²⁰, al entender que “Un mundo diferente no puede ser construido por gente indiferente”²¹.

“A pesar de las dificultades y adversidades inherentes a la vida [...], las ganas de hacer cosas [“contra viento y marea”] y hacerlas bien, [cooperativamente y surfeando “olas”] rinde frutos” y revierte los “embate[s] del quemelimportismo”, tan característico de “estas sociedades posmodernas”.

“La privacidad como derecho humano” trasciende ampliamente el título de este corpus de conocimiento. En la presente coyuntura internacional, el entrecruzamiento de datos permite “a los terceros tener el dominio de las esferas reservadas a los privados”²².

Que una persona/familia damnificada deba bregar por un derecho “inalienable” e irrenunciable “es una tarea titánica [...] David contra Goliat”. Las posibilidades de control social son infinitas: “nadie tiene cabal conciencia del cúmulo de información que sobre su persona circula por las redes”.

“¿Qué sucede cuando no es la autoridad soberana o la razón de Estado quien concentra la capacidad de inmiscuirse en nuestras vidas privadas?” ¿Cómo preservar los derechos individuales y colectivos de las técnicas de minería y prospección de datos? ¿Cómo evitar la explotación en un universo digital dominado por oligopolios? ¿Cómo ejercer la autodeterminación informativa cuando mediante herramientas tecnológicas se pueden usar, con fines ignorados por sus titulares, los datos recolectados y conservados por administraciones públicas, plataformas comerciales y/o prestadores

²⁰ Pfeiffer, M. L. (2009). Prólogo. En S. Cecchetto, M. L. Pfeiffer y A. Estevez (comps.) *Peligros y riesgos en las investigaciones. (Bio) Ética en la investigación con seres vivos, Homenaje a José Alberto Mainetti* (p. 10). Buenos Aires: Editorial Antropofagia.

²¹ La autoría de la “frase motivadora”, compartida en el marco de los “intercambios”, corresponde al pastor presbiteriano Peter Marshall.

²² Bergel, S. (2015). Protección jurídica de los datos genéticos. *La Ley*. Año LXXIX, N°189, 07/10/2015, p. 1.

privados, entre otros? “También hay que preguntarse si los instrumentos jurídicos actuales serán eficaces en sus previsiones de protección jurídica ante el enorme panorama que se abre”, pues “la posibilidad de establecer relaciones entre datos identificados y no identificados aumenta considerablemente”.

“¿Qué hacer mientras el nuevo orden no se asiente? ¿Cuál es el rol de los operadores jurídicos frente a las problemáticas sociales urgentes?”. “Estos procesos requieren [no solo] de la participación de especialistas con experticia en salud, derecho, ética y tecnología” sino también del involucramiento de la ciudadanía en su conjunto.

No obstante haberse “comprobado el gran valor económico que tienen [los] datos como elementos clave en el tráfico financiero y empresarial”, y conscientes de que “cada acción y movimiento -cada clic- deja un registro en el mundo virtual, el cual de manera acumulativa genera una marca (huella digital) cuyos efectos, en el largo plazo, no son fáciles de prever”; abogamos para que todas las personas, sin excepción, tengan derecho de acceso a su información así como a exigir que los datos obrantes en registros sean actualizados, a que se supriman los datos falsos o extemporáneos y a que se rectifiquen los datos inexactos.

Estos “nuevo[s] viejo[s] conflicto[s]” no se resuelven ni se agotan aquí: con esta publicación de libre acceso, elaborada con fines pedagógicos y sin afán de lucro, pretenden tomar nuevos bríos.

Cumplidos 40 años de la publicación de “la foto” el pasado 10 de septiembre de 2021 queda aún pendiente, a modo de desafío para las generaciones futuras y también para las presentes, cumplir y hacer cumplir los instrumentos normativos e impulsar la promulgación de otros nuevos que cubran las lagunas existentes para que en la región de América Latina y el Caribe se protejan efectivamente los derechos personalísimos frente a cualquier amenaza de algún “Gran Hermano” vigente o que pudiere aparecer.

POR LA PRIVACIDAD CON ÉTICA

Juan Antonio Travieso - ARGENTINA

RESUMEN

El tema de la privacidad y su relación con los derechos humanos nos plantea una verdadera encrucijada, un cruce de caminos. Ante las amenazas diarias a la privacidad, estamos casi como en un precipicio, en el que estamos cayendo en cámara lenta. La salida, de los laberintos y los precipicios es hacia arriba, y hacia allá vamos, tal como se adelanta en el título de este trabajo.

Generalmente, se considera que la protección de datos personales es solo una parte de las innovaciones tecnológicas. La innovación tecnológica, en sí, no es mala, lo malo es cuando dicha innovación se utiliza para afectar la privacidad de las personas, afectando sus derechos humanos.

RESUMO

O assunto da privacidade e sua relação com os direitos humanos apresenta-nos uma verdadeira encruzilhada, um entroncamento. Perante as diárias ameaças à privacidade, estamos quase como em um precipício, no qual estamos caindo em câmera lenta. A saída dos labirintos e dos precipícios é para cima, e vamos para lá, tal como é adiantado no título deste trabalho.

Geralmente, considera-se que a proteção de dados pessoais é só uma parte das inovações tecnológicas. A inovação tecnológica em si não é má, o mal é quando essa inovação é utilizada para prejudicar a privacidade das pessoas, afetando seus direitos humanos.

ABSTRACT

The matter of privacy and its relationship with human rights poses a real dilemma, a crossroad. Because of the daily threats to privacy, we are almost in an abyss, in which we are falling in slow motion. The exit from labyrinths and abyss is upwards, and we are heading there, as it is mentioned in the title of this work.

In general, personal data protection is considered to be just a part of technological innovations. Technological innovation itself is not wrong, what is wrong is when said innovation is used to damage people's privacy, thus affecting their human rights.

INTRODUCCIÓN

Una aclaración previa que hemos formulado repetidamente. Estamos tratando de privacidad y no de intimidad, que pertenece a otra materia.

Hay privacidad para disfrutar de la soledad e impedir la intromisión de terceros y Brandeis lo tuvo claro cuando en el siglo pasado caracterizó a la privacidad como el derecho a estar a solas¹. El tema es que hay que deslindar los límites para ejercer la privacidad y de allí, el cruce de caminos entre el derecho público y el privado, en un senda común.

¿El estado debe proteger la privacidad a todo trance o hay límites dentro de la convivencia?

El tema es que la privacidad se halla en la encrucijada². Estamos viviendo una época de grandes revoluciones y cambios. Hace pocos días en una entrevista Pat Gelsinger, director ejecutivo de VMware, opinó sobre la nube, la movilidad, la internet de las cosas y la Argentina. Hay que tener en cuenta que el entrevistado es el ejecutivo que ocupa el segundo puesto entre los más influyentes del mundo según el ranking 2018 elaborado por la revista Fortune . En la citada entrevista se le preguntó por las claves de las tecnologías “superpoderosas”: cómputo en la nube, dispositivos móviles, internet de las cosas (IoT) e inteligencia artificial (IA). Lo interesante es que Gelsinger descarta la impresión 3D, la nanotecnología, el blockchain, la realidad virtual y los drones.

La respuesta tiene que ver con la realidad de que las tecnologías superpoderosas están penetrando en todas las industrias y en la sociedad a escala mundial y por tanto en la vida privada de cada uno de nosotros. Por ejemplo el cómputo en la nube, permite que todos podamos acceder a servicios que antes eran para unos pocos, y los dispositivos móviles ya están en casi el 60% de la población mundial y por otra parte, las cosas conectadas e inteligentes atraviesan todas las industrias e incluso están llegando a los hogares y a la vida privada.

Todas estas informaciones que ilustran sobre la realidad real y no virtual enfocan distintos aspectos, pero soslayan la existencia de datos alrededor de todas las tecnologías superpoderosas que se desarrollan como una gigantesca generadora de peligros y daños concretos a las personas.

Ahora, continuamos con el tema y tratamos de alertar con miras a potenciar y revitalizar ese derecho para resguardar nuestra privacidad³.

Mientras tanto nuestros celulares blanquean nuestras caras con su luz. Nosotros nos sentimos seguros, protegidos y equivocados.

¹ Louis D. Brandeis The Right to Privacy. Samuel D. Warren;. Harvard Law Review, Vol. 4, No. 5. (Dec. 15, 1890), pp. 193-220. Stable URL

² Ver Juan Antonio Travieso “En Busca de la privacidad perdida “La ley 2019

³ Juan Antonio Travieso “Régimen Jurídico de los Datos Personales , Abeledo Perrot 2014, Buenos Aires, Argentina

CON USTEDES Y CON NOSOTROS: LOS DATOS PERSONALES

1.- DERECHOS HUMANOS

Como hemos planteado recientemente: “En principio, podemos considerar que en los últimos años el progreso de lo público sobre lo privado, ha redundado en la redacción de normas que protegen la esfera privada de intromisiones injustificadas. El tema es la lucha por concretar los derechos y ponerlos en acción mediante garantías.

Con la internacionalización de los derechos humanos estas necesidades se vieron cristalizadas primero en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que en 1948 estableció que nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación y que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.(art. 12)

En 1966, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, perfeccionó la protección del derecho, al establecer 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 y que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques (Art. 17).

La Convención Americana de Derechos Humanos vigente en la Argentina desde 1984, ha constituido otro espacio para delinear la privacidad al disponer que *nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación...Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.* (Art 11)⁴

Por su parte, en Europa, rige el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales.

Ese es el panorama , pero la cuestión deriva por otro carril dentro del derecho público estatal.

2.-INFORME DE LA CÁMARA DE LOS COMUNES DEL REINO UNIDO: DESINFORMACIÓN Y NOTICIAS FALSAS. INFORME FINAL, EMITIDO EL 14 DE FEBRERO DE 2019.

Todos conocemos las llamadas noticias falsas. En ese tema y ante la situación que se derivan por las noticias falsas, (fake news) la Cámara de los Comunes del Reino Unido, propuso una investigación parlamentaria que culminó con un extenso informe muy relacionado con los datos personales, pues la política, o mejor dicho la mala política abre el mundo de los datos privados con intenciones antijurídicas.

⁴ Juan Antonio Travieso La ley AÑO LXXXIII N° 56 BUENOS AIRES, ARGENTINA - VIERNES 22 DE MARZO DE 2019 “En busca de la privacidad perdida. “Carpenter vs. Estados Unidos”.

Así pues, la Cámara de los Comunes del Reino Unido, utilizó una metodología muy apropiada para encarar los problemas vinculados con el tema expuesto. Se trata de un reporte muy bien escrito y organizado. Compila casi 2 años de trabajo con los whistleblowers de Cambridge Analítica y otros.

Como se recordará. La cuestión se presentó luego de las escandalosas revelaciones del affaire Cambridge Analytics, que incluso tuvo o tiene derivaciones en la Argentina.

Ese caso, disparó investigaciones y trabajos y luego de dos años de labor, el informe resultó una caja de resonancia de problemas muy serios que se hallan relacionados en el hecho de que es necesario una acción regulatoria toda vez que no se puede admitir que las grandes empresas de tecnología crezcan exponencialmente sin limitación o supervisión regulatoria apropiada. Lo cierto es que es necesario que los estados y sus gobiernos regulen este caos bajo apercibimiento de la anarquía.

El informe pone de relieve varios estudios relacionados con la actividad de las empresas Cambridge Analytics y Facebook, y cuestiones más amplias relativas a la utilización de datos personales por las compañías de medios sociales y la forma en que dichas empresas son responsables de la difusión de información errónea ataque a la privacidad y desinformación. Cabe resaltar que se trata de información errónea pero que sobrevuela sobre los datos personales, que constituyen el material más valioso.

El interés del citado informe para las empresas de tecnología y redes sociales es evidente, ya que se dirige a ellas expresamente y propone cambios regulatorios concretos. En cuanto a las empresas en general, consideramos que deben seguir de cerca los avances de este tema, que interesará cada vez más a sus clientes y al público toda vez que pone en foco su privacidad. Y los datos personales para evitar que el Gran Hermano sea el que gobierne.

Lo que se pone en tela de juicio es el “data compliance” de dichas industrias que deberá tomar en consideración las tendencias reflejadas que impactarán sobre los gobiernos y parlamentos y de manera intensa influirán en el entramado de los partidos políticos y la democracia.

OBLIGACIONES

Todas las empresas se encuentran obligadas a proteger sus bases de datos y asegurar que la información será utilizada respetando el principio de finalidad y que no será accedida por terceros para resguardar la privacidad.

Aún cuando la información no sea su “core business”, prácticamente todas las empresas manejan datos de sus clientes, en muchos casos masivamente y online. Por ello, tomar las medidas técnicas de seguridad apropiadas y manifestarse respecto de este tema en sus políticas de privacidad y normas de

autorregulación, puede ser muy útil a fin de minimizar los riesgos a los que refiere el informe citado.

PROPAGANDA POLÍTICA, MARKETING Y ALFABETISMO DIGITAL.

El informe verifica que las empresas que procesan datos con fines de propaganda política recurren a los mecanismos del marketing digital. Es interesante que las empresas y otros actores de buena fe, que recurren a instrumentos de marketing directo estén alertados y atentos a estos usos ocultos o no manifiestos de las herramientas del marketing, para evitar ser usadas y expuestas en su reputación comercial.

Otro punto muy interesante referido en el informe tiene relación con el denominado alfabetismo digital. Evidentemente, se trata de un saber indispensable para los ciudadanos del mundo, a fin de ejercer plenamente su voluntad y libertad y además es un área en la que cualquier empresa debe contribuir, por ejemplo, como parte de sus programas de Responsabilidad Social Empresaria.

EL CONSENTIMIENTO

Se trata de un tema especialmente considerado por el informe. Para advertir lo señalado, seguidamente se acompañan las referencias al consentimiento en el informe de la Cámara de los Comunes:

- En el punto 57 y ss. se menciona la multa máxima de (£500,000) impuesta por el ICO (Information Commissioner's Office) británico a Facebook en 2018, bajo la normativa anterior de protección de datos personales por falta de transparencia y por “permitir a las aplicaciones y a los desarrolladores de aplicaciones recolectar información personal de clientes que no habían dado su consentimiento . En el punto 64 y ss. se hace referencia a Facebook y el “Consent Decree 2011” (Decreto de Consentimiento 2011) de la FTC (“Federal Trade Commission”), subrayándolo como un ejemplo del contraste entre los protocolos de seguridad de Facebook y sus prácticas. En 2011, la FTC de los Estados Unidos reclamó a Facebook por haber permitido (entre 2007 y 2010) acceso irrestricto a la información del perfil personal de los usuarios por parte de desarrolladores externos de aplicaciones, a pesar de haber informado a dicho usuarios que las App de la plataforma sólo accederían a dicha información en la medida necesaria para operar. En ese caso, Facebook debió acordar que obtendría el consentimiento para compartir datos con terceros,sin embargo, el reporte bajo análisis,señala que la orden de consentimiento de la FTC no fue cumplida. También se deduce de lo expuesto, que, de haberse

cumplido con el consentimiento, el escándalo de Cambridge Analytica se habría podido evitar.

- En el punto 64 y ss. se mencionan los “acuerdos de listas blancas” entre Facebook y ciertas empresas, asegurando a éstas mantener pleno acceso a los datos de amigos de usuarios de manera posterior a algunas reformas en Facebook ,que podrían haber afectado esa capacidad. El informe advierte que no es claro en absoluto que se hayan recolectado los consentimientos necesarios para ello.
- En el punto 142 se mencionan 1,069,852 emails propagandísticos enviados en 2016 por “Leave.EU” a suscriptores que habían consentido recibir emails de “Leave.EU”, pero se destaca que las comunicaciones incluían marketing para servicios “GoSkippy” y descuentos, para lo cual “Leave.EU” no contaba con un consentimiento específico.
- Por último, en el punto 190, se mencionan sofisticados sistemas de asociación de datos entre LinkedIn y Facebook que, combinados con otras herramientas, habrían podido ser usados por la empresa AIQ para dar a sus clientes políticos información clave para el targeting de su propaganda digital sin el consentimiento de los titulares de los datos

3.-ESTADOS UNIDOS DE AMERICA ENFOCA A LAS CUATRO GRANDES TECNOLOGICAS

Con los antecedentes expuestos se prende la mecha del conflicto , al principio en la opinión pública estadounidense y luego en todo el mundo⁵.

Recientemente el título de este acápite fue tema periodístico mundial y curiosamente en Estados Unidos de América, se han unido los dos partidos para investigar a los cuatro grandes: Amazon, Facebook, Google y Apple, en una primera etapa poniendo en mira la concentración económica y el monopolio. Eso dio motivo, posteriormente a un memorable discurso de Jeff Bezos y aquella inspiradora expresión que deberíáser motivo de análisis y reflexión:

“Cuando tenga 80 años y reflexione sobre mi vida, quiero haber minimizado la cantidad de cosas de las que me arrepienta. Y la mayoría de ellas son actos de omisión, las cosas que no intentamos, los caminos que no transitamos. Esas son las cosas que nos persiguen. Y decidí que si al menos no hacía mi mejor intento, me iba a arrepentir de no participar en esta cosa llamada internet que, creía, iba a ser grande”.

⁵ <https://www.lanacion.com.ar/el-mundo/washington-pone-en-la-mira-el-poder-de-las-cuatro-grandes-tecnologicas-nid2258171>

Todo había comenzado antes en ocasión del escándalo antes expuesto de Cambridge Analytics, que golpeó la reputación de Facebook abrió un abanico de cuestionamientos sobre los negocios y acciones de todas las empresas gigantes de tecnología.

El tema es la necesidad impostergable de controlar el poder de los gigantes tecnológicos que ha borrado todos los límites entre los dos grandes partidos de Estados Unidos de América. (EEUU)

En ese orden de ideas, hace pocos días la Cámara de representantes de USA anunció la apertura de una investigación sobre el hipotético comportamiento monopólico de los gigantes tecnológicos. El problema es entre Google, Facebook, Amazon y Apple y la necesidad de limitar y restringir de algún modo su poder monopólico.

En el terreno de la competencia, a Google se la acusó básicamente de favorecer sus propios productos en las búsquedas que realizan los usuarios y de abusar de su influencia en el mercado publicitario. Es increíble, acusación a Google que está instalando una universidad..

Ahora bien, ¿Cuáles son las acciones de las empresas que provocan tales medidas, sus problemas y riesgos?. Veamos.

Con relación a Facebook el problema es que está a punto de convertirse en un monopolio en redes sociales, con la adquisición de Instagram y WhatsApp sin perjuicio de la invasión de la privacidad con relación a los datos personales.

Por otra parte, Amazon, controla la mitad del comercio online, y se la acusa de presionar a los vendedores que utilizan las App vinculadas abusando de su posición de monopolio en su mercado de aplicaciones.

Google y Apple no van a la zaga en incumplimientos y las acciones generan abusos y provocan la adopción de medidas.

Lo cierto es que en realidad, el poder de estas empresas comienza a representar un serio peligro para la democracia estadounidense y agregaríamos, de todo el mundo, por una parte y por la otra comienza a señalarse la necesidad de acciones regulatorias.

El problema es que estas industrias, de reciente data, han ido creciendo en control y poder económico de manera desmesurada, afectando la privacidad, los datos personales y en especial todo el sistema democrático, esto es los derechos humanos.

El control quedará a cargo del Departamento de Justicia para Apple y Google y por otra parte, Amazon y Facebook quedarán bajo la supervisión de la FTC. Todos estos anuncios llevaron a que la cotización bursátil de las acciones de las cuatro compañías en algunos casos, como con Facebook llegaron a caer un 7%.

La cuestión tiene tal importancia que las cuatro compañías ya llevan gastado más de 55 millones de dólares en prácticas de lobby durante 2018.¿Que ha sucedido con estas empresas?

El tema de la privacidad recién hace algunos años ha despertado la alarma en las personas. Todos hemos disfrutado y disfrutamos de las tecnologías, sin imaginar que detrás de los progresos e innovaciones, la cuestión clave consistía en adueñarse de la mina de oro de los datos personales. Por ese motivo es que crece la intención de regular el proceder de estas empresas superpoderosas.

EL REGLAMENTO DE LA UNIÓN EUROPEA 679/2016 (RGDP)

Ahora bien, en el plano de los deslizamientos y antijuricidados expuestos, observamos que, por el contrario, en el ámbito de la Unión Europea el panorama es de control, regulación y buenas prácticas generando un círculo virtuoso.

Vamos a mirar el horizonte del futuro. No de cualquier futuro . Del actual futuro que es hoy.

Así entonces, y dentro de este mismo orden de ideas y concepto, en la Unión Europea se ha sancionado el Reglamento de la Unión Europea (RGDP) 679/2016 que entró en vigor desde el 25 de mayo de 2018 que deroga la Directiva 95/46, por la que la Argentina se consideró país con protección de datos personales equivalente a la Unión Europea.

Ante esta situación cabe preguntarse el motivo del interés en el RGDP. La respuesta es porque trata de estados de protección equivalente y protección adecuada⁶.

Entre otras normas, y en síntesis, las nuevas disposiciones del RGDP tratan sobre obligaciones rigurosas para las empresas que trabajan con datos, actualizaciones y revisiones periódicas, obligaciones en materia de transparencia y salvaguardias claras

Entre otros derechos se han establecido normas sobre transparencia, información, acceso, rectificación, derecho al olvido, limitación del tratamiento y portabilidad de datos.

Por otra parte, asimismo hay también nuevas exigencias y personas a cargo del control interno de los datos personales como el Responsable y encargado del tratamiento de datos personales, delegado de protección de datos.

Todo ello implica un escenario donde impera la seguridad de datos personales, protección de la privacidad , Evaluación de Impacto, códigos de conducta y certificación, y Transferencia de datos personales a terceros.

También de manera resumida, las nuevas normas vigentes en la Unión Europea (RGDP) poseen varios pasos:

- Contemplar la privacidad en todos los procesos de la organización.
- La privacidad desarrollada desde el diseño (PBD).

⁶ Argentina. Decisión 2003/490/CE de la Comisión, de 30 de junio de 2003

- Establecer políticas de privacidad claras y fácilmente accesibles para los titulares del dato.
- Configurar por defecto como activadas, las opciones de privacidad.
- Permitir que los titulares de los datos ejecuten controles legales.
- Limitar la recolección de los datos a los estrictamente necesarios para el negocio.
- Asegurar los datos personales recabados dentro de un ámbito en el que todos sean responsables de la privacidad.

En lo que respecta a la República Argentina, como es de público conocimiento, la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales dependiente de la Agencia de Acceso a la Información Pública (AAIP), elaboró un Anteproyecto que puso a consideración de entidades públicas, privadas, especialistas y público en general.

En ese sentido, se ha presentado al Poder Legislativo un Anteproyecto que se debatió y luego se presentaron sugerencias algunas de las cuales fueron receptadas.

La versión final fue elevada por la Agencia de Acceso a la Información Pública (AAIP) a consideración del Poder Ejecutivo Nacional y el 19 de Septiembre pasado ingresó al Senado de la Nación en las Comisiones de Asuntos Constitucionales y Derechos y Garantías.

En líneas generales el objetivo es actualizar las normas del año 2000 adecuarlas al Reglamento de Protección de Datos Personales de la Unión Europea (RGDP) y en ese sentido, pues, se trata de actualizar el régimen legal sobre protección de datos personales vigente por medio de la adopción de normas más adecuadas a la realidad actual.

Otro objetivo, es ajustar las normas argentinas al Reglamento de Protección de Datos Personales aprobado en la Unión Europea y que entró en vigencia a partir del 25 de mayo de 2018.

Por otra parte, en la Argentina, además de lo expuesto, debe tenerse presente que de acuerdo con el Cap. XI, art. 89, las disposiciones del proyecto de Ley, entrarán en vigencia a los dos años de su publicación en el Boletín Oficial y, mientras tanto se mantiene la vigencia de las Leyes 25326, 26343 y 26951, sus normas reglamentarias y la restante normativa dictada por la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales. Ello significa que el Proyecto, además de ser aprobado, requiere dos años más para entrar en vigencia.

EL FUTURO

Hemos analizado los cuestionamientos actuales en el ámbito de la protección de datos personales y el resguardo de la privacidad

Pero es el caso que con el Reglamento General de Protección de Datos (RGDP) se ha instalado una pared de fuego toda vez que en la Argentina se han recibido sus normas.

Ahora, en el plano virtuoso vemos los progresos que se avecinan en materia de protección de datos personales tales como modernización, aprovechamiento por parte de las empresas de un mercado único digital, menor burocracia, menores costos, más confianza de los consumidores, cooperación transfronteriza, libre circulación de datos siempre como finalidad la protección de personas físicas en el tratamiento de datos personales y por supuesto privacidad con respecto de los derechos humanos

Ante esos propósitos generales se plantea qué hacer y qué diligencias se deben ejecutar además de las reformas legislativas efectuadas y en curso.

Como siempre consideramos que todo lo que las empresas hagan en pos de una mayor transparencia en el uso de los datos, constituye un activo para ellas; estableciendo una ventaja competitiva frente a las demás.

Pero además, con el nuevo instituto de responsabilidad proactiva y la disminución de sanciones prevista para las empresas que hayan tomado las medidas apropiadas de prevención (ambos previstos en el RGDP) y el proyecto de ley argentino de 2018), todas las medidas diligentes de protección que se adopten, -por sobre los estándares mínimos-, serán cada vez menos un "costo" y cada vez más la única vía eficiente de protección legal y reputacional para las empresas.

Otro punto que se destaca en algunas noticias es la relación de las "fake news" con el RGDP. Si bien Europa avanza en nuevas leyes contra la desinformación, ya existe en la RGDP una herramienta apta contra este flagelo digital. Al respecto, se menciona toda la información que el RGDP ordena transparentar en relación al tratamiento de datos con fines de marketing, lo cual importaría tener que revelar si los mismos son utilizados con fines propagandísticos.

Del mismo modo, se menciona el consentimiento que el RGDP ordena recoger para cada uso en particular, lo que significaría que los usuarios puedan oponerse a que su información sea utilizada para influirlos políticamente.

Por otra parte, recordemos, además, las onerosas sanciones previstas en RGDP, de 20 millones de euros o el 4% de la facturación anual global, que sin duda contribuyen a su efecto disuasivo.

Parece ser una faceta no tan explorada o explotada del RGDP (la de ser una herramienta legal anti-fake news), pero que evidentemente existe en potencia y puede ser útil mientras no existen instrumentos legislativos más específicos.

CONCLUSIONES. UN NUEVO CAMINO:HACIA UN CÓDIGO DE ÉTICA EN DATOS PERSONALES

Toda conclusión lleva al éxito. El éxito, de acuerdo con su etimología es una salida . En este caso se trata de una salida virtuosa.

Estimamos que hay una marcada tendencia a extremar los recaudos normativos hacia un tipo de regulación estricta sobre todo en áreas como publicidad proselitista, sin perjuicio de su posible e hipotética extensión a otros sectores, eventualmente comerciales.

Los diarios y la prensa están regulados, pero la publicidad en Facebook y Twitter y otras redes no tiene el mismo nivel de escrutinio regulatorio. Facebook va a tratar de evitar toda regulación y los ejemplos en Francia y Alemania nos dan una pauta del posible futuro en el Reino Unido.

Los políticos son reacios a regular porque ven a Facebook como un elemento de proselitismo de bajo costo y alta eficacia⁷.

Lo cierto es que Facebook es una suma de incumplimientos y Zuckerberg ha optado por el negocio, en contraposición con la protección de datos y resguardo de la privacidad. Es un tema de costos y aparentemente, los costos de las sanciones son inferiores a las ganancias, sin perjuicio del des prestigio que está haciendo mermar la participación mundial en Facebook.

Hasta ahora el sistema aplicado por Facebook ha sido incumplir y corregir después. Este año Facebook tendrá multas del orden del billón de dólares, tanto en USA como en Europa, y no solamente por la vigencia de los nuevos estándares de sanción de la RGDP.

Así pues, no dudamos en insistir en que consideramos que todo lo que las empresas hagan en pos de una mayor transparencia en el uso de los datos, constituye un activo para ellas; una ventaja competitiva frente a otras. Y además una defensa, para todos nosotros en lo que respecta a nuestra privacidad.

Insistimos en lo expuesto: evitar siempre las sanciones y multas y el costo reputacional. Lo expuesto es condición necesaria pero no suficiente.

Falta un componente esencial: La ética⁸.

¿Porque hay que insistir en la ética? ¿Por qué hay que tratar la ética junto con la tecnología, mezclada con el derecho? A veces tenemos la sensación de que este tema, parece extraño a las normas y más cercano a las reuniones de religiosos o de expertos en marketing de la palabra, en big data. Aquí, ingresamos en la relación entre ética, derecho y también tecnología. Un buen método de abordaje, puede ser por medio de la disciplina del derecho que, como la tecnología, ha irrumpido y se ha afianzado en la actualidad: el derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) que se ha establecido con inusitada velocidad, casi como la tecnología, salvando las diferencias.

⁷ Ver Bolsonaro en Brasil, Cambridge Analítica en Nigeria: <https://www.theguardian.com/uk-news/2018/apr/04/cambridge-analytica-used-violent-video-to-try-to-influence-nigerian-election>

⁸ Juan Antonio Travieso. Derecho y Tecnología: Historias y Dilemas. Editorial Publicia. España. 2018

Lo cierto es que la sociedad de la tecnología también está interrelacionada con la ética. Afortunadamente, los cambios e innovaciones de la sociedad, en los distintos sectores, tienen a la ética como principal componente.

La lucha por los valores forma parte de la lucha para que la sociedad global además de global sea vivible. Para ello, es condición necesaria, pero no suficiente el compromiso personal con la ética. Hace falta el compromiso personal, nacional y por encima de las naciones el compromiso supranacional. Porque no es el tema de aumentar la tecnología, sino aumentar la ética

Por tanto proponemos poner en práctica y funciones un Centro de Ética de datos que habrá de poner límites y establecerá estándares de cumplimiento, por medio del código de ética.

El Código de Ética debe ser desarrollado por expertos técnicos y supervisado por el regulador independiente, con el fin de fijar por escrito lo que es y no es aceptable en las redes sociales. Esto debe incluir contenidos ilícitos y nocivos y por supuesto buenas prácticas.

Prometimos salir del precipicio. Nuestro rumbo es el camino de la ética.

LA PROTECCIÓN DE LA INTIMIDAD EN RELACIÓN CON LAS DIVERSAS CATEGORÍAS DE DATOS EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA*

Carlos María Romeo Casabona - ESPAÑA

RESUMEN

La aprobación del Reglamento General sobre la Protección de Datos Personales (RGPD) ha generado grandes expectativas, tanto por la necesaria modernización jurídica del tratamiento de los datos, como por la oportunidad de conciliar su acceso y tratamiento con las garantías jurídicas dirigidas a la protección de los derechos fundamentales, más allá del derecho a la intimidad y de la protección de los datos.

ABSTRACT

The approval of the General Regulation on the Protection of Personal Data (GRPD) has generated great expectations, both for the necessary legal modernisation of data processing, and for the opportunity to reconcile its access and processing with legal guarantees aimed at protecting fundamental rights, beyond the right to privacy and data protection.

ZUSAMMENFASSUNG

Die Annahme der Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) hat große Erwartungen geweckt, sowohl hinsichtlich der notwendigen rechtlichen Modernisierung der Datenverarbeitung als auch hinsichtlich der Gelegenheit, den Zugang zu und die Verarbeitung von Daten mit rechtlichen Garantien in Einklang zu bringen, die über das Recht auf Privatsphäre und Datenschutz hinaus auf den Schutz der Grundrechte abzielen.

* El presente trabajo se inscribe en el proyecto de investigación "Ciberseguridad y ciberdelitos", financiado por el Ministerio de Ciencia y Universidades (RTI2018-099306-B-100)

I. INTRODUCCIÓN

El régimen legal de la protección de datos personales ha sido objeto de un profundo cambio, que ha tenido en cuenta las modificaciones tecnológicas de su procesamiento o tratamiento, incluidas grandes magnitudes de datos (big data), el extendido uso en nuestras sociedades, tanto por organismos públicos como por el sector privado y por los propios ciudadanos en cuanto individuos. Se ha partido de la idea de que los datos personales afectan directamente a los diversos derechos fundamentales y libertades públicas de los ciudadanos, recogidos tanto en diversos instrumentos jurídicos de carácter internacional, como nacional, incluidas las constituciones políticas. También se ha comprobado el gran valor económico que tienen estos datos como elementos claves en el tráfico financiero y empresarial; de ahí la enorme presión que se ha generado, sobre todo desde el sector privado, para acceder a los datos personales.

La aprobación del Reglamento General sobre la Protección de Datos Personales (RGPD)¹ ha generado grandes expectativas, tanto por la necesaria modernización jurídica del tratamiento de los datos, como por la oportunidad de conciliar su acceso y tratamiento con las garantías jurídicas dirigidas a la protección de los derechos fundamentales, más allá del derecho a la intimidad y de la protección de los datos.

Por lo que se refiere específicamente a los datos personales relativos a la salud se les dedica una mayor atención, lo cual era estrictamente necesario, tanto respecto a su tratamiento con fines asistenciales como con fines de investigación biomédica. Además, se incluyen de forma explícita y por primera vez varias referencias a los datos genéticos en cuanto datos relativos a la salud. Es obvio que otras disposiciones de carácter más general atienden también a otras situaciones nuevas o cambiantes, y por tanto a las necesidades jurídicas actuales, como el tratamiento masivo de datos (bigdata) y el flujo transnacional de datos.

II. CONCEPTO DE DATO

Empezaremos indicando cuál es el concepto legal de dato que se maneja en el Derecho europeo, en concreto en el RGPD, pues es común para todos los Estados miembros de la Unión Europea:

Toda información sobre una persona física identificada o identifiable («el interesado»); se considerará persona física identifiable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular

¹ Reglamento General sobre la Protección de Datos Personales, de 27 de abril de 2016 ha generado por ello grandes expectativas. Su aplicación obligatoria se fijó para el 18 de mayo de 2018.

mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona (art. 4.1 RGPD).

La definición que establece el RGPD obliga a precisar por separado cada uno de los elementos que lo integran: i) toda información; ii) sobre una persona física; iii) identificada o identifiable². A partir de la suma de todos ellos podremos saber qué significa realmente dato personal.

El concepto de dato en el RGPD es, por tanto, muy amplio. Es cualquier información, prescribe el Reglamento. Ciento que la delimitación o reducción la aporta el requisito de que deba referirse a una persona física que, además, ha de ser identificada o identifiable. Sin perjuicio de este encuadramiento subjetivo hay que entender que abarca cualquier información objetiva o subjetiva (evaluaciones o juicios sobre la persona interesada)³, verdadera o errónea⁴, que pueda atribuirse a una persona: nombre, fecha de nacimiento, relaciones familiares, información relativa a las características fisiológicas, genéticas, psíquicas, económicas, culturales o sociales, imágenes, hechos o sucesos registrados sobre una persona en cualquier soporte que sea legible directa o indirectamente.

Por consiguiente, los datos contienen información y han de ser susceptibles de ordenación o agrupación (p. ej., en un archivo) con algún criterio estructural para poder extraer su contenido de información. Mientras que los datos personales que figuren en un fichero o estén destinados a ser incluidos en él entran en el ámbito de dato protegible por el RGPD, los ficheros o el conjunto de ficheros, así como sus portadas, que no estén estructurados con arreglo a criterios específicos, no están amparados por aquél⁵.

El dato puede estar representado en forma numérica, alfabética, algorítmica, espacial, etc. Por consiguiente, dato e información reflejan realidades diferentes⁶.

² Con estos elementos esenciales define el concepto de dato personal el art. 2, a) de la Modernised Convention for the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data, aprobada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 18 de mayo de 2018.

³ Grupo de Trabajo del Artículo 29, Dictamen 4/2007 sobre el concepto de datos personales, 6.

⁴ E. Gil, Big data, privacidad y protección de datos, AEPD y BOE, Madrid, 2016, 46.

⁵ V. Considerando del RGPD nº 15.

⁶ L. Cristea Uivaru, La protección de datos de carácter sensible: Historia Clínica Digital y Big Data en Salud, Bosch Editor, Barcelona, 2018, p. 41.

Metadatos. Se ha discutido si los metadatos, esto es, los datos sobre datos o la información sobre datos, entran en la cobertura legal establecida para los datos personales, pues suscita la duda de si realmente pueden ser considerados datos en sentido estricto. Incluso se ha propuesto que para asegurar la protección jurídica debería ampliarse el concepto de dato personal⁷. En mi opinión no es necesario, pues los metadatos son también información, en la medida en que el metadato pueda vincularse a una persona identificada o identificable, y entran, por ello, en la definición legal de dato.

Datos masivos o big data. Una discusión similar se ha planteado en relación con los datos masivos o big data, en concreto los referidos a una misma persona. Aquí la cuestión se suscita en torno a una característica muy peculiar del big data: el alto riesgo de identificación o reidentificación cuando estos datos son todavía anónimos o han sido anonimizados⁸. En este caso la cuestión no debería resolverse ampliando la noción de dato personal, como se ha defendido en alguna ocasión⁹, sino acudir al propio marco jurídico sobre la protección de datos personales. En efecto, si la reidentificación llega a producirse, de modo que se trate ya de datos de una persona física identificada o identificable, entrará en aplicación con todos sus recursos el marco legal vigente sobre protección de datos¹⁰. Una cuestión distinta es que si, efectivamente, la reidentificación es fácil en relación con el big data se deban tomar, además, medidas preventivas de diversa naturaleza (no sólo jurídicas) para prevenir acciones dirigidas a la identificación o reidentificación¹¹.

III. PERSONA FÍSICA

1. PERSONA FÍSICA

Sujeto de los datos y, en consecuencia, de la protección jurídica que a éstos otorga el RGPD, es la persona física, es decir, un individuo humano.

El RGPD considera que el “interesado” es equivalente a la persona física identificada o identificable, pero no aporta una definición explícita de este

⁷ V. sobre esta discusión C. Focarelli, *La privacy. Proteggere i dati personali oggi*, Il Mulino, Bologna, 2015, pp. 28 y s.

⁸ V. Focarelli, *La privacy. Proteggere i dati personali oggi*, pp. 30 y ss.

⁹ Hace alusión a ello, Focarelli, *La privacy. Proteggere i dati personali oggi*, p. 32.

¹⁰ CM. Romeo Casabona (Coord.) / P. Nicolás Jiménez / I. De Miguel Beriain, *Retos éticos y necesidades normativas en la actividad asistencial en Medicina Personalizada de Precisión*, Fundación Instituto Roche, Madrid, 2018, p. 35

¹¹ V. al art. 4.5 RGPD-.

término. Sin embargo, la LOPD¹² sí lo definía: [afectado o] interesado es la persona física titular de los datos que sean objeto del tratamiento al que se refiere el apartado c) del artículo 3¹³. No presenta dificultades continuar considerando que el interesado es el titular de los derechos que sobre los propios datos se reconocen en el RGPD¹⁴.

No parece muy feliz esta expresión, en cualquier caso, pues mueve a pensar que puede haber personas distintas a la que es titular de los datos que podrían gozar de algún derecho sobre éstos, en la medida en que pudieran involucrarles, lo que desmiente la propia definición, pues limita tal condición a la persona física titular de los datos¹⁵. Por ello, este término, que mantiene el RGPD, y la definición que incluyó la LOPD al margen de la Directiva 95/46/CE, son superfluos, al no aportar ninguna acotación especial, y hubiera bastado con la sola referencia a la persona física o a la persona en otros lugares del articulado.

La definición de datos personales permite incluir toda información que se refiera a una persona física individual, cualquiera que sea la naturaleza u origen de aquélla, sea íntima o no, incluso aunque afecte a varias personas al mismo tiempo o a un grupo familiar (en este último caso, cada uno de los miembros individuales de la familia), aspecto que puede ser de gran trascendencia en relación con los datos relativos a la intimidad, al honor, a la propia imagen, a la salud, a los datos biométricos y en particular en relación con los genéticos, que con el RGPD gozan explícitamente del carácter de datos personales¹⁶, siempre que la persona de la que provienen esté identificada o sea identificable¹⁷.

¹² Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, derogada por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos personales y Garantías de los Derecho Digitales (LOPDGDD).

¹³ LOPD, art. 3, e).

¹⁴ Los términos que utilizaba la LOPD no han encontrado siempre eco en otras leyes. Así, el CP utiliza la expresión de “el titular de los datos” (art. 197.2 del CP), que es precisamente la definición de “interesado” o “afectado” de la LOPD.

¹⁵ Esta era otra de las incomprensibles infidelidades de la LOPD respecto a la Directiva 95/46/CE, pues incluía la definición de tercero en el art. 2, f), que se diferenciaba de, entre otros, el interesado.

¹⁶ RGPD, art. 4.13.

¹⁷ Téngase en cuenta que la CE proclama el derecho a la intimidad individual y familiar en el art. 18.1, e insiste en ello al referirse a que la ley limitará el uso de la informática, etc. (art. 18.1 y 4, respectivamente). V. sobre el particular, C. M. Romeo Casabona, Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos. Especial consideración a su comisión en conexión con las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, Tirant lo Blanch, Valencia 2004, 68.

Como vamos a ver continuación, las personas jurídicas, los fallecidos y los no nacidos no son considerados legalmente interesados o titulares de los derechos relativos a la protección de los datos de carácter personal, aunque también vamos a comprobar que este posicionamiento del RGPD está sometido a importantes matizaciones.

2. EXCLUSIONES

Están excluidos de la categoría de personas físicas y por ello de sujetos protegidos por el RGPD respecto a sus datos, las personas jurídicas, los fallecidos y los seres humanos no nacidos.

LAS PERSONAS JURÍDICAS¹⁸

- A. **EL CRITERIO GENERAL.** Puesto que ha de tratarse de personas ‘físicas’, quedan excluidos como sujetos de tutela por la normativa administrativa sobre protección de datos las personas jurídicas y los datos referidos a ellas¹⁹. Por supuesto que los datos de estas entidades que contengan información sobre personas físicas son objeto de protección, partiendo de que son éstas las directamente implicadas (o interesadas, siguiendo la terminología legal).

Este criterio del RGPD parece ser compartido por la doctrina española, si bien el derecho comparado ofrece respuestas diversas²⁰.

- B. **UNA PARADOJA: LA PROTECCIÓN PENAL DE LOS DATOS RESERVADOS PERTENECIENTES A LAS PERSONAS JURÍDICAS.** No deja ser llamativa esta situación, si tenemos en cuenta que en el ámbito penal sí han merecido protección estos datos -que en todo caso han de ser reservados- y, en consecuencia, se encuentran sometidos a sanción penal algunos hechos constitutivos de delito sin distinción inicial respecto a las infracciones equivalentes cometidas contra los datos pertenecientes

¹⁸ V. más ampliamente sobre la protección penal de los datos reservados de las personas jurídicas y su paradoja en relación con la legislación administrativa (RGPD y LOPDGDD), Romeo Casabona, Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos. Especial consideración a su comisión en conexión con las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, 210 y ss.

¹⁹ Así lo refrenda explícitamente el cndo. nº 14 del RGPD.

²⁰ Así, Austria, Italia y Luxemburgo incluyeron disposiciones de la Directiva 95/46/CE para que fueran aplicables también a las personas jurídicas. V. sobre esta discusión, A. Herrán Ortiz, La violación de la intimidad en la protección de datos personales, Dykinson, Madrid, 1998, 233 y ss.; M. Vizcaíno Calderón, Comentarios a la Ley Orgánica de protección de datos de carácter personal, Civitas, Pamplona, 2001, 48 y ss.

a personas físicas. En efecto, de acuerdo con el CP²¹ también puede incluirse a las personas jurídicas como sujetos pasivos de los delitos de esta naturaleza, puesto que a todos los delitos recogidos en el mismo capítulo se les otorga legalmente tal condición. Lógicamente esta novedad legislativa ha suscitado interés en la doctrina, dado que se invierten los principios de subsidiariedad y ultima ratio penales, pero también importantes discrepancias sobre el alcance de este precepto, del que vamos a ocuparnos muy brevemente.

La protección jurídico-penal no alcanza, por consiguiente, a la intimidad en cuanto tal de las personas jurídicas, sino únicamente a los datos reservados de las mismas. La protección de esta clase de datos, en cuanto pertenecientes a las personas jurídicas, fue en efecto una novedad del CP de 1995 y alcanza teóricamente a todos los delitos del Capítulo I (arts. 197 a 199) del Título X de su Libro II, incluidos los que se han ido incorporando en sucesivas reformas del CP. La adopción de esta decisión político-criminal debe valorarse favorablemente, sin perjuicio de los problemas interpretativos que se plantean. De todos modos, no todas las formas de ataque contra la confidencialidad o la intimidad recogidas en estos tipos delictivos son protegidas penalmente en relación con las personas jurídicas²².

El bien jurídico protegido. Las personas jurídicas sí gozan de una confidencialidad o reserva propia e independiente o autónoma de la de sus miembros, o con mayor precisión, de una protección de sus datos reservados -personales-, que es el bien jurídico protegido, con independencia del contenido o valor económico que puedan ostentar esos datos, dimensión en cuanto tal irrelevante para este delito. En consecuencia, la noción de intimidad vinculada a los datos reservados de las personas jurídicas no guarda aquí una estricta equivalencia o semejanza con la definida para las personas físicas, que son las únicas que gozan explícitamente de un reconocimiento constitucional del derecho a la intimidad individual o familiar. Quizá por ello sería más clarificador prescindir aquí de la intimidad como bien jurídico y centrarse en los datos personales, que constituyen el otro bien jurídico protegido autónomo en estos delitos.

²¹ Según el art. 200 del CP: “Lo dispuesto en este Capítulo será aplicable al que descubriere, revelare o cediere datos reservados de personas jurídicas, sin el consentimiento de sus representantes, salvo lo dispuesto en otros preceptos de este Código”.

²² En efecto, el ámbito de la acción típica queda supeditado a las acciones de revelación, descubrimiento o cesión de datos reservados. V. más ampliamente, Romeo Casabona, Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos. Especial consideración a su comisión en conexión con las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, 213 y ss.

El objeto material del delito. Únicamente son típicas aquéllas conductas que afectan a la confidencialidad de los datos reservados de dichas personas, constituyendo estos datos el objeto material del delito. Por otro lado, dada su peculiar condición (al menos por comparación con las personas físicas), no cabe duda de que no les afectan los datos reservados de carácter familiar y personal²³, como tampoco todos los que figuran como sensibles en el art. 197.5 del CP, sino tan sólo algunos de ellos, como podrían ser los que se refieren a la ideología, religión o creencias que pueda ostentar la persona jurídica. Además, el objeto material de la acción queda supeditado a lo que pueda entenderse por datos reservados de forma específica para las personas jurídicas, lo que significa que habrá que proceder a una prueba de subsunción caso por caso respecto a los diversos objetos materiales mencionados en los preceptos con los que guarda relación el precepto de partida.

El sujeto pasivo. El sujeto pasivo de estos delitos sería la persona jurídica titular de los datos, es decir, el equivalente al interesado descrito por la legislación extrapenal sobre protección de datos de carácter personal (RGPD). De ahí el interés de hacer alguna breve referencia al mismo.

La afección de la intromisión en los datos reservados ha de repercutir en las personas jurídicas, que son el sujeto pasivo del delito, si bien ha de dejarse constancia que este criterio no es compartido por todos los autores.

Así, en ocasiones se ha entendido que los datos reservados de las personas jurídicas a los que alude la ley quieren referirse a “datos que ostentan trascendencia en la privacidad de las personas físicas”²⁴. De modo semejante se pronuncian quienes proponiendo una interpretación restrictiva del precepto, excluyen su aplicación cuando no se vea afectada la intimidad de alguna persona física, siendo entonces el significado de este precepto servir de recordatorio de que los datos de las personas jurídicas también pueden repercutir a las personas físicas²⁵. También se ha apuntado que este precepto permitiría

²³ J., Gómez Navajas, *La protección de datos personales*, Thomson – Civitas, Cizur Menor, 2005, 165, sostiene también la observación del texto, pero ello le lleva, partiendo acertadamente de admitir que las personas jurídicas pueden ser sujeto pasivo de estos delitos (166 y s. y 174 y ss.), a negar la posibilidad de aplicar el delito del art. 197.2 (pero parece aceptarlo en 169), lo que sin embargo, acepto en el texto.

²⁴ F. Morales Prats, “La intervención penal en la red. La represión penal del tráfico de pornografía infantil: estudio particular”, en Zúñiga Rodríguez, Méndez Rodríguez y Diego Díaz-Santos (Coords.), *Derecho Penal, sociedad y nuevas tecnologías*, Ed. Colex, Madrid, 2001, 114, pues entiende que los datos reservados de las personas jurídicas a los que alude el CP quieren referirse a “datos que ostentan trascendencia en la privacidad de las personas físicas”.

²⁵ E. Orts Berenguer, M. Roig Torres, *Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través del a informática*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, 60. En sentido

dar relevancia al consentimiento de los representantes de la entidad para el que de otro modo no estarían legitimados al no ser ellos titulares de los datos afectados y en su caso poder ejercer la denuncia que prevé el art. 201²⁶.

Dar un alcance tan limitado a este precepto es vaciarlo por completo de contenido, desvirtuar su propósito y abogar con ello por su superfluidad. El legislador ha pretendido proteger de forma autónoma los datos reservados de las personas jurídicas, especialmente vulnerables a través de los sistemas de la información, para situaciones en las que su descubrimiento, revelación o cesión puedan producir en aquéllas efectos no económicos, o no subsumibles en otros delitos del CP. Debe insistirse ahora en que no es la intimidad de las personas jurídicas (no gozan de ella) ni de las personas físicas (su protección es directa a través de otros delitos del mismo Título X del CP).

El descubrimiento de datos reservados de personas jurídicas puede afectar efectivamente a sus miembros individuales si son personas físicas, pero no necesariamente, y para ello no es preciso recurrir a la posible -y frecuente- proyección económica de esos datos reservados. El sujeto activo del delito ha podido descubrir y revelar datos reservados de una persona jurídica con el fin exclusivo de desacreditarla (sin descartar el perjudicarla económica) o de menguar sus actividades; o, incluso, movido por el propósito opuesto de que se conozcan mejor sus actividades, que él considera valiosas, aunque contrarie los planes de la persona jurídica (piénsese en una sociedad cultural o en una asociación religiosa). Es imaginable que estos comportamientos no hayan afectado a sus miembros y sobre todo -pues es lo típicamente relevante- que no se haya vulnerado su intimidad, al no haber revelado datos relativos a ellos o que los vinculen con la persona jurídica.

La jurisprudencia se ha ocupado de este asunto en alguna ocasión y la discusión acabada de exponer no ha impedido que haya aplicado este precepto²⁷.

similar que éstos autores y el citado en la nota anterior, E. Anarte Borrallo, “Consideraciones sobre los delitos de descubrimiento de secretos (I). En especial, el artículo 197.1 del Código Penal”, en JD, nº 43, 2002, 60; F. Ruiz Marco, F., Los delitos contra la intimidad. Especial referencia a los ataques cometidos a través de la informática, Ed. Colex, Madrid, 2001, 104.

²⁶ Se hace eco de esta explicación Anarte Borrallo, “Consideraciones sobre los delitos de descubrimiento de secretos (I). En especial, el artículo 197.1 del Código Penal”, 61.

²⁷ STS de 21 de marzo de 2001 (información documental perteneciente a una caja de ahorros); SAP Sevilla 15 de febrero de 2002 (aunque alude a que la intimidad es exclusiva de las personas físicas, reconoce también que los hechos pudieron afectar tanto al trabajador como a la persona jurídica, respecto a la que constituyen una intromisión ilegítima en su privacidad); SAP Alicante, 22 de marzo de 1999 (en relación con el art. 197.1 y 3: divulgación en la prensa de documentos de una entidad de ahorro).

Es importante destacar que la definición legal se refiere a información que les afecte -concierna- a cada una de estas personas o ámbitos, pero no a que les pertenezca, en el sentido de que ejerzan un dominio jurídico (de carácter patrimonial, intelectual, etc.), pues ese mismo estar concernidos es suficiente para otorgar protección jurídica a su información y es, al mismo tiempo, el fundamento de ella.

Ausencia del consentimiento del interesado: los representantes de la persona jurídica. Es necesaria asimismo la ausencia del consentimiento de los representantes de la entidad, que serían el equivalente del “interesado” al que alude la legislación administrativa (RGPD). Por quiénes sean sus representantes habrá que entender las personas físicas que lo sean legalmente de la persona jurídica, por acuerdo contractual o estatutario. Si concurre el consentimiento en el modo establecido quedará excluido el tipo del delito correspondiente.

LOS FALLECIDOS

También están excluidos los fallecidos, puesto que ya no son personas en el sentido jurídico del término. Como es sabido, la muerte implica el fin de la personalidad. Esta exclusión viene confirmada por el RGPD en uno de sus considerandos²⁸.

No obstante, el ordenamiento jurídico establece en ciertas ocasiones medidas legales relacionadas con los difuntos, algunas de las cuales podrían parecer relacionadas con los llamados derechos de la personalidad o incluso con derechos fundamentales. No pudiendo ir más allá en esta exposición, podría admitirse como regla general que en realidad en todas las sociedades están vigentes normas de cultura por las que se valora positivamente el respeto a la memoria de los difuntos²⁹. Esto parece suceder también en relación con los datos de las personas fallecidas, sin perjuicio de que puedan tener interés directo en su protección terceras personas -vivas- que pueden verse afectadas

²⁸ V. RGPD, cndo. 27. Esta exclusión no figuraba en la LOPD, tal vez por ser obvio. Sin embargo, el Reglamento RD 1070/2007 (art. 2.4) se ocupaba explícitamente de la cuestión en la dirección apuntada, tal vez con el fin de aclarar la pertinencia de ciertas iniciativas de familiares y personas análogas dirigidas a la cancelación de los datos del fallecido. A favor de esta previsión reglamentaria, J. M. Fernández López, “Algunas reflexiones sobre los aspectos generales que regula el reglamento de desarrollo de la LOPD”, en Revista española de protección de datos, nº 3, 2007, 39.

²⁹ Aunque esta misma expresión es utilizada por el Grupo de Trabajo del Artículo 29, Dictamen 4/2007 sobre el concepto de datos personales, 24 y s., alude también a una protección de una especie de “personalidad pretérita”, que encuentro más ambigua y confusa, a la vez que recuerda que el Consejo de la Unión Europea (Acta de 8 de febrero de 1995), encomienda a los Estados la facultad de que la Directiva 95/46/CE se aplique a las personas fallecidas.

por el tratamiento de los datos de los fallecidos, en especial si mediaba alguna forma de parentesco entre ellos.

Parece razonable entonces que el RGPD reconozca que los Estados miembros son competentes para establecer normas relativas al tratamiento de los datos personales de los fallecidos³⁰.

La legislación sectorial en materia de investigación biomédica establece algunas restricciones para el acceso a los datos relativos a la salud (y muestras biológicas) de personas fallecidas en el ámbito sanitario, es decir, en relación con las prestaciones sanitarias que se le hubieran dispensado en vida, además de lo establecido sobre su utilización con fines de investigación, para los que cuenta con otras previsiones específicas. Estas restricciones se refieren a que sólo se podrá acceder a los datos de personas fallecidas cuando medie un interés para la protección de la salud en general, cabiendo que aquél -el fallecido- lo hubiese prohibido expresamente en vida³¹. Si el interés afecta a sus familiares biológicos, éstos podrán acceder a los datos genéticos que sean pertinentes para la protección de su propia salud, con independencia de la voluntad expresada en vida por el difunto³².

Si se trata de la utilización de muestras biológicas seudonimizadas o identificadas con fines de investigación biomédica el Comité de Ética de la Investigación que corresponda deberá emitir previamente su informe favorable (de ser desfavorable, no podrá utilizarse la muestra o la información del fallecido), para lo cual aquél habrá estudiado previamente la concurrencia de ciertas circunstancias que marca la Ley³³.

Por su parte, la Ley de autonomía del paciente introduce restricciones al acceso a la historia clínica de los fallecidos, de modo que no podrá hacerse si aquél se opuso expresamente en vida, llegando al extremo, a todas luces

³⁰ Cndo. 27.

³¹ De acuerdo con el art. 48.2 de la LIB: “En el ámbito sanitario se podrán obtener y analizar muestras de personas fallecidas siempre que pueda resultar de interés para la protección de la salud, salvo que el fallecido lo hubiese prohibido expresamente en vida y así se acremente. A tal fin serán consultados los documentos de instrucciones previas y, en su defecto, el criterio de los familiares más próximos del fallecido. El acceso de los familiares biológicos a la información derivada del análisis genético del fallecido se limitará a los datos genéticos pertinentes para la protección de la salud de aquéllos”.

³² En este caso el fundamento se encuentra en que los datos del fallecido se comparten con una persona viva, y a ésta es a la que se trataría de proteger. En este sentido se pronuncia el Grupo de Trabajo del Artículo 29, Dictamen 4/2007 sobre el concepto de datos personales, 24.

³³ V. el art. 62 y la disposición transitoria segunda de la LIB.

desorbitado e incorrecto, de que “no se facilitará información que afecte a la intimidad del fallecido...”³⁴.

Éstas y otras restricciones normativas sobre el acceso a los datos de los fallecidos sólo encuentran una explicación razonable en que la ley protegiendo los datos del fallecido pretende salvaguardar la memoria del mismo más allá de su personalidad (p. ej., en relación con una paternidad no reconocida, o con las causas de su fallecimiento), no su intimidad o sus datos personales; y, en algunos casos, como efecto secundario, los datos de la familia o de otras personas socialmente próximas que pudieran compartir con aquél alguna información (p. ej., referente a la salud, a una enfermedad genética de la que son portadores o presentan alguna predisposición genética miembros de la misma familia)³⁵.

LOS NO NACIDOS³⁶

También están excluidos como titulares de la protección de datos que les “conciernen” los gestados pero no nacidos³⁷, pues todavía no son personas.

Como es imaginable, los datos que prevalentemente son susceptibles de plantear su protección en relación con el no nacido, a pesar de no haber adquirido todavía la condición de persona, son los relativos a su salud (datos derivados de pruebas anatómicas, genéticas, etc.), así como los relativos a su filiación biológica (el padre, y de ser fruto de una técnica de reproducción asistida por donación de óvulos o de embriones, también la madre). Se trata, por consiguiente, de una información extremadamente sensible, que entra en la cate-

³⁴ Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, art. 18.4. La cursiva del texto ha sido añadida.

³⁵ La relevancia biológica y jurídica de las relaciones familiares en relación con los datos ha sido destacada por P. Nicolás Jiménez, La protección jurídica de los datos genéticos de carácter personal, Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA- Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano y Ed. Comares, Granada, 2007, 99 y ss., y 299.

³⁶ V. sobre el particular, C. M. Romeo Casabona, C. M., Los genes y sus leyes, Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA – Diputación Foral de Bizkaia de Derecho Y Genoma Humano y Editorial Comares, Bilbao-Granada, 2002, 69 y ss.

³⁷ Por las razones que se exponen en el texto con el “no nacido” se quiere aludir aquí al embrión in vitro, al embrión preimplantatorio, al embrión implantado en el endometrio materno y al feto humano. Por tanto, se pretende ir más allá del *nasciturus*, expresión que se queda corta en relación con las anteriores categorías, en concreto respecto al embrión in vitro.

goría más relevante de los que la regulación europea califica como categorías especiales de datos personales³⁸.

En consecuencia, los datos de los todavía no nacidos deben gozar también de alguna protección jurídica, por dos motivos principales.

En primer lugar, a la vista de que la información que se obtenga de ellos puede trascender a terceras personas, las cuales son sujetos directos de la protección de los datos personales. Así puede ocurrir en concreto con los datos y muestras biológicas de no nacidos y su potencial proyección sobre sus futuros progenitores y demás miembros de su futura familia biológica (p. ej., por medio de diagnósticos prenatales al feto o al embrión *in vitro*), pues el no nacido es portador de información genética que puede revelar datos sobre la salud de aquéllos y, como se ha dicho, sobre su filiación (o no filiación).

En segundo lugar, y por lo que atañe directamente al no nacido, el interés por la protección de sus datos biológicos, tanto se refieran a su salud como a su filiación biológica, radica también en garantizar tal protección ya antes del nacimiento, teniendo presente el carácter inalterable de algunos de aquellos datos (en particular los genéticos), pues esperar a la adquisición de la personalidad o condición de persona una vez producido el nacimiento sería demasiado tarde para el logro de su protección efectiva³⁹. Dado que la legislación española no admite de entrada la creación de embriones *in vitro* con fines directos de investigación⁴⁰, ha de partirse de la hipótesis de que aquéllos presentan siempre una potencialidad de llegar a nacer –que, ciertamente, puede frustrarse por diversos motivos que contempla la LTRHA-, una vez transferidos a una mujer y culminada la gestación.

Por consiguiente, estas observaciones toman como punto de partida dos premisas: 1º los no nacidos son portadores de información que puede trascen-

³⁸ V. RGPD, art. 9.1.

³⁹ En este punto no es tan clara la LIB, pues aunque respecto al embrión *in vivo* (en el útero) y al feto se exige el consentimiento de la mujer gestante, podría alegarse que dicho requerimiento pretende salvaguardar en primer término la integridad física de aquella al obtener la muestra oportuna: “La realización de análisis genéticos sobre preembriones *in vivo* y sobre embriones y fetos en el útero requerirá el consentimiento escrito de la mujer gestante. El análisis genético de un preembrión *in vitro* no transferido se regirá por lo establecido en la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida” (art. 48.4). Respecto al embrión *in vitro*, se ha visto cómo se remite a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, que nada específico señala sobre la protección de los datos de aquél, a salvo de los relativos a la filiación del ya nacido por estas técnicas (art. 3.6); lo cierto es que esta última Ley deja abierto algún resquicio indirecto para la protección de los datos del embrión *in vitro*, a través de diversas obligaciones de confidencialidad que establece.

⁴⁰ Cfr. los arts. 33 de la LIB y 15 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (LTRHA).

der a otras personas, en concreto a su familia biológica (reconocida o no); 2^a se trata de proteger los datos de la futura persona desde el momento en que exista un proyecto procreativo respecto al no nacido (en especial respecto al embrión *in vitro*, lo que de acuerdo con ciertas legislaciones puede ser más indeterminado), más que en el marco de una mayor o menor protección que se asigne en general al no nacido (p. ej., respecto a su vida y salud)⁴¹. En todo caso, habrá que tomar como punto de partida más general lo que prescribe el art. 29 CC, que si bien indica que el nacimiento determina la personalidad, al concebido se le tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que establece el art. siguiente (art. 30 CC).

IV. IDENTIFICADA O IDENTIFICABLE

Según el RGPD, de conformidad con la regulación europea anterior (Directiva de 1995)⁴² son datos de carácter personal cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables. Puesto que estas personas son las titulares de los datos objeto de tratamiento, es decir, son el “interesado”, y como son asimismo los titulares de los derechos correspondientes relativos a esos datos⁴³, presenta un interés especial delimitar qué debemos entender por persona identificada y, sobre todo, por persona identificable, dejando para más adelante (al tratar del afectado o interesado) la referencia a otros requisitos.

El RGPD proporciona una definición o indicación sobre qué debe entenderse por persona identificable: “toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona” (art. 4.1).

En el ámbito de la protección jurídica de datos personales suelen distinguirse tres categorías de datos, en atención al diverso grado de posibilidad de identificación de la persona de la que provienen los mismos: datos de personas identificadas, datos de personas identificables y datos de personas anónimas o no identificables por haber sido anonimizados sus datos. Como se ha visto,

⁴¹ Parece que preocupa más este último enfoque al Grupo de Trabajo del Artículo 29, Dictamen 4/2007 sobre el concepto de datos personales, 25. Recuérdese que el CP protege la vida y la salud del *nasciturus* (arts. 144 y ss. y 157 y s.).

⁴² Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, 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 (art. 2, a).

⁴³ Así se indicaba expresamente en los arts. 5 y ss. de la LOPD.

únicamente los datos relativos a los dos primeros grupos son objeto de protección jurídica.

1. PREVIO: EXCLUSIÓN DE LOS DATOS ANÓNIMOS O ANONIMIZADOS

El criterio de exclusión, tanto de los datos anónimos como anonimizados del ámbito del Reglamento, es coherente con el correcto objetivo de exclusiva protección de los datos personales, y ha sido expresado explícitamente por aquél:

“los principios de protección de datos no deben aplicarse a la información anónima, es decir información que no guarda relación con una persona física identificada o identifiable, ni a los datos convertidos en anónimos de forma que el interesado no sea identifiable, o deje de serlo. En consecuencia, el presente Reglamento no afecta al tratamiento de dicha información anónima, inclusive con fines estadísticos o de investigación”⁴⁴.

Esta afirmación implica por consiguiente que no se otorgará protección alguna a los datos personales que hayan sido sometidos previamente a un proceso de anonimización, conclusión que, aun siendo obvia, no es superfluo darle el énfasis oportuno. Sin embargo, qué debamos entender por anonimización y por datos anónimos de acuerdo con el RGPD no está tan claro, al menos si únicamente nos fijamos en este considerando 26, aunque lo podemos deducir del concepto que el mismo aporta sobre persona identifiable. Es indudable que si nos encontramos ante datos completamente anónimos y respecto a los cuales es imposible su posterior identificación no debe existir ninguna objeción a que no sean ya objeto del marco protector del Reglamento y, en consecuencia, de los Derechos internos de los Estados comunitarios. Por tal motivo es muy importante aclarar estos conceptos y determinar cuál es el verdadero alcance jurídico que tienen para la protección de datos personales, recurriendo también a la función interpretativa de la parte articulada que se reconoce a los considerandos⁴⁵.

Dato anónimo será, entonces, aquél en el que no es posible desde su origen identificar a la persona a la que pertenece; y dato anonimizado tendrá esta

⁴⁴ RGPD, cndo. 26.

⁴⁵ A este respecto resulta especialmente significativa la aclaración que propone el Grupo de Trabajo del Artículo 29, Dictamen 4/2007 sobre el concepto de datos personales, 5: “Un resultado no deseado sería el de terminar aplicando las normas de protección de datos a situaciones que, en principio, no deberían estar cubiertas por estas normas; y para las que no fueron concebidas por el legislador. Las exenciones sustanciales previstas en el artículo 3 mencionado anteriormente y las aclaraciones de los considerandos 26 y 27 de la Directiva muestran cómo quería el legislador que se aplicara la protección de datos”.

misma característica, es decir, la indistinción una vez utilizado el procedimiento oportuno dirigido a este objetivo, y, además, que el proceso de no identificación sea irreversible, al menos en principio, es decir, en el momento en el que se realizó este proceso. Pero con el paso del tiempo es posible ser identificada o identifiable la persona a la que pertenecen.

2. CONCEPTO DE PERSONA IDENTIFICADA

Por persona identificada puede entenderse, en primer lugar, aquella persona de la que se conoce su identidad, es decir, el conjunto de rasgos que la individualiza, la caracteriza y distingue de las demás. Téngase en cuenta que ese conjunto de rasgos -o datos- identificadores no ha de ser necesariamente exhaustivo, y puede venir constituido tanto por datos físicos (anatómicos, étnicos o genéticos, especialmente los biométricos) como también fisiológicos, psicológicos, culturales, económicos, sociales, etc., ya sean inherentes a la persona o se deriven de su propia situación o de su actividad⁴⁶. Puesto que en relación con los datos de carácter personal se trata de una situación contextual respecto a ellos, podemos precisar que con la expresión “persona identificada” quiere aludirse a la situación de correspondencia entre una determinada persona física cuya identidad es conocida y cualquier dato relativo a la misma respecto a la que éste aporte alguna información individual, con independencia de que dicha información se comparta o no con otras personas⁴⁷.

A salvo de problemas relacionados con la usurpación de la identidad de un tercero (el mal llamado “robo de identidad”) no se plantea ninguna cuestión especial, teniendo en cuenta que son precisamente los datos concernientes a estas personas el objeto de protección jurídica por la normativa específica sobre protección de datos de carácter personal, sea cual fuere la naturaleza de aquélla (administrativa, civil o penal)⁴⁸, y que los derechos que reconoce la ley (el RGPD) a los titulares de los datos se refieren a tales personas.

⁴⁶ Sobre ejemplos de estos datos v. Grupo de Trabajo del Artículo 29, Dictamen 4/2007 sobre el concepto de datos personales, junio de 2007, 6 y ss.; Vizcaíno Calderón, Comentarios a la Ley Orgánica de protección de datos de carácter personal, 73 y ss.

⁴⁷ Cuestión distinta es determinar cuándo los datos “conciernen” a una persona, versan sobre ella. El Grupo de Trabajo del Artículo 29, Dictamen 4/2007 sobre el concepto de datos personales, 10, en relación con la Directiva 95/46/CE indica lo siguiente: “un dato se refiere a una persona si hace referencia a su identidad, sus características o su comportamiento o si esa información se utiliza para determinar o influir en la manera en que se la trata o se la evalúa”.

⁴⁸ Ténganse en cuenta en lo que sea aplicable, respectivamente, la LOPDGD y demás normativa concordante, la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, y arts. 197 y ss. del CP.

3. CONCEPTO DE PERSONA IDENTIFICABLE

- A. CONCEPTO. El RGPD define qué debe entenderse por persona identificable, en el mismo artículo que se aporta la definición de dato personal, este art. 4.1:

toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona.

Esta definición del Reglamento intenta mejorar la de la Directiva 95/46/CE (art. 2, a), y añade ahora la identidad genética.

En consecuencia, por persona identificable se entiende aquélla cuya identidad no es conocida (no está identificada), pero es susceptible de llegar a serlo (es identificable). Los datos relativos a estas personas no son directamente atribuibles a una persona determinada, al no aparecer identificada o al no existir una vinculación explícita o manifiesta entre datos y persona; sin embargo, la vinculación de tales datos a la persona a la que se refieren es posible por diversos procedimientos, por lo general técnicos, en principio fácilmente realizables; o por la mera conexión a través de una clave, código o contraseña entre los datos de identificación y los demás datos no identificados. La conexión de los datos con la persona a la que pertenecen puede obtenerse también por otros procedimientos no técnicos, como, por ejemplo, que los datos revelen unas determinadas características personales o sociales que sólo posee una persona o un grupo muy reducido de personas⁴⁹. En todo caso, concurren elementos circunstanciales, contextuales, y siempre supeditados a los avances tecnológicos que se vayan produciendo.

Es también identificable la persona cuando su identidad puede establecerse tanto por medios directos (p. ej., su nombre y apellidos), como indirectos (p. ej., el número de identificación adjudicado por las autoridades competentes, conocimiento del cargo, posición o puesto profesional o social que ostenta una persona, su domicilio, la pertenencia a una etnia con fenotipo muy característico y muy raro en el

⁴⁹ A este respecto la Declaración Internacional sobre los datos genéticos humanos de la UNESCO, de 16 de octubre de 2003, insiste en que el creciente volumen de datos personales recolectados dificulta lograr su verdadera disociación irreversible de la persona afectada (párrafo 11º del Preámbulo).

lugar, o cualquier característica anatómica marcada e infrecuente o única en su entorno geográfico; un alias vinculado exclusivamente a una persona, la combinación de varios identificadores, etc.)⁵⁰. Insistiremos en que la contextualización de los rasgos identificadores reviste la máxima importancia para considerar identificable a una persona.

El desconocimiento de la identidad de la persona puede encontrar su causa en algún hecho accidental que haya dado lugar a la separación de los datos de identidad del sujeto con los demás datos que le conciernen; pero también puede ocurrir que se haya realizado de forma voluntaria, por ejemplo, sometiendo los datos a un proceso de disociación o separación de unos y otros datos, como señalaba más arriba.

La (re)identificación puede haberse producido, de modo semejante a la pérdida de la identidad, pero en dirección inversa, bien de forma espontánea o accidental, bien porque se haya conseguido obtener su identidad, buscada por diversos procedimientos, por ejemplo, si la mencionada disociación de los datos se realizó mediante un procedimiento reversible, como es el de mantener la vinculación de unos y otros datos mediante una clave o código que permita la operación inversa de agregación o asociación.

En resumen, hay que distinguir dos aspectos en relación con la persona identificable: el primero, el hecho de no ser conocida la identidad de dicha persona, lo cual puede deberse a diversas circunstancias; el segundo, que, no obstante, es posible llegar a identificar a esa persona.

- B. **LÍMITES LEGALES SOBRE LA IDENTIFICABILIDAD:** los medios de identificación. De acuerdo con el considerando 26 del RGPD los datos personales seudonimizados, que cabría atribuir a una persona física mediante la utilización de información adicional, deben considerarse información sobre una persona física identificable.

El RGPD señala que para determinar si una persona física es identificable, deben tenerse en cuenta todos los medios, como la singularización, que razonablemente pueda utilizar el responsable del tratamiento o cualquier otra persona para identificar directa o indirectamente a la persona física.

También establece criterios de identificabilidad relativa (aparte de la alusión ya vista a medios indirectos), es decir, la indicación de algún límite más allá del cual no se considera identificable a una persona, sin perjuicio de que una investigación exhaustiva y con una gran profusión

⁵⁰ V. en este sentido, la S. del TJCE en el asunto C -101/2001(Lindqvist) de 6 de noviembre de 2003, ap. 27, Rec. 2003 p. I-12971.

de medios pudiera lograr tal objetivo en un apreciable número de casos. Por tal motivo no puede considerarse aceptable que la existencia de esta posibilidad determine por si sola que una persona es identificable. En este sentido, el RGPD vuelve a proveer una orientación:

“Para determinar si existe una probabilidad razonable de que se utilicen medios para identificar a una persona física, deben tenerse en cuenta todos los factores objetivos, como los costes y el tiempo necesarios para la identificación, teniendo en cuenta tanto la tecnología disponible en el momento del tratamiento como los avances tecnológicos”⁵¹⁻⁵².

Con esta última acotación excluyente se asume un concepto relativo de persona identificable. Esta cuestión es de la máxima importancia, puesto que la tercera categoría o clase de datos, esto es, los datos anónimos o anonimizados, marca ya, como quedó dicho más arriba, el límite externo de la protección jurídica. Por tanto, es de celebrar esta precisión que marca el RGPD, como ya lo hiciera con anterioridad de forma ligeramente diferente la Directiva de 1995. Sea como fuere, parece un criterio suficientemente fiable el establecido, pues se basa en referentes en principio mensurables (tiempo, costes, tecnologías y avances de las mismas), por lo que debería ser determinable sin excesiva dificultad⁵³.

Semejante perspectiva la encontramos en otros documentos jurídicos, esta vez del Consejo de Europa. Así, en la Recomendación sobre Protección de datos médicos se indica que la expresión ‘datos personales’ abarca “cualquier información relativa a una persona identificada o identificable. No se considerará a una persona como ‘identifiable’

⁵¹ RGPD, cndo. 26.

⁵² Que no importa que sea el responsable del tratamiento de los datos u otra persona para que aquellos sean objeto de protección ya lo señaló en relación con la Directiva de 1995 P. Nicolás Jiménez, La protección jurídica de los datos genéticos de carácter personal, 327. Acertadamente entonces, el RGPD ha omitido esta referencia, por innecesaria.

⁵³ Sin perjuicio de lo que señala el Grupo de Trabajo del Artículo 29, Dictamen 4/2007 sobre el concepto de datos personales, 19: “Adoptar las medidas técnicas y organizativas adecuadas de acuerdo con los conocimientos técnicos existentes para proteger los datos contra la identificación puede constituir la clave para considerar que las personas no son identificables, teniendo en cuenta el conjunto de medios que puedan ser razonablemente utilizados por el responsable del tratamiento o por cualquier otra persona, para identificarlas”.

si la identificación requiere una cantidad irrazonable de tiempo y de trabajo. En los casos en los que la persona no sea identificable, los datos serán considerados como anónimos”⁵⁴.

Con mayor precisión y acierto que en su momento lo hiciera la Directiva de 1995, la LIB⁵⁵ alude a varios de los términos y conceptos objeto de discusión, en especial en su catálogo de definiciones. Así, esta Ley define dato anónimo como “dato registrado sin un nexo con una persona identificada o identifiable” (art. 3, h). Por consiguiente, el concepto de dato anónimo descansa en la falta de conexión entre aquél y una persona identificada o identifiable. Esta falta de nexo se entiende que existe legalmente cuando deja de ser posible establecerla por medios razonables, al considerar que la anonimización consiste en el “proceso por el cual deja de ser posible establecer por medios razonables el nexo entre un dato y el sujeto al que se refiere” (art. 3, c)⁵⁶. Y, finalmente, al definir el dato anonimizado o irreversiblemente disociado, se indica que requiere un esfuerzo no razonable “el empleo de una cantidad de tiempo, gastos y trabajo desproporcionados”⁵⁷⁻⁵⁸. En resumen, la LIB recoge también un concepto relativo de identificabilidad, al serlo el de irreversibilidad que toma como punto de partida, pues ésta es aceptada cuando, aún siendo posible la misma, no es razonable el esfuerzo que comporta; legalmente, no son datos de una persona identifiable, sino anonimizados, los cuales se sitúan fuera del ámbito de la LIB y de sus previsiones establecidas para el derecho fundamental a la protección de los datos de carácter personal.

⁵⁴ Council of Europe, Recommendation of the Committee of Ministers N° R (97) 5, on Protection of Medical Data (13 de febrero de 1997), párr. 1º: definitions, “personal data”.

⁵⁵ Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica.

⁵⁶ En el mismo lugar la Ley indica que es aplicable también a la muestra biológica.

⁵⁷ “Dato anonimizado o irreversiblemente disociado: dato que no puede asociarse a una persona identificada o identifiable por haberse destruido el nexo con toda información que identifique al sujeto, o porque dicha asociación exige un esfuerzo no razonable, entendiendo por tal el empleo de una cantidad de tiempo, gastos y trabajo desproporcionados” (art. 3, i).

⁵⁸ Esta definición sigue muy de cerca la de la Ley federal alemana sobre Protección de datos (Bundesdatenschutzgesetz, de 1990, modificada en 2003, 2009, y en 25.05.2018, § 75), partiendo de que en versiones previas a la vigente la Ley definía la palabra “despersonalización”: “Anonimización significa la modificación de datos personales de tal modo que la información sobre relaciones personales o materiales no pueda ser atribuida a una persona identificada o identifiable o únicamente con una cantidad de tiempo, gastos y trabajo desproporcionados” [art. 3 (6)].

Asumiendo que en una materia como esta es difícil llegar a un detalle mayor sin incurrir en casuismo (que puede implicar el efecto contrario de deformar el ámbito de lo razonable), es la última descripción la que aporta más y mejores elementos de determinación: aunque pudiera llegar a identificarse a una persona, la cantidad de medios empleados es excesiva (desproporcionada) y por ello no razonable. Por tanto, el límite de lo razonable es la desproporción.

Estas últimas expresiones no han encontrado acogida en el RGPD. Pero no deben dejarse en el olvido, pues el RGPD alude a factores objetivos para establecer si una persona es identificable o no desde una perspectiva contemplada *ex ante*,⁵⁹ mediante la agregación o unión posterior de sus datos de identificación y el resto de datos que le conciernen. No parece por ello ocioso despejar la cuestión de qué deba entenderse por desproporcionado, pues no deja de ser un criterio hasta cierto punto objetivable. La idea de (des)proporción siempre está vinculada con la de relación con otro factor que sirve de comparación, es decir, ¿medios desproporcionados respecto a qué? Este factor ha de ser, cuando menos, el del proceso de identificación en cuanto tal de la persona, y también el fin legítimo perseguido con esa identificación (p. ej., detener un delincuente extremadamente peligroso o transmitir una información vital para el interesado).⁶⁰

Tomando como apoyo las anteriores conclusiones cabe preguntarse entonces si, dando un paso más, es legalmente aceptable -de lege lata- ampliar una nueva perspectiva jurídicamente relevante a la de identificabilidad relativa o contextual. La cuestión que se plantea ahora es si también deberían gozar de esta categoría de datos no identificables los datos que hallándose disociados para todo aquél que accede a los mismos -en este caso mediante cesión-, sin embargo no dispone de los códigos de reversión necesarios. La hipótesis sería entonces si para estas personas se trataría entonces, en sentido estricto, de datos de personas no identificables, aunque continuaran siendo identificables para el poseedor legítimo de los referidos códigos, el cual estaría obli-

⁵⁹ Es decir, que así sea percibido por cualquier persona antes de proceder a realizar cualquier acción de identificación.

⁶⁰ El Grupo de Trabajo del Artículo 29, Dictamen 4/2007 sobre el concepto de datos personales, 16 y s., va más lejos, al señalar La finalidad del tratamiento, la manera en que el tratamiento está estructurado, el rédito que espera obtener el responsable del tratamiento, los intereses individuales en juego, así como el riesgo de que se produzcan disfunciones organizativas (por ejemplo, un quebrantamiento del deber de confidencialidad) y los fracasos técnicos son todos ellos elementos que deben tenerse en cuenta”.

gado al régimen legal establecido para los datos de carácter personal, además del consiguiente deber de secreto o de confidencialidad. Como en esta hipótesis nos encontramos en el ámbito de procedimientos de disociación y de uso y cesión de estos datos, nos ocuparemos de ella la estudiar estos procedimientos.

V. CONCLUSIONES

El análisis de los elementos que integran la definición de dato personal ha proporcionado un concepto claro sobre qué deba entenderse por aquél a la luz del nuevo RGDP. En términos generales se aprecian favorablemente ciertas depuraciones del concepto, tanto en la parte articulada como en los considerandos del Preámbulo, que mejoran y son más precisos que la Directiva de 1995.

En cuanto a los sujetos de los datos, parece que junto a las personas físicas habrá que pensar en algún modo de reconocimiento protector de los datos de las personas jurídicas, de los fallecidos y de los no nacidos (incluido el embrión in vitro, mientras exista un proyecto reproductivo), aunque probablemente deba hacerse (o modificarse) a través de los derechos internos de los Estados miembros. Esto ya ocurrió en cierta medida en el Derecho español, si bien será preciso establecer un marco jurídico no penal más definido para los datos de las personas jurídicas y revisar si es suficiente en el resto, sean considerados o no unos y otros como titulares de los mismos o bien en algún caso como bienes jurídicos merecedores de tutela sin titularidad subjetiva.

Los procedimientos actualmente conocidos de anonimización, por lo general sencillos pero también eficaces hasta el momento, no tendrán mucho que hacer frente al tratamiento del big data; esto es, el mayor riesgo de reidentificación (como datos de una persona identificada o identifiable, que son los datos objeto de protección jurídica) es muy elevado, pues dado su extraordinario volumen, la posibilidad de establecer relaciones entre datos identificados y no identificados aumenta considerablemente. Por este motivo también hay que preguntarse si los instrumentos jurídicos actuales serán eficaces en sus previsiones de protección jurídica ante el enorme panorama que se abre, en concreto en el ámbito europeo para la vigencia material del RGPD.

BIBLIOGRAFÍA

- ANARTE BORRALLO, E., “Consideraciones sobre los delitos de descubrimiento de secretos (I). En especial, el artículo 197.1 del Código Penal”, en JD, nº 43, 2002
- CRISTEA UIVARU, L., La protección de datos de carácter sensible: Historia Clínica Digital y Big Data en Salud, Bosch Editor, Barcelona, 2018.

- FERNÁNDEZ LÓPEZ, J. M., “Algunas reflexiones sobre los aspectos generales que regula el reglamento de desarrollo de la LOPD”, en Revista española de protección de datos, nº 3, 2007.
- FOCARELLI, C., *La privacy. Proteggere i dati personali oggi*, Il Mulino, Bologna, 2015
- GIL GONZÁLEZ, E., *Big data, privacidad y protección de datos*, AEPD y BOE, Madrid, 2016.
- GÓMEZ NAVAJAS, J., *La protección de datos personales*, Thomson – Civitas, Cizur Menor, 2005.
- GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29, Dictamen 4/2007 sobre el concepto de datos personales.
- HERRÁN ORTIZ, A., *La violación de la intimidad en la protección de datos personales*, Dykinson, Madrid, 1998.
- MORALES PRATS, F., “La intervención penal en la red. La represión penal del tráfico de pornografía infantil: estudio particular”, en Zúñiga Rodríguez, Méndez Rodríguez y Diego Díaz-Santos (Coords.), *Derecho Penal, sociedad y nuevas tecnologías*, Ed. Colex, Madrid, 2001.
- NICOLÁS JIMÉNEZ, P., *La protección jurídica de los datos genéticos de carácter personal*, Cátedra Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA- Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano y Ed. Comares, Granada, 2007.
- ORTS BERENGUER, E., ROIG TORRES, M., *Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través del a informática*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- ROMEO CASABONA, CM. (COORD.) / NICOLÁS JIMÉNEZ, P. / DE MIGUEL BERIAIN, I., *Retos éticos y necesidades normativas en la actividad asistencial en Medicina Personalizada de Precisión*, Fundación Instituto Roche, Madrid, 2018.
- ROMEO CASABONA, C. M., *Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos. Especial consideración a su comisión en conexión con las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación*, Tirant lo Blanch, Valencia 2004.
- ROMEO CASABONA, C. M., *Los genes y sus leyes*, Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA – Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano y Editorial Comares, Bilbao-Granada, 2002.
- RUIZ MARCO, F., *Los delitos contra la intimidad. Especial referencia a los ataques cometidos a través de la informática*, Ed. Colex, Madrid, 2001.
- VIZCAÍNO CALDERÓN, M., *Comentarios a la Ley Orgánica de protección de datos de carácter personal*, Civitas, Cizur Menor, 2001.

EL ALFABETO DEL REGLAMENTO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS (RGPD)

RESUMEN DE LOS PRINCIPALES CONCEPTOS DEL RGPD Y SU APLICACIÓN

Mirena Taskova - ESTADOS UNIDOS

TRADUCCIÓN:
Jimena Luciana Reides - ARGENTINA

RESUMEN

El artículo se enfoca en los fundamentos del Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) y ofrece orientación sobre los criterios específicos usados para realizar análisis y evaluaciones. Se centra, asimismo, en los roles de los actores con el fin de determinar quién es responsable y hasta qué punto del cumplimiento del RGPD.

ABSTRACT

This article aims to serve anyone using personal information in the digital age who aims to ensure global privacy compliance. It focuses on explains the basic the fundamentals of the General Data Protection Regulation (GDPR), which must be part of every GDPR related analysis. definitions that should be taken into consideration and assessed by everyone using data in the digital age. Further, it aims to help you assess whether the GDPR applies to you by providing you guidance on the specific criteria used for such assessment. Finally, it focuses on two fundamental concepts used by the GDPR, namely the specific roles of the participating actors in order to determine who and to which extent is responsible for compliance with the GDPR and how individuals can exercise their data subject rights in practice.

ABSZTRAKT

Jelen cikk segítségül kíván szolgálni minden személyt, akik a digitális korban személyes adatokat kezelnek, és kötelesek biztosítani e tevékenységnek a globális adatvédelmi szabályoknak való megfelelését. A cikk középpontjában az Általános Adatvédelmi Rendelet (GDPR) alapvetései állnak, amelyek meghatározzák minden résztvevőt a GDPR-hoz kapcsolódó elemzésekben. A cikk a GDPR-nak a rendelet hatályára vonatkozó, specifikus kritériumrendszeréhez szóló útmutatáson keresztül további célja segítséget nyújtani annak megállapításában, hogy a GDPR vonatkozik-e önmagára. Az írás továbbá a személyes adatok kezelésében közreműködők szerepére fókuszálva azt is segít megérteni, ki és milyen terjedelemben felelős a GDPR-nak való megfelelésért.

INTRODUCCIÓN

El Reglamento General de Protección de Datos tiene su propio alfabeto: estas son algunas de sus definiciones.

INTERESADO

Conforme al RGPD, el interesado es «.... *una persona física identificada o identificable (“interesado”)*». Observe que la referencia al «interesado» se centra en los individuos y no en las personas físicas.

DATOS PERSONALES

DATOS PERSONALES: DEFINICIÓN GENERAL

La definición de «datos personales» conforme al RGPD es muy amplia. Conforme al RGPD, los «datos personales» se refieren a toda la información relativa a una persona física identificada o identificable («interesado»); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona».

La mejor forma de evaluar si algunos datos se ubica dentro del ámbito de «datos personales» es analizando si la información relevante, por sí misma o en combinación con otra información, puede usarse para distinguir a un individuo de los demás.

En la práctica, esta definición significa que los nombres, las direcciones de correo electrónico, el puesto de trabajo, el domicilio, el número de teléfono, la ubicación, y cualquier otra información que pueda distinguir a un individuo de otro se enmarca dentro del ámbito de «datos personales». El Considerando 30 del RGPD agrega que los identificadores en línea proporcionados por los dispositivos del interesado, las direcciones IP, los identificadores de *cookies* y otros identificadores [p. ej., las etiquetas de identificación por radiofrecuencia (RFID, por sus siglas en inglés) también representan «datos personales».

Los datos seudonimizados que podrían relacionarse con un individuo mediante el uso de información adicional también son «datos personales». Sin embargo, los datos anonimizados no se consideran «datos personales», y no están dentro del ámbito del RGPD. Para poder enmarcarse dentro del ámbito de los «datos anonimizados», la información debe anonimizarse de manera adecuada, de forma tal que no se pueda identificar al individuo. La Oficina del

Comisionado de Información (OCI)¹ aclara que la información sobre personas jurídicas / autoridades públicas no son «datos personales», y no se encuadra dentro del ámbito del RGPD. Sin embargo, la información sobre únicos propietarios, empleados, directores gerentes de empresas y socios están dentro del ámbito de «datos personales» si la información los identifica y se relaciona con estos como individuos en lugar de como representantes de la persona jurídica (es decir, el nombre y el correo electrónico corporativo se considera «dato personal»).

La información sobre individuos fallecidos tampoco se encuentra dentro del ámbito de «datos personales».

Considerando la amplia definición de «datos personales», es posible que, de vez en cuando, no quede claro si la información representa «datos personales». En tales circunstancias, es preferible que trate a la información respectiva como «datos personales».

DATOS PERSONALES SENSIBLES

Algunos tipos de datos personales requieren de mayor protección debido a su sensibilidad, y estos se consideran «datos personales sensibles». El RGPD prevé requisitos más onerosos con respecto al tratamiento de «datos personales sensibles». Las categorías de Datos personales que se enmarcan dentro del ámbito de «datos personales sensibles» incluyen Datos personales que revelan: (a) origen étnico o racial, (b) opiniones políticas, (c) creencias religiosas o filosóficas, y (d) afiliación sindical. Asimismo, los datos genéticos, datos biométricos, datos sobre la salud, la vida sexual o la orientación sexual también se encuentran dentro de la definición de «datos personales sensibles».

TRATAMIENTO

Conforme al RGPD, el tratamiento de Datos personales se refiere a «*...cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no, como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción*». Básicamente, el tratamiento es cualquier cosa que usted pueda hacer con Datos personales (p. ej., acceso, recopilación, uso, eliminación).

¹ «La Oficina del Comisionado de Información (OCI) defiende los derechos a la información de interés público, promoviendo la transparencia de los organismos públicos y la privacidad de datos para los individuos». [<https://www.gov.uk/government/organisations/information-commissioner-s-office>]

RESPONSABLE DEL TRATAMIENTO

De acuerdo con el Artículo 4 (7) del RGPD, la persona responsable del tratamiento de Datos personales es «...la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que, solo o junto con otros, determine los fines y medios del tratamiento [de los datos personales]; si el Derecho de la Unión o de los Estados miembros determina los fines y medios del tratamiento, el responsable del tratamiento o los criterios específicos para su nombramiento podrá establecerlos el Derecho de la Unión o de los Estados miembros». En la práctica, esta es la persona que determina el motivo (p. ej., los fines) y la forma (p. ej., los medios) del tratamiento. Por lo general, el responsable del tratamiento es una persona jurídica, pero es posible que un único propietario también sea responsable del tratamiento. Los empleados de una persona jurídica no son responsables del tratamiento de datos. Representan a la persona jurídica.

ENCARGADO DEL TRATAMIENTO

Conforme al Artículo 4 (8) del RGPD, el encargado del tratamiento es «...la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento». El encargado del tratamiento actúa según las instrucciones del Responsable del tratamiento y no determina el «motivo» ni la «forma» en que se están tratando los Datos personales. El encargado procesa los Datos personales por cuenta del Responsable del tratamiento.

APLICABILIDAD DEL RGPD

Una vez que haya evaluado que está realizando el tratamiento de datos personales, es hora de analizar si el RGPD se aplica a usted. En verdad, el RGPD tiene un ámbito muy amplio. No obstante, esto no significa que el RGPD sea siempre aplicable. Algunas veces, puede participar en actividades de tratamiento de datos personales sin que sea necesario poner en marcha los requisitos del RGPD. Por lo tanto, es fundamental explorar en qué circunstancia puede encontrarse dentro del ámbito del RGPD.

La aplicabilidad del RGPD debe revisarse desde dos perspectivas diferentes; específicamente, el RGPD tiene a) un ámbito material y b) un ámbito territorial. Describiremos brevemente los detalles de ambos criterios. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que, en la práctica, el ámbito territorial debe revisarse en mayor detalle porque afecta a la mayoría de las organizaciones que buscan o que tienen un alcance global.

ÁMBITO MATERIAL

De acuerdo con el Artículo 2 del RGPD, el RGPD se aplica «...al tratamiento total o parcialmente automatizado de datos personales, así como al tratamiento no automatizado de datos personales contenidos o destinados a ser incluidos en un fichero». El Considerando 15 del RGPD ofrece más aclaraciones con respecto a esto, al prever que la protección

de los individuos «...no debe depender de las técnicas utilizadas». Esto significa que el RGPD se aplicará independientemente de si los datos personales se tratan de manera manual o electrónica si los datos personales están en un fichero o si están destinados a estar en uno. El RGPD no se aplicará si los archivos que contienen datos personales no están estructurados de acuerdo con los criterios específicos.

Existen fundamentos adicionales que excluyen la aplicabilidad del RGPD (p. ej., el tratamiento de datos personales en el transcurso de una actividad doméstica, el tratamiento de datos personales para una actividad que esté fuera del ámbito de la ley europea), pero estos son mayormente relevantes para instituciones y autoridades competentes y, por lo tanto, esta sección no analiza dichas excepciones en detalle.

ÁMBITO TERRITORIAL

El ámbito territorial del RGPD merece una atención especial debido a su complejidad y alcance extenso. Las organizaciones, en particular aquellas que tienen como objetivo ofrecer bienes y servicios a nivel internacional, deben centrarse en estos criterios para evaluar si sus actividades de tratamiento de datos personales se encuentran dentro del ámbito del RGPD.

- ARTÍCULO 3 (1) DEL RGPD. El Artículo 3 (1) del RGPD establece que el RGPD «...se aplica al tratamiento de datos personales en el contexto de las actividades de un establecimiento del responsable o del encargado en la Unión, independientemente de que el tratamiento tenga lugar en la Unión o no».

En primer lugar, el Artículo 3 (1) del RGPD prevé que el RGPD «se aplica al tratamiento de datos personales», es decir, si no hay un tratamiento de datos personales, el RGPD no se aplicará.

En segundo lugar, independientemente de si las actividades de tratamiento de datos se ejerzan en la Unión Europea o no, el RGPD se aplicará si el tratamiento de datos personales ocurre en el contexto de las actividades de un establecimiento del responsable o de un encargado. La interpretación del Artículo 3 (1) del RGPD es compleja y requiere una orientación adecuada, que el Comité Europeo de Protección de Datos (“CEPD”)² busca alcanzar con sus Directrices 3/2018 relativas al ámbito territorial del RGPD (Artículo 3) del 12 de noviembre

² «El Comité Europeo de Protección de Datos (CEPD) es un órgano europeo independiente, que contribuye a la aplicación uniforme de las normas sobre protección de datos en toda la Unión Europea, y que promueve la cooperación entre las autoridades encargadas de la protección de datos de la UE» (más información aquí: www.edpb.europa.eu/about-edpb/about-edpb_en)

de 2019 (“**Directrices 3/2018**”). Por ejemplo, la referencia a un «establecimiento» no necesariamente hace referencia a una subsidiaria en la Unión Europea. De acuerdo con las Directrices 3/2018, un «establecimiento» tiene un significado más amplio, a saber: *«Para determinar si una entidad con base fuera de la Unión tiene un establecimiento en un Estado miembro, tanto el grado de estabilidad de las instalaciones como el ejercicio efectivo de las actividades en ese Estado miembro deben considerarse a la luz de la naturaleza específica de las actividades económicas y de la prestación de servicios de que se trate. Esto es válido concretamente para las empresas que se dedican a ofrecer servicios exclusivamente a través de Internet»*. En la práctica, esto significa que puede considerarse que una entidad que no esté en la UE tenga un establecimiento en la Unión Europea incluso si no tiene una subsidiaria o una sucursal en la Unión Europea. Por ejemplo, es posible que una entidad que no esté en la UE se encuentre dentro del ámbito del RGPD si tiene un empleado en la Unión Europea y el tratamiento de datos personales se ejerce en el contexto de las actividades del empleado ubicado en la Unión Europea. Por otro lado, no se considerará que la entidad que no está en la UE tenga un establecimiento en la Unión Europea solo porque su sitio web pueda accederse desde la Unión Europea. Asimismo, el Artículo 3 (1) del RGPD se refiere a *«en el contexto de las actividades de un establecimiento»*, y no dice que las actividades de tratamiento de datos personales deba realizarlas el «establecimiento». De acuerdo con las Directrices 3/2018, esto significa que la relación entre el responsable/encargado y el establecimiento local, así como los ingresos recaudados en la Unión Europea, deben tenerse en cuenta para determinar si es aplicable el RGPD.

En tercer lugar, cabe mencionar que el Artículo 3 (1) del RGPD se refiere a los encargados y no solo a los responsables. Las obligaciones del RGPD relevantes para el encargado pueden aplicarse al encargado incluso si el RGPD no se aplica al responsable. Conforme a las Directrices 3/2018, *«...un encargado del tratamiento en la UE no debe considerarse que sea un establecimiento de un responsable del tratamiento en el sentido del Artículo 3, Apartado 1, simplemente por su condición de encargado del tratamiento por cuenta de un responsable»*. En la práctica esto funciona así:

- a. Si el responsable del tratamiento está establecido en la Unión Europea y elige nombrar a un encargado que no está establecido en la Unión Europea, el responsable debe asegurarse de que el encargado cumpla con las obligaciones del RGPD incluso si el encargado no se encuentra sujeto al RGPD. Esto quiere decir que el responsable del tratamiento debe tener un contrato con el encargado que realice el tratamiento indirectamente sujeto a los requisitos del RGPD (y en

especial las obligaciones de acuerdo con el Artículo 28³ y el Capítulo V⁴ del RGPD) a través del arreglo contractual correspondiente.

- b. Si el responsable no está establecido en la Unión Europea o no realiza el tratamiento de datos personales en el contexto de su establecimiento en la UE, el RGPD no será aplicable a dicho responsable. Sin embargo, esto no significa que el RGPD no se aplicará a su encargado si este último está realizando el tratamiento de datos personales en el contexto de su establecimiento en la Unión Europea. Por el contrario, en dicho caso el encargado se encuentra dentro del ámbito del RGPD y debe cumplir con las obligaciones pertinentes del RGPD incluso si el RGPD no se aplica a su responsable. En dichas circunstancias, el encargado debe evaluar cuidadosamente las instrucciones dadas por un responsable del tratamiento que esté fuera del ámbito del RGPD y asegurarse de que las instrucciones del responsable cumplan con las leyes europeas y las leyes locales correspondientes.
- ARTÍCULO 3 (2) DEL RGPD. El Artículo 3 (2) del RGPD ofrece criterios adicionales para la aplicabilidad del RGPD, que deben ser tenidos en cuenta por los responsables y los encargados del tratamiento incluso si no tienen un establecimiento en la Unión Europea. El Artículo 3 (2) del RGPD establece lo siguiente: «*El presente Reglamento se aplica al tratamiento de datos personales de interesados que residan en la Unión por parte de un responsable o encargado no establecido en la Unión, cuando las actividades de tratamiento estén relacionadas con: a) la oferta de bienes o servicios a dichos interesados en la Unión, independientemente de si a estos se les requiere su pago, o or b) el control de su comportamiento, en la medida en que este tenga lugar en la Unión*». El Considerando 14 del RGPD brinda más aclaraciones al afirmar que el RGPD protege a los interesados independientemente de su nacionalidad o lugar de residencia. También establece que el RGPD «*...no regula el tratamiento de datos personales relativos a personas jurídicas y en particular a empresas constituidas como personas jurídicas, incluido el nombre y la forma de la persona jurídica y sus datos de contacto*». En resumen, esto significa que la ubicación de los interesados es relevante para estos criterios y no su nacionalidad o condición jurídica. Este es un detalle importante porque la referencia a los ciudadanos de la UE o los residentes de la UE puede llevar a una evaluación

³ El Artículo 28 del RGPD prevé que el tratamiento por parte de un encargado por cuenta de un responsable «...se regirá por un contrato u otro acto jurídico con arreglo al Derecho de la Unión o de los Estados miembros, que vincule al encargado respecto del responsable...».

⁴ El Capítulo V del RGPD regula la transferencia de datos personales a países terceros u organizaciones internacionales.

errónea en cuanto a la aplicabilidad del RGPD. Por ejemplo, el RGPD no se aplicará si hay un tratamiento de datos personales de ciudadanos de la UE en un país ubicado fuera de Europa (p. ej., Argentina, Estados Unidos) en la medida que la oferta de bienes/servicios o el control del comportamiento no se dirija a interesados en la Unión Europea. Asimismo, cabe mencionar que la ubicación de los interesados debe evaluarse al momento de ofrecer los bienes o servicios relevantes o al momento de controlar su comportamiento.

Otro factor que debe tenerse en cuenta es que el Artículo 3 (2) (a) se refiere a «*la oferta de bienes o servicios a dichos interesados en la Unión, independientemente de si a estos se les requiere su pago...*». Observe que el RGPD se aplicará independientemente de si haya un pago o no. Además, «*la oferta de bienes y servicios*» significa que debe haber una intención de ofrecerles bienes y servicios a los interesados ubicados en la Unión Europea. Esta intención podría expresarse de varias formas, tal como a través de campañas de marketing orientadas a la UE, nombres de dominio (p. ej., «.eu»). El Considerando 23 del RGPD ofrece más precisión al establecer que debería ser aparente que los bienes/servicios se ofrecen en uno o más de los Estados miembro de la UE. Y, en tanto que el uso del idioma (p. ej., inglés) que se utiliza generalmente en el país tercero donde está establecido el responsable (p. ej., Estados Unidos) no es suficiente para mostrar la intención de ofrecer bienes/servicios en la UE, el uso del idioma (p. ej., francés, italiano, alemán) o la moneda local que por lo general se usa en el Estado miembro relevante de la UE con la posibilidad de pedir bienes/servicios puede considerarse una oferta aparente de bienes/servicios a los interesados en la Unión Europea.

El Artículo 3 (2) (b) se refiere al control del comportamiento del interesado en la medida que dicho comportamiento ocurra en la Unión Europea. El Considerando 24 del RGPD ofrece más claridad con respecto a qué constituye el control al establecer lo siguiente: «*Para determinar si se puede considerar que una actividad de tratamiento controla el comportamiento de los interesados, debe evaluarse si las personas físicas son objeto de un seguimiento en internet, inclusive el potencial uso posterior de técnicas de tratamiento de datos personales que consistan en la elaboración de un perfil de una persona física con el fin, en particular, de adoptar decisiones sobre él o de analizar o predecir sus preferencias personales, comportamientos y actitudes*». Aunque no esté específicamente previsto por el RGPD, las Directrices 3/2018 determinan que el seguimiento a través de tecnologías vestibles u otros tipos de tecnología inteligente, como el CCTV, los servicios de análisis de la salud en línea, informes sobre el estado de salud del individuo, etc., también entran en el ámbito del control.

Se debe tener en cuenta que aquel encargado que no esté establecido en la Unión Europea que realice, por cuenta de un responsable, la oferta de bienes

y servicios orientada a interesados ubicados en la Unión Europea o, respectivamente, participe en el control dirigido a los interesados dentro de la Unión Europea, se encontrará dentro del ámbito del RGPD.

Por último, el Artículo 3 (3) del RGPD establece que el RCPD se aplicará a los responsables que no estén establecidos en la Unión Europea, sino en un lugar donde se aplique la Ley Europea en virtud del derecho internacional público. Esto significa que las embajadas y los consulados también deber tener en consideración al RGPD.

CONCLUSIÓN

El RGPD se ha convertido en la narrativa primaria sobre privacidad alrededor del mundo, y la mayoría de las organizaciones, en particular aquellas con alcance global, le temen a esta ley rigurosa. Sin embargo, en lugar de temerle a los requisitos del RGPD o en apresurarse a cumplirlos caprichosamente, tiene la alternativa de aprender el alfabeto del RGPD, de evaluar su ámbito y, si el RCPD le es aplicable, aprovecharlo como su estándar global considerando su función de tratamiento de datos personales. De esta forma, podrá asegurar un cumplimiento de la privacidad que sea adecuado, eficiente y rentable.

FIGURAS ESENCIALES EN MATERIA DE PRIVACIDAD: EL RESPONSABLE Y EL ENCARGADO DEL TRATAMIENTO

Juan Francisco Rodríguez Ayuso - ESPAÑA

RESUMEN

El objetivo principal del presente estudio de investigación consiste en ofrecer un análisis sistemático de las novedades que trae consigo la configuración, obligatoria en toda relación que implique el tratamiento de datos personales a nivel comunitario, del por parte del responsable del tratamiento. También, aun cuando su inclusión en este caso será opcional, del el encargado del tratamiento, que deberá garantizar el mismo respeto a la privacidad del interesado que aquél. A tal efecto, se ponen de relieve aquellas notas singulares que, al respecto, caracterizan su nombramiento, su posición dentro de la organización y, por último, las funciones que, en su seno, están llamados a desempeñar.

RESUMO

O presente estudo de pesquisa tem como principal objetivo fornecer uma análise sistemática das novidades implicadas na configuração, obrigatória em toda relação que envolva o processamento de dados pessoais por parte do responsável do tratamento a nível comunitário. Além disso, embora neste caso a sua inclusão seja optativa, o encarregado do tratamento deve garantir o mesmo respeito pela privacidade da parte interessada. Para o efeito, destacam-se as notas especiais que, nesse respeito, caracterizam sua nomeação, sua posição dentro da organização e, finalmente, as funções que irá desempenhar dentro dela.

ABSTRACT

The main purpose of this research study is to provide a systematic analysis of the new features of the configuration, mandatory in any relationship involving the processing of personal data at Community level, of by the controller. Moreover, even though its inclusion in this case will be optional, the processor, must guarantee the same respect for the privacy of the interested party than the controller. To this end, the special notes that, in this respect, characterize his appointment, his position within the organization and, finally, the functions he is called upon to perform within it, are highlighted.

I. RESPONSABLE DEL TRATAMIENTO: RESPONSABILIDAD

1. NUEVO MARCO NORMATIVO PARA LA RESPONSABILIDAD

Tal y como se anunció en el apartado introductorio de la presente obra de investigación, la responsabilidad del responsable del tratamiento, recogida en los artículos 24 del Reglamento General de Protección de Datos -RGPD- y 28 de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales -LOPDGDD- (Costa, 2019, pp. 409-419; Povedano, 2018, p. 332), puede manifestarse en tres ámbitos muy diferentes: el penal, el civil y el administrativo. A lo largo de las siguientes líneas analizaremos cada uno de ellos:

1.1 RESPONSABILIDAD PENAL

Al hablar de la responsabilidad de tipo penal del responsable del tratamiento aludimos a aquellas acciones que, con anterioridad a la reforma del código penal efectuada en el año 2015, ya incluían conceptos que provenían de la normativa en materia de protección de datos y que, con la nueva regulación, han quedado desvirtuadas (Gómez, 2000, p. 17).

El artículo 197 CP impone condena de prisión de uno a cuatro años y multa de 12 a 24 meses para todos aquellos que, de una manera u otra y sin el consentimiento de las personas físicas titulares de los datos personales, descubran secretos o vulneren la intimidad de otro. Las acciones previstas en el apartado primero de dicho precepto son múltiples y algunas de las mismas pueden llevar, con carácter previo, el acceso indebido a datos de carácter personal como vía para entrar, por ejemplo, en la cuenta de correo electrónico de la víctima.

Con el fin de impedir que, por ausencia de una adecuada regulación, no fueran castigadas este tipo de conductas, el apartado segundo del artículo 197 CP dispone idénticas penas para todos aquellos que realicen acciones de apoderamiento, utilización o modificación, contra un tercero, de datos personales reservados o de cualquier otro dato personal o familiar que se encuentre incorporado a un fichero o soporte de naturaleza informática, electrónica o telemática, o en cualquier otro tipo de archivo o registro, ya sea público o privado. Junto a lo anterior, por si no fuera suficientemente contundente la tipificación expuesta, se señala que se seguirán imponiendo idénticas sanciones a aquellos que, sin contar con autorización de ningún tipo, accedan de cualquier forma a los ficheros y soportes anteriores, así como a aquellos que procedan a alterarlos o utilizarlos en perjuicio del titular de los datos o de un tercero.

Para ser responsable penal, resulta imprescindible la concurrencia de dolo, ya que se exige la intención de dañar la privacidad, apropiarse de información, emplearla o modificarla en perjuicio de terceros, actuaciones, en definitiva, que, de un modo claro, traigan aparejado un ánimo o intención dañosa. Idéntica conclusión cabe extraer de otro tipo de actuaciones que

pueden ser realizadas de manera imprudente, como apropiarse del correo o acceder por error o sin advertencia a los ficheros y soportes que incluyan información de terceros, ya que, en atención al contexto en el que se encuentran, es imprescindible una comprobación de que este acceso se ha producido con la intención de aprovecharse de dicha información para provocar un perjuicio al propietario de los datos personales o a un tercero o, como mínimo, obtener un beneficio de esta información. Así las cosas, el acceso accidental a la información por error o, como suele suceder de manera más habitual, porque el responsable del tratamiento no ha implementado medidas de seguridad adecuadas, no determinará el nacimiento de responsabilidad de naturaleza penal, con independencia de que pueda concurrir responsabilidad de naturaleza administrativa por parte del responsable del tratamiento.

1.3. RESPONSABILIDAD CIVIL

En cuanto a la responsabilidad civil, podemos decir que esta se encuentra inmanemente relacionada con las responsabilidades de naturaleza penal y administrativa. La razón estriba en que, aun cuando la responsabilidad civil goza de autonomía propia y, por ende, puede nacer más allá de que no se haya producido ninguna infracción que determine el surgimiento de responsabilidad penal o administrativa, en aquellos casos en que existe una infracción, queda acreditada la exigencia de dolo o culpa, requisito imprescindible para el surgimiento de la obligación de indemnización en vía civil por los daños o perjuicios ocasionados al interesado. Así las cosas, el considerando 146 RGPD dispone la obligación general del responsable o del encargado del tratamiento de indemnizar cualquier daño o perjuicio que pueda padecer una persona como resultado de la realización de una operación de tratamiento realizada en infracción de la nueva normativa sobre esta materia. En este sentido, podemos afirmar que existen dos ámbitos de responsabilidad: un primero, que surge del incumplimiento de la regulación y que determina la obligación de indemnización del daño; un segundo, que consiste en la facultad de demostrar la inexistencia de responsabilidad en la comisión de daños y perjuicios y que va unido a la adopción de medidas técnicas y organizativas al amparo de los artículos 24 RGPD y 28 LOPDGDD.

Por su parte, el considerando 74 RGPD sostiene que ha de quedar establecida la responsabilidad del responsable del tratamiento derivada de cualquier tratamiento de datos personales que haya sido realizado por él o por cuenta de él. Esta afirmación, aunque parece desplazarnos al supuesto típico de responsabilidad contemplada en el artículo 1902 CC, no es así, ya que dicho considerando sigue estableciendo la obligación del responsable del tratamiento de, no sólo implementar medidas adecuadas y eficaces, sino acreditar la

adecuación de las actividades de tratamiento a la normativa aplicable (Solaña, 2010, p. 215). La diferencia parece obvia, ya que se invierte la carga de la prueba, de modo que quien exige el daño no tiene la obligación de acreditar la culpa o negligencia de quien lo causa, sino que será este último quien deberá demostrar que su conducta se realizó diligentemente (Serrano, 2003, p. 377). Más incluso, aun en el supuesto de que pudiera demostrar que actuó diligentemente, cabe la posibilidad de que tenga que proceder a la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, habida cuenta de lo establecido en los tres primeros apartados del artículo 82 RGPD, que parecen imponerlo. Ello podría desembocar en determinadas afectaciones a la esfera de responsabilidad de las Administraciones Públicas.

En cualquier caso, el deber de adopción de medidas ha de ser proporcional al riesgo que conlleva la realización de actividades de tratamiento y, en aquellos supuestos contemplados en el considerando 84 RGPD, cuando la evaluación de impacto ponga de manifiesto que las actividades de tratamiento comportan un riesgo elevado que el responsable del tratamiento no es capaz de reducir con la adopción de medidas eficaces en términos de tecnología disponible, con anterioridad al inicio de dicha operación de tratamiento, será imprescindible consultar a la autoridad de control. Habida cuenta de que en estos supuestos no se suprime el riesgo, pese a la implementación de medidas de carácter preventivo, se asume la probabilidad de generación de daños. Será imprescindible el acierto, ya sea en la cuantificación del posible daño, ya sea en la imposición de medidas que tiendan a su indemnización, con el fin de impedir que, debido a la previa decisión administrativa de autorizar la realización del tratamiento, puedan derivarse acciones de responsabilidad patrimonial.

Por lo demás, en aquellos casos en que el responsable del tratamiento sea una Administración Pública, la responsabilidad será objetiva, ya que así lo establece el artículo 106.2 CE. Así las cosas, la acomodación de la conducta a la nueva normativa sobre protección de datos no evitará la obligación de indemnización, ya que es suficiente la demostración de que la causa del daño se debe al funcionamiento o la actuación de la Administración, que el daño es valorable económicamente y que el interesado no tiene la obligación jurídica de soportarlo, para que surja, por exigencia constitucional, la obligación de indemnización de los daños ocasionados. En este sentido, el régimen de responsabilidad de las Administraciones Públicas, a diferencia del contemplado en el artículo 1902 CC, será objetivo, de modo que no es imprescindible la demostración de la existencia de dolo o negligencia en la actuación que motiva el daño.

RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

Una tercera y última modalidad de responsabilidad que puede recaer sobre el responsable del tratamiento es aquella de tipo administrativo. Hasta ahora, esta responsabilidad se encontraba recogida en los artículos 43 y siguientes LOPD, preceptos estos que, indudablemente, se han visto afectados como consecuencia de la aplicación del RGPD y de la nueva LOPDGDD, ya que, de un lado, el considerando 150 RGPD alude a la necesidad de llevar a cabo una necesaria armonización, efectuada por el artículo 83 RGPD, estableciendo las infracciones y los límites máximos y criterios de la sanciones; y, de otro, el considerando 152 del mismo Reglamento posibilita que, en aquellos supuestos en que la nueva normativa no lleve a cabo la armonización de las sanciones administrativas (López, 2016, pp. 279-280), los países comunitarios deberán implementar un sistema que imponga sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias; este régimen sancionador quedará fijado en los artículos 70 a 78 LOPDGDD.

2. DEBERES FUNDAMENTALES DEL RESPONSABLE DEL TRATAMIENTO PARA CON EL TITULAR DE LOS DATOS

El considerando 89 RGPD alude al deber general establecido por la normativa precedente de inscribir los ficheros en que se contenían los datos personales empleados por el responsable del tratamiento para la consecución de sus finalidades. De acuerdo con la concepción del legislador comunitario actual, la obligación de notificación de los ficheros a la autoridad de control para proceder a su ulterior inscripción en un registro para su consulta pública no llegó a proporcionar una mejor protección de los datos personales de los interesados. Este es el motivo, afirma, que justifica que este deber general de notificación indiscriminada haya de suprimirse y reemplazarse por procedimientos y mecanismos eficaces que se centren, en su lugar, en los tipos de operaciones de tratamiento que, atendiendo a su naturaleza, alcance, contexto y fines, supongan un riesgo elevado para los derechos y libertades de los interesados.

La redacción mostrada por este considerando es clara y parece evidente la renovación del deber de notificación de los ficheros a la autoridad de control, al menos con carácter general. Posiblemente, para concretas operaciones de tratamiento de datos personales que afecten a datos especialmente protegidos o sirvan a objetivos relevantes de interés público general comunitario o interno de los países comunitarios la legislación interna de los países comunitarios pueda seguir imponiendo deberes específicos de inscribir ficheros en registros públicos, si bien la obligación de inscripción general, aun cuando no se establezca específicamente su derogación, ha de considerarse descartada por contraria a la nueva normativa sobre la materia.

Suprimido el deber general de inscribir ficheros que contengan datos personales de los interesados, nacen nuevas obligaciones que han de ser satisfechas de manera detallada por parte del responsable del tratamiento. En este sentido, parece adecuado aludir a las medidas técnicas y organizativas que se establecen en los artículos 24 RGPD y 28 LOPDGDD.

De manera general, estas medidas técnicas y organizativas se disponen en los artículos 30, 32 y 35, todos ellos del RGPD, que, en supuestos concretos, establecen el deber de llevanza de un registro de las actividades de tratamiento (Costa, 2019, p. 437) y la necesaria realización análisis de riesgos y de evaluaciones de impacto, además de, con carácter general para cualquier responsable el tratamiento, una serie de deberes u obligaciones que están llamados a reemplazar aquella de notificación de la inscripción de los ficheros en un registro de carácter público. Así las cosas, la nueva regulación no sólo no conlleva una simplificación de las exigencias requeridas para la realización de operaciones de tratamiento de datos personales, sino que, antes, al contrario, comporta un más amplio catálogo de deberes y obligaciones.

Así las cosas, como indicábamos, será obligatoria, entre otras, la elaboración de un registro de las actividades de tratamiento en el que se contengan las circunstancias que rodean el tratamiento de los datos personales por responsables y encargados del tratamiento y que las autoridades de control de los países comunitarios podrán llegar a requerir (Sanz, 2018, p. 235). En concreto, todo responsable del tratamiento que esté obligado a contar con dicho registro deberá hacer constar en él la siguiente información:

- a. El nombre y los datos de contacto del responsable y, en su caso, del corresponsable, del representante del responsable, y del delegado de protección de datos.
- b. Los fines del tratamiento,
- c. una descripción de las categorías de interesados y de las categorías de datos personales.
- d. las categorías de destinatarios a quienes se comunicaron o comunicarán los datos personales, incluidos los destinatarios en terceros países u organizaciones internacionales.
- e. en su caso, las transferencias de datos personales a un tercer país o una organización internacional, incluida la identificación de dicho tercer país u organización internacional y, en el caso de las transferencias indicadas en el artículo 49.1.2º RGPD, la documentación de garantías adecuadas.
- f. cuando sea posible, los plazos previstos para la supresión de las diferentes categorías de datos.

- g. cuando sea posible, una descripción general de las medidas técnicas y organizativas de seguridad a que se refiere el artículo 32.1 RGPD.

Por su parte, todo encargado del tratamiento sobre el que recaiga la obligación de contar con un registro de las actividades de tratamiento deberá incluir en él la siguiente información:

- a. el nombre y los datos de contacto del encargado o encargados y de cada responsable por cuenta del cual actúe el encargado, y, en su caso, del representante del responsable o del encargado, y del delegado de protección de datos.
- b. las categorías de tratamientos efectuados por cuenta de cada responsable del tratamiento.
- c. en su caso, las transferencias de datos personales a un tercer país u organización internacional, incluida la identificación de dicho tercer país u organización internacional y, en el caso de las transferencias indicadas en el artículo 49.1.2º RGPD, la documentación de garantías adecuadas.
- d. cuando sea posible, una descripción general de las medidas técnicas y organizativas de seguridad a que se refiere el artículo 30.1 RGPD.

Este registro de las actividades de tratamiento, de conformidad con lo dispuesto en el apartado quinto del artículo 30 RGPD y en el artículo 31 LOPDGDD, únicamente será exigible a aquellas empresas u organizaciones que empleen a 250 personas o más o que, en el supuesto de que cuenten con menos trabajadores de los indicados, desarrollos operaciones de tratamiento que impliquen un riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas propietarias de los datos personales, no sean ocasionales o incorporen datos especialmente protegidos. Pese a que esta limitación deja al margen la obligación de llevar un registro de las actividades de tratamiento a prácticamente todas las pequeñas y medianas empresas, microempresas y profesionales que desempeñan sus actividades por cuenta propia, conviene poner de manifiesto el cambio de mentalidad que es necesario llevar a cabo por responsables y encargados del tratamiento merced al principio de responsabilidad proactiva, que podría aconsejar contar con este registro aun en aquellos supuestos en que no fuera preceptivo, a fin de conseguir un mejor y más adecuado cumplimiento de los deberes y obligaciones que sobre ellos recaen.

En cualquier caso, podemos definir un grupo general y ciertamente numeroso de responsables del tratamiento que estarían excluidos de la obligación de llevar un registro de las actividades de tratamiento, así como del deber de llevar a cabo una evaluación de los riesgos del tratamiento por medio de la realización de una evaluación de impacto contemplada en el artículo 35 RGPD.

Dentro de este grupo se incluirían los responsables y encargados del tratamiento que, atendiendo al volumen de su negocio o actividad, al número de trabajadores o al hecho de llevar a cabo actividades de tratamiento menores de datos personales que no comportan un riesgo especial ni emplean categorías especiales de datos personales, únicamente les serían impuestas las obligaciones previstas en el artículo 32 RGPD.

Como ya se ha puesto de manifiesto, no podemos concluir que las excepciones de la nueva normativa en materia de protección de datos conlleven un trato privilegiado en relación con la situación impuesta por la legislación previa, ya que estarán obligados a adoptar múltiples medidas que han de quedar plasmadas en su política de protección de datos. Estas obligaciones determinarán la necesidad de poder acreditar la conformidad de las operaciones de tratamiento con la nueva regulación si se pretende evitar incurrir en las responsabilidades antes aludidas.

El considerando 77 RGPD concluye subrayando que uno de los fines más importantes de la nueva es la uniformidad o armonización de legislaciones y su aplicación en todos los países de la Unión Europea, poniendo de manifiesto que el CEPD podrá emitir directrices en relación con aquellas operaciones de tratamiento que no conllevan un riesgo elevado para los derechos y libertades de los interesados. En estos supuestos, no será preceptiva la evaluación de los riesgos, siendo suficiente la adopción de medidas de seguridad que sean consideradas adecuadas para afrontar tales riesgos. Estas medidas estarán predeterminadas por aquello que dispone el artículo 32 RGPD, si bien se persigue que sean eficaces y vinculantes en todos los Estados miembros, habiendo de proceder a su adopción por medio del mecanismo de coherencia o debiendo ser impuestas por la Comisión Europea.

Por lo que respecta a la identificación de situaciones de riesgo y a la obligación de efectuar su evaluación, podemos distinguir tres tipos de obligaciones perfectamente diferenciadas que, dependiendo del grado de riesgo que acarreen las operaciones de tratamiento, podrán llegar a solaparse (Díaz, 2018, p. 70):

- a. En primer lugar, se encuentran aquellas obligaciones contenidas en el artículo 32 RGPD, que, de manera general, despliegan sus efectos sobre todo responsable y encargado del tratamiento. Tales obligaciones habrán de ser acogidas también por microempresas y por pequeñas y medianas empresas.
- b. En segundo lugar, nos encontramos con las empresas y organismos que cuenten con 250 trabajadores o más, englobando, por tanto, a las grandes empresas y a la mayor parte de las Administraciones Públicas, con excepción de todos aquellos municipios que cuentan con una

población reducida. En este caso, estas empresas y organizaciones habrán de cumplir, no sólo las obligaciones establecidas en el artículo 32 RGPD, sino que también habrán de llevar un registro de las actividades de tratamiento, regulado en los artículos 30 RGPD y 31 LOPDGDD.

- c. En tercer y último lugar, se ubicarían todas las anteriores, es decir, microempresas, pequeñas y medianas empresas, grandes empresas y Administraciones Públicas, toda vez que este deber no se hace depender del tamaño que presente el órgano, sino de la concreta operación de tratamiento que realice, hallándose incurso en alguna de las siguientes circunstancias:

- Que comporte un riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas,
- que no sea ocasional,
- que incorpore categorías especiales de datos personales o
- que incluya datos personales relativos a condenas e infracciones penales, o medidas de seguridad conexas.

El considerando 75 RGPD prevé el hecho de que los daños para los interesados pueden presentar una distinta probabilidad de gravedad y, dentro de esta variedad, puedan consistir en daños y perjuicios de naturaleza física, material e inmaterial y, con carácter general, en cualquier perjuicio de carácter económico o social relevante. Esta variedad de posibles daños es excesivamente amplia como para ser enumerada, además de que provocaría un resultado distinto del realmente perseguido por la nueva normativa, ya que, más que el establecimiento de medidas ante concretos riesgos vinculados al empleo de determinadas categorías de datos personales, lo que se persigue es una implicación activa del responsable del tratamiento que exceda del simple cumplimiento de la normativa, pues así se ha puesto de manifiesto de forma reiterada por parte de la AEPD (AEPD, 2018, p. 7).

Por último, de acuerdo con el considerando 76 RGPD, lo realmente importante reside en analizar la probabilidad de gravedad que comporta el riesgo, habiendo de llevarse a cabo atendiendo a las circunstancias que se desprenden de la naturaleza, el alcance, el contexto y las finalidades perseguidas con el tratamiento de los datos personales. En la realización de la evaluación de impacto habrá que emplear criterios objetivos que persigan y hagan posible establecer dos aspectos: de un lado, si este riesgo existe y, de otro, si el mismo es elevado. Dependiendo de la existencia y de la gravedad, tendrán que implementarse medidas técnicas y organizativas satisfactorias y adecuadas al nivel de riesgo que previamente se haya detectado.

Este último considerando resulta ciertamente relevante, ya que no consiste en una mera observación normativa, de mera adopción de medidas en función del nivel de riesgo por parte del responsable y del encargado del tratamiento. Antes al contrario, la nueva regulación sobre la materia insiste en que no sólo basta con satisfacer cuantas exigencias en ella se contienen, sino que obliga a una demostración de la concurrencia de una debida diligencia por parte de estos sujetos, de modo que, de no existir esta, se estaría incumpliendo la normativa aun cuando, desde una perspectiva formal, sí que se estuviera satisfaciendo el conjunto de deberes y obligaciones establecido.

Cabe la posibilidad de llevar a cabo la valoración y adoptar las decisiones en torno a las medidas de seguridad a aplicar por el mismo responsable del tratamiento, si bien ello no garantiza que las medidas adoptadas sean las adecuadas. Como consecuencia de ello, resulta más que interesante la adhesión a códigos de conducta, previstos en los artículos 40 y 41 RGPD y 38 y Disposición Transitoria segunda LOPDGDD, y a mecanismos de certificación, regulados en los artículos 42 y 43 RGPD y 39 LOPDGDD (Maluquer, 2011, p. 118; Piñar, 2010, p. 3; Rabazo, 2018, p. p. 549; Tascón, 2018, p. 901). Esta decisión no se exige de manera obligatoria, si bien garantiza el cumplimiento normativo, ya que, en la medida en que el código de conducta o el mecanismo de certificación haya sido aprobado de manera previa por la autoridad de control, su cumplimiento permitirá acreditar la satisfacción de la normativa sobre protección de datos y eludir la sanción que pudiera llegar a imponerse como consecuencia de esta infracción.

El acogimiento de una política interna de protección de datos personales resulta también obligatorio, si bien no suficiente para acreditar el cumplimiento de las obligaciones que impone la norma. Por este motivo, será prácticamente necesario que esta política interna de protección de datos se traduzca en la adhesión a códigos de conducta y mecanismos de certificación que sean aplicables al tratamiento de los datos personales. Postergar a un momento futuro, a la concurrencia de una violación de la seguridad, el hecho de demostrar que las medidas de seguridad adoptadas resultaban adecuadas no resulta aconsejable, menos aún diligente, ya que, si se traduce en una quiebra en la protección de datos, tendría que procederse a tratar de resolver múltiples inconvenientes: la obligación de notificar la violación de la seguridad a la autoridad de control y comunicarla a los afectados, la defensa del sistema informático frente a la violación de la seguridad producida o la gestión de la comunicación de la violación de la seguridad padecida. En este contexto, una de las cuestiones que podría quedar relegada es la demostración de la inocencia, inocencia que, perfectamente, podría quedar acreditada por medio de la adhesión a estos códigos de conducta o mecanismos de certificación.

II. ENCARGADO DEL TRATAMIENTO

1. ELEMENTOS DEFINITORIOS RESULTADO DE LA EVOLUCIÓN DE LA FIGURA

El RGPD aborda la definición del encargado del tratamiento en su artículo 4.8), que dispone, literalmente, que, por tal, se habrá de entender a la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento.

- a. Como podemos advertir, la definición de encargado del tratamiento consta de tres aspectos esenciales (Povedano, 2018, p. 335):
- b. Un componente subjetivo pretendidamente amplio, que comprende tanto a los sujetos de derecho con personalidad jurídica propia, como a entidades u organismos que carecen de esa condición, sean de naturaleza pública o de naturaleza privada.
- c. Un componente objetivo, que alude al tratamiento de datos personales propiamente dicho.
- d. Un componente extra, quizás el más importante y decisivo, que delinea la figura del encargado del tratamiento y la distingue de otros sujetos que se hacen constar también en la normativa sobre protección de datos, como es el hecho de que lleve a cabo tratamientos de datos personales por cuenta del responsable del tratamiento.

Así las cosas, mientras que al responsable del tratamiento lo caracteriza su capacidad de decisión en la concreción de los fines y los medios del tratamiento de los datos personales del interesado, el encargado del tratamiento se distingue por hallarse sujeto, precisamente, a las instrucciones marcadas por el responsable del tratamiento (López, 2018, p. 7). Esta subordinación, que no encuentra su razón de ser en una dependencia jerárquica (como sucede entre empresarios y trabajadores), sí lo hace en una especie de delegación de funciones que se lleva a cabo en una organización externa a la del responsable del tratamiento, jurídicamente distinta, que realizará dicho tratamiento en nombre y por cuenta del responsable del tratamiento que solicita la prestación de sus servicios. Como podemos observar, la definición aportada por el RGPD del encargado del tratamiento no concreta el nivel que debería comportar esta delegación; en la práctica, podría desembocar en el desarrollo de una actividad muy específica o en una actuación mucho más amplia o genérica, en la que el encargado del tratamiento podría, incluso, llegar a condicionar la prestación del servicio en cuestión a sus propios criterios técnicos u organizativos.

De cuanto precede, podríamos advertir que todo tratamiento de datos personales exige la presencia necesaria de un responsable del tratamiento, del que, en su caso, se hará depender la concurrencia de uno o varios encar-

gados del tratamiento, que, a diferencia de los anteriores, no tienen por qué concurrir en el tratamiento. Estos encargados del tratamiento, una vez celebrados los contratos con el responsable del tratamiento, tendrán la facultad de prestar servicios de muy diversa índole: pueden ser, entre otros, actividades frecuentes la elaboración de nóminas por parte de un asesor laboral para los trabajadores del responsable del tratamiento, la gestión de una comunidad de propietarios por el administrador de fincas o el alojamiento del sitio web por un prestador de servicios de la sociedad de la información.

Además de la anterior, una segunda conclusión que podríamos inferir es la imposibilidad de que la determinación de las finalidades y de los medios del tratamiento que corresponde al responsable el tratamiento pueda delegarse en el encargado del tratamiento; nada más lejos de la realidad. Encargar el tratamiento siempre estará sujeto a las instrucciones marcadas por el responsable del tratamiento, siendo esta la diferencia más importante que distingue a ambas figuras. Es por ello que, en la relación entre el responsable del tratamiento y el encargado del tratamiento, no es posible hablar de comunicación, transmisión o cesión de datos, ya que tan sólo una de las dos partes cuenta con el estatus de responsable del tratamiento.

Evidentemente, la ficción jurídica descrita desaparece en aquellos casos en los que el encargado del tratamiento se separa de las directrices marcadas por el responsable del tratamiento y establece, por sí mismo y con la extensión que sea, los fines y los medios de tratamiento. Esta cuestión está contemplada en los artículos 28.10 RGPD y 33.2.2º LOPDGDD, que disponen que, cuando suceda este supuesto, el encargado del tratamiento tendrá la consideración de responsable del tratamiento en relación con dicho tratamiento, con todas las consecuencias, ciertamente relevantes, que de ello se desprende.

Por lo demás, la designación adecuada del encargado del tratamiento conllevará relevantes efectos. Más allá de la cualificación técnica o profesional que haya de reunir el prestador de servicios designado y de los recursos de que disponga, la nueva normativa en materia de protección de datos personales exige al responsable del tratamiento, dentro del artículo 28.1 RGPD, que cuente tan sólo con encargados del tratamiento que ofrezcan garantías suficientes para aplicar medidas técnicas y organizativas adecuadas en relación con el específico tratamiento que le sea encomendado. Esta previsión, pese a que parece aludir únicamente a las medidas de seguridad contempladas en el artículo 32 RGPD, ha de ser interpretada de manera mucho más general, ya que exige, de igual modo, que su aplicación se lleve a cabo de modo que el tratamiento sea conforme con las exigencias de la normativa sobre protección de datos y garantice la protección de los derechos del interesado.

Más allá de lo anterior, la nueva normativa ha perseguido el mantenimiento del deber de diligencia in eligendo del responsable del tratamiento que ya constaba en la DPDP derogada y que fue incorporado al ordenamiento jurídico español por medio del RDLOPD. Este sistema tiene un aspecto positivo, como es la creación, indirecta, de la obligación en el encargado del tratamiento de albergar las garantías adecuadas para satisfacer el contenido de la normativa para no quedar al margen del mercado y que extiende su validez a todos aquellos sujetos a los que se recurra como subencargados del tratamiento, tal y como se desprende del artículo 28, apartados 2 y 4, RGPD. Estos apartados incorporan la posibilidad de que el encargado del tratamiento delegue en terceros (subencargados del tratamiento) la realización de actividades que se le haya encomendado directamente por el responsable del tratamiento, dando respuesta a una realidad cada vez más frecuente en el mercado, tendente a la especialización. Para ello, la nueva normativa impide al encargado del tratamiento delegar alguna de sus funciones en otros encargados del tratamiento, salvo que reciban una autorización previa por escrito, específica o general, del responsable del tratamiento. Así prevista, esta redacción nos lleva a la figura del contrato en nombre y por cuenta de terceros, encuadrable en el artículo 1259 CC, más que a la subcontratación stricto sensu, ya que es necesaria la autorización, específica y por escrito, del responsable del tratamiento.

La necesidad de que esta autorización se produzca de manera específica o general resulta también relevante. Ante todo, parece ser que alude a aquellos casos en los que se hayan especificado minuciosamente los prestadores de servicios a los que se podrá recurrir y las actividades que tendrán que llevar a cabo; en este supuesto, no será necesaria la intervención del responsable del tratamiento desde un punto de vista contractual. En cambio, en aquellos casos de autorizaciones más abiertas o inconcretas, el encargado del tratamiento tendrá la obligación de comunicar al responsable del tratamiento cualquier modificación prevista respecto de la incorporación o sustitución de otros encargados del tratamiento, dándole la posibilidad de manifestar su desacuerdo con la designación de aquellos que no sean, en su opinión, adecuados. Tal comunicación, como parece evidente, deberá producirse con anterioridad al comienzo de las operaciones de tratamiento que haya de realizar el subencargado del tratamiento; de lo contrario, el encargado del tratamiento inicial podría estar incumpliendo las exigencias del responsable del tratamiento, con el peligro que de ello se deriva de infracción de la normativa en materia de protección de datos personales.

Nada irrelevante es, tampoco, el hecho de que esta nueva regulación no utilice ningún término concreto para hacer alusión a estos subencargados del tratamiento. Se ha preferido, creemos, hacer recaer sobre esta figura un

régimen de derechos y obligaciones que resulta de aplicación al encargado del tratamiento, de ahí que tengan esta consideración a todos los efectos.

Por lo demás, conviene aludir también al artículo 33.2.1º LOPDGDD, que establece que tendrá la consideración de responsable del tratamiento y no la de encargado del tratamiento quien, en su propio nombre y sin que conste que actúa por cuenta de otro, establezca relaciones con los afectados (interesados), aun cuando exista un contrato o acto jurídico con el contenido fijado en el artículo 28.3 RGPD. No obstante, esta previsión no será aplicable a los encargos de tratamiento efectuados en el marco de la legislación de contratación del sector público.

Más allá de lo anterior, se contemplan dos vías que harían posible a los encargados del tratamiento demostrar la concurrencia de las garantías suficientes que exige la norma:

- a. En primer lugar, la adhesión a códigos de conducta, regulados, como ya se ha indicado anteriormente, en los artículos 40 y 41 RGPD y 38 LOPDGDD.
- b. En segundo lugar, la adhesión a mecanismos de certificación, previstos en los artículos 42 y 43 RGPD y 39 LOPDGDD.

La adhesión del encargado del tratamiento a cualquiera de estas vías servirá como instrumento para acreditar la concurrencia de las mencionadas garantías, en una suerte de presunción iuris tantum de su aptitud para realizar el tratamiento de datos personales que, como no puede ser de otra manera, habrá de ser tenida en consideración por el responsable del tratamiento a la hora de analizar la diligencia en la designación de posibles encargados del tratamiento.

2. OBLIGACIONES BÁSICAS DEL ENCARGADO DEL TRATAMIENTO EN CUANTO PRESTADOR DE SERVICIOS

La obligación de que el responsable del tratamiento plasme en un documento contractual el encargo realizado al encargado del tratamiento para llevar a cabo operaciones de tratamiento no constituye una novedad, ya que también estaba recogida en la regulación anterior, en la que se disponía que la realización de actividades de tratamiento por encargo habría de estar recogida en un contrato u otro acto jurídico que vinculase al encargado del tratamiento con el responsable del tratamiento.

No obstante, la nueva regulación va mucho más allá a la hora de explicitar los requisitos de este contrato. Pese a que los artículos 28 RGPD y 33 LOPDGDD atribuyen una suerte de libertad formal, al ser posible que la relación se ampare en cualquier acto jurídico suficientemente vinculante, obligan, no obstante, a que se concreten una serie de aspectos, que comienzan por la especificación

del propio tratamiento que se persigue delegar. Más concretamente, han de detallarse elementos como el objeto, la duración, la naturaleza y los fines del tratamiento, el tipo de datos personales y categorías de interesados o las obligaciones y derechos a asumir por el encargado del tratamiento.

Seguidamente, se establecen una serie de aspectos que habrán de integrarse específicamente en el contrato que se celebre entre el responsable del tratamiento y el encargado el tratamiento (Díez, 2019, p. 29; Farré, 2010, p. 1103):

- a. La obligación del encargado del tratamiento de llevar a cabo el tratamiento de los datos personales tan sólo bajo las instrucciones estrictas encomendadas por el responsable del tratamiento.
- b. La necesidad de que el contrato incluya obligaciones de confidencialidad en relación con las personas físicas que puedan llegar a tener acceso efectivo a los datos personales objeto de tratamiento por haber recibido autorización para ello. Tales deberes podrán ser contractuales o venir emanados de la normativa profesional o laboral que resulte de aplicación, como sucede en el supuesto de determinadas profesiones liberales (como las de médicos o abogados) o de algunos convenios colectivos (como los de empresas de seguridad o bancos), entre otros.
- c. La incorporación al contrato que se celebre entre el responsable del tratamiento y el encargado del tratamiento de aquellas medidas que resulten adecuadas para proteger la seguridad del tratamiento.
- d. También deberá quedar recogida la obligación que tiene el encargado del tratamiento de no recurrir a subencargados del tratamiento sin recabar la necesaria autorización previa del responsable del tratamiento o sin firmar los contratos correspondientes.
- e. De igual modo, se tendrá que incorporar en el contrato el deber que tiene el encargado del tratamiento de asistir al responsable del tratamiento, en la medida de lo posible, para el cumplimiento del deber de responder a las solicitudes de ejercicio de derechos que sean efectuadas por los titulares de los datos personales. En este sentido, el encargado del tratamiento tendrá que implementar medidas técnicas y organizativas que sean adecuadas, teniendo en consideración la naturaleza del tratamiento de los datos personales que les hayan sido delegados. Con ello, se estaría haciendo una remisión evidente, entendemos, a las obligaciones previstas en el artículo 25 RGPD, que regula el principio de protección de datos desde el diseño y por defecto.
- f. Resulta imprescindible hacer constar en el contrato la obligación del encargado del tratamiento de ayudar al responsable del tratamiento al cumplimiento de las obligaciones en materia de seguridad que a este le corresponden. Aludimos aquí, en esencia, a los artículos 32 (seguri-

dad del tratamiento), 33 (notificación de una violación de la seguridad de los datos personales a la autoridad de control), 34 (comunicación de una violación de la seguridad de los datos personales al interesado), 35 (evaluación de impacto relativa a la protección de datos) y 36 (consulta previa), todos ellos del RGPD.

- g. A elección del responsable del tratamiento, tendrá que preverse la supresión o devolución, por el encargado del tratamiento, de la totalidad de los datos personales que hayan sido objeto de tratamiento en el momento en se produzca la finalización de la prestación del servicio, borrando todas las copias que conserve de tales datos personales, salvo que la normativa aplicable exija su conservación. En este sentido, destaca el desarrollo realizado por el artículo 33, apartados 3 y 4, LOPDGDD, que establece que el responsable del tratamiento determinará si, cuando finalice la prestación de los servicios del encargado del tratamiento, los datos personales deben ser destruidos, devueltos al responsable del tratamiento o entregados, en su caso, a un nuevo encargado, no procediendo la destrucción de los datos cuando exista una previsión legal que obligue a su conservación, en cuyo caso deberán ser devueltos al responsable del tratamiento, que garantizará su conservación mientras tal obligación persista. A ello, añade que el encargado del tratamiento podrá conservar, debidamente bloqueados, los datos en tanto pudieran derivarse responsabilidades de su relación con el responsable del tratamiento.
- h. El encargado del tratamiento tendrá también la obligación de poner a disposición del responsable del tratamiento toda aquella información que resulte necesaria para acreditar el cumplimiento de las obligaciones que le corresponden y permitir al responsable del tratamiento la realización de auditorías e, incluso, inspecciones, con esta finalidad, ya sea personalmente o por medio de un auditor autorizado a tal efecto. Además, el encargado del tratamiento deberá informar inmediatamente al responsable del tratamiento si, en su opinión, una instrucción infringe la normativa aplicable.

Por lo demás, y en cuanto a la vigencia de los contratos de encargado del tratamiento suscritos con anterioridad a la normativa actual en materia de protección de datos, la Disposición transitoria quinta de la LOPDGDD dispone que los contratos de encargado del tratamiento suscritos con anterioridad al 25 de mayo de 2018 al amparo de lo dispuesto en el artículo 12 LOPD mantendrán su vigencia hasta la fecha de vencimiento señalada en los mismos y, en el supuesto de haberse pactado de forma indefinida, hasta el 25 de mayo de

2022. Durante dichos plazos, cualquiera de las partes podrá exigir a la otra la modificación del contrato a fin de que el mismo resulte conforme a lo dispuesto en los artículos 28 RGPD y 33 LOPDGDD.

Resulta llamativo el apartado concerniente a la realización de auditorías [artículo 28.3.h) RGPD], que parece exceder de la genérica culpa in vigilando que contemplaba la normativa comunitaria precedente y se aproxima más al sistema proporcionado por la Decisión 2010/87/CE, de 5 de febrero de 2010, relativa a las cláusulas contractuales tipo para la transferencia de datos personales a los encargados del tratamiento establecidos en terceros países, de conformidad con la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. Así, mientras la normativa anterior obligaba al responsable del tratamiento a asegurar la satisfacción de las medidas de seguridad por parte del encargado del tratamiento, sin más detalle, la nueva regulación prefiere posibilitar al responsable del tratamiento la capacidad de realizar inspecciones en relación con los tratamientos efectuados por el encargado del tratamiento. Es esta una facultad que deviene en obligación, ya que se relaciona con el principio de responsabilidad, que resulta de aplicación al responsable del tratamiento en virtud de los artículos 5.2 y 24 RGPD, y con el deber del delegado de protección de datos de supervisar el cumplimiento de esta nueva normativa, también por parte de los encargados del tratamiento, dentro del apartado primero del artículo 39 RGPD.

En cualquier caso, esta culpa in vigilando parece llegar a afectar, de igual modo, al encargado del tratamiento. El motivo se encuentra en el hecho de que la regulación exija al encargado del tratamiento proceder a informar de manera inmediata al responsable del tratamiento en el supuesto de que, en su opinión, alguna de las instrucciones que le sean proporcionadas por el responsable del tratamiento incumpla lo establecido en la normativa aplicable. Sería útil llegar a conocer el alcance y las consecuencias que se derivarían de la aplicación de este precepto por parte de las autoridades de supervisión y de los juzgados y tribunales, cuestión esta que entendemos que se acabará delimitando.

Más allá de lo anterior, el artículo 28.9 RGPD obliga a hacer constar por escrito el contrato o acto jurídico que discipline la relación entre el responsable del tratamiento y el encargado del tratamiento. No obstante, ello no hace sino reiterar lo establecido en el artículo 24 RGPD, que exige al responsable del tratamiento que sea capaz de acreditar que el tratamiento realizado es adecuado con la nueva regulación, de modo que, entendemos, es el documento, sea en formato físico o en formato electrónico, el único que permite demostrar si el acuerdo celebrado entre las partes satisface o no las formalidades exigidas por la normativa.

Tenemos que subrayar, por último, que la obligación de hacer constar por escrito las relaciones entre las partes que intervengan en el tratamiento de los datos personales afecta, de igual modo, a los subencargados del tratamiento. Así las cosas, el contrato que se celebre tendrá que trasladar los deberes estipulados entre el responsable del tratamiento y el encargado el tratamiento a los subencargados del tratamiento.

Junto a ello, también se establecen otras obligaciones para los encargados del tratamiento. En concreto, la nueva normativa en materia de protección de datos personales afecta de manera relevante a la forma en que los encargados del tratamiento deben llevar a cabo su actividad. Son múltiples los preceptos que atribuyen a los encargados del tratamiento deberes de carácter técnico y organizativo, a los que debemos hacer, siquiera someramente, referencia, debido a su novedad:

- a. En primer lugar, se encuentra la eliminación del deber de notificar a la autoridad de control aquellos tratamientos que vayan a realizarse, que se ve reemplazada, tal y como se ha puesto de manifiesto en líneas anteriores, por la elaboración del conocido como registro de las actividades de tratamiento (artículos 30 RGPD y 31 LOPDGDD), que, de tener que ser elaborado, habrá de estar a disposición de la autoridad de control que lo solicite (apartado 4 del artículo 30 RGPD). En este sentido, el encargado del tratamiento que tenga esta obligación deberá llevar su propio registro, en el que incluya, entre otras cuestiones, cada actividad de tratamiento que mantenga con el responsable del tratamiento por cuenta del cual actúe, detallando las medidas técnicas y organizativas de seguridad que está llevando a cabo; en relación con estas medidas, si el encargado del tratamiento llega a conocer cualquier tipo de violación de la seguridad en relación con los datos personales del interesado, tendrá que comunicarlo, sin dilación indebida, al responsable del tratamiento, con el fin de que este pueda notificarlo a la autoridad de control y proceder a la adopción de las medidas que resulten adecuadas para mitigar o remediar los posibles efectos negativos que ello ocasione.
- b. En segundo lugar, se encuentra el deber de designar un delegado de protección de datos, en las mismas circunstancias que sean de aplicación al responsable del tratamiento y con todos los deberes que de ello se desprende (artículos 37 a 39 RGPD y 34 a 37 LOPDGDD).
- c. En tercer y último lugar, en relación con las transferencias de datos personales a terceros países u organizaciones internacionales, se establece la obligación del encargado del tratamiento de comprobar que

el receptor de tales datos personales cuenta con garantías suficientes (artículos 44 a 50 RGPD y 40 a 43 LOPDGDD). Este aspecto, de acuerdo con la normativa comunitaria precedente (artículo 26.2 DPDP) estaba reservado al responsable del tratamiento (Santamaría, 2011, p. 145).

III. BIBLIOGRAFÍA

- AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, Guía para la evaluación de impacto, p. 7.
- COSTA HERNANDIS, R., “Responsabilidad del responsable del tratamiento (art. 24 RGPD. Art. 28 LOPDGDD)”, en AA.VV., La adaptación al nuevo marco de protección de datos tras el RGPD y la LOPDGDD (Coord. LÓPEZ CALVO, J.), Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2019, pp. 409 a 419.
- COSTA HERNANDIS, R., “Registro de actividades de tratamiento (art. 30 RGPD. Art. 31 LOPDGDD)”, en AA.VV., La adaptación al nuevo marco de protección de datos tras el RGPD y la LOPDGDD (Coord. LÓPEZ CALVO, J.), Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2019, pp. 437 a 445.
- DÍAZ ALMEIDA, J., “Seguridad y protección de datos: el análisis de riesgo y la evaluación de impacto”, en I+S: Revista de la sociedad española de informática y salud, núm. 128, 2018, p. 70.
- DÍEZ PÉREZ, A., “Protección de datos de carácter personal: contrato entre el responsable y el encargado del tratamiento de datos personales”, en Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: revista técnica especializada en Administración local y Justicia municipal, núm. 5, 2019, pp. 28 y 29.
- FARRÉ TOUS, S., “El encargado del tratamiento en el ámbito de las Administraciones Públicas”, en AA.VV., Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal (Dir. TRONCOSO REICADA, A.), Ed. Civitas, Madrid, 2010, pp. 1103 a 1125.
- GÓMEZ NAVAJAS, J., La protección penal de los datos personales: análisis típico del artículo 197.2 del Código Penal, Universidad de Granada, 2000.
- LÓPEZ ÁLVAREZ, L.F., “La responsabilidad del responsable”, en AA.VV., Reglamento general de protección de datos: hacia un nuevo modelo europeo de privacidad (Dir. PIÑAR MAÑAS, J.L.), Ed. Reus, Madrid, 2016, pp. 279 y 280.
- LÓPEZ CAZALILLA, A., “El representante del responsable o del encargado del tratamiento de datos personales en la regulación actual”, en Diario La Ley, núm. 9271, 2018, p. 7.
- MALUQUER DE MOTES I BERNET, C.J., “Códigos de conducta y buenas prácticas en la gestión de datos personales”, en AA.VV., Protección de datos personales en la sociedad de la información y la vigilancia (Coord. LLÁCER MATACÁS, M.R.), Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2011, pp. 118 a 133.

- PIÑAR MAÑAS, J.L., “Códigos de conducta y espacio digital: especial referencia a la protección de datos”, en Datospersonales.org: la revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, núm. 44, 2010, pp. 3 a 17.
- POVEDANO ALONSO, D., “Responsabilidad activa en la protección de datos: el responsable y el encargado del tratamiento en el ámbito local”, en AA.VV., Aplicación práctica y adaptación de la protección de datos en el ámbito local: novedades tras el Reglamento Europeo (Dir. CAMPOS ACUÑA, A.C.), Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2018, pp. 331 a 356.
- RABAZO AUÑÓN, N., “Los códigos de conducta y las certificaciones en el RGPD (arts. 40-43 RGPD. Arts. 38-39 y Disposición transitoria segunda LOPD-GDD)”, en AA.VV., La adaptación al nuevo marco de protección de datos tras el RGPD y la LOPDGDD (Dir. LÓPEZ CALVO, J.), Ed. Wolters Kluwer, Madrid, pp. 549 a 568.
- SANTAMARÍA RAMOS, F.J., El encargado independiente: figura clave para un nuevo derecho de protección de datos, Universidad Complutense de Madrid, 2011, p. 145.
- SANZ MARCO, L., “Medidas organizativas para la implantación del marco legal de protección de datos personales: el registro de actividades de tratamiento”, en AA.VV., Aplicación práctica y adaptación de la protección de datos en el ámbito local: novedades tras el Reglamento Europeo (Dir. CAMPOS ACUÑA, M.C.), Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2018, pp. 235 a 256.
- SERRANO PÉREZ, M.M., El Derecho Fundamental a la Protección de Datos. Derecho Español y Comparado, Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2003, p. 377.
- SOLANA VILASAU, M./VILA MUNTAL, M.Á., “Intimidad y datos personales en Internet”, en AA.VV., Principios de Derecho de la Sociedad de la Información (Coord. PEGUERA POCH, M.), Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 215.
- TASCÓN LÓPEZ, R., “La adopción de códigos tipo en el ámbito laboral para la protección para la protección de datos personales”, en AA.VV., Ética empresarial y códigos de conducta (Dir. GOÑI SEIN, J.L.), Ed. La Ley, Madrid, 2011, pp. 531 a 572.
- VIRGURI CORDERO J., “Los mecanismos de certificación (códigos de conducta, sellos y marcas)”, en AA.VV., Hacia un nuevo Derecho europeo de protección de datos (Coord. RALLO LOMBARTE, A./GARCÍA MAHAMUT, R.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 901 a 957.

REFLEXIONES SOBRE PRIVACIDAD, INTIMIDAD Y DERECHOS HUMANOS EN EL CONTEXTO ACTUAL

Claude Vergès - PANAMÁ

RESUMEN

El derecho a la privacidad ha sido confundido con el derecho a la intimidad o a la integridad, todas condiciones necesarias para el desarrollo de la personalidad propia. La inclusión del concepto de dignidad en la Declaración Universal de los Derechos Humanos implica el respeto a la intimidad y a la integridad individual, y constituye una exigencia moral frente a las desigualdades existentes en América Latina, que niegan esta dignidad. Se hace una revisión de la literatura existente sobre estos tópicos y el marco jurídico asociado, comparándolos con su aplicación real.

ABSTRACT

Right to privacy has been confounded with right to intimacy or to integrity, both necessary conditions for self-development of personality. The inclusion of the concept dignity in the Universal Declaration of Human Rights includes respect to individual intimacy and integrity, and represents a moral duty against the inequities in Latin America which deny said dignity. A review of the existing literature on these matters and the legal framework related to them is presented, comparing them with the actual application of these rights.

RÉSUMÉ

Le droit à la dignité a été souvent confondu avec le droit à l'intimité ou à l'intégrité, toutes conditions nécessaires au développement personnel. L'inclusion du concept de dignité dans la Déclaration Universelle des Droits Humains, implique le respect à l'intimité et à l'intégrité individuelle, et constitue une exigence morale face aux inégalités existantes en Amérique Latine, qui nient cette dignité. Une révision de la littérature sur ces concepts et les normes juridiques associées est présentée, en les comparant avec leur application réelle.

“Intimidad necesitamos todos, el Sol pone nubes a modo de cortinas porque quiere estar solo.” - XHELAZZ¹

“La intimidad está secuestrada, se debe conquistar o negociar”
FERNANDO SAVATER²

“La privacidad ha muerto y Social Media la mató.”
PETE CASHMORE³

¿PRIVACIDAD, INTIMIDAD, INTEGRIDAD O DIGNIDAD?

Las inquietudes de ciudadanos y asociaciones sobre la perdida de privacidad con las medidas de rastreo electrónico de personas positivas por COVID19 en el marco del control de la pandemia, han puesto al día la fragilidad de la privacidad y de la intimidad en nuestros días (Deutsche Welle 2017, Lecuona 2019). ¿Estos derechos incluyen la integridad? ¿La dignidad proclamada por la Declaración Universal de los Derechos Humanos es un concepto diferente? ¿O los incluye? ¿La amenaza percibida a la privacidad se debe a la tecnología? Intentaremos aclarar unas pistas.

De la privacidad a la autonomía Para la Real Academia Española (RAE), la privacidad es un sustantivo femenino que significa “el derecho y propiedad de la propia intimidad y vida privada, e incluye el ámbito de la vida privada que se tiene derecho a proteger de cualquier intromisión”. (Diccionario de la lengua española, 2005) Esta definición distingue el derecho de propiedad sobre uno mismo y el ámbito espacial que la limita; la intimidad se define aparte como “amistad íntima; y zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia.” Esta definición de la RAE tiene dos implicaciones: 1) el derecho a la privacidad está supeditado al derecho a la propiedad a la cual nadie más que el dueño tiene derecho (Locke, 2006, citado por Sánchez Rojo); 2) la intimidad es espiritualidad.

Ambos significados se excluyen o se confunden en el lenguaje social. Toscano cita a Mills (Toscano 2017, p 536) que concebía el concepto de privacidad como una “dimensión fundamental del constitucionalismo liberal” que busca limitar el “poder político a fin de salvaguardar los derechos y libertades individuales... y límites al control social sobre el individuo” porque el “control social sólo puede ser justificado para prevenir el daño a otros”, ubicándose en

¹ Xhelazz <https://pensamientoscelebres.com/tema/intimidad/2>

² Fernando Savater Ética de urgencia Ariel, Madrid. 2012 ISBN 978-84-344-0490-8, p 60

³ Pete Cashmore, Mashable CEO <http://nereanieto.com/diariodeunaescritora/blog/las-mejores-20-frases-y-consejos-sobre-redes-sociales/>

el desarrollo del capitalismo liberal individualista. Según Noël (2005, p 385) la palabra “individuo”, procede del latino “individuum” que significa “lo que es indivisible” cuya integridad debe ser respetado “como valor intrínsecamente humana”⁴ que le procura su dignidad. La primacía del individuo “libre” como valor primario de la sociedad liberal, ha logrado el reconocimiento de los derechos políticos que incluyen la libertad de religión y de opiniones políticas, así como el respeto del domicilio y de las comunicaciones de los datos personales como privativo de su dueño. Al mismo tiempo el enfoque del “individuo autónomo”, le otorga la responsabilidad de sus decisiones sin tomar en cuenta los factores de vulnerabilidad económica, ambiental, social y cultural que la pueden afectar.

El espacio físico privado, nos permite aislarnos de los demás para pensar o dar cabida a nuestros deseos personales sin intromisión o interrupciones de otros. Sin embargo, cuando hay evidencias que una persona o grupo está en peligro, la intervención del estado o de los organismos designados por él es permitida. Esta argumentación ha sido ampliamente retomada por los gobiernos para tomar medidas de seguridad contra el terrorismo (Varona Martínez, 2008) o en situación de riesgo para la salud pública como para la pandemia de COVID19. Pero Savater (2012) insiste sobre la separación entre vida pública y vida privada argumentando la fragilidad de la vida privada frente a los otros y particularmente frente a las imposiciones de un gobierno, partido o iglesia; el considera que solo la propia persona puede negociar algunos aspectos de su intimidad en nombre de la seguridad, pero que esta acción debe ser voluntaria luego de un proceso de información que contemple todos los beneficios y riesgos de esta decisión. La pandemia de COVID19 ha evidenciado el rechazo de las medidas de restricción cuando no se acompañan de una información completa, honesta y clara que justifica las medidas temporales y su amplitud (SHS/IBC-COMEST/COVID-19 REV., 2020).

PRIVACIDAD, INTIMIDAD E INTEGRIDAD. Las Definiciones Oxford definen la privacidad como “la relación de amistad estrecha y de gran confianza; el aspecto interior o profundo de una persona, que comprende sentimientos, vida familiar o relaciones de amistad con otras personas; parte de la vida de una persona que se considera que no ha de ser observada desde el exterior, y afecta solo a la propia persona”; y consideran el plural “intimidades, como los asuntos o sentimientos más profundos de una persona”. Estas definiciones revelan la superposición entre los conceptos de privacidad e intimidad, integridad, confianza y protección contra intromisión externa, profundidad de sentimientos o asuntos. Las Definiciones Oxford definen asunto como una

⁴ Esta integridad representa la unidad del cuerpo y del pensamiento.

“cosa o hecho que sucede o interesa, en el que se piensa, del que se trata o sobre el cual se realizan gestiones; una aventura amorosa que se mantiene en secreto” y también “ un tema de una exposición oral o escrita; el argumento de una obra narrativa, novela, película; cosa que se representa en un cuadro o en una escultura; negocio u ocupación de una persona”. Si la primera definición de asunto guarda relación con la intimidad, siendo del dominio estrictamente individual, la segunda señala el alcance de la liberación voluntaria de parte de la intimidad personal en las relaciones sociales. Edgar Morin (1995) considera que la autonomía personal es una construcción de la auto-organización y de la identidad a partir del intercambio con el mundo externo; implica el principio de exclusión⁵, inseparable del principio de inclusión de “nosotros”⁶; en esta relación de intercambio con los otros, el niño o la niña se construye a partir de la conciencia progresiva de si mismo y del valor diferencial que tiene en sus relaciones con los otros, y para ello el niño necesita momentos de intimidad consigo mismo para pensar; poco a poco toma conciencia de su personalidad como ser único entre los demás y no solo para sus padres. Toscano (2017, p 545) cita a James Rachel (1975)⁷ quien consideraba que la privacidad es esencial para crear y mantener relaciones sociales según las personas y los lugares en los cuales nos desenvolvemos, en función de las emociones y de las relaciones personales de afecto, amor y cuidado que queremos compartir o no con los que elegimos. Puede ser difícil delimitar la frontera de la intimidad en las relaciones sociales, cuyo ejemplo extremo está representado por los/las escritores que comparten reflejan su intimidad en sus relatos de vida que son a la vez productos de su creatividad⁸.

Kraut (2008 p 334), considera que la integridad personal alude a la condición de entero, intocado, intacto completo, íntegro, lo cual puede aplicarse a la conducta honesta y coherente de la persona tanto en privado como en sociedad, y al cuerpo humano que no es un objeto, ni puede utilizarse como medio. Se inscribe así, en el concepto de la dignidad de Kant⁹, quien escribe

⁵ Etapas del “yo” único y “no” de la primera infancia.

⁶ De la familia primero y los elegidos externos luego durante las diferentes etapas escolares y experiencias de grupos.

⁷ James Rachels Why Privacy Is Important 1975 http://public.callutheran.edu/~chenxi/Phil315_062.pdf

⁸ La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, organismo especializado del sistema de las Naciones Unidas, reconoce la propiedad intelectual sobre el producto de esta concretización de la intimidad (novela, pintura, poesía) sometido a la evaluación externa.

⁹ Aunque para Kant la dignidad del ser humano no depende de su cuerpo sino de su capacidad de razonamiento.

en la Fundamentación de la metafísica de las costumbres: “El hombre, y en general todo ser racional, existe como fin en sí mismo, no sólo como medio ... Los seres cuya existencia no descansa en nuestra voluntad, sino en la naturaleza, tienen, ... un valor meramente relativo, como medios, y por eso se llaman cosas; en cambio, los seres racionales llámense personas porque su naturaleza les distingue ya como fines en sí mismos, esto es, como algo que no puede ser usado meramente como medio” (Kant citado por Gracia pp92-93). En su revisión de la evolución de la relación al cuerpo humano a través de la historia en Occidente, Galán Tamés (2009), considera que las religiones mono-teístas operaron una separación del cuerpo físico y del “alma” (pensamiento y sentimientos), escondiendo al primero en el ámbito privado de la persona o de su familia, como resultado de la jerarquía establecida entre el “alma” superior y el cuerpo inferior. Este concepto tiene particular relevancia en la atención de salud: algunos médicos consideran que la amputación de algún órgano o extremidad es un gesto técnico necesario para resolver una dolencia sin tomar en cuenta la representatividad que tiene este órgano para la persona afectada y no incluyen el tiempo de privacidad necesario para aceptar esta ruptura de su integridad. Por otra parte, el concepto de integridad ha sido aplicado a las mujeres para perpetuar conceptos tradicionales como la valorización de la virginidad como ideal en las novelas de amor medieval, o al contrario como botín de guerra (Unicef, 2019). Acceder a la privacidad de este cuerpo virgen representa un reto amoroso o una demostración de poder que afecta también su intimidad y le niega la dignidad que se merece como persona.

Cobos Campos (2012, p 75-78) hace una recopilación de las leyes internacionales y nacionales sobre el derecho a la intimidad y lo distingue del derecho a la privacidad: el primer está relacionado con el comportamiento social de la persona e involucra aspectos personales o familiares e implica sentimientos, pensamientos, sexualidad y sus secretos más reservados¹⁰; el segundo requiere de la proyección pública de su titular para hacerse efectivo. Cobos Campos cita una sentencia de la Corte Constitucional Colombiana de 2010¹¹, quien consideró que los principios que sustentan la protección del derecho a la intimidad, y la correspondiente garantía frente a la innecesaria injerencia externa son cinco: 1) el principio de libertad plasmado en la Declaración Universal de los

¹⁰ El atentado al pudor es considerado como la violación de la intimidad que tiene la persona con su cuerpo.

¹¹ Derecho a la intimidad-principios que lo protegen/principio de libertad-concepto/principio de finalidad-concepto/principio de necesidad- concepto/principio de veracidad-concepto/principio de integridad-concepto, Sentencia C-640/10, agosto 18 de 2010, disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-640-10.htm>

Derechos Humanos (ONU 1948) y en todas las Constituciones nacionales, 2) el principio de finalidad que impide obligar a los ciudadanos a revelar datos íntimos de su vida personal, sin un soporte jurídico; 3) el principio de necesidad, limitando la información personal relacionada con la finalidad pretendida mediante su revelación; 4) el principio de veracidad, correspondiente a situaciones reales; 5) el principio de integridad, de la información completa, y no de datos parciales, incompletos o fraccionados que pueden falsear la información. En el mismo tenor, las jurisdicciones nacionales reconocen: a) el derecho a no ser perturbado en el domicilio, que representa el refugio para la persona, su familia y donde guarda las posesiones que mas estima y no quiere compartir con los demás; b) el derecho a la inviolabilidad de la correspondencia privada. Estas disposiciones jurídicas reflejan unas convicciones sociales tan profundamente arraigadas, que las Líneas directrices sobre Derechos Humanos y la Lucha contra el Terrorismo, adoptadas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa en 2002, han incluido el artículo V - Sobre la protección de datos, que indica que, aun dentro del contexto de la lucha contra el terrorismo, es necesario respetar la inviolabilidad del domicilio, y fija tres condiciones para recoger y tratar de datos personales: 1) que se realice de acuerdo con una normativa interna apropiada y una autoridad competente; 2) que sea proporcional al objetivo previsto; 3) que pueda ser supervisada por una autoridad externa independiente. (Varona Martínez 2008).

Hacia la dignidad como derecho humano. Tealdi (2008, p 274-277) considera que el concepto de dignidad es “necesariamente vago” con una “definición implícita” que permite su alcance universal y que implica el reconocimiento y el respeto de los derechos humanos básicos de libertad, igualdad, justicia y paz. La dignidad incluye la autonomía, la integridad tanto del cuerpo en totalidad o parte como de la intimidad que no puede ser violada, por lo tanto la dignidad no puede ser reducida a la autonomía. Toda violación de la intimidad, la integridad o privacidad es una violación de la dignidad como valor prima facie de los derechos humanos. Sádaba (2019) coincide con Tealdi (2008, op cit)¹² al considerar que cualquier violación de los derechos humanos¹³ debe

¹² Los autores del capítulo sobre la dignidad humana (González Valenzuela “Dignidad humana”, pp 277-278; De Barchifontaine CdeP “Humanismo y dignidad”, pp 278-280; Pfeiffer ML “Vida, cuerpo y dignidad humana”, pp 280-282, Tealdi JC “Crímenes de lesa humanidad” pp 282-284) insisten sobre su “reconocimiento como la condición de humano para sí mismo y para los demás como iguales” y por lo tanto la obligación del cumplimiento de los derechos humanos, y que todas las violaciones a estos derechos deben entenderse como crímenes de lesa humanidad.

¹³ La Declaración y Programa de Acción de Viena (Conferencia Mundial de Derechos Humanos 1993) presenta la universabilidad, indivisibilidad e interdependencia y

suscitar la indignación de las personas que tienen conocimiento de estas violaciones, porque esta indignación constituye la esencia de la vida en sociedad y del desarrollo humano.

El concepto de respeto [a la dignidad], es analizado por González Valenzuela (2008, en Tealdi p 278): su origen es el verbo latino “re-spectare [que] significa: mirar de nuevo, mirar desde dentro y hacia dentro”, y considera que el respeto significa “asumirse a sí mismo o asumir al otro en la esencial dignidad”. Esta definición reafirma que para asumirse a sí mismo es necesario disfrutar de intimidad y privacidad, así como asumir la dignidad del otro implica respetar su intimidad, integridad y privacidad. Al igual que los derechos humanos son indivisibles y complementarios para asegurar el respeto de la dignidad humana, estos tres conceptos son indivisibles y complementarios. El privilegio dado a uno u otro de estos conceptos dependerá de las circunstancias en las cuales se le incluye: privacidad en caso de libertades políticas y de relaciones sociales o de acceso al cuerpo y al espacio definido por la persona, intimidad como derecho personalísimo a ser uno mismo, integridad del cuerpo o de la continuidad entre la conducta pública y privada¹⁴.

La integridad del cuerpo o “el derecho al propio cuerpo es condición existencial inalienable de todos los seres humanos” (Porto, 2008, p 233), porque expresa la legitimidad de la vida de un ser humano biológico, moral y social reconocido por las leyes que le deben protección. Sin embargo, Porto recuerda que la “cosificación del cuerpo femenino” y las normas sociales tradicionales que le han impuesto a través de los siglos, han sido amparadas por las leyes. La apropiación del cuerpo y de su autonomía de decisión por personas ajenas a la mujer, afecta también a los adolescentes¹⁵ y los ancianos¹⁶. Los estudios multidisciplinares del feminismo analizaron las relaciones de poder y jerarquía en las sociedades liberales, a pesar de la proclamación oficial de la igualdad ciudadana (Nicolás Lazo 2013). En particular demostraron que los contratos matrimoniales permiten la dependencia y la opresión de las mujeres en el ámbito privado del sistema patriarcal, y denunciaron el amparo jurídico de la privacidad de la familia y del domicilio, en tanto pone a la merced del

la relación de los derechos humanos entre sí. <https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/vienna.pdf>

¹⁴ Este último concepto ha sido reemplazado comúnmente por el de honestidad o de transparencia.

¹⁵ Prácticamente todos los países de América Central no tienen programas oficiales de educación sexual con una consiguiente alta tasa de embarazo en niñas adolescentes.

¹⁶ La pandemia de COVID19 ha dado lugar a la marginación y discriminación de los ancianos por su vulnerabilidad biológica

patriarca a la mujer y a sus hijos/hijas. Frente a ello, “... La epistemología feminista utiliza la metodología de investigación de la sociología jurídica para entender el derecho como instrumento creador, reproductor o perpetuador de la opresión de las mujeres” (Nicolás Lazo, p 26). Esta óptica de reversión de las leyes ha permitido cambiar y modificar o adoptar nuevas leyes. Por ejemplo, la Declaración sobre la eliminación de la violencia en todos los ámbitos, incluyendo la familia por el solo hecho de ser mujer¹⁷ (p 103) ha sido la respuesta jurídica a la violencia estructural de género que violenta la dignidad e impide el desarrollo personal de las mujeres. El otro aspecto de violación al derecho a la dignidad, la intimidad, y la integridad de las mujeres y niñas, han sido las diferentes regulaciones de su sexualidad y de la reproducción. Para las feministas, “lo personal es político” (Nicolás Lazo, p 157), recuperando el accionar de las políticas estatales en la argumentación. Nuevamente, el enfoque legalista ha permitido la adopción del Programa de Acción aprobado en la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo (1994) y la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing (1995) que recogen los diversos aspectos del derecho de las mujeres y niñas a la salud sexual y reproductiva; este reconocimiento incluye el respeto de su dignidad como personas y por ende su derecho a la intimidad, la integridad y la privacidad de su cuerpo y de su “yo”. Sin embargo, su aplicación ha sido irregular en los diferentes ámbitos nacionales.

Otro grupo afectado en su cuerpo y su intimidad ha sido los esclavos africanos en las Américas, como lo muestra Martínez de Codes (1994) que oficializó la apropiación de un ser humano por otro o su sometimiento, y privado del derecho de movimientos y de su autonomía, y por lo tanto privado de su dignidad. Edgar Morin (1995, op cit) sugiere que los esclavos (de la sociedad egipcia) elaboraban dos vidas para poder aceptar su servidumbre y sometimiento total: la vida pública de obediencia automática y la privada familiar privada. Sin embargo, la historia de la esclavitud en Las Américas y de las condiciones de vida de los esclavos/esclavas revela que el derecho a la privacidad e intimidad familiar era frecuentemente violado (Martínez de Codes, 1995) y esta historia negativa tiene repercusiones hasta nuestros días.

La violación de la integridad del cuerpo, en particular la venta de órganos (Meyer, 2018) es otro reflejo de las desigualdades, de la pobreza y de las diferentes formas de sobrevivencia de las familias en estas condiciones. La

¹⁷ Resolución As. Gen ONU 48/104 de 20 de diciembre 1993. Esta resolución ha tenido un impacto importante en las legislaciones nacionales. Sin embargo, su aplicación no ha impedido que la violencia contra las mujeres, desde la violación de su intimidad hasta los femicidios, siga hasta nuestros días, e inclusive se vea agravada por las medidas de confinamiento exigidas para prevenir la difusión del COVID19.

Red Latinoamericana y El Caribe de bioética / Unesco ha insistido desde su creación sobre el cumplimiento de los derechos humanos básicos como un requisito absoluto mínimo de la bioética.

El desarrollo de la bioética clínica y de los derechos de pacientes ha insistido sobre el respeto de la dignidad del enfermo, de su autonomía de decisión a través del consentimiento informado y de la confidencialidad de sus datos por el personal sanitario (Sotomayor et al, 2018). La reflexión sobre la ausencia de privacidad en la atención sanitaria institucionalizada, pública o privada, se ha enfocado principalmente sobre la perdida del “secreto médico” (Viesca y De La Fuente 2002, p 135). El fluograma de atención inicia con el registro de los datos personales del paciente por el personal administrativo a su llegada a la institución sanitaria, sigue con la entrega de la historia personal total o parcial a los diferentes médicos y enfermeras, personal técnico para concretar el diagnóstico y el tratamiento. A esta entrega de partes de la privacidad del paciente, voluntaria pero condicionada por su necesidad de tratamiento, se agrega la perdida de la privacidad de su cuerpo en manos del personal de salud. Beauchamps y Childress (pp 294-312) consideran que la relación médica otorga el derecho a la persona de dar acceso a su intimidad sin perder su autonomía. Para estos autores, la intimidad está sujeta a la autonomía que prima sobre toda otra consideración. Sin embargo, el paciente necesita tener una gran dosis de confianza en el personal y la institución, o tener una absoluta necesidad para entregar voluntariamente su cuerpo y sus intimidades a los múltiples actores del acto sanitario. Por ello, la reflexión bioética sobre esta evolución de la relación clínica ha insistido sobre el deber de información por parte del médico en el proceso de dialogo que termina con el consentimiento del paciente a las acciones médicas (Gracia, 2010). Sin embargo, solo la curación y salida del hospital permitirá al paciente construir de nuevo su intimidad y la privacidad de su cuerpo, sabiendo que no podrá recuperar lo que entregó durante su enfermedad. El respeto a la noción de dignidad de la persona/paciente, es esencial para permitir la superación de las invasiones (necesarias), del proceso de enfermedad/tratamiento y la recuperación del “yo”. Este respeto a la dignidad implica tomar las medidas estructurales¹⁸ para preservar la privacidad del paciente, en su cuerpo y las funciones del cuerpo, y su intimidad dándole la posibilidad de aislarlo. Sin embargo, los médicos han delegado estas consideraciones al cuerpo de enfermería, y las reflexiones y los programas sobre “la calidad de la atención médica” han sido dirigidos hacia el resguardo de la confidencialidad de los datos del expediente clínico físico y electrónico (Soro-

¹⁸ Estas medidas deben iniciar desde el diseño de la estructura hospitalaria, e incluyen medidas menores como la colocación de separaciones móviles, o las discusiones médicas en lugares adecuados.

kin et al 2019). Es cierto que la relación médico-paciente¹⁹ está basada sobre la confianza que el paciente tiene de que el médico guardará el secreto sobre los datos íntimos que le ha entregado y a los cuales le ha permitido acceso. Garay (2008) considera que el principio de confidencialidad se relaciona con la intimidad y la privacidad y que es “un deber ético y una obligación jurídica” para los profesionales del equipo de salud²⁰, todos los médicos pronuncian el Juramento de Hipócrates y el personal sanitario está educado en el respeto del principio de confidencialidad. Sin embargo el valor de la dignidad humana ha sido abordado en los programas de bioética, de reciente inclusión en los currículos de las carreras sanitarias.

Beauchamps y Childress (pp 294-312) consideran que la autonomía prima sobre toda otra consideración, inclusive el riesgo de violación de la autonomía/privacidad de la persona y la necesidad de preservar la confidencialidad de su información deben ser tomados en cuenta en el diseño de las políticas públicas, establecidas en un enfoque consecuencialista del mejor bien para la mayoría de personas. Para estos autores, el derecho a la autonomía constituye una Ley prima facie, y, al igual que Garay (2008, op cit), recuerdan que la obligación de confidencialidad hacia los datos privados de la persona hace parte del Juramento Hipocrático y de la Declaración de Ginebra de la Asociación Médica Mundial como una obligación médica principal. Apoyándose en el respeto a la autonomía del paciente, Manzini (p 443) considera que la excepción del “privilegio terapéutico” ha perdido este carácter excepcional por el paternalismo médico todavía imperante en toda una generación que tiene dificultades para adaptarse a los derechos de los enfermos, y por la falta de preparación para transmitir directamente las malas noticias; usando de este “privilegio” dirigen la información hacia los familiares o deciden a partir de la consideración propia del mejor bien del paciente. Esta situación viola la dignidad del paciente, porqué le impide expresar su autonomía y revela a terceros intimidades a las cuales el no ha dado autorización de acceso²¹. Sin embargo, Llano (1991) considera que los médicos tienen la obligación de salvar vida, lo cual les permite romper la obligación de confidencialidad de la información íntima obtenida cuando hay evidencia de una alta probabilidad de daño irreversible

¹⁹ Actualmente se prefiere hablar de relación clínica, ya que en ella interviene todo un equipo multidisciplinario y que las normas de confidencialidad se aplican a todos sus miembros

²⁰ De hecho, las leyes de derechos de paciente incluyen el reconocimiento de dos principios cardenales: el principio de confidencialidad para el personal de salud y el principio de autonomía del paciente

²¹ Esta violación característica no debe confundirse con la solicitud del propio paciente quien ha expresado su derecho a no saber.

o fatal para un tercero y que no hay otra vía razonable de prevenir el daño, ya que las intenciones de convencimiento de la persona afectada no han dado resultado; la información debe ser limitada a lo necesario para el diagnóstico o tratamiento de esta tercera persona. La situación actual de pandemia ha agudizado este conflicto entre el utilitarismo y el personalismo (Sorokin et al, 2020). En este conflicto entre el derecho a la confidencialidad del paciente y el derecho a la salud o la vida de un tercero afectado, la ética consecuencialista permite elegir la segunda opción.

Desde los inicios de la enseñanza médica, la inserción temprana de los estudiantes en medicina en los hospitales ha constituido la parte esencial del aprendizaje de las enfermedades, y del desarrollo de actitudes/aptitudes y prácticas que les permitirá llegar al diagnóstico y ofrecer la mejor alternativa de tratamiento (Rose, 2020). La ética médica²² hace parte de las cualidades personales y profesionales que solo se adquieren con el dialogo con los enfermos y la comprensión de su unicidad a través de la relación entre sus historias de vida y los signos y síntomas que presentan. Incluye la comprensión y el respeto de la intimidad personal del paciente y de la capacidad de resiliencia de ambos (paciente y médico). La resiliencia médica implica la capacidad de guardar el “secreto médico” (mejor dicho el secreto del paciente) aun cuando este choca contra los propios sentimientos y principios. Sin embargo, la enseñanza en grupo al pie de la cama del paciente o en el gabinete del profesor, rompe con la privacidad e intimidad del paciente. El examen físico y otros métodos invasivos, necesarios para la calidad del diagnóstico, violan su integridad. Garay (2008, op cit) recuerda que la Asociación Médica Mundial prescribe que “la dignidad del paciente y el derecho a su vida privada deben ser respetadas en todo momento durante la atención médica y la enseñanza de la medicina, al igual que su cultura y sus valores” (artículo 10, inciso a). El consentimiento informado del paciente para ser sujeto de enseñanza permite respetar de su autonomía. Pero ¿cómo desarrollar el respeto a la dignidad de los enfermos por parte de los estudiantes para que guarden la confidencialidad a la cual están moralmente obligados?²³

²² La ética médica comprende el saber técnico de mas alto nivel, tanto en conocimientos como en habilidades, y el saber ético que incluye las cualidades de empatía, comprensión, escucha a la par de los valores éticos propiamente dichos.

²³ Las leyes, códigos deontológicos y normas institucionales tienen un carácter represivo “a posteriori”, y pueden tener un efecto preventivo. Sin embargo, la cultura institucional y el currículo oculto centrado sobre el “éxito” profesional y la permanencia estigmatizadora del concepto de caridad en relación a los pacientes de las instituciones públicas en los países que privilegian el sector sanitario privado, impactan negativamente el respeto de la privacidad y de la intimidad de los pacientes.

Estas amenazas al derecho a la intimidad ha sido amplificada por la política agresiva del mercado de la tecnología, que ha permitido el acceso cada vez mayor a las redes sociales on line. En los países en los cuales, gran parte de la vida ocurre en un vecindario hacinado y en la calle (Martínez Rodríguez 2020)²⁴, la difusión de la propia imagen a través de los celulares representa la prolongación de la cotidianidad que no esconde la vida privada a la vista pública. Para las generaciones que utilizan las diferentes plataformas (Facebook, Whatsapp, Twitter, Instagram), es una manera de establecer contactos rápidos con personas que tienen los mismos intereses y a las cuales no habrían tenido acceso físico (Villan, 2018). La disolución de las redes sociales comunitarias en una competitividad cada vez mayor por el mercado de trabajo ha favorecido el aislamiento físico y la superficialidad de los encuentros sin responsabilidad. El paso hacia compartir aspectos de la vida íntima es facilitado por la percepción de mostrar la mejor imagen de sí mismo para recibir los aplausos de los a quienes va dirigido el mensaje²⁵. El concepto de privacidad y de intimidad se va diluyendo en esta exposición permanente a la mirada de los otros. El desconocimiento del funcionamiento de la tecnología computarizada sobre la permanencia de escritos e imágenes en la memoria del medio usado, anula toda posible reserva hacia este gesto voluntario. Garzón Valdés (1998) considera que el peligro para el derecho a la privacidad proviene de las propias personas que comparten todos los aspectos de su vida cotidiana de manera acrítica y cita a Umberto Eco (p 241) "... La verdadera tarea a que deberán hacer frente las distintas autoridades... no será la de asegurarla [la privacidad] a los que la solicitan ..., sino de hacer que sea considerada un bien precioso por parte de los que entusiastamente han renunciado a ella." Por lo tanto es necesario proponer una alternativa educativa enfocada en el desarrollo de la capacidad de pensamiento crítico contra el desconocimiento o la ignorancia, tal como propone Sánchez Rojo (2017). Esta posición coincide con el análisis de las capacidades de Gough (2008), y su pronunciamiento que para lograr esta autonomía es necesario cumplir con las necesidades humanas contempladas

²⁴ Este fenómeno se observa en todas las grandes ciudades de los diferentes continentes, tal como lo releva el Banco Mundial en 2019 <https://www.bancomundial.org/es/news/feature/2019/03/27/latinoamerica-dos-de-cada-tres-familias-necesitan-mejor-vivienda>

²⁵ Una de las revistas people basa su publicidad sobre el lema «Ver y ser visto» para atraer fotos de encuentro mundanos en sus páginas sociales. Algunos hospitales han llegado a prohibir el uso de celulares para prevenir la fotografía de los pacientes sin su permiso.

en los Derechos Humanos²⁶: no es posible llegar a tomar decisiones totalmente autónomas si las condiciones básicas de educación, alimentación y salud no están satisfechas. El uso de las redes sociales, sin consideración del peligro que representan para la privacidad e intimidad personal, representan un escape de la vida cotidiana no satisfecha.

Marco jurídico Toscano (2017) recuerda que el desarrollo tecnológico (la fotografía) y la exposición de las personas a información no deseada sobre su vida en los medios de comunicación, fueron el punto de partida para la reflexión sobre el derecho a la privacidad y la necesidad de legislar sobre ello propuesta por primera vez por Samuel Warren y Louis Brandeis en un artículo publicado en la Harvard Law Review; en el mismo, plantearon que la ley común (common law) de Estados Unidos debe ofrecer protección legal a las personas afectadas en su “derecho a decidir hasta qué punto pueden ser comunicados a otros sus pensamientos, sentimientos y emociones”, considerando la responsabilidad civil del causante del daño causado por “un mayor sufrimiento mental y ansiedad” y garantizarles lo que llamaban “el derecho a estar solo” (Warren y Brandeis, 1890, citado por Toscano p 540), es decir la “intimidad de las personas (sus pensamientos y sentimientos), en cualquier forma o expresión” (Toscano, p 541).

La Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH, ONU diciembre 1948) determina en el artículo 12 que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, y ataques a su honra o a su reputación”, reflejando el derecho a la dignidad, igualdad, libertad y justicia plasmados en el preámbulo. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos - PIDCP (ONU 1966), en el artículo 17 retoma esta disposición.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (OEA 1966), en el artículo 5.1 reconoce el derecho a la integridad personal, y a la dignidad, aun estando privadas de su libertad (artículo 5.2). El artículo 11 - Protección de la honra y dignidad, retoma el artículo 12 de la DUDH en sus apartes 2 y 3, poniendo la protección de la honra y de la dignidad como primer punto.

Tanto la Convención Americana como el PIDCP disponen que el derecho a la libertad de expresión «entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, las que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás y, b) la protección de

²⁶ Cough no aborda el derecho a la intimidad como tal, pero en la comparación de lo que llama “necesidades” con las “capacidades” desarrolladas por Martha Nussbaum, llega a la conclusión que, para ambos, el respeto a la dignidad de la persona es la base del desarrollo humano.

la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas». La Convención (artículo 14) reconoce el derecho de rectificación o respuesta, y puntualiza que en «ningún caso la rectificación a la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiere incurrido», y que «para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación, empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial». Esta disposición será retomada en las leyes sobre protección de datos electrónicos.

La Convención de los Derechos del Niño (1989) en el artículo 16, y el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, en el artículo 8 reconocen el derecho a la vida privada; el segundo incluye el derecho al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen, la inviolabilidad del domicilio, y el secreto de las comunicaciones.

El Consejo de Europa aprobó el Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal (Tratado N° 108, 1981) para la garantizar su derecho a la privacidad y a la intimidad. Sánchez Rojo (2017 op cit) considera que la respuesta de las plataformas (Google, Yahoo...) ha tomado dos direcciones: la respuesta tecnológica, con la elaboración de claves de acceso a ciertos programas o informaciones que permiten bloquearlos para una categoría específica de usuarios (por ejemplo control parental para el acceso de niños/as), y programas de seguridad contra intrusiones no deseadas (Mac Cafee, Norton, Kaperski, entre otros); y la delegación de la responsabilidad hacia los usuarios, apoyándose en el principio de autonomía (política de privacidad de Facebook, 2015; Google, 2014; Twitter, 2016). Ambas medidas eluden su responsabilidad social amparándose en el derecho a la información y en la autonomía de los usuarios.

En Estados Unidos, la Corte Suprema reconoció el derecho a la privacidad como coralario de la libertad de la familia a la educación de los hijos y a definir su propia vida familiar desde 1920; otra decisión de la Corte amplió el derecho a la privacidad como derecho a la libertad frente a interferencias gubernamentales en 1965, y en 1973 fundamento su decisión sobre el aborto (Beauchamps y Childress, 2001, op cit).

El Código Internacional de Ética Médica de la Asociación Médica Mundial prescribe que “El médico debe guardar absoluto secreto de todo lo que se le haya confiado, incluso después de la muerte del paciente.”²⁷. Aunque la ética médica considera que el derecho a la confidencialidad es esencial para la relación

²⁷ Adoptado por la 3^a Asamblea General de la AMM Londres, Inglaterra, Octubre 1949, y enmendado por la 22^a Asamblea Médica Mundial Sydney, Australia, Agosto 1968, y la 35^a Asamblea Médica Mundial Venecia, Italia, Octubre 1983, y la 57^a Asamblea General de la AMM, Pilanesberg, Sudáfrica, Octubre 2006

clínica y especifica claramente las condiciones para una posible ruptura de la misma, el código no menciona el derecho a la privacidad y a la integridad del paciente. Tampoco menciona a la integridad, cuando la visión funcionalista imperante y la complejidad cada vez mayor de los conocimientos, implica la división del cuerpo humano en sus partes.

Las violaciones a la privacidad dependen del lugar donde se den los hechos: público o privado, y de la calidad de la persona por su función (gobernantes por ejemplo) o notoriedad (como los actores). Así, Debré (2008) considera que, aunque la enfermedad de un jefe de estado “no puede ser solo un asunto privado, porque compromete el destino de la nación.”(p 490), el respeto del secreto médico es obligatorio; cita el caso del médico personal de un expresidente, quien publicó un libro sobre el desarrollo de la enfermedad de su paciente después de su muerte; la justicia francesa secuestró el libro y el médico fue condenado y excluido del colegio médico francés (*Ordre des médecins*) por violación del secreto profesional; la Corte Europea de Derechos Humanos condenó al Estado francés por violación del derecho a la información con la prohibición del libro, y confirmó la exclusión del colegio médico por violación del secreto médico. Picard Ami (2009) reporta la expulsión del médico privado de Winston Churchill de la Sociedad Médica Británica por haber publicado revelaciones confidenciales después de su fallecimiento alegando que era parte de la historia patria (p 129). Ambas condenas muestran la importancia de la confidencialidad en la profesión médica que tienen acceso a la intimidad y la privacidad de las personas en una relación de confianza. El pronunciamiento de la Corte Europea de Derechos Humanos evidenció claramente la diferencia entre el derecho a la información pública y el derecho a la privacidad personal.

Resumen Los conceptos de privacidad, intimidad, integridad son utilizados de manera indistinta, según el contexto de la persona afectada y el hecho al cual se hace referencia, porque son complementarios e indivisibles, a la imagen del ser humano biopsicosocial y, al mismo tiempo, son los componentes obligatorios de su dignidad. El marco jurídico internacional (y nacional en casi todos los países) hace mención de uno u otro de estos conceptos desde el reconocimiento de estos derechos y de las sanciones a las posibles violaciones. Sin embargo no es suficiente para garantizar su real aplicación. La prioridad ética es la indignación, denunciación y reparación de las violaciones a los derechos humanos y su aplicación real para que las personas puedan gozar de su privacidad, de su intimidad y de su integridad para su desarrollo personal.

REFERENCIAS

- ASOCIACIÓN MÉDICA MUNDIAL. 1994. Código Internacional de Ética Médica. Recuperado de <https://www.wma.net/es/policies-post/codigo-internacional-de-etica-medica/>https://www.wma.net/wp-content/uploads/2017/02/17a_es.pdf
- BEAUCHAMPS T, CHIDRESS J. 2001. Principles of Biomedical Ethics Fifth Edition, pp 294-312. Oxford University Press, ISBN 0-19-514331-0
- COBOS CAMPOS AP . 2013. El contenido del derecho a la intimidad Cuestiones Constitucionales, núm. 29, julio-diciembre, 2013, pp. 45-81 Universidad Nacional Autónoma de México . Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=88531578003>
- COMITÉ INTERNACIONAL DE BIOÉTICA/COMISIÓN MUNDIAL DE ÉTICA DEL CONOCIMIENTO CIENTÍFICO Y DE LA TECNOLOGÍA -UNESCO. 2020. Declaración sobre el Covid-19: consideraciones éticas desde una perspectiva global. SHS/IBC-COMEST/COVID-19 Paris, 26 March 2020. Recuperado de https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000373115_spa
- CONSEJO DE EUROPA. 1981. Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal. Tratado N° 108. Estrasburgo, Francia. Recuperado de <https://rm.coe.int/16806c1abd>
- CUARTA CONFERENCIA MUNDIAL SOBRE LA MUJER RESOLUCIÓN 1 DECLARACIÓN Y PLATAFORMA DE ACCIÓN DE BEIJING. Resoluciones aprobadas por la Conferencia Reunida en Beijing del 4 al 15 de septiembre de 1995, <https://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/BDPfA%20S.pdf>
- DEBRÉ B. 2008. Dictionnaire amoureux de la Médecine. Secret médical et politique (1), pp 480-491 Plon, Paris, Francia. ISBN 978-2-259-20571-9
- Definiciones de Oxford Languages Recuperado de <https://www.lexico.com/es/definicion/>
- DEUTSCHE WELLE. 2019. Google admite escuchar el 0,2 por ciento de las conversaciones con su asistente virtual 11.07.2019. Recuperado de <https://www.dw.com/es/google-admite-escuchar-el-02-por-ciento-de-las-conversaciones-con-su-asistente-virtual/a-49561549>
- FONDO DE POBLACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. 2014. Programa de Acción aprobado en la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo El Cairo, 5 a 13 de Septiembre de 1994 ISBN 978-0-89714-025-6 https://www.un.org/en/development/desa/population/publications/ICPD_programme_of_action_es.pdf
- GALÁN TAMÉS G. 2009 Aproximaciones a la historia del cuerpo como objeto de estudio de la disciplina histórica Historia y Grafía, núm. 33,

- 2009, pp. 167-204 D.F. México, Recuperado de <https://www.redalyc.org/pdf/589/58922949008.pdf>
- GARAY O.E. 2008. Derechos a la intimidad, la confidencialidad y la verdad. En Tealdi JC. (director) Diccionario latinoamericano de bioética, p 251. Bogotá, Colombia. UNESCO-Red Latinoamericana y del Caribe de Bioética: Universidad Nacional de Colombia, xxviii, 660 p. ISBN: 978-958-701-974-2
- GARZÓN VALDÉS G. 1998. Privacidad y publicidad, p 241. Doxa, España. Recuperado de <https://doxa.ua.es/article/view/1998-v1-n21-privacidad-y-publicidad>
- GONZÁLEZ VALENZUELA. 2008. Dignidad humana. En, Tealdi JC. (director) Diccionario latinoamericano de bioética, pp 277-278 .Bogotá, Colombia. UNESCO-Red Latinoamericana y del Caribe de Bioética: Universidad Nacional de Colombia, xxviii, 660 p. ISBN: 978-958-701-974-2
- GOUGH I. 2008. El enfoque de las capacidades de M. Nussbaum: un análisis comparado con nuestra teoría de las necesidades humanas Papeles de Relaciones Ecosociales y Cambio Global, no 100, CIP-Ecosocial/Icaria, invierno 2007/08 Madrid , España Recuperado de <https://www.fuhem.es/media/ecosocial/file/Cohesi%C3%B3n%20Social/Necesidades,%20consumo%20y%20bienestar/GOUGH,%20IAN%20el%20enfoque%20de%20las%20capacidades.pdf>
- GRACIA D. 2010. La cuestión del valor. Recuperado de http://si.easp.es/etica_y_ciencias_sociales/sites/default/files/discurso_diego_gracia._la_cuestion_del_valor.pdf
- INSTITUTO DE ESTUDIOS LATINOAMERICANOS, Universidad Libre de Berlín, Recuperado de https://www.lai.fu-berlin.de/es/e-learning/projekte/frauen_konzepte/projektseiten/konzeptebereich/gl_intimidad/contexto/index.html
- KANT I. 2003. Crítica de la Razón Práctica, Editorial La Página S.A. Editorial Losada S.A. Buenos Aires Todos los derechos reservados. ISBN: 987-503-349-9. Recuperado de http://www.manuelosses.cl/VU/kant%20Immanuel_Critica%20de%20la%20razon%20practica.pdf
- KRAUT A. 2008. Derecho a la integridad. En Tealdi JC. (director) Diccionario latinoamericano de bioética, p 334. Op. Cit.
- LECUONA I. 2019. Observatorio de Bioética, Universidad de Barcelona 19/08/24/catalunya/1566667062_032847.html
- LLANO A. 1991. El manejo del secreto profesional con pacientes con sida”, Aportes de la ética y el derecho al estudio del sida. Publicación Científica No 530, pp. 148-156. Organización Mundial de la Salud/Organización Panamericana de la Salud. Washington D.C., Estados Unidos.
- MANZINI JL.. 2008. Las reglas morales de la relación médico-enfermo. En Tealdi JC. (director) Diccionario latinoamericano de bioética, p 443, Op. Cit.

- MARTÍNEZ DE CODES RM. 1995. De la reducción a la plantación. La utilización del esclavo negro en las haciendas jesuitas de la América española y portuguesa Revista complutense de Historia de América, núm. 21, 85-122. Servicio de Publicaciones UCM. Madrid. Recuperado de revistas.ucm.es/Downloads/30242-Texto%20del%20art%C3%ADculo-30261-1-10-20110608.PDF
- MARTÍNEZ RODRÍGUEZ JI. 2020. 31 marzo 2020 El dilema del confinamiento en África: salvar vidas o aumentar la pobreza. Recuperado de <https://www.lamarea.com/2020/03/31/el-dilema-del-confinamiento-en-africa-salvar-vidas-o-aumentar-la-pobreza/>
- MEYER L. 2018. Tráfico de órganos: el «turismo» de los más pudientes Ethic, 03-08-2018 <https://ethic.es/2018/08/trafico-de-organos/>
- MORIN E. 1995. En Fried Schnitman D. 1995. Nuevos Pradigmas, Cultura y Subjetividad. Paidos, p 67-85 Argentina ISBN 950-12-7023-8
- NICOLÁS LAZO G. 2013. Feminismos, concepto sexo-género y derecho. En Sánchez Urrutia A., Pumar Beltrán N. (coords.) Análisis feminista del derecho, pp 15-32. U de Barcelona Publicacions i Edicions ISBN 978-84-475-3706-8
- NOËL D. 2005. L'évolution de la pensée en éthique médicale. Connaissances et savoirs. Paris, France. ISBN 2-7539-0009-4
- ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS 1969 CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (PACTO DE SAN JOSÉ). Recuperado de https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS ADOPTADA Y PROCLAMADA POR LA ASAMBLEA GENERAL EN SU RESOLUCIÓN 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948. https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. 1966. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Recuperado de http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/afrodescendientes_instrumentos_internacionales_pacto_DESC.pdf
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. 1989. Convención sobre los Derechos del Niño Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Recuperado de <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/crc.aspx>
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL PUBLICACIÓN DE LA OMPI N° 450(S) ISBN 978-92-805-1157-4 . Recuperado de https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/intproperty/450/wipo_pub_450.pdf
- PFEFFER URQUIAGA E. 2000. Los derechos a la intimidad o privacidad, a la honra y a la propia imagen. Su protección frente a la libertad de opinión

- e información. *Ius et Praxis*, vol. 6, núm. 1, pp. 465-474. Universidad de Talca . Talca, Chile ISSN: 0717-2877
- PICARD AMI LA. 2009. Problemas éticos en la profesión médica. Editorial ARTICSA. Panamá. ISBN 978-9962-00-580-3
- PORTO D. 2008. Derecho al cuerpo propio En Tealdi JC., Diccionario latinoamericano de bioética, p 233, Op. Cit.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. 2005. Diccionario de la lengua española. Madrid. Espasa-Calpe. Recuperado de <https://dle.rae.es/>
- RED LATINOAMERICANA Y EL CARIBE DE BIOÉTICA / Unesco <https://redbioetica.com.ar/>
- ROSE S. 2020. Medical Student Education in the Time of COVID-19. JAMA. Published online March 31. Recuperado de: <https://jamanetwork.com/>
- SÁDABA J. 2019. ¿Qué es la dignidad? Filosofía&Co-18 septiembre. Recuperado de <https://www.filco.es/que-es-la-dignidad/>
- SÁNCHEZ Rojo A. 2017. El derecho humano a la privacidad desde el enfoque de las capacidades: una reflexión educativa. EDETANIA 51. Julio, 157-170, ISSN: 0214-8560
- SAVATER F. 2012. Ética de urgencia Ariel, Madrid. 2012 ISBN 978-84-344-0490-8
- SOTOMAYOR, M.A., LÓPEZ DÁVILA, L.M., VERGÈS, C. y SOROKIN, P. "Ficha clínica, protección de datos y derecho a la intimidad" en Revista Redbioética/UNESCO. Recuperado de http://www.unesco.org.uy/shs/red-bioetica/fileadmin/shs/redbioetica/Revista_10/Art12-Sotomayor-R10.pdf
- TOSCANO M. 2017. Sobre el concepto de privacidad: la relación entre privacidad e intimidad. ISEGORÍA. Revista de Filosofía Moral y Política N° 57, julio-diciembre, 533-552, ISSN: 1130-2097 doi: 10.3989/isegoria.2017.057.06
- UNICEF. 2019. Violencia sexual, un terrible legado de la guerra en la República Democrática del Congo. Recuperado de <https://www.unicef.es/noticia/violencia-sexual-un-terrible-legado-de-la-guerra-en-la-republica-democratica-del-congo>
- UNIÓN EUROPEA. 1950. Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y sus adendas hasta 2010. Derechos Humanos.net. Recuperado de <https://www.derechoshumanos.net/Convenio-Europeo-de-Derechos-Humanos-CEDH/#Texto>
- VARONA MARTÍNEZ G. 2008. Derecho al respeto de la vida privada y familiar: inviolabilidad del domicilio y secreto de las comunicaciones. Aplicación de la Normativa Antiterrorista, pp 293-323 ISBN: 978-84-692-3431-0. Recuperado de <https://www.ehu.eus/documents/1736829/2067438/11+-+Derecho+respeto+vida.pdf>
- VIESCA C., De La Fuente JR. 2002. Confianza y privacidad en el meollo de la práctica médica en Hansberg O. y Platts M. Responsabilidad y libertad, p 305. Fondo de cultura económica, México. ISBN 970-32-0190-3

VILLAN MA. 2018. Datos personales, marketing digital y los derechos de los ciudadanos de América Latina Conference Paper, Noviembre 2018. Conference: VI Congreso Internacional de Ciencias Sociales, At Cancún, México. Recuperado de https://www.researchgate.net/publication/334576727_Datos_personales_marketing_digital_y_los_derechos_de_los_ciudadanos_de_America_Latina

JAQUE MATE A LA PRIVACIDAD: LA PANDEMIA ES UN “GRAN HERMANO”

María Susana Ciruzzi - ARGENTINA

RESUMEN

La situación de pandemia producida por el Coronavirus impuso desafíos importantes en distintos frentes: en cada uno de los países, el sistema de salud debió adaptarse a una demanda que crecía exponencialmente, en una situación de escasez endémica de recursos y frente a un agente totalmente desconocido. Asimismo, la necesidad de contar con herramientas que permitieran minimizar el riesgo en la salud, disminuir las muertes y contener al desbordado sistema sanitario, acompañando a sus profesionales, impulsó un nuevo viejo conflicto entre los derechos individuales -muy especialmente la intimidad y la libertad física- y el bien común.

ABSTRACT

The pandemic situation produced by the Coronavirus imposed important challenges on different fronts: in each of the countries, the health system had to adapt to a demand that was growing exponentially, in a situation of endemic scarcity of resources and in the face of a totally unknown agent. Likewise, the need to have tools to minimize health risk, reduce deaths and contain the overwhelmed health system, while standing by health professionals, prompted a new old conflict between individual rights -especially privacy and physical freedom- and the common good.

RESUMO

A situação pandêmica produzida pelo Coronavírus impôs desafios importantes em diferentes frentes: em cada um dos países, o sistema de saúde teve que se adequar a uma demanda que crescia exponencialmente, em uma situação de escassez endêmica de recursos e diante de um agente totalmente desconhecido. Da mesma forma, a necessidade de contar com ferramentas que minimizem os riscos à saúde, reduzam as mortes e contenham o sobreacarregado sistema de saúde, acompanhando seus profissionais, gerou um novo antigo conflito entre os direitos individuais -especialmente a privacidade e a liberdade física- e o bem comum.

“Dentro de ti, no pueden entrar nunca. No pueden entrar en nuestra alma. Si podemos sentir que merece la pena seguir siendo humanos, los habremos derrotado”.

GEORGE ORWELL. 1984.

El 31 de diciembre de 2019¹, la Comisión Municipal de Salud y Sanidad de Wuhan (provincia de Hubei, China) informó sobre un grupo de 27 casos de neumonía de etiología desconocida, con una exposición común a un mercado mayorista de mariscos, pescado y animales vivos en la ciudad de Wuhan, incluyendo siete casos graves. El inicio de los síntomas del primer caso fue el 8 de diciembre de 2019. El 7 de enero de 2020, las autoridades chinas identificaron como agente causante del brote un nuevo tipo de virus de la familia Coronaviridae que posteriormente ha sido denominado SARS-CoV-2, cuya secuencia genética fue compartida por las autoridades chinas el 12 de enero. El día 11 de marzo, la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró la pandemia² mundial.

Al día de la fecha (02/10/2020) las estadísticas nos golpean sin piedad: en el mundo se registran 34.460.100 casos confirmados y 1.025.567 personas fallecidas³. En Argentina, a la misma fecha, se registra un total de 765.002 casos confirmados y 16.937 muertes⁴.

La situación de pandemia produjo un gran tsunami en la atención de salud. Nuestros sistemas, mejor o peor preparados para la asistencia en “situaciones de normalidad”, se han visto desbordados no sólo por la demanda individual sino también por la irrupción de la justicia distributiva (que abandonó el campo de la retórica) como un extraño viejo conocido que reclama “pista” para modificar las miradas a la hora de la asignación de los escasos recursos sanitarios.

¹ Ciruzzi M.S. “Algunos Apuntes Bioéticos, Paliativos y Legales Sobre La Pandemia de COVID19”. La Ley 2020-B AÑO LXXXIV N° 80.

² Una epidemia se produce cuando una enfermedad contagiosa se propaga rápidamente en una población determinada, afectando simultáneamente a un gran número de personas durante un periodo de tiempo concreto. En caso de propagación descontrolada, una epidemia puede colapsar un sistema de salud, como ocurrió en 2014 con el brote de Ébola en África occidental. Las enfermedades endémicas son aquellas que persisten de una forma continua o episódica en una zona determinada. La malaria, el Chagas o el dengue son ejemplos de endemias en zonas muy específicas del planeta. Si un brote epidémico afecta a regiones geográficas extensas (por ejemplo, varios continentes) se cataloga como pandemia, como el VIH o el COVID-19. En <https://www.msf.org.ar/actualidad/que-una-pandemia-cual-la-diferencia-pandemia-y-epidemia>

³ Fuente: Johns Hopkins University of Medicine. Coronavirus Resource Center. <https://coronavirus.jhu.edu/map.html>

⁴ Fuente: Ministerio de Salud de la Nación.

Las situaciones de emergencia, crisis humanitaria o pandemia plantean serios desafíos en la interacción de los deberes de los profesionales de salud, los derechos de los pacientes (considerados individualmente), el interés de la comunidad (expresado en el Bien Común) y la salud pública.

Un marco éticamente correcto para el cuidado de la salud durante una emergencia pública, debe armonizar el deber de cuidado centrado en el paciente -el foco de la ética clínica en circunstancias “normales”- con los deberes dirigidos a promover la igualdad y equidad en la distribución de los riesgos y beneficios en la sociedad -el enfoque propio de la ética de la salud pública-. Debido a que los médicos, enfermeras y otros profesionales de la salud están entrenados para cuidar a individuos, el giro de una práctica centrada en el paciente a una práctica centrada en consideraciones de salud pública crea una gran tensión, especialmente para aquellos médicos no acostumbrados a trabajar en situaciones de emergencia pública y escasez de recursos.

Pero los desafíos de la pandemia no se detienen ahí. El interés público y los derechos individuales confrontan ante la necesidad de garantizar la menor cantidad de contagios posibles y la certeza de un “pasaporte de inmunidad” que permita retomar las actividades laborales y las relaciones sociales con el menor riesgo posible.

Suele afirmarse que los tiempos extraordinarios reclaman medidas extraordinarias. El dilema a confrontar es cuán dispuestos estamos a permitir la intromisión del Estado en nuestra intimidad a cambio de protección frente al “enemigo invisible”.

Muy especialmente en nuestro margen latinoamericano, existe temor de que la pandemia pueda usarse como excusa para limitar los derechos individuales a un extremo tal que resulte su aniquilación, a la vez que los gobiernos aumentan sus poderes de control y no hay certeza acerca de que esas medidas terminen una vez que la situación de crisis desaparezca. La tentación es muy grande....

“La única manera de librarse de la tentación es ceder ante ella. Si se resiste, el alma enferma, anhelando lo que ella misma se ha prohibido, deseando lo que sus leyes monstruosas han hecho monstruoso e ilegal”⁵.

Alrededor del mundo se están instalando “Surveillance States”, estados policiales/vigilantes que permiten la detención de personas por violar medidas de cuarentena, o crean nuevas figuras penales que infringen la libertad de

⁵ Wilde O. “The Picture of Dorian Gray and Other Works”. Barnes & Noble Collectible Classics: Omnibus Edition) (Barnes & Noble Leatherbound Classic Collection)2012.

expresión o penalizan ideas y no acciones (difundir información falsa, rumores o comentarios sobre el COVID-19 que puedan crear pánico en la población) o crean tipos de peligro abstracto de dudosa constitucionalidad (desobedecer la cuarentena importa “poner en riesgo a la población al propagar una enfermedad”) y, encima, por decreto. Sumemos a ello a los sistemas de control poblacional, como aquellos desarrollados por Corea y Singapore -que en otras circunstancias históricas hubieran sido fulminados por afectar las libertades civiles- no solamente son alabados sino imitados, atento haber logrado el éxito de “controlar la infección”. En Israel, los ciudadanos son monitorizados a través de una aplicación en su celular, originalmente diseñada para acciones de contraterrorismo⁶.

Establecer qué cuenta como falso o información equivocada en una situación de incertidumbre científica como la que se originó en esta pandemia, frente a un agente viral del cual poco se conoce hasta el momento, y cuya comprensión va modificándose día a día; restringir las libertades y derechos individuales en pos del resultado tan deseado de controlar la infección, normalizar situaciones y finalizar medidas de excepción, teniendo en cuenta que construir poderes de emergencia es mucho más sencillo que destruirlos son desafíos que los países todos, en mayor o menor medida, están enfrentando y que reclaman -más allá de cualquier ideología o idiosincrasia nacional- garantizar la plena vigencia del Estado de Derecho.

No menos preocupante resulta el empleo del lenguaje de guerra. “debemos acostumbrarnos a hacer las cosas de manera distinta a los tiempos de paz”, “enfrentamos una amenaza”, “debemos combatir al virus”, “le hemos declarado la guerra al coronavirus”, “debemos defender a nuestra población”, “aún no hemos ganado la batalla”.....estas expresiones pretenden por un lado recrear una épica que romántiza la enfermedad, y por el otro fomenta un estado de alerta permanente donde la amenaza surge de la propia persona, porque el contagio solo se produce por contacto social. El virus no se ve ni se palpa, inclusive se discute si es o no un organismo vivo ya que no puede desarrollarse si no es a través de un “huésped”.....y se transmite virulentamente y con rapidez de humano a humano, más aun -y en su mayor número- por quienes ni siquiera manifiestan síntomas, o apenas con síntomas leves que fácilmente pueden confundirse con otro estado viral⁷.

⁶ <https://www.nytimes.com/2020/03/30/world/europe/coronavirus-governments-power.html>

⁷ “Si bien algunos estudios hablan del 50% de asintomáticos, el consenso se aproxima más al 25%. Estas personas, portadoras del SARS-CoV-2, no presentan tos severa ni fiebre, pero pueden transmitir el nuevo coronavirus en ciertas condiciones, que van desde el contacto con otras personas y superficies hasta formas todavía no claras

La enfermedad no es una enemiga a combatir. Ni los profesionales de la salud conforman ejércitos pertrechados para pelear contra un enemigo. El cuerpo humano tiene salud y también la pierde. Durante siglos la ciencia ha logrado avances maravillosos curando, contenido y acompañando a los pacientes, modificando la realidad vital al ofrecer curas de dolencias antaño, mortales. Pero nuestro organismo es decrepito y débil, tarde o temprano sucumbirá a la enfermedad o simplemente a la vejez y al deterioro propio del vivir. A diario estamos expuestos a virus y bacterias, cuyos nombres carecen de tan buena prensa, por no hablar de los accidentes y las verdaderas guerras.

“No te tomes la vida en serio, al fin y al cabo no saldrás vivo de ella” (Daniel Rabinovich, Les Luthiers).

Plantear la realidad del binomio salud/enfermedad desde la óptica de los derechos e intereses en juego, nos permite correr el eje de la angustia y la perplejidad frente a una nueva enfermedad para enfocarnos en lo importante, que lo urgente de esta pandemia se empecina en distorsionar⁸. Es en este marco de referencia, que nos interrogamos si el Bien Común y la salud pública pueden lograrse a expensas de los derechos individuales. Si la necesidad de evitar el contagio y destruir al virus puede obtenerse por medio del cercenamiento de la “expectativa de privacidad” que cada uno de nosotros tiene.

El temor real, cierto y concreto es que el derecho a la privacidad e intimidad se transformen en una víctima más en el altar propiciatorio de la pandemia.

Mientras se nos insta a renunciar a toda actividad social (un contrasentido para quienes somos definidos como “seres gregarios”) y permanecer encerrados en nuestros domicilios (a pesar de todos los avances tecnológicos, ésta es paradójicamente la única “defensa” a mano frente al COVID-19), se nos propulsa a permanecer en contacto, asistir a clases y trabajar a través de plataformas virtuales y/o redes sociales, con la exposición personal que ello conlleva a un “Gran Hermano” anónimo, todopoderoso y omnipresente, que acumula nuestra información, sin que sepamos claramente dónde se almacenan todos esos datos, quiénes tienen acceso a los mismos y qué pueden hacer con ellos.

Zoom, Google Hangouts, Facebook, GoogleMeet son nuevos integrantes de la familia. En la era PC19 (Pre COVID-19), la alienación tecnológica que provo-

de transmisión, como la aerosolización de partículas virales con la respiración y el habla”. En <https://www.sac.org.ar/actualidad/covid-19-el-desafio-de-los-pacientes-asintomaticos/>. También: Leung N. et ali. “Respiratory virus shedding in exhaled breath and efficacy of face masks”. Nature Medicine. Brief Communication. April 3 2020. <https://www.nature.com/articles/s41591-020-0843-2>

⁸ “Como siempre, lo urgente no deja tiempo para lo importante”. Mafalda, Quino.

caban estas plataformas web nos llevaron a tratar de restringir su presencia en nuestras vidas; mientras que un virus “no tecnológico” nos obliga ahora a sentarlas a nuestras mesas, brindarles información e ignorar quién, qué y cómo puede espiar nuestra intimidad llena de datos personales.

Es una verdad de Perogrullo que los inmigrantes digitales⁹ tememos más a la tecnología de redes sociales que al coronavirus.

Nuestros temores se confirman: el FBI informa que existe una forma nueva de secuestro digital llamada “Zoombombing”: hackers se introducen en conferencias en línea para acosar a los participantes con insultos racistas o compartiendo imágenes pornográficas.

Muchas compañías aprovechan una oportunidad de oro: generalmente no es sencillo optar por rechazar la recolección de información, o los permisos se encuentran en lo profundo de la página, o frecuentemente cambian las políticas de privacidad. La urgencia por garantizar el contacto familiar o la asistencia a clases virtuales conspira ciertamente contra las precauciones que los adultos debemos implementar para evitar exponer nuestra intimidad y la de nuestra familia.

Claramente hemos perdido el control sobre nuestros datos, lo que significa haber cedido nuestra intimidad y privacidad, como un daño colateral del coronavirus.

A la par que se nos aconseja cuidar nuestra salud y no exponernos al virus, nos exigen que descarguemos aplicaciones que no sólo nos brindarán información acerca del “enemigo”, sino que además nos geolocalizarán, evaluarán nuestros síntomas y podrán rastrear a nuestros contactos recientes.

Los gigantes Apple y Google anunciaron el desarrollo de un sistema que usará los Smartphone para determinar si su dueño ha estado recientemente en contacto con alguien testeado positivo para COVID-19. Para proteger la privacidad de los usuarios, el sistema no localizará la ubicación geográfica o su identidad. Y con la finalidad de proteger las libertades civiles, las mencionadas compañías deben asegurar que será un sistema “opt in”, esto es, solo se podrá usar si así lo quiere el usuario. Asimismo, aseguraron que solamente las autoridades del Ministerio de Salud podrán acceder a esos datos.

Existe una clara tensión entre el derecho a la privacidad y los beneficios para la salud pública, a la vez que un riesgo concreto de exposición de información individual sensible o ser víctima de un estado policiaco de vigilancia personal.

El uso de estos sistemas puede ser parte de un indudable beneficio para la sociedad, como asegurarse que el virus no se expanda, pero también implica una restricción tan grave de la libertad individual, que pone seriamente en

⁹ Los inmigrantes digitales son las personas entre 35 y 55 años, nacidos en la era pre-digital, antes de los años 90, que han tenido que aprender a usar los medios digitales proveniendo de un mundo analógico de información.

duda su constitucionalidad. Este tipo de salvoconducto sanitario (o pasaporte inmunitario) puede extender sus tentáculos de una manera absolutamente incontrolable: el empleador podrá requerir que el trabajador descargue la aplicación antes de reintegrarse al trabajo, y el almacenero al cliente, y el director de la escuela a los alumnos, el sacerdote al feligrés, la policía de fronteras al viajante.....la posibilidad de una pendiente resbaladiza social está a la vuelta de la esquina. Y todo ello justificado en pos de la protección de la salud pública y los beneficios de la comunidad. ¿Quién puede estar en contra de ello?

Puede no ser obligatorio, pero con seguridad es coactivo. Puede ser beneficioso para la comunidad, pero con seguridad es sumamente peligroso para las libertades individuales.

A ello debemos sumarle que la tecnología y los humanos que la usamos, puede fallar. Supongamos un alumno que se reporte con síntomas de COVID-19.....solo para lograr que se cancelen las clases; o quien siendo positivo apague su celular antes de entrar a un lugar cerrado lleno de gente, en una versión autóctona de cualquier film clase B de guerra "bacteriológica". Pero también la eficacia de este tipo de aplicaciones es discutible, ya que depende de la velocidad y disponibilidad de tests en la sociedad. Si no se pueden reportar síntomas de COVID-19 hasta no haber dado positivo, se estará lejos de poder alertar a los contactos cercanos. Pero si se reportan síntomas sin haber sido testeado, este falso alerta afectaría las vidas de muchas personas.

Sumemos los riesgos de sesgo: la información obtenida de estas aplicaciones no solo será incompleta, también podrá estar influida por cuestiones demográficas, tales como aquellas personas más propensas a someterse voluntariamente a las órdenes de la autoridad, o aquellas más vulnerables, imposibilitadas de negarse. En razón de ello, si la información que se recopila está sesgada entonces resulta muy difícil justificar su uso en proporción a la afectación de las libertades civiles.

Un paradigma de este tipo de tecnología es la aplicación Cuidar, en nuestro país. En un primer momento se dijo que la app era para aquellas personas que deseaban hacerse el autotest. Luego se implementó su obligatoriedad para los casos positivos de coronavirus, sus contactos estrechos y los que ingresaran al país. Y se intenta ampliarlo a los que vayan a trabajar. Se desconoce la forma en que los datos personales se protegen o quiénes pueden tener acceso a los mismos. No es claramente un problema de ausencia de marco normativo, la Ley de Protección de Datos Personales (Ley 25326) así como el instituto del Habeas Data, dotan de reconocimiento y protección legal a los datos sensibles de una persona. El problema está en el poder que da la acumulación de datos sensibles de los ciudadanos, bajo el paraguas de la "emergencia" en manos de un Gran Hermano estatal anónimo.

Se mencionó anteriormente a los pasaportes inmunitarios¹⁰. Su justificación reside en el test de anticuerpos, el cual indica si una persona tiene anticuerpos del virus lo cual resulta evidencia de que ella se ha enfermado y recuperado. Por el momento, los científicos acuerdan que este tipo de test no está diseñado para este propósito, ya que se desconoce su precisión para detectar los anticuerpos, tampoco se sabe si las personas que se han enfermado y presentan anticuerpos resultan inmunes o pueden propagar la enfermedad, ni tampoco si los anticuerpos así adquiridos permanecen de por vida en el cuerpo humano o se desvanecen luego de un tiempo.

Aún cuando técnicamente sea posible otorgar pasaportes inmunitarios, no debe perderse de vista que estos exacerbarían las disparidades sociales que ya están presentes en nuestra vida en comunidad. Las poblaciones más vulnerables (niños, tercera edad) y sumergidas en la pobreza son quienes menos posibilidad de acceso a los tests tienen y quienes menos chances de practicar distanciamiento social detentan. Adquirir un pasaporte inmunitario significará la posibilidad de recuperar la vida social perdida (movilidad, esparcimiento, trabajo) consolidando las inequidades sociales ya conocidas.

Premiar la inmunidad natural con el ejercicio de las libertades personales significa un acto discriminatorio repugnante a la Constitución Nacional. La vuelta a la normalidad social debe basarse en evidencia científica y en valoración política y legal. No en la “lotería natural”¹¹. Tener una herramienta que funciona para una parte de la población puede ser mejor que no tener nada pero solo hasta cierto punto. El potencial estigma asociado con áreas identificadas como “puntos calientes de infección” (hotspots en el original) dispara preocupaciones referidas a la equidad y a la igualdad.

Aún una cuestión mayor: el hecho de que estas aplicaciones y medidas sean imperfectas no disuaden de su uso, simplemente porque es mejor que no tener nada.

Las situaciones de crisis requieren mayores salvaguardas legales y éticas, no menos.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos junto con su Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, instó a los Estados a garantizar a todas las personas dentro de su jurisdicción, sin discriminación de ninguna índole y conforme los estándares de derechos humanos aplicables, el ejercicio efectivo del derecho a la salud bajo las condiciones de

¹⁰ Kates O. “Show Me Your Passport: Ethical Concerns About COVID-19 Antibody Testing as Key to Reopening Public Life”. En <https://thehastingscenter.org>. May 5, 2020.

¹¹ Rawls J. “Teoría de la Justicia”. Fondo de Cultura Económica. 1971.

disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad, brindando tratamiento oportuno y apropiado. Con especial énfasis en el deber de protección diferenciada a grupos vulnerables, insistió en el cumplimiento de medidas de acción excepcionales y urgentes dirigidas a reducir los factores de contagio en el marco del respeto irrestricto a las garantías del Estado de Derecho, cumpliendo con la obligación de cooperación internacional, particularmente en el actual contexto transnacional de alto riesgo para la salud pública y vida de las personas¹².

Los cierres de la actividad, las cuarentenas y otras medidas del estilo para contener y combatir la propagación del COVID-19 deben implementarse siempre en completa armonía con los estándares de derechos humanos, y de una manera necesaria, temporal y proporcionada al riesgo evaluado. Pero aún cuando respeten estos principios, las medidas de restricción pueden tener serias y graves repercusiones en las vidas de la población¹³.

La tentación autoritaria es grande, más aún por estos lares, donde tenemos una larga tradición de anomia, vulneración de derechos y veneración de líderes caudillistas carismáticos.

Vivir en sociedad necesariamente supone resignar parte de nuestras libertades en pos de la convivencia social. La armonización y restricción de derechos es parte del juego democrático y republicano, para ello es la ley la llamada a regular esas interacciones. El problema comienza a despuntar cuando, en un Estado de excepción, con el Congreso y la Justicia en virtual cuarentena, es el Poder Ejecutivo quien emite sucesivas órdenes (decretos de necesidad y urgencia) a través de las cuales se regulan derechos individuales en pos de un supuesto Bien Común.

Desde los tests para diagnóstico y el modelo matemático, hasta las drogas y el desarrollo de vacunas, la ciencia y la tecnología son centrales para abordar la pandemia. Sin embargo, existen interrogantes acerca de la efectividad, la calidad y la seguridad de estas tecnologías¹⁴. También surgen serias preocupa-

¹² Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Derecho a la Salud como Derecho Humano Fundamental y Obligaciones Estatales ante el COVID-19. 20/3/2020. SAIJ:NV23156.

¹³ Bachelet M. UN High Commissioner for Human Rights. “Coronavirus: Human Rights Need to be Front and Centre in Response”. OHCHR. En <https://www.ohchr.org>

¹⁴ COVIDSafe (Australia, <https://health.gov.au/resources/apps-and-tools/covidsafe-app>) , AnEUtoolbox (European Union, https://ec.europa.eu/health/sites/health/files/ehealth/docs/covid-19_apps_en.pdf) , HaMagen (Israel, <https://govextra.gov.il/ministry-of-health/hamagen-app/download-en/>) , Smittestopp (Norway, <https://helsenorge.no/coronavirus/smittestopp>) , TraceTogether (Singapur, <https://www.tracetogther.gov.sg>).

ciones respecto de los derechos y libertades de los ciudadanos afectados por la situación de crisis sanitaria. Cómo puede asegurarse que las nuevas tecnologías optimicen el bienestar individual, incluyendo la salud y economía, los derechos y libertades personales y al mismo tiempo alcanzar el objetivo de evitar la transmisión viral en la comunidad, es el gran interrogante que nos convoca.

Una serie de cuestiones técnicas deben resolverse previo a implementar estas aplicaciones. Ejemplos son la geolocalización que no siempre es exacta (personas en diferentes pisos de un edificio) o las limitaciones de Bluetooth debidas a la orientación o posición de los celulares¹⁵. Asimismo, el tratamiento de los datos personales, su posibilidad de disociación, anonimización o reidentificación, el lugar de almacenamiento y la persona autorizada a su acceso, son cuestiones que deben abordarse previamente bajo pena de inutilidad de la aplicación.

En este orden de ideas, se propone el siguiente marco principalista a los fines de abordar el desarrollo e implementación de este tipo de medidas¹⁶:

1. **TRANSPARENCIA Y RESPONSABILIDAD.** Los Gobiernos deberán establecer una permanente comunicación con sus ciudadanos de manera transparente y abierta sobre los objetivos y limitaciones de las aplicaciones tecnológicas, de manera de construir y mantener la confianza pública. Se debe ser muy claro acerca de la idoneidad de la tecnología para lograr los objetivos de salud pública. La confianza pública se fortalecerá con un marco legal adecuado y mecanismos de control independientes que puedan informar acerca de la efectividad e impacto de esas tecnologías.
2. **PRIVACIDAD.** La protección a la privacidad debe basarse en un marco legal claro. Ello implica explicar el tipo de datos que se recolectarán, con quién se compartirán, qué se hará con esa información, cuánto tiempo se almacenará y cómo se protegerá. Las tecnologías que se implementen deben garantizar que la información jamás abandone el celular del usuario, incorporar medidas de protección, con acuerdos claros y sencillos para su comprensión. Y muy especialmente el límite temporal de vigencia de la aplicación, que en ningún caso podrá prorrogarse más allá de la propia existencia de la situación de crisis o pandemia.

¹⁵ Expert Advisory Group on Society, Technology & Ethics in a Pandemic (STEP). En <https://www.cifar.ca>

¹⁶ Expert Advisory Group on Society, Technology & Ethics in a Pandemic (STEP). En <https://www.cifar.ca>

3. **EQUIDAD Y DIVERSIDAD.** Las tecnologías propuestas no deben exacerbar las desigualdades e inequidades sociales. No todas las personas tienen acceso a celulares o computadoras, sea por razones económicas, por pertenencia a determinados grupos etarios incómodos o renuentes a usar la tecnología o simplemente por falta de interés. Tales diferencias deben ser tenidas en cuenta ya que la información científica no puede estar disociada de la realidad socioeconómica y cultural de la población donde se aplica.
4. **COOPERACIÓN Y MOVILIDAD.** En un país federal como el nuestro, donde las provincias se reservan para sí las facultades en materia de salud, la armonización de enfoques a la par que permita la valoración de las diferencias y costumbres locales, será un gran apoyo para la movilidad y equidad. Compartir no sólo objetivos, sino herramientas, estrategias y protocolos permitirá disminuir la propagación del virus, facilitará la movilidad interprovincial y sostendrá la reapertura económica y social.
5. **NECESIDAD Y PROPORCIONALIDAD.** El empleo de tecnología debe ser proporcionado a las necesidades y severidad de la crisis. Mientras que estas tecnologías pueden brindar un gran servicio durante la vigencia de la pandemia, su invasividad y uso debe ser proporcional al impacto de la pandemia en la salud pública y al bienestar de las personas. En razón de ello, estas tecnologías deben ser temporales (solo mientras dure la situación de pandemia) y con claros límites acerca del uso de los datos personales.
6. **CALIDAD, SEGURIDAD Y EFICACIA.** El diseño de las tecnologías debe estar basado en evidencia científica. El desarrollo de nueva tecnología debe asegurar que es equitativa, segura y efectiva, incluyendo las nuevas habilidades requeridas para manejarla. Debe comprenderse muy especialmente las potenciales vulnerabilidades de seguridad al momento de su implementación, con monitoreo constante de su ejecución. Todas las nuevas tecnologías deben ser testeadas antes de su uso.

En base a estos principios, se propone la siguiente guía de implementación de nuevas tecnologías en época de pandemia:

1. **PRINCIPIO GENERAL:** las aplicaciones de contacto o seguimiento solamente serán efectivas si existe un sistema robusto y oportuno de testeo de COVID-19, y deben ser vistas como una medida complementaria. La instalación de la aplicación debe ser voluntaria.
2. **MARCO LEGAL:** para poder asegurar el correcto uso de la tecnología en todo el territorio nacional, deberán compartirse estándares e interoperabilidad de diferentes sistemas en cada jurisdicción. El objetivo

central debe ser coordinar acciones de manera de asegurar a todos los ciudadanos el mismo nivel de atención, cuidado y protección de su salud y de sus datos personales.

El marco legal propuesto deberá contemplar:

- a. El tipo de datos que se podrán colectar.
 - b. El objetivo por el cual se colectan los datos.
 - c. Quién tendrá acceso a los datos.
 - d. La obligación de borrar los datos luego de un tiempo específico o luego de alcanzar un determinado criterio (fin de la pandemia, control de la infección).
 - e. Sanciones por el uso no autorizado de los datos almacenados.
3. TRANSPARENCIA Y SEGURIDAD. Las herramientas tecnológicas deben introducirse de manera transparente y abierta, brindando salvaguardas acerca de su eficacia y seguridad, de manera de construir la confianza pública en su uso.

En este sentido se recomienda a los gobiernos:

- a. Desarrollar un amplio y transparente plan comunicacional.
- b. Recoger el parecer y responder a la opinión pública (a través de encuestas, por ejemplo).
- c. Articular los beneficios y abordar las cuestiones éticas, técnicas y sociales del uso de las tecnologías.
- d. Establecer que el código fuente de las aplicaciones desarrolladas sea abierto, de manera de permitir el escrutinio por expertos independientes y la opinión pública.
- e. Determinar las personas y formas de acceso a la información almacenada.
- f. Analizar las posibles vulnerabilidades del sistema.
- g. Garantizar el acceso rápido a medidas de protección de los datos y controlar periódicamente la seguridad de las aplicaciones.

4. PRIVACIDAD

- a. AUTORIDAD LEGAL: las medidas propuestas deben estar basadas en ley vigente.
- b. NECESIDAD Y PROPORCIONALIDAD: las medidas deben estar basadas en evidencia científica y ser necesarias para alcanzar un objetivo determinado.

- c. LIMITACIÓN DE PROPÓSITO: la información personal solamente puede ser utilizada para proteger la salud pública y en la medida de su necesidad.
 - d. PROTECCIÓN DE LOS DATOS ALMACENADOS.
 - e. LIMITACIÓN TEMPORAL: las medidas excepcionales siempre deben ser limitadas en el tiempo y la información recolectada y almacenada durante esas circunstancias debe ser destruida una vez que se supera la crisis.
 - f. TRANSPARENCIA: los gobiernos deben hacerse responsables ante sus ciudadanos del uso de los datos personales de su población, informando periódicamente.
5. RESPONSABILIDAD Y CONTROL: debe garantizarse el control independiente sobre el uso de estas tecnologías así como el desarrollo previo de investigación sobre la efectividad e impacto social de las mismas.

El fin no justifica los medios. Obviamente que una visión de Bien Común centrada en la protección de la salud pública, que permita erradicar o al menos contener la propagación del Coronavirus, requiere de todos nosotros (autoridades y ciudadanos de a pie) nuestro mayor compromiso. Pero tan noble fin no puede ser alcanzado por el cheque en blanco que se asiente sobre la renuncia a las libertades y derechos individuales. El principio hermenéutico fundamental es la armonización de derechos, deberes e intereses, restringiendo dinámicamente aquél que en el caso concreto aparezca como de menor jerarquía.

El problema del hombre no está en la bomba atómica sino en su corazón, nos enseñó Einstein. La tecnología es neutra, ni buena ni mala, todo dependerá del objetivo al que la destinemos. Y porque la tecnología no se usa sola sino que detrás, detrás está la gente (Joan Manuel Serrat), debemos ser muy cuidadosos y exigentes, porque no solo son nuestros derechos que están en juego sino que las decisiones que tomemos ahora dirán el tipo de sociedad que somos, pero también construirán el tipo de sociedad que queremos ser.

“El COVID-19 es una prueba para nuestras sociedades, y todos estamos aprendiendo y adaptándonos a medida que respondemos al virus. La dignidad y los derechos humanos deben ser el norte y centro en ese esfuerzo, no una consecuencia”.¹⁷

¹⁷ Bachelet M. UN High Commissioner for Human Rights. “Coronavirus: Human Rights Need to be Front and Centre in Response”. OHCHR. En <https://www.ohchr.org>

PRIVACIDAD O PRIVACIÓN- ACOMPAÑAMIENTO Y DESPEDIDAS EN TIEMPOS DE COVID-19

Gisela Farias - ARGENTINA

Carlos Valerio Monge - COSTA RICA

Rosa Niño Moya - CHILE

Natalia Cosmai - ARGENTINA

Ailin Irina Gurfein - ARGENTINA

Alejandro Duro - ARGENTINA

Verónica Rubín de Celis - PERÚ

RESUMEN

Desde la aparición del COVID-19, las personas internadas se hallan aisladas y el poco contacto que tienen con los profesionales que los asisten se encuentra mediado por las vestimentas sanitarias. En dirección contraria, la información sobre el estado de salud de las personas es de alta circulación social.

Resulta necesario acercar herramientas teóricas y prácticas para acompañar y respetar de la mejor forma posible la vida de quien está por partir. Así también, es imprescindible identificar instrumentos que permitan un equilibrio entre, por un lado, los hechos, los datos clínicos, el diagnóstico, pronóstico y tratamiento y, por otro, el mundo emocional y el de los valores, teniendo presente que las convicciones y la ética de los seres humanos son sistemas complejos y que es importante proteger las diferentes concepciones de dignidad asociadas al modo de morir de cada miembro de la comunidad.

ABSTRACT

Since the COVID-19 pandemic, hospitalized people have been isolated. The slight contact they have with the professionals who assist them is mediated by sanitary clothing. In the opposite direction, information on people's health status is widely circulated among society.

It is necessary to bring together theoretical and practical tools to accompany and respect in the best possible way the life of those who are about to leave. It is essential to find instruments that make a balance between, on one hand, the facts, clinical data, diagnosis, prognosis and treatment and, on the other, the emotions and values of people, bearing in mind that convictions and ethics of humans beings are complex systems and that it is important to protect the different conceptions of dignity associated with the way of dying of each member of the community.

INTRODUCCIÓN

La enfermedad y, eventualmente, la muerte, son acontecimientos que no pueden ser considerados sólo como un hecho singular, sino que exigen también ser examinados como un acontecimiento social e interrelacional. Su carácter real y simbólico atraviesa las diferentes épocas y culturas afectando al sujeto que enferma y/o muere e, invariablemente, involucra a sus seres queridos y allegados, a los médicos y las instituciones.

En tiempos marcados por la pandemia COVID-19, tanto la problemática del padecimiento físico en sí como el impacto en los aspectos vinculares y emocionales, han cobrado relevancia especial debido al daño o la afectación sobre los mismos. Ejemplo de ello, la forma en que la información sensible y privada de las personas que enferman circula como si fuese “moneda corriente” y patrimonio de lo público, en ocasiones- aunque no siempre ni solamente- por requerimientos del sistema de salud.

Lo cierto es que los nuevos protocolos de atención interrumpen despedidas e impiden acompañamientos. Incluso los cuidados especiales que los familiares ansían ofrecer a sus seres amados son dificultados y hasta prohibidos. Los rituales de entierro han cambiado; desaparecen las ceremonias, y los cortejos fúnebres y duelos tienen hoy una dolorosa ausencia.

Este artículo intenta reflexionar sobre algunos aspectos relacionados con la experiencia de vivir en el día a día expuestos a riesgo de contagio y con el modo en que se transita el proceso de muerte y de despedida para siempre a las personas, tanto dentro del sistema de salud como en seno de las familias y/o seres queridos.

LA INCERTIDUMBRE EN TIEMPOS DE PANDEMIA

Desde la aparición del COVID-19, el riesgo de contagio, la información confusa y/o contradictoria, la situación económica y el distanciamiento social, impactan en la salud física y psico-social de los seres humanos. La emergencia de pensamientos obsesivo-compulsivos, la preocupación excesiva con respecto al contagio, los problemas de somatización e hipochondría, los sentimientos de desasosiego en adultos mayores o en quienes padecen alguna enfermedad respiratoria, diabetes e hipertensión arterial, son solo algunas de las manifestaciones.

En un contexto de derivaciones incontrolables que, por otra parte, no puede solucionarse de forma individual, los signos de ansiedad han intensificando sus múltiples expresiones. Algunas encuestas realizadas por la Asociación Americana de Pediatría han mostrado que 4 de cada 10 personas sufren de ansiedad al pensar que pueden enfermarse gravemente o morir, 5 de cada 10 estadounidenses sufren ansiedad por la amenaza de contagio y 6 de cada 10 sufren de ansiedad por temor a que algún miembro de la familia contraiga

el virus. Además, las preocupaciones sobre cuestiones concretas y cotidianas como afrontar el “próximo cheque de pago” o el aumento de las facturas y el sufrimiento por el aislamiento social, se han incrementado (Rivera, 2020).

El estrés mental, la ansiedad y el pánico, deberían formar parte, sin duda, de las preocupaciones de la Salud Pública. Según la Cruz Roja (2020), el estrés, durante el brote de una enfermedad infecciosa, puede incluir, entre otras cosas:

- Miedo de quedarse sin suministros esenciales
- Ansiedad, particularmente por estar separado de sus seres queridos
- Incertidumbre acerca de durante cuánto tiempo necesitará aislarse en el hogar
- Preocupación por su seguridad física y la de los demás
- Miedo de enfermarse
- Culpa de no poder cumplir con las responsabilidades, tales como trabajar criar a sus hijos o cuidar de los dependientes
- Aburrimiento o aislamiento
- Pensamientos de culpa, preocupación o miedo
- Miedo por la pérdida de ingresos
- Miedo de ser estigmatizado o etiquetado si se enferma
- Temor y preocupación por su salud y la salud de sus seres queridos
- Cambios en los patrones de sueño o alimentación
- Dificultades para dormir o concentrarse
- Agravamiento de problemas de salud crónicos
- Agravamiento de problemas de salud mental
- Mayor consumo de alcohol, tabaco u otras drogas
- Complicaciones de la enfermedades pre existentes, sin atención por miedo al contagio.

Los profesionales de la salud en general, y quienes se encuentran en la primera línea de atención a los pacientes en particular, no son ajenos a estos sentimientos de incertidumbre y estrés, pues los experimentan ellos mismos, a la vez que deben confortar a los pacientes (Defensoría 2020), y muchas veces también a sus (propias) familias (Buñuelos, 2020).

Respecto de niños, niñas y adolescentes se observa:

- Aumento de las consultas en psiquiatría infanto-juvenil
- Retraimiento
- Pérdida de intereses correspondientes a su edad
- Sensación de soledad absoluta por no poder compartir con sus compañeros el espacio de escolaridad

- Aumento de la incidencia de autolesiones en adolescentes
- Descenso en el rendimiento escolar
- Baja adherencia a las plataformas virtuales para obtener contenidos formales
- Angustia
- Pérdida de pautas madurativas.

LOS PACIENTES

Tomando como foco la situación de los pacientes que requieren algún tipo de internación (transitoria o definitiva, en salas especiales, en terapias intensivas, o en pasillos), lo que se observa es que, además de la enfermedad, los pacientes sufren otras afrentas: la soledad, la pérdida de privacidad y/o intimidad y, a la vez y paradójicamente, el anonimato.

Las personas internadas se hallan privadas de la asistencia de familiares o amigos y, el poco contacto que tienen con los profesionales que los asisten se encuentra mediado por las vestimentas sanitarias. La “humanidad” se vuelve prácticamente irreconocible en ese contexto. En algunas instituciones el aislamiento es tan extremo, que el contacto con el mundo que tiene la persona internada se limita al mero intercambio de bandejas de alimentos varias veces al día, lo que reduce drásticamente el contacto social, sin “encuentros cercanos” de ninguna índole.

En dirección contraria, la información sobre el estado de salud de las personas (a veces de dudosa precisión), es de alta circulación social, tanto dentro de las instituciones como en el lugar de residencia- trátese del edificio de su domicilio e, incluso, del barrio de locación. Instaladas bajo un cuestionable estatus de seres “contagiados”, las historias clínicas de los afectados se escuchan indiscriminadamente; los enfermos son convertidos en números para la Salud Pública e invisibles en los obituarios. Agregando dolor e incertidumbre, en caso de fallecimiento, los deudos/familiares no pueden conocer las verdaderas causas de muerte de su ser amado pues, como medida preventiva, no se hacen autopsias en “estos tiempos”.

Algunas instituciones hospitalarias han logrado que los pacientes que se encuentran en estado crítico puedan comunicarse con sus familiares a través de su tableta o teléfono celular, tarea para la cual se asigna personal específico.

LOS LÍMITES ENTRE LA SALUD PÚBLICA, EL DERECHO A LA PRIVACIDAD Y EL ACCESO A LA INFORMACIÓN.

Según Phillippe Ariés (1999) y a grandes trazos, se identifican dos formas de no pensar en la muerte: la de nuestra civilización técnica que la rechaza y castiga con la prohibición, y la de las civilizaciones tradicionales, que no piensan de-

masiado en la muerte porque está muy cerca y forma parte de la vida cotidiana. Los antiguos caballeros medievales llegaban advertidos a su muerte, fuera por los signos naturales o por su íntima convicción. Relatos como los Caballeros de la Mesa Redonda o los Hechos del rey Arturo testimonian que, por esos tiempos, la muerte era algo simple; se la esperaba yaciendo en el lecho o en el campo de batalla.

“Entonces el caballero dijo cortesmente:- De modo que te he vencido y tu vida o tu muerte dependen de mi decisión .Ríndete y admite tu derrota o deberás morir. Bienvenida la muerte cuando venga- dijo Arturo- pero la derrota nunca es bienvenida. No me rindo (Steinbeck, 1999:33).

En otros tiempos, que parecen tan lejanos, el muriente tomaba sus disposiciones: hacía sus lamentos de vida, evocaba a los seres queridos, los logros obtenidos, perdonaba o ratificaba sus discordias, distribuía sus bienes y se encendaba a Dios. Todo ello en ‘ceremonias públicas’, es decir, en presencia de padres, amigos y niños. “No sólo no atrasaban el momento de rendir cuentas, sino que se preparaban a ello tranquilamente y con antelación, extinguiéndose con una especie de alivio...”. (Solzhenitsyn, 1968:54)

¿Existe hoy algún espacio para expresar preferencias personales, para dejar disposiciones anticipadas en tiempos de COVID-19, para transitar el camino de acuerdo a las convicciones singulares?

Cabe reconocer que el personal sanitario general no posee las competencias adecuadas para ofrecer la contención afectiva o comunicacional que la situación requiere; de hecho, ellos mismos sufren el agotamiento de la sobrecarga de trabajo, la falta de horas de sueño y la escasez de personal. Todo esto influye en que apenas puedan cumplir con la asistencia sanitaria para la cual están formados. Aun así, muchos pacientes relatan la profundidad del cuidado y encuentro existencial que han recibido de parte de los profesionales que los asistieron.

PROTOCOLOS DE ACOMPAÑAMIENTO

En toda etapa de tratamiento o enfermedad, la posibilidad del intercambio afectivo desempeña un rol clave, tanto para sanar como para transitar el final de la vida lo más pacíficamente posible. Existen numerosos estudios que han demostrado que los sentimientos de soledad constituyen una de las causas que abonan el desarrollo de depresiones y/o ataques cardíacos (Capiocco et. al., 2006) por lo cual sería deseable que el aislamiento pudiera mitigarse en alguna medida. En forma parcial, la tecnología- única vía permitida ante situaciones de aislamiento total- colabora para mantener el contacto entre el enfermo y sus personas significativas. Sin embargo, no hay dudas de que es insuficiente.

Por otra parte, no todas las personas tienen acceso a la tecnología necesaria para realizar video llamadas. ¿Deberían los hospitales contar con dispositivos que lo posibilitaran? ¿Sería el contacto virtual una vinculación eficiente para pacientes no “alfabetizados” ni familiarizados con la tecnología? Pacientes que, a su vez, se encuentran fragilizados física, mental y emocionalmente.

En tiempos recientes, y frente a la evidencia de los efectos emocionales positivos, algunos profesionales del área de terapia intensiva han hecho propuestas para que los pacientes cuenten con algún dispositivo (tabletas o teléfonos inteligentes) que les permita “ver” a sus familiares o amigos, aunque sea algunas horas al día, propiciando momentos de privacidad e intimidad relacional.

Alguien podría hablar del riesgo de incurrir en violaciones a la privacidad al tener que ingresar los datos en un dispositivo de incumbencia pública pero, en la actualidad, existe variada disponibilidad de software que elimina los datos cuando el dispositivo se apaga; por otra parte, la enorme posibilidad de comunicación que ofrece y la oportunidad de fortalecer una práctica médica humanizada constituye un alto beneficio a considerar.

DERECHO A LA PRIVACIDAD

Ya desde el mundo antiguo, Hipócrates refirió principios y normas que abogaban por los derechos de los pacientes. Aludían, entre otras obligaciones, al deber moral del profesional de mantener sigilo respecto de las informaciones acerca de la vida y la salud del individuo bajo sus cuidados.

En la actualidad, la Declaración Universal de los Derechos Humanos recepta aquella idea del derecho a la protección frente a posibles intromisiones arbitrarias en la vida de las personas, sea en su área privada y/o familiar o en su correspondencia: reputación y honra. En el mismo documento internacional, se reconocen como inviolables los derechos a la intimidad y a la protección de la imagen de las personas en sentido moral y/o material, lo que constituye un imperativo ético ineludible.

En los tiempos que corren, la creciente demanda de atención está repercutiendo en las necesidades individuales y colectivas, y en la forma en que se protegen los derechos de privacidad y confidencialidad. El resguardo del propio cuerpo y la solicitud de permiso para desvestir o intervenir en la propiedad corporal de otro, han cambiado (Soares, 2010).

Los límites entre lo privado y lo público se han vuelto “porosos”, a veces debido a la urgencia de la situación, otras, simplemente por naturalización o automatismo.

Habitualmente, los miembros del equipo de salud consideran las intervenciones y procedimientos como una parte inherente de la rutina de trabajo y pocas veces vislumbran que esa actitud pueda estar violando la privacidad e

intimidad del usuario/a, llegando al descuido de no pedir autorización cada vez que existe la necesidad de tener acceso por medio de acciones concretas a la intimidad corporal, espacial y/o psicológica de un/a paciente.

La persona enferma suele quedar reducida a un cuerpo biológico al que hay que salvar. Buenas intenciones, que sin embargo “violan la propiedad privada” en su camino pues, al mismo tiempo que quitan las ropas, despojan a otro ser humano de la posibilidad de decidir. Los cuerpos y los nombres se han vuelto públicos y, a la vez, todos invisibles.

Elegir cómo, dónde, cuándo y por quién va a ser inspeccionado el cuerpo propio, encarna la posibilidad de protección a la subjetividad y la autonomía que, a la vez, es el único vehículo legítimo para construir confianza y simetría vincular; de otro modo solo queda la sumisión.

Otro tanto ocurre con el tema del manejo de la información y la confidencialidad. Las recomendaciones internacionales de los organismos de Derechos Humanos y de la Organización Mundial de la Salud han sido enfáticas en establecer que el derecho a la confidencialidad del paciente debe respetarse en el ambiente hospitalario. Se debe tener presente que el respeto a la vida privada y la intimidad del paciente implica, en primer lugar, no ir más allá de lo estrictamente imprescindible en la exploración médica para elaborar un diagnóstico correcto. Igual recaudo se extiende a los resultados de los exámenes y pruebas, al pronóstico, al tratamiento del paciente; incluso al acto mismo de la hospitalización. Si fuera solicitado por el paciente, el secreto alcanza también a guardar la confidencialidad frente a sus familiares. La confidencialidad atañe a las historias clínicas y a la protección de la imagen del paciente en publicaciones, por lo cual todos los profesionales de la salud, cualquiera que sea su rango o función, están afectados por este compromiso.

Si bien pueden existir variantes en las distintas legislaciones, en general, el derecho a la confidencialidad y consecuente obligación de los agentes de salud, sólo cede cuando se encuentra previamente establecida su justificación en la ley, sea como consecuencia de un estado de necesidad o exista colisión de derechos o cuando lo autorice una autoridad judicial con competencia para ello.

La dinámica contemporánea entre la vida privada y el secreto profesional obligan a reconocer que los derechos se relativicen. Por ello mismo, se requieren regulaciones claras que prevengan violaciones de derechos, abusos o simplemente decisiones guiadas por criterios individuales. La formación de los profesionales, y de los agentes de salud en general, es crucial para orientarles acerca de la legal y legítima jerarquía de derechos que deben respetar.

Se reconoce que la información de un paciente puede ser empleada por otros profesionales de la salud y por terceras personas como “secreto compartido”, siempre y cuando estén claros los propósitos de prevención de enfermedades o

el éxito de la atención médica. En este último caso, las medidas adoptadas deben orientarse a la búsqueda del bienestar, centradas en los mejores intereses del paciente y contar con el consentimiento correspondiente. Por otra parte, el personal no sanitario, como los auxiliares administrativos, digitadores, auditores de calidad, deberá conocer que está alcanzado por un aspecto del secreto que se puede llamar “secreto derivado” y exige ser respetado en el cumplimiento de sus funciones. Si bien es cierto que se trata de un “territorio con fronteras difusas”, allí deberá primar la noción de prudencia en lo referente al manejo de la información entre los miembros de equipos terapéuticos o personal de salud.

Dentro de la atención institucionalizada, dados los múltiples actores sociales, es necesario rescatar valores ligados al respeto de la intimidad personal, para responder a la confianza otorgada por el usuario/a. Una atención así exige una dinámica reflexión, lucidez, voluntad de acción y compromiso (Laín Entralgo, 2003)

DERECHO AL ACOMPAÑAMIENTO EN EL FINAL DE LA VIDA

La filosofía de los Cuidados Paliativos (CP), trabaja desde hace años con la perspectiva de aliviar el sufrimiento, ayudar a que las personas enfermas sean partícipes de sus decisiones finales, puedan comunicarse y, por supuesto, tener el dolor controlado.

¿Cómo acontece todo esto en tiempos de COVID-19?

A primera vista se identifica una cuestión de orden social y político: las personas parecieran renunciar a todo por temor a morir o por miedo a no conseguir una cama.

Luego, en caso de necesitar y acceder a una internación, sus vidas cambian drásticamente y continúan cediendo derechos: visitas restringidas o escasas (dependiendo de la institución), interrupción del contacto con otras personas y con el mundo exterior. Su realidad pasa a construirse entre cuatro paredes y su único arraigo a la afectividad apenas puede estar mediado por pantallas, si se tiene el privilegio de acceder a ellas.

Avedis Donabedian (1986), médico y poeta armenio, conocido por centrar su vida en la mejora de la calidad asistencial, concebía la atención médica como el tratamiento que proporciona un equipo de profesionales/técnicos de la salud a un episodio de enfermedad claramente establecido, en un paciente dado, y de esa intervención se originan dos aspectos:

- La atención técnica, que es la aplicación de la ciencia y la tecnología para la resolución de un problema de salud.

- La relación interpersonal, que es la interacción social, cultural y económica entre el profesional de la salud y el paciente.

Es fundamental, entonces, propiciar un modo de atención oportuna, continua y humanizada. Una asistencia impartida por profesionales no solo capacitados en Cuidados Paliativos, en Unidades de Cuidados Intensivos (UCI), sino, y casi primordialmente, sensibles y entrenados en el trabajo con pacientes que podrían estar en el final de su vida si su condición crítica no se estabiliza. No es una instancia menor que, al momento de tener que intubar a una persona - acto que requiere una particular destreza técnica- se requiera de entrenamiento específico para dar noticias sensibles y de habilidades para encauzar la angustia de la persona afectada y sus seres significativos.

Existen pocos estudios que analicen los problemas vinculados a la calidad de la atención en el final de la vida de los pacientes que mueren de COVID-19. Si bien se reconoce la importancia de los cuidados en esa etapa y que los mismos están incluidos en la definición de Cuidados Paliativos de la Organización Mundial de la Salud, su implementación presenta complejas dificultades debido a la Pandemia (Loncán et al., 2007)

Una reflexión responsable es urgente para desarrollar una visión lo más global posible, que habilite corregir errores y mejore el soporte emocional que el/la paciente y su familia requieren en estas circunstancias de vulnerabilidad (Barbero, 2006). A pesar de la angustia y el sufrimiento, cada paciente debe tener la oportunidad, la convicción y experiencia de que será respetado y podrá mantener su derecho a decidir cómo manejar su situación crítica de la mejor manera posible. Es fundamental, entonces, considerar cuáles son las expectativas y necesidades singulares de las personas que están padeciendo COVID-19, para orientar actitudes idóneas con una atención que sea capaz de satisfacer sus humanos requerimientos. Más aún cuando el proceso se encamina al final de la vida (Eraker y Politser, 1982).

ESTADO DE EXCEPCIÓN Y PRIVACIDAD

Es interesante retomar el concepto de “Estado de excepción” desarrollado por filósofos como Carl Schmitt o Giorgio Agamben. Se entiende por “estado de excepción” como la verdadera naturaleza del ejercicio del poder, aquel en donde el soberano es capaz de tomar decisiones más allá de toda normativa jurídica. Schimitt nos menciona que es soberano quien decide sobre el estado de excepción. Pensado esto en la actualidad, vemos como la legalidad y protección de derechos queda en un segundo plano cuando el soberano así lo decide (Schmitt, 2004). En este caso, la pandemia del COVID-19 permitió a los soberanos (Estados) hacer uso de esta cualidad que le es intrínseca para pasar por alto los

marcos regulatorios en términos de derechos y privacidad de acuerdo a las decisiones que el mismo estado considero correctas o pertinentes. Más en concreto podemos observar una enorme cantidad de acciones que violan los derechos de las personas a partir del análisis que los estados hacen de la coyuntura sanitaria; aislamiento forzoso, control remoto de circulación, recolección de datos sensibles sin mayor mediación que una app en una tienda de aplicaciones de telefonía móvil (recopilación de datos sobre la vida de las personas, sus relaciones, sus “contactos”, su circulación, etcétera) sin mayor explicación de que es lo que se hace con esos datos, quien los aloja, donde, como se procesan, etc. Vemos así desplegada la noción de estado de excepción, un soberano que va más allá de los límites que le impone la ley en cuanto a la relación que este tiene con su población.

Sin una mirada que busque proteger los derechos y garantías de las personas, el estado lleva adelante sus decisiones sin encontrar resistencia. El supuesto bien mayor, amparado en una lectura sanitaria, permite desplegar esta noción del poder soberano que poco tiene que ver con el estado de derecho, sino por el contrario se asemeja más a regímenes del tipo autoritario, donde el poder prima sobre la ley.

El miedo detrás de la potencial muerte de las personas permite desplegar acciones que se alejan considerablemente de las leyes y normativas respecto a la protección de derechos y garantías de la población. En pandemia, como en otros casos puntuales (guerras), sale a la luz la verdadera naturaleza del estado, aquel que es capaz de decidir en la excepción (Benavides, 2006).

REFLEXIONES FINALES

En lo que podríamos llamar “postales de la peste” los límites de la privacidad se deforman. También los de la intimidad, la libertad e, incluso, del miedo. La valoración de la enfermedad, de la salud ,y de la muerte, presenta - tanto en la esfera personal como en la general de cualquier sociedad- fluctuaciones importantes: no es lo mismo privacidad, privado, intimidad, publicidad, lo público, la libertad.

Ray Bradbury (1986) nombró a uno de sus libros *La muerte es un asunto solitario* y, más allá del relato, el título invita a interrogantes tales como: ¿qué muerte? ¿La propia? ¿La ajena? ¿La de nuestros seres queridos? Y después: ¿importa la circunstancia, el número? ¿Qué nos dicen los usos y costumbres acerca de todo esto? ¿La pompa o la discreción con la que se realiza el entierro? ¿Cómo lo comunicamos, a quién, para qué?

La pluralidad y diversidad de credos en los diferentes países da cuenta de los variados usos y costumbres respecto de las ceremonias funerarias de despedida: los cementerios difieren por grupo, religión o laicismo. Así, se pueden encontrar mausoleos familiares, túmulos sencillos, meras placas que

no llegan a ser las lápidas usuales con epitafios sentidos, tumbas colectivas y otras variantes. Casi nada de esos rituales o ceremonias puede consumarse en estos tiempos. La incertidumbre, el miedo y el riesgo que inundan nuestros días no debería servir de coartada para licuar o justificar que no se respeten derechos conquistados. Derechos que afectan a todos los actores involucrados: a los que enferman, a los que asisten, a los que curan.

Cabe preguntarse ahora, ¿Pierden validez las leyes por tratarse de épocas críticas? ¿Se distorsionan o incluso pueden ser arrasadas por eventos de incierto manejo como las pandemias? ¿Qué formas toma el proceso del “buen morir”? (Azulay Tapiero, 2004).

Es complejo delinear un solo discurso, puesto que los entornos variaron sus límites.

Los conceptos: privado, intimidad, libertad y otros tantos, han quedado desdibujados ya que, definitivamente, esas palabras no significan lo mismo para los líderes políticos, para el ciudadano común, para el economista, para los agentes de salud, para quien enferma, para quien muere.

La humanización (Rueda et al., 2017) de la asistencia es un proceso que relaciona al individuo, la especie y la sociedad y debe nutrirse, invariablemente, de la capacidad del intercambio subjetivo en un marco de empatía y afectividad.

Resulta necesario acercar herramientas teóricas y prácticas para acompañar y respetar de la mejor forma posible la vida de quien está por partir (Gómez- Carretero et al., 2007). Hallar instrumentos que permitan un equilibrio entre, por un lado, los hechos, los datos clínicos, el diagnóstico, pronóstico y tratamiento y, por otro, el mundo emocional y el de los valores, teniendo presente que las convicciones y la ética de los seres humanos son sistemas complejos y que es importante proteger las diferentes concepciones de dignidad asociadas al modo de morir de cada miembro de la comunidad (Sgreccia, 1999; Cortez, 2006).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARIÈS, P. (1999). *El Hombre ante la muerte*. Ed. Taurus. España.
- AZULAY TAPIERO, A. (2004). Las diferentes formas de morir: Reflexiones éticas. *Anales de Medicina Interna*, 21(7), 49-52. Recuperado en 08 de julio de 2021, de http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0212-71992004000700009&lng=es&tlang=es.
- BARBERO, J. (2006). *El derecho del paciente a la información: el arte de comunicar*. An Sist. Sanit. Navar. Supple: 3 .Vol. 29, pp 19-27.
- BAYÉS, R., LIMONERO, J. (2005). *Influencia de la proximidad de la muerte en los factores que pueden ayudar a morir en paz*. Med Clín; 124: 556.

- BENAVIDES, F. (2006). Excepción, decisión y derecho en Carl Schmitt. *Argumentos* (Méx.) vol.19 no.52. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0187-57952006000300007
- BRADBURY, R. (1986). *La muerte es un asunto solitario*. Emecé Editores S.A. Argentina.
- BUÑUELOS, J. (2020). Sanidad pierde pruebas de sus sanitarios: "Están buscando mi test, no saben en qué laboratorio está". Radio Madrid. Madrid. Disponible en: https://cadenaser.com/emisora/2020/03/26/radio_madrid/1585221230_704237.html
- CACIOPPO, J., HUGHES M., WAITE, L., HAWKLEY, L., Y THISTED, R. (2006). Loneliness as a specific risk factor for depressive symptoms: cross-sectional and longitudinal analyses. *Psychol Aging*. 21(1):140-51. doi: 10.1037/0882-7974.21.1.140. PMID: 16594799.
- CORTEZ, J. (2006). Aspectos bioéticos del final de la vida: El Derecho a Morir con Dignidad. *Cuadernos Hospital de Clínicas*, 51(2), 97-102. Recuperado en 08 de julio de 2021, de http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1652-67762006000200013&lng=es&tlang=es.
- CRUZ ROJA AMERICANA (2020). Lidiar con el stress durante el covid.19. Disponible en: <https://www.redcross.org/cruz-roja/obtener-ayuda/tipos-de-emergencias/consejos-de-seguridad-para-coronavirus/lidiar-con-el-estres-durante-el-covid-19.html>
- DEFENSORÍA DE LOS HABITANTES DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA (2020). Informe final con recomendaciones. Expediente No. 314767-2020-SI. Oficio N. 08446-20202- DHR del 13 de julio . San José, Costa Rica. pp 4.
- DONABEDIAN, A. (1986). *La investigación sobre la calidad de la atención médica*. Salud Pública. Mex; 28:324-7
- ERAKER, S., POLITSER, P. (1982). How decisions are reached: Physician and patient. Ann Intern Med; 97:262-268
- GÓMEZ-CARRETERO, P., MONSALVE, V., SORIANI, J.F., DE ANDRÉS, J. (2007). Alteraciones emocionales y necesidades psicológicas de pacientes en una unidad de cuidados intensivos. *Medicina Intensiva*, vol 31, n.6: 318-325
- LAÍN ENTRALGO, P. (2003). *El médico y el enfermo*. Triacastela. Madrid. Cap. 5, pp. 163-92.
- LONCÁN, P., et al. (2007). Cuidados paliativos y medicina intensiva en la atención al final de la vida del siglo XXI. En *Anales del Sistema Sanitario de Navarra*. Gobierno de Navarra. Departamento de Salud, p.113-128
- RIVERA, S. (2020). La ansiedad está atacando antes del coronavirus: Maneje la situación para no afectar a la familia. *Los Angeles times*. <https://www.latimes.com/espanol/california/articulo/2020-04-05/la-ansiedad-esta-atacando-antes-que-el-coronavirus-maneje-la-situacion-para-no-afectar-a-la-familia>.

- RUEDA CASTRO, L.; GUBERT, I. C.; DURO, E. A.; CUDEIRO, P.; SOTOMAYOR, M. A.; BENITES ESTUPIÑAN, E.; LÓPEZ DÁVILA, L. M.; FARÍAS, G.; TORRES, F. A.; QUIRÓZ MALCA, E. Y SOROKIN, P. (2018) “Humanizar la Medicina: un desafío conceptual y actitudinal” en *Revista Iberoamericana de Bioética* / nº 08 / 01-15.
- SOARES, N.V. (2010). *A privacidade dos pacientes e as ações dos enfermeiros no contexto da internação hospitalar* [tese]. Porto Alegre: UFRGS
- SOLZHENITSYN, A. (1999). *Le Pavillion des cancéreux*, Paris Julliard, 1968 citado por Phillippe Ariès en *El Hombre ante la muerte*.
- SGRECCIA, E. (1999). Aspectos éticos de la asistencia al paciente moribundo. *Revista Humanitas*; 4 (15): 435-450.
- SCHMITT, C. (2004). “Teología política – Cuatro capítulos sobre la teoría de la soberanía”, en Héctor Orestes Aguilar (ed.). Carl Schmitt, Teólogo de la Política, Fondo de Cultura Económica, Mexico
- STEINBECK, J. (2003). *Los Hechos de Rey Arturo y sus nobles Caballeros*. Ed. Sudamericana. Bs. As. Disponible en: https://www.mercaba.es/galia/rey_arturo_de_godofredo.pdf.

TELEMEDICINA Y EL ROSTRO CAMBIANTE DE LA ATENCIÓN MÉDICA

Ira Bedzow - ESTADOS UNIDOS

Adam Herbst - ESTADOS UNIDOS

TRADUCCIÓN:

Ida Cristina Gubert - BRASIL

RESUMEN

El uso de la telemedicina se expandió rápidamente como consecuencia de la pandemia de Covid-19, hecho que ha beneficiado a millones de pacientes. Este aumento no se debe solo al aumento de la demanda, sino que también al miedo que tienen los pacientes o la imposibilidad de ver a sus prestadores de servicios médicos en persona; asimismo, se debe a que los formuladores de políticas han reducido las restricciones sobre las herramientas de telemedicina. Este artículo busca analizar los beneficios potenciales que el aumento del uso de la telemedicina puede traer, incluso después de la pandemia, así como los cambios legales y políticos que serían necesarios para mantener una buena atención en el futuro.

ABSTRACT

The use of telehealth expanded rapidly as a consequence of Covid-19 pandemic, which has benefitted millions of patients. This surge is not only due to increased demand, with patients either fearful or unable to see their medical providers in person; it is also due to policymakers easing restrictions on telehealth tools. This article will examine the potential benefits that the increased use of telehealth can bring even after the pandemic as well as the legal and political changes that would be necessary to maintain good care in the future.

RESUMO

O uso da telemedicina cresceu rapidamente como consequência da pandemia da Covid-19, fato que beneficiou milhões de pacientes. Este aumento não se deve apenas ao aumento da demanda, ao medo dos pacientes ou à sua impossibilidade de consultar seus médicos pessoalmente; isso também se deve ao fato de os legisladores terem amenizado as restrições impostas às ferramentas de telemedicina. Este artigo busca analisar os benefícios potenciais que o aumento do uso da telemedicina pode trazer, mesmo após a pandemia, bem como as transformações legais e políticas que seriam necessárias para manter um bom atendimento no futuro.

El uso de la telemedicina, es decir, la prestación remota de atención y el seguimiento de la salud de los pacientes mediante herramientas de telecomunicación digital, se ha disparado durante la pandemia de COVID-19 en curso, beneficiando a millones de pacientes. Este aumento no se debe solo al crecimiento de la demanda, sea porque los pacientes están temerosos o no pueden ver a sus médicos en persona; también se debe a que los formuladores de políticas han reducido las restricciones sobre las herramientas de telemedicina. El resultado neto ha sido la disminución de contactos en persona innecesarios, la potencial reducción de la propagación de la enfermedad y un mayor acceso a la atención. Pacientes, proveedores y legisladores también comienzan a ver los beneficios potenciales que un mayor uso de la telemedicina puede traer, incluso después de la pandemia.

La telemedicina permite que los pacientes reciban atención en el hogar sin la necesidad de irse a un hospital o clínica posiblemente abrumados. En los últimos meses, hemos sido testigos de cómo estos encuentros pueden convertirse en un importante desestabilizador para la prestación y el acceso a la atención médica, toda vez que los cambios realizados ahora podrían perdurar después de la pandemia. Eso sería bueno. Permitiría que la asistencia sanitaria atienda a las crecientes necesidades de los pacientes, tanto a causa de la pandemia como en general. También serviría como un caso paradigmático de cómo la atención médica puede y debe adaptarse para satisfacer las necesidades y oportunidades económicas, sociales y tecnológicas en el futuro.

Antes de la pandemia, la cobertura ampliada de la telemedicina era bastante limitada. Los servicios se utilizaban generalmente en áreas rurales donde había escasez de profesionales de la salud. También estaban restringidos en los tipos de servicios prestados, como la telepsiquiatría, y el formato de la prestación, por ejemplo, solo permitían la conexión de audio y video en tiempo real y de dos vías. La razón de tales limitaciones no se debió simplemente a una imaginación acotada sobre cómo monitorear a los pacientes, diagnosticar afecciones o adherir a tratamientos en forma virtual. También existía el temor de que se pudiera violar la confidencialidad de la comunicación de información médica sensible entre los proveedores de atención médica y los pacientes.

Sin embargo, con la declaración oficial de Covid-19 como una emergencia de salud pública, muchos países suspendieron sus restricciones a la telemedicina. La necesidad de servicios superó el miedo a las violaciones de la confidencialidad. Las condiciones de emergencia y las nuevas exenciones expandieron drásticamente los servicios de telemedicina y las plataformas digitales capaces de ser utilizadas para brindar atención a través de este método. Debido a que muchos se han dado cuenta de que las preocupaciones por

la confidencialidad crearon demasiadas limitaciones en la telemedicina, lo que obstaculizó innecesariamente la buena prestación de servicios de salud, la mayoría de las expansiones actuales en el área probablemente se volverá permanente después de que las actuales declaraciones de emergencia de salud pública hayan terminado. Sin embargo, aunque las preocupaciones sobre la privacidad con respecto a la telemedicina deberían aliviarse, no deberían abandonarse. Mientras la telemedicina crece, los legisladores deben considerar mecanismos de cómo preservar la confidencialidad del paciente a medida que la tecnología y la prestación de atención virtual se desarrollan.

La telemedicina está redefiniendo la atención médica y ampliando los límites de los datos de monitoreo, la transmisión de información a largo plazo, el almacenamiento y el acceso para incluir datos de salud protegidos (PHI, por sus siglas en inglés). La cantidad de datos seguirá aumentando sustancialmente, lo que significa que el potencial de exposición a infracciones a la telemedicina será mucho mayor. Por lo tanto, es fundamental que los pacientes y los proveedores confíen en sus sistemas de telemedicina para mantener la información personal privada y segura para que esta se pueda desarrollar en todo su potencial.

A continuación, identificamos los riesgos de privacidad y seguridad de los sistemas de telemedicina y la medida en que los controles técnicos y las leyes de privacidad actuales abordan —y no abordan— esos riesgos de manera adecuada, de modo que la privacidad de los pacientes pueda protegerse aún de una manera que tenga en cuenta la tecnología en evolución.

CONSTRUYENDO SOBRE EL ÉXITO DE LA TELEMEDICINA DESPUÉS DE COVID-19

Junto con el crecimiento de nuevas tecnologías y mayores esfuerzos para comercializar productos tecnológicos para el cuidado de la salud, los países han respondido con éxito a los múltiples desafíos que presentó la pandemia de COVID-19 simplemente mediante el reemplazo de las visitas al consultorio por visitas basadas en tecnología. Dicho éxito ha llevado a la flexibilización de los requisitos regulatorios, tal como permitir exenciones para la ley HIPAA y otras medidas de protección de la privacidad, para que los pacientes puedan acceder a los médicos a través de Skype y Facetime. Esto ha creado un acceso a la atención clínica convencional, como el diagnóstico y el seguimiento, así como la educación del paciente y la promoción del bienestar, entre otros servicios.

El lado positivo es que los pacientes se han beneficiado de la flexibilización de los impedimentos, pero los Estados pueden y deben hacer más. Por ejemplo, si bien los estados han suspendido las restricciones fronterizas para la telemedicina debido a la pandemia, la suspensión es temporal, al igual que todas las demás respuestas hasta ahora. Pero no debería ser así. Los políticos y los gestores en salud deben encontrar formas de mantener el acceso a la tele-

medicina, que es mayor que antes y flexible, incluso después de la pandemia, especialmente en lo que respecta a la salud mental.

Dada la creciente demanda de servicios de salud mental y la facilidad con la que la tecnología puede proporcionar un medio para conectarse a través de grandes distancias, los Estados deben reevaluar la necesidad de requisitos de licencias individuales. Tener una licencia estándar en todos los Estados, o al menos tener los medios para la reciprocidad de reconocimiento de licencias entre diferentes Estados, les permitiría a los proveedores de salud conductual ofrecer servicios en lugares donde hay una falta de médicos sin tener que mudarse o pasar tiempo lidiando con la burocracia. Los acuerdos de reciprocidad ya existen en otros campos fiduciarios, como el derecho. No es necesario limitarles el beneficio a los pacientes por el simple hecho de ceder al statu quo.

La telemedicina interestatal no solo aliviaría la escasez generalizada de profesionales de la salud mental, sino que también brindaría oportunidades económicas para que los Estados atraigan la industria de la telemedicina. Los proveedores de este servicio, e incluso los proveedores de asistencia médica en comercios, han aumentado rápidamente su fuerza laboral de telepsiiquiatría para satisfacer la demanda.

Sin la necesidad de estar en la misma ciudad que sus pacientes, estos médicos ya no se encuentran limitados geográficamente. Así como Silicon Valley se creó mediante el crecimiento de una industria, otras áreas del país podrían ver beneficios en todos los sectores de su economía a través del aumento de la telemedicina.

Además, la salud rural ya no tendría una escasez de proveedores de salud mental, un problema del que padece actualmente. La gente tampoco tendrá que preocuparse por encontrar a su terapeuta en el supermercado. El último punto puede sonar frívolo, pero sigue siendo una preocupación para muchos.

Aunque la aceptación del tratamiento de salud mental haya aumentado, el estigma sigue siendo un problema para los pacientes. Una encuesta de Price Waterhouse-Cooper con pacientes de entre 18 y 44 años descubrió que el 72% de los encuestados estarían dispuestos a recibir atención de salud mental de manera virtual, en lugar de una visita al consultorio. A través de la telemedicina, los Estados pueden brindarles a los pacientes su privacidad, incluso si no pueden combatir directamente el estigma social.

Con una mayor laxitud con respecto a los obstáculos para tener una licencia, también será más fácil exigir que los planes de salud comerciales y los programas estatales de Medicaid cubran los servicios de telemedicina. Los planes colectivos de salud podrían contribuir significativamente a la reducción de los costos del seguro para los pacientes. Por lo tanto, la telemedicina,

no solo puede contribuir para facilitar el acceso, sino que también puede hacer que el acceso sea menos costoso.

Antes de la pandemia, la telemedicina ya estaba recibiendo una relevante atención, para proporcionar mayor acceso a la atención en salud mental. La pandemia impuso una necesidad urgente de pasar de hablar a actuar. Ahora que vemos sus beneficios, los políticos y los gestores de salud deben comenzar a construir pautas y soluciones viables y a largo plazo para la salud mental a distancia, lo que incluye expandir la cobertura de telemedicina para las compañías de seguros.

TELEMEDICINA Y LA NECESIDAD DE MEJORAR LA PRIVACIDAD

No es exagerado decir que una de las obligaciones legales y éticas más importantes en el cuidado de la salud es el respeto por la relación médico-paciente y, específicamente, por el derecho del paciente a la toma de decisiones independiente o a su autonomía. Este concepto se extiende al derecho del paciente a la privacidad y la confidencialidad. La mayoría de los países han adoptado uno o más estatutos integrales de confidencialidad médica. En los Estados Unidos, las Reglas Federales de Privacidad Médica bajo la Ley de Portabilidad y Responsabilidad de Seguros de Salud (HIPAA, por sus siglas en inglés) y las enmiendas a partir de la Ley de Tecnología de Información de Salud para la Salud Económica y Clínica (HITECH, por sus siglas en inglés) ofrecen un conjunto completo de protecciones legislativas que resguardan la información del paciente.

Las Reglas Federales de Privacidad Médica bajo la ley HIPPA y la ley HITECH han brindado protecciones uniformes para los pacientes en términos de acceso a su propia información médica, al mismo tiempo que controlan el uso inapropiado de dicha información. Desde una perspectiva política y bioética, la calidad de la atención institucional y del proveedor solo mejora con una mayor transparencia a medida que el intercambio de información del paciente esté protegido legalmente. En términos de prestación de servicios de salud en general, la ley HIPAA ha mejorado el cuidado con éxito. Con el advenimiento de más atención médica a distancia, los pacientes necesitan tener las mismas protecciones legales sobre su información médica. Si bien las exenciones temporales han respondido a una necesidad a corto plazo, los gestores en salud deben encontrar las formas de restablecer la protección del paciente cuando la urgencia de la atención disminuya tras la pandemia.

Si bien se deben mantener los valores que sustentan la autonomía y la confidencialidad del paciente, la ley HIPPA y las normas de las leyes comunes para proteger la privacidad del paciente están mal equipadas para manejar las complejidades que surgen de la telemedicina. Antes de la ley HIPAA, las

normas que requerían la protección de la privacidad de la salud en los Estados Unidos habían sido promulgadas principalmente por los Estados.

Si bien todos los Estados habían promulgado principalmente leyes para salvaguardar la privacidad, estas leyes varían de manera significativa de un Estado a otro y, por lo general, se aplican solo a una parte del sistema de atención médica. Aun así, incluso la ley HIPAA no extiende protecciones integrales a los registros médicos de las personas a través de telemedicina. Para garantizar la protección de estos valores, se debe aprobar una nueva legislación que responda específicamente al nuevo entorno de prestación de atención médica que crea la telemedicina.

La atención médica convencional se brinda en una variedad de entornos: hospitales, clínicas, hogares de ancianos y consultorios médicos. El derecho consuetudinario ha definido el comienzo de la relación paciente-proveedor como el instante en que un médico se compromete a convertirse en el médico del paciente, lo que ocurre en algún momento durante la conversación inicial entre ellos. La relación médico-paciente no comienza cuando el paciente hace una cita o incluso cuando firma todos esos formularios en la sala de espera. A través de la distancia y la tecnología, la creación de la relación médico-paciente, y cómo esa relación puede permanecer privada, se vuelve aún menos clara para los pacientes y los proveedores. La ambigüedad surge debido a que los dispositivos de comunicación permiten que los pacientes y los médicos se comuniquen en cualquier lugar y, potencialmente, con menos formalidad que antes, cuando ocurría de forma estricta en los consultorios médicos.

Esta ambigüedad, si no se resuelve, hará que la telemedicina retroceda cuando debería estar avanzando. Esta debe ser una herramienta que genere confianza entre el paciente y el médico y, debido a esto, se deben abordar las inquietudes creadas por la nueva tecnología, en especial si los pacientes no saben con exactitud quién responderá o compartirá su información médica personal.

Los estándares de privacidad y seguridad implementados por la ley HIPAA ayudaron a mitigar gran parte de la preocupación acentuada por el aumento en el mantenimiento de registros electrónicos e Internet. Sin embargo, más recientemente, el Departamento de Salud y Servicios Humanos de los Estados Unidos de Norteamérica, que es el responsable de hacer cumplir las Reglas de Privacidad y Seguridad, apoyó y promovió las tecnologías de telemedicina durante la pandemia al otorgar indulgencia por el uso de telemedicina de buena fe y con respecto a los errores de divulgación. Pero estas medidas son solo a corto plazo. Todavía necesitamos buenas leyes para proteger la privacidad y la confidencialidad a medida que este campo crece.

En el futuro, necesitaremos medidas de seguridad en torno al uso de la tecnología de telemedicina para ganarnos una confianza genuina. La ley

HIPAA, por ejemplo, debería modificarse para exigir nuevas herramientas criptografiadas y seguridad dentro de los servicios de telemedicina para proteger de manera más adecuada la información del paciente.

Por primera vez, la ley HIPAA estableció estándares básicos de privacidad nacional y prácticas de información justas que les brindan a todos los estadounidenses un nivel básico de protección y tranquilidad que es esencial para su plena participación en su cuidado. La ley HIPAA estableció las reglas básicas que deben seguir los proveedores de atención médica para proteger a los pacientes y alentarlos a buscar la atención necesaria. Dicha ley extendió el privilegio médico-paciente que tradicionalmente ha sido el dispositivo legal más fundamental para proteger la confidencialidad de la información médica. Como hemos aprendido durante la pandemia, con el crecimiento de la telemedicina, las reglas de privacidad deberán encontrar una forma de equilibrar las necesidades del paciente individual con las necesidades de la sociedad.

En última instancia, con la telemedicina debemos pensar en las mismas cuestiones éticas que siempre hemos considerado en otras formas de atención médica. Si nos centramos en mantener una relación sólida entre el médico y el paciente y proteger la privacidad del paciente, la telemedicina puede mejorar la práctica médica y la atención al paciente de manera que todos podamos sentirnos cómodos a medida que los sistemas de información de salud continúen evolucionando.

Finalmente, gracias a las innovaciones en biotecnología, esta pandemia quedará atrás. Para el acceso y la calidad de la atención médica, es fundamental utilizar estas lecciones para continuar innovando. La telemedicina puede brindarles a las personas la atención que necesitan, ahora y en el futuro.

APLICACIÓN DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LA COMUNICACIÓN (TIC) EN LA ACTIVIDAD SANITARIA. RIESGOS Y BENEFICIOS

**Irene Melamed- ARGENTINA
Adriana Vilma Scrigni- ARGENTINA
Viviana Lifschitz- ARGENTINA
Victoria Restano- ARGENTINA
Fernando Adrián Torres- ARGENTINA
Carolina Ghioldi - ARGENTINA
Estela Quiroz Malca - PERÚ**

RESUMEN

La telemedicina, como parte de las nuevas tecnologías, asociada al desarrollo de la revolución informática (iniciada en el siglo XX), implica la prestación de servicios médicos a distancia usando medios electrónicos y telecomunicaciones. Se aplica en procesos asistenciales: teleconsultas, interconsultas, telecirugía, educación a distancia entre las y los profesionales¹ y colaboración en red entre instituciones sanitarias. Se describe la situación de la telemedicina en distintos ámbitos y se analizan los aspectos éticos, sociales y jurídicos asociados a su uso, así como la importancia del respeto a la privacidad y a la confidencialidad y el acceso a la tecnología.

ABSTRACT

Telemedicine, as part of the new technologies, associated to computer revolution (it began in the 20th century) implies offering medical services remotely using electronic means and telecommunications and is applied in teleconsultations, interconsultations, telesurgery, distance education between professionals and network collaboration between health institutions. We describe telemedicine in different areas and analyze the ethical, social and legal aspects associated with it, as well as the importance of respect for privacy and confidentiality and access to technology.

^{1*} A lo largo de todo el escrito se estará respetando la perspectiva de género en una concepción pluralista e inclusiva.

SOMMARIO

La telemedicina, come una delle nuove tecnologie, collegata allo sviluppo della rivoluzione informatica (iniziata nel secolo XX) significa offrire servizi medici a distanza attraverso l'uso di mezzi elettronici e della telecomunicación, si impiega nelle: teleconsulte, interconsulte, telechirurgie, educazione a distanza tra professionisti e come supporto in rete tra istituzioni sanitarie. Si esaminano gli aspetti etici, sociali e legali collegati al suo uso, così come l'importanza del rispetto della privacitá e la confidenzialitá, nonché l'accesso alla tecnologia.

INTRODUCCIÓN

Las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC), usadas en un principio para aproximar los servicios sanitarios a la población residente en lugares remotos, han generado nuevas posibilidades de intercambios de información, uso conjunto de recursos, educación médica, reorganización de los servicios sanitarios y nuevas formas de atención.

Etimológicamente el prefijo “tele” deriva del griego “τελε” para indicar el concepto de “distancia” y, por tanto, telemedicina precisa claramente la idea de efectuar la medicina a distancia.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Aunque los esfuerzos por desarrollarla son relativamente recientes, podemos encontrar antecedentes de su implementación ya en 1920, cuando se brindaba asesoramiento médico usando código Morse a marineros en alta mar. O su utilización en formación médica mostrando el procedimiento de una operación a corazón abierto en 1965 entre el Hospital Metodista de Estados Unidos de Norteamérica (EEUU) y el Hospital Cantonal de Ginebra en Suiza².

En el año 2005, 192 miembros de la Organización de Naciones Unidas reunidos en la 58º Asamblea de la Organización Mundial de la Salud (OMS) aprobaron el uso de Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC) para la salud y la gestión de los sistemas de salud, entendido como una oportunidad de desarrollo de la Salud Pública.

En 2011 la Organización Panamericana de la Salud (OPS) presentó un documento “Estrategia y plan de acción sobre eSalud de 2012 a 2017” donde propone la aplicación de tecnología para mejorar el acceso, eficacia, eficiencia, calidad en los procesos clínicos y empresariales usados en organizaciones de salud en un esfuerzo por mejorar la salud de los pacientes.

² 1 Boisler Rodríguez, M. N. (2018). *La configuración sociocultural de la telemedicina: estudio de casos en la ciudad de Valparaíso y Viña del Mar* (Doctoral dissertation, Universidad Andrés Bello). <https://core.ac.uk/download/pdf/288902014.pdf>

Posteriormente, en 2017, la Oficina Regional para las Américas, OPS/OMS publica un documento: “Marco de implementación de un servicio de telemedicina” donde profundiza diversos aspectos a tener en consideración para instalar la telemedicina en los países latinoamericanos. Reconoce que deben evaluarse prioridades y necesidades enmarcadas en un contexto de realidad socio-cultural, socio-sanitaria y de recursos. También señala obstáculos o barreras a la implementación como son la deficiente infraestructura tecnológica, los costos de implementación, el rediseño de modelos de atención, y la resistencia por parte de los profesionales a incorporar una nueva modalidad de atención³.

Es evidente que la telemedicina “puede ser tan simple como dos profesionales de la salud discutiendo un caso por teléfono hasta la utilización de avanzada tecnología en comunicaciones e informática para realizar consultas, diagnósticos y hasta cirugías a distancia y en tiempo real⁴. Las aplicaciones de la telemedicina son múltiples:

- procesos asistenciales: teleconsulta (radiología, cirugía robótica, tele dermatología, tele psiquiatría, monitorización, etc.)
- apoyo a la continuidad asistencial: transmisión, información de analítica, historia digital compartida, etc.
- información a usuarios: acceso a documentos, buscadores web, consultoría electrónica, entre otros.
- formación de profesionales: bases documentales (guías de práctica clínica o medicina basada en la evidencia), trabajo colaborativo en investigación, trabajo en grupo (video conferencia, coordinación de tareas, revisiones cruzadas o sesiones clínicas virtuales), simulación virtual, etc.⁵

En el desarrollo de todas estas áreas interactúan numerosos actores. Esta red de interacciones implica un precario equilibrio entre prácticas de mantenimiento y complejas redes de cooperación, competencia y conflicto. Son actividades

³ OPS/OMS. Oficina Regional para las Américas. *Marco de implementación de un servicio de telemedicina*. Iris.paho.org/handle/10665.2/28413.

⁴ Cardier, M., Manrique, R., Huarte, A., Valencia, M. L., Borro, D., Calavia, D., & Manrique, M. (2016). Telemedicina. Estado actual y perspectivas futuras en audioología y otología. Revista Médica Clínica Las Condes, 27(6), 840-847. <https://www.elsevier.es/es-revista-revista-medica-clinica-las-condes-202-articulo-telemedicina-estado-actual-y-perspectivas-S0716864016301195>

⁵ Prados Castillejo J A. (2013) Telemedicina, una herramienta también para el médico de familia. *Aten. Primaria* 45(3):129-132.

que involucran lógicas: a) cívico industriales que fundamentan sus discursos públicos destacando la reducción de listas de espera, b) de seguridad y adopción de estándares por parte de los profesionales de salud y c) de cuidado y prácticas orientadas a atender la situación particular que experimenta cada paciente⁶.

Según Marta Denis Marrero, las actividades sanitarias que se desarrollan en el ámbito de la telemedicina pueden incluirse en alguna de las siguientes categorías⁷:

- **Telediagnóstico:** envío remoto de datos, señales e imágenes, con fines diagnósticos.
- **Telemonitoreo:** monitoreo remoto de parámetros vitales, para proporcionar servicios automáticos o semiautomáticos de vigilancia o alarma.
- **Teleterapia:** control de equipos a distancia. (Ej: hemodializadores)
- **Teledidáctica:** aplicación de las redes Telemáticas en la Educación en Salud.
- **Telefonía Social:** aplicación de los modernos recursos de telefonía convencional a la asistencia dinámica, telecomunicación para personas limitadas como sordos, ciegos y mudos, apoyo a la medicina preventiva y telesocorro.

PANORAMA INTERNACIONAL

En EEUU, en el año 2017, el 40 a 50 % de los hospitales utilizaban algún formato de telemedicina, ya sea para consulta de profesional a profesional (dermatología, radiología, emergencias y terapia intensiva), consulta de médico-paciente (enfermedades crónicas, seguimiento clínico, salud mental, manejo de medicación) y también, el vínculo del paciente con un dispositivo móvil para monitorear dieta, actividad física, adherencia a un tratamiento, impartir normas de prevención. Tuckson⁸ refiere como objetivo de la telemedicina: mejorar el cuidado de los pacientes y la salud de la población y reducir los costos en salud. Sin embargo, concluye que se requiere mayor evidencia

⁶ Valenzuela, Fernando, & Sibrian, Nairbis. (2019). Las Lógicas del Trabajo Moral en Telemedicina: Disputas en Torno a la Legitimidad de Políticas de Salud Digital. *Psicología, Conocimiento y Sociedad*, 9(2), 188-203. Epub 01 de diciembre de 2019.<https://dx.doi.org/10.26864/pcs.v9.n2.11>

⁷ Perez , M.D.M. (2011) Implicaciones éticas asociadas al uso de la Telemedicina. *RevistaeSalud.com*, ISSN-e 1698-7969, Vol. 7.(28) 6-10

⁸ Tuckson R V, Edmond M, Hodkins M L. (2017) Telehealth. *New England Journal of Medicine*. 377 (16), 1585-1592.

en telemedicina para que los médicos puedan tomar mejores decisiones en relación con sus pacientes.

La Unión Europea y la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), desde 2009, han impulsado el desarrollo de la telemedicina en Latino América como un modo de disminuir las brechas de acceso y calidad en la atención a la salud. Consideran que son necesarios protocolos regionales de política pública de salud para aplicar en telemedicina y así mejorar la calidad de vida de la población y reducir los costos asociados a la salud⁹.

La telemedicina podría ser, eventualmente, útil para enfrentar el desafío del aumento de Enfermedades Crónicas No Transmisibles (ECNT), la emigración de recursos humanos del área de salud y el aumento de la demanda asistencial.

Este enfoque se da en el contexto de la declaración del acceso a Internet como un derecho fundamental por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas el año 2012, que establece que “puede ser uno de los pasos más importantes para que se pueda llegar a cumplir con los Objetivos de Desarrollo del Milenio”¹⁰.

La implementación de la telemedicina en América Latina implica superar muchos desafíos tales como: la inclusión del lenguaje local, la protección de la privacidad, barreras organizacionales, factores humanos, reglamentaciones médico - legales incluyendo aspectos éticos, aspectos técnicos (acceso a Internet, disponibilidad de equipos y software adecuados) entre otros.

En Argentina, y como parte del concepto de Cobertura Universal de Salud establecido por el Gobierno Nacional en 2016, se encomendó a la Secretaría de Coberturas y Recursos de Salud (Decreto No174/18), el objetivo de planificar y coordinar sistemas de información con incorporación de TIC a nivel nacional y jurisdiccional para el desarrollo de sistemas de información en salud. Posteriormente, la Secretaría de Gobierno de Salud aprobó la Estrategia Nacional de Salud Digital mediante Resolución 2018-189-APN-SGS#MSYDS que contempla implementar redes para atención a distancia de pacientes y consultas de segunda opinión, mejorando la accesibilidad, evitando traslados y compensando las diferencias regionales de especialidades y recursos. Se interpretó que la telemedicina era la oportunidad de vencer barreras de acceso y acercar servicios de calidad a todos, sobre todo considerando el obstáculo de las barre-

⁹ Dos Santos, A.D.F., Fernández, A., Alves H J, de Souza C, de Melo M, M.D.C.B., Messina L A. (2013) Desarrollo de la tele salud en América Latina. *Aspectos conceptuales y estado actual*. Publicación de las Naciones Unidas, Santiago de Chile.

¹⁰ Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos 20/8 *The promotion, protection and enjoyment of human rights on the Internet. The Human Rights Council, Guided by the Charter of the United Nations*, <https://digitallibrary.un.org/record/731540?ln=es>

ras geográficas en un país tan extenso como Argentina y las desigualdades en la distribución del recurso humano sanitario¹¹.

Desde 2012, por la iniciativa de Subsecretaría de Redes Asistenciales del Ministerio de Salud de Chile (MINSAL), se inicia el sistema de teleconsulta en modalidad sincrónica, por medio de la implementación de dispositivos móviles de telemedicina, que permitía la conexión de centros médicos de alta complejidad con hospitales de baja y media complejidad o centros de salud familiar de atención primaria¹².

El MINSAL de Chile lo denomina como teleasistencia, el cual corresponde a la entrega de prestaciones de salud a distancia mediante la participación de dos profesionales quienes logran comunicación a través de las TIC, aportando información del paciente que puede o no estar presente, generándose de ese vínculo un planteamiento u orientación diagnóstica y terapéutica¹³.

TELEMEDICINA Y ATENCIÓN CLÍNICA

La atención sanitaria implica una red que requiere de acciones, cooperación, coordinación y estrategias de gestión entre diferentes sectores sociales a fin de optimizar el flujo de servicios e información. En el caso de la telemedicina se incluyen los pacientes, sus familiares, personal de salud, proveedores de sistemas e insumos de TIC, administradores, estado, sector privado, entre otros¹⁴.

La incorporación de tecnología y nuevas formas de comunicación en el ámbito de la atención sanitaria ha planteado nuevos escenarios:

- **En el área de educación en salud**, permite que una conferencia o una exposición de un profesional pueda ser escuchada no sólo por un grupo de personas presentes, si no, ampliar esa posibilidad a muchos profesionales que viven y desarrollan su actividad en sitios muy distantes. Esto significa acceder a la información aún si se vive y trabaja en lugares alejados de los centros donde se produce la información,

¹¹ Secretaría de Gobierno de Salud, Ministerio de Salud y Desarrollo Social. Recomendación para el uso de telemedicina. Grupo Asesor. 2019. Resolución no.21/2019. Disponible en: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/anexo_1_recomendacion_uso_de_telemedicina_-_grupo_asesor_1.pdf

¹² Caamaño, A. J., & Malfanti, I. S. (2019). Herramientas de ingeniería para mejorar la gestión de la telemedicina en la Salud Pública en Chile.. *Semilleros*, 5(10), 57-65.

¹³ Idem cita 12.

¹⁴ Jiménez, W., & Montenegro, G. (2014). Las relaciones entre los actores de una red de salud. *Cien. Tecnol. Salud. Vis. Ocul.*, 2(2), 107-115. file:///C:/Users/USER/Downloads/Dialnet-LasRelacionesEntreLosActoresDeUnaRedDeSalud-5599255%20(1).pdf

generalmente localizados en las grandes ciudades. Es evidente que este es un modo de democratizar la información médica.

- **En el área de las interconsultas entre los profesionales de la salud,** la telemedicina cumple un rol que se va afianzando día a día. Mediante TIC, el equipo de salud, puede intercambiar opiniones y conocimientos, que, sin duda, enriquecen a ambas partes. Es particularmente importante el diálogo constructivo que se genera entre profesionales de un hospital de mediana o baja complejidad con un centro asistencial de alta complejidad. La posibilidad de un diálogo en tiempo real por medio de videoconferencias, donde se analiza y reflexiona la situación de un paciente, ayuda a definir conductas tan trascendentales como resolver si es necesario o no un traslado del paciente al hospital de alta complejidad con lo que ello significa para él mismo y la familia en cuanto a costos personales, económicos, emocionales.
- **En la cirugía,** la llamada tele cirugía, especialmente es de utilidad en procedimientos que se denominan genéricamente cirugía mínimamente invasiva. Estas cirugías constituyen técnicas especializadas con instrumental microscópico controlado por un cirujano o bien por un robot que a su vez es controlado por un cirujano. El año 2001 en Nueva York, J. Mareccaux y su equipo realizó una cirugía a un paciente en un hospital en Estrasburgo, Francia, usando el sistema Zeus Telesurgical¹⁵. Nuevamente la ventaja está dada por la posibilidad de recibir un tratamiento quirúrgico adecuado, aun cuando el paciente no va a estar en conocimiento del cirujano que lo va a intervenir.
- **En cuidados intensivos,** también existen antecedentes del uso de la telemedicina unida a la historia clínica electrónica lo cual permite que un médico entrenado en cuidados intensivos pueda monitorear y dar indicaciones médicas a distancia a un mayor número de pacientes internados en varias unidades de cuidados intensivos ubicadas en localidades alejadas de las grandes ciudades. Esto permite que un mayor número de pacientes puedan tener acceso a dichos cuidados, pero exige que se disponga de recursos adecuados e infraestructura tecnológica para desarrollar estos cuidados médicos en forma segura. Y, además, para el paciente que requiere cuidados intensivos, y que está severamente enfermo y por lo tanto, vulnerable, (y su familia) es

¹⁵ Van Wynsberghe, A., & Gastmans, C. (2008). Telesurgery: an ethical appraisal. *Journal of Medical Ethics*, 34(10), e22-e22. <http://jme.bmjjournals.org/cgi/content/full/34/10/e22>. doi:10.1136/jme.2007.023952

valioso que puedan conocer e interactuar con el médico terapista que toma decisiones importantes sobre él, su enfermedad y su vida¹⁶. 15

- Otro espacio donde la tecnología se ha incorporado es la **consulta telefónica** entre una médica u otro miembro del equipo de salud y un paciente, sobre todo relacionada con problemas que pueden considerarse de baja complejidad (desde el punto de vista médico). Esta forma de comunicación ha sido adoptada por diversas empresas de medicina privada y pública, con el objetivo de dar una respuesta rápida a sus clientes; y, por otra parte, debe admitirse que es un modo de reducir costos, porque el costo de una consulta telefónica es siempre inferior a una consulta presencial.
- **En situaciones de pandemia**, como la generada por la COVID-19, la telemedicina ha mostrado gran utilidad para evitar la excesiva exposición del personal en áreas contaminadas, y la consiguiente transmisión de la enfermedad. El/la paciente puede consultar a través de su teléfono inteligente (smartphone) y de esa forma el/la profesional puede definir si requiere concurrir en forma personal al hospital (o no), y puede hacer un seguimiento del estado del paciente ya diagnosticado. Es un modo de evitar traslados innecesarios, y proteger al personal sanitario de la exposición al virus¹⁷.
- **En relación al aspecto social**, las nuevas tecnologías han permitido por ejemplo, que una madre con infección por COVID-19 en el área de obstetricia de un hospital bonaerense, motivo por el que fue separada de su beba recién nacida prematura, pudiera comunicarse todos los días con ella, a través de video llamadas y fotografías diarias que le fueron enviadas por WhatsApp por la neonatóloga y de este modo se pudo mantener un vínculo madre hija, al menos verbal y visual¹⁸.
- Así mismo José Ignacio Quemada de la Red Menni de Daño Cerebral en Valladolid España, resalta la importancia de las nuevas tecnologías para mantener la comunicación entre pacientes con afasia, obligados a mantenerse aislados por razones de seguridad, y su familia. A través de video llamadas, videos de sus seres queridos y de su entorno, men-

¹⁶ Nesher L, Jotkowits A. (2011) Ethical issues in the development of tele-ICUs. *Journal of medical ethics*, 37 (11), 655-657. <https://doi.org/10.1136/jme.2010.040311>

¹⁷ Hollander, J. E., & Carr, B. G. (2020). Virtually perfect? Telemedicine for COVID-19. *New England Journal of Medicine*, 382(18), 1679-1681. <https://www.nejm.org/doi/full/10.1056/NEJMmp2003539>

¹⁸ Czubaj, F. (5 de Mayo de 2020) Coronavirus: Acaba de ser madre, tiene COVID-19, y se comunica con su beba por videollamada. *Diario La Nación*. <https://www.lanacion.com.ar/sociedad/coronavirus-acaba-ser-madre-tiene-covid-19-se-nid2361923>

sajes de voz grabados, que el personal del hospital les hace escuchar, o ver, de algún modo se mantienen conectados, lo que sin estos medios no se hubiera podido lograr, ya que además del problema neurológico que les impide expresarse, por lo que no pueden realizar llamadas telefónicas, no pueden recibir visitas, y sin embargo su capacidad de escuchar y entender lo que escuchan o ven se mantiene¹⁹.

- **El Ministerio de Salud del Perú**, en mayo 2020, emitió una Directiva para brindar acompañamiento psico-social a pacientes de COVID-19 y a sus familiares, que incluye el uso de tabletas o teléfonos inteligentes (smartphones) con cámara y micrófono y con servicio de internet, entre otros²⁰.
- **Una situación aún más especial** en la pandemia por COVID-19 es la que se presenta en los pacientes en estado irreversible que, al aproximarse al final de su vida, acceden a la posibilidad de conectarse por última vez con sus familiares y seres queridos a través de una video llamada, siendo algún miembro del equipo de salud el nexo para que esto suceda. Gustavo De Simone, experto en cuidados paliativos, sostiene que una adecuada implementación de los medios de comunicación virtual permitiría que los pacientes, “aunque físicamente estén aislados, puedan sentirse acompañados y contenidos emocionalmente por sus seres queridos”; y, llegado el caso, debe valer para ellos el derecho a la despedida²¹.

ALGUNOS RIESGOS DE LA TELEMEDICINA:

La telemedicina presenta sus inconvenientes; el fundamental, el sesgo resultante de tener como principal fuente de información el relato del paciente o familiar. Habitualmente, un factor preponderante en la relación interpersonal clínica, es la importancia de la comunicación no verbal y el hecho de que en presencia de otra persona lo imposible es no comunicar (primer axioma

¹⁹ Quemada, J.I., (2019), la comunicación con las familias de los pacientes hospitalizados con afasia en los tiempos del Covid-19, *Hermanas Hospitalarias, Red Menni de Daño Cerebral*. <https://xn--daocerebral-2db.es/publicacion/la-comunicacion-con-las-familias-de-los-pacientes-hospitalizados-con-afasia-en-los-tiempos-del-covid-19/>

²⁰ Ministerio de Salud, República del Perú, Resolución Ministerial, 312/2020. *Directiva para brindar información y acompañamiento psicosocial a los pacientes con Covid-19 y sus familiares*. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/733627/Directiva_Acompanamiento_psicologico.PDF

²¹ Lipcovich, P. (19 de Abril 2020) El “derecho a la despedida” y todos los derechos de los pacientes con coronavirus. *Medio Extremo*. <https://medioextremo.com/2020/04/19/el-derecho-a-la-despedida-y-todos-los-derechos-del-paciente-de-coronavirus/#prettyPhoto>

de la comunicación según Watzlawick²²), incluso ante el silencio comunica. Estos aspectos que a veces son claves en la relación clínica se pueden ausentar en la entrevista en línea.

Algunos aspectos a destacar como riesgos específicos son:

- Aumento de inequidades en la atención
- Incapacidad de responder a necesidades afectivas y de comunicación
- Fallas en reconocer y respetar factores culturales
- Mayor aislamiento de personas y /o comunidades
- Riesgo de fallas en la protección de la confidencialidad de la información
- Falta de un espacio íntimo para que el paciente, en su domicilio, dónde pueda realizar la consulta sin ser escuchado por sus familiares
- Incompatibilidades legales entre países
- Conflictos con respecto a la asignación de fondos: desarrollo de atención primaria vs. telemedicina
- Demanda excesiva por difusión inadecuada en medios de comunicación
- Falsas expectativas respecto a los resultados
- Uso inadecuado de los datos
- Prioridad de objetivos de mercado sobre objetivos de salud pública
- Uso de la información digital para identificar nichos de mercado
- Discriminación al circular información de hospitales públicos vs. privados
- Fallas en las competencias de los profesionales para la atención en telemedicina
- Aumento de las posibilidades de error médico

El reconocimiento de los riesgos que se pueden generar por el uso de la Informática, herramienta usada por la telemedicina llevó a la elaboración del Código de ética para Profesionales de la Salud de la Asociación Internacional de Informática Médica²³ que señala los siguientes:

PRINCIPIOS GENERALES DE ÉTICA EN EL USO DE LA INFORMÁTICA

- 1. Principio de privacidad y disposición de información:** Todas las personas poseen el derecho fundamental a la privacidad y, en consecuencia, a ser informadas y ejercer el derecho de autorizar la recole-

²² Watzlawick, P., Bavelas, J. B., & Jackson, D. D. (2011). *Teoría de la comunicación humana: interacciones, patologías y paradojas*. Herder Editorial.

²³ International Medical Informatics Association. (2002). The IMIA code of ethics for health information professionals. Retrieved April, 14, 2004. <https://imia-medinfo.org/wp/wp-content/uploads/2015/07/IMIA-Code-of-Ethics-2016.pdf>

- ción, almacenamiento, acceso, uso, comunicación, manipulación y disposición de la información sobre sí mismas
- 2. **Principio de transparencia:** La recolección, almacenamiento, acceso, uso, comunicación, manipulación y disposición de información personal debe ser revelado en tiempo y forma apropiados al sujeto dueño de esos datos
 - 3. **Principio de seguridad:** Todas las personas tienen el derecho a que la información que ha sido legítimamente recolectada sobre sí, sea debidamente protegida, mediante todas las medidas disponibles, razonables y apropiadas tendientes a evitar pérdidas, degradación, así como la destrucción, el acceso, uso, manipulación, modificación o difusión no autorizada
 - 4. **Principio de acceso:** El sujeto de un registro electrónico tiene el derecho de acceder al registro y a exigir la exactitud del mismo con relación a su precisión, integridad y relevancia
 - 5. **Principio de resguardo legítimo:** El derecho sobre el control de la recolección, el almacenamiento, acceso, uso, manipulación, comunicación y disposición de la información personal, está condicionado sólo por las necesidades legítimas, apropiadas y relevantes de información en una sociedad libre, responsable y democrática, así como por los correspondientes derechos iguales y competentes de otras personas.
 - 6. **Principio de la alternativa menos invasora:** Cualquier acción legítima que deba interferir con los derechos del individuo a su privacidad o al control sobre la información relativa a ésta, según lo establecido en el Principio N° 1; deberá sólo ser efectuada de la forma menos invasiva posible, tal que garantice el mínimo de interferencia a los derechos de las personas afectadas.
 - 7. **Principio de responsabilidad:** Cualquier interferencia con los derechos de privacidad de un individuo o del derecho de tener control sobre la información relativa a su persona, debe ser justificada a tiempo y de manera apropiada ante la persona afectada.

Del mismo modo la Asociación Médica Mundial (AMM)²⁴ se había pronunciado respecto al uso de la telemedicina el año 2007 en Dinamarca, donde se elaboró la: **Declaración sobre la Ética de la Telemedicina** adoptada en la 58^o Asamblea General, la que fue revisada en la 68^o Asamblea en Islandia el año 2018, en la que se reconoce que la consulta presencial entre el médico y el

²⁴ Asociación Médica Mundial (2 de Julio 2020). *Declaración de la AMM sobre la ética de la telemedicina*. <https://www.wma.net/es/policies-post/declaracion-de-la-amm-sobre-la-etica-de-la-telemedicina/>

paciente es la regla de oro de la atención clínica, que los servicios de la telemedicina deben ser consistentes con los servicios presenciales y respaldados con evidencia, y que los principios de la ética médica que son obligatorios para la profesión también deben ser respetados en la práctica de la telemedicina. En relación al Consentimiento informado establece que debe:

- explicar cómo funciona la telemedicina,
- especificar cómo reservar citas,
- especificar los aspectos de respeto a la privacidad,
- indicar la posibilidad de fallas tecnológicas, incluidas violaciones de la confidencialidad,
- establecer las políticas de prescripción y
- describir los mecanismos que se usarán para la coordinación de atención con otros profesionales de la salud de manera clara y comprensible, sin influenciar la decisión del/de la paciente.

LA CONFIDENCIALIDAD EN ESTOS NUEVOS ESCENARIOS

Por las características propias de la telemedicina hay diversas personas que pueden tener acceso a la información que se genera entre el médico y el paciente, entre ellos: otros médicos, empleados administrativos, técnicos en informática, enfermeros, residentes, alumnos etc. que entran en contacto con, por ejemplo, una historia clínica informatizada o una conversación telefónica grabada. Puede inclusive ocurrir que, aún con los cuidados y salvaguarda de la información, no se exime la posibilidad de que fallas tecnológicas provoquen una violación a la confidencialidad, basada en la confianza con que el paciente suministró información que tiene que ver con su historia personal y con la confianza depositada en que lo dicho no será divulgado ni conocido por otros. En otro contexto, un familiar en un casa pequeña podría indefectiblemente escuchar la consulta con del paciente con el profesional.

Recientemente, el Senado de la Nación Argentina dio media sanción a un proyecto de ley que permitirá "regular los principios y alcances de la telesalud como modalidad de prestación de servicios de salud y de capacitación del recurso humano, con la incorporación del uso de las TIC y dispositivos, para mejorar la accesibilidad y las condiciones sanitarias de la población".

El Artículo 14º del mencionado proyecto establece que "Todos los datos e información transmitida y almacenada mediante plataformas tecnológicas tienen el carácter de datos sensibles. El profesional actuante es el responsable de resguardar la confidencialidad de los datos, la historia clínica y toda la información del acto médico, para lo cual deberá implementar protocolos de seguridad que cumplan con los estándares internacionales de seguridad y

calidad, los cuales deberán; a) Determinar los criterios de archivo de los datos y de los diferentes registros electrónicos de forma descentralizada, para la documentación clínica o médica de un incidente determinado, o de la historia clínica del paciente. b) Determinar taxativamente la nómina del personal autorizado al acceso de la fuente de información, determinando los diferentes niveles de acuerdo a la jerarquía o responsabilidad del personal vinculado al sistema. c) Controlar los programas de formación del personal que asegure el conocimiento de las pautas relacionadas con la privacidad y confidencialidad de los datos. d) Crear un plan de seguridad de los datos referido al almacenamiento, transferencia y procesamiento, determinando los grados de responsabilidad del personal de acuerdo a las autorizaciones de acceso que posean. e) Incorporar un sistema de auditoría de acuerdo a las normas internacionales de seguridad existentes para los sistemas de salud”^{25..}

La confidencialidad se viola cuando un tercero o terceros no autorizados, acceden a la información del paciente, la que muchas veces es de carácter privada, lo que implica que también se violaría la privacidad, reconocida como derecho humano^{26.}

Todo esto es de suma importancia y debe tenerse en cuenta, sobre todo si esta violación de la confianza y respeto mutuo podría tener consecuencias para los pacientes, llevándolos a la estigmatización, discriminación y otras consecuencias nefastas, por lo que debe prevalecer en todo momento el principio de “no dañar” en esta manera nueva de desarrollar la relación médico - paciente.

El respeto a la confianza debe ser tenido en cuenta en el ámbito de la relación médico-paciente para poder establecer y mantener un vínculo adecuado entre el profesional de la salud y su paciente. Pero, es indudable que el valor instrumental que tiene el respeto a la privacidad puede afectarse en situaciones en que el paciente transmite datos personales privados e incluso íntimos en una tele consulta y estos se incorporan a la historia clínica informatizada. Es evidente que en estas situaciones la persona puede perder el control sobre

²⁵ Cámara de Diputados. Proyecto de ley de Regulación de la Telemedicina: <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2020/PDF2020/TP2020/3142-D-2020.pdf>

²⁶ La Asamblea General de las Naciones Unidas de Octubre 2016, cuyo tema fue : El derecho a la privacidad en la era digital dice: “Reconociendo que un entorno abierto, seguro, estable, accesible y pacífico en el ciberespacio es sumamente importante para la realización del derecho a la privacidad en la era digital, 1. Reafirma el derecho a la privacidad, según el cual nadie debe ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, y el derecho a la protección de la ley contra tales injerencias, establecidos en el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”

sus datos personales íntimos, lo cual afecta su integridad y su dignidad como persona y como tal, deja de ser una entidad única y se torna vulnerable, ante la posibilidad de que estos sean divulgados.

ASPECTOS NORMATIVOS PARA LA PRÁCTICA DE LA TELEMEDICINA

Dado el uso masivo que han adquirido los diversos modos de tecnología aplicada a la medicina, resulta necesario contar con un marco legal para ofrecer seguridad a los pacientes y a los equipos médicos. Hasta la fecha, no está aprobado un marco regulatorio específico²⁷. El Senado de la Nación Argentina aprobó el ya referido proyecto de ley de telemedicina, pero aún falta la aprobación en Cámara de Diputados y la posterior puesta en vigencia de la ley con la correspondiente reglamentación.

Este año se promulgó la ley 27.553²⁸ de recetas electrónicas de medicamentos, en la que se señala y habilita el uso de la tele asistencia en todo el territorio de la Nación Argentina, y refiere además, que esta decisión es conforme con las leyes 25.326 de Protección de Datos Personales y 26.529²⁹ de Derechos del Paciente.

No obstante, cabe mencionar que existen riesgos que involucran a la telemedicina y a la salud digital en general, vinculados a la captación, almacenamiento y guarda de datos personales que se consideran datos sensibles en soportes frágiles. Al respecto, Sandra Wierzba³⁰ sostiene que el manejo de datos sensibles puede generar, entre otros los siguientes dilemas asociados a la digitalización de la salud:

1. Protección de la imagen (pacientes, equipo de salud).
2. Guarda de información (lugar, tiempo).
3. Identificación de pacientes/equipo de salud (en atención asincrónica).

²⁷ Krynski L, Goldfarb G, Maglio (2018) La comunicación con los pacientes mediada por la tecnología: WhatsApp, e-mail, portales. El desafío del pediatra en la era digital. *Archivos Argentinos de pediatría*, 116(4):e554-e559-

²⁸ Boletín oficial de la República Argentina. Ley 27553 de ecetas electrónicas o digitales. <http://boletinoficial.org.ar/detalleAviso/primera/233439/20200811>

²⁹ Boletín Oficial de la República Argentina. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de La Nación. Ley N° 25.326 de Protección de Datos Personales. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/64790/texact.htm>

³⁰ Wierzba, S. (8 de noviembre de 2019) Vulnerabilidad de los datos en la salud digital: Aspectos críticos de la historia clínica, el consentimiento informado y la inteligencia artificial. Disertación en el marco de la jornada sobre Ética, privacidad, transparencia y otros temas actuales, originales y controversiales en la era digital, Organizado por el Comité de Ética de la Sociedad Argentina de Investigación Clínica (SAIC). Aula Magna de la sede Arenales de la Universidad de Buenos Aires (UBA), Buenos Aires.

4. Acceso y uso de datos por terceros (distintos al médico-paciente/investigación, usos comerciales).
5. Secuestro de información sensible (con pedido de rescate)

Una situación resonante de secuestro de información sensible con pedido de rescate fue la vivida por el Centro Médico Presbiteriano de California, EEUU, en 2016, al cual unos hackers (piratas informáticos) dejaron sin funcionar a los sistemas informáticos de este centro asistencial con las consecuencias que esto significa para el desempeño de la actividad médica³¹ y para evitar el uso improcedente de tales datos.

Debe considerarse que “los requisitos necesarios para la práctica de la telemedicina son los establecidos para la Medicina convencional, con matices importantes derivados de la tecnología, que rompe el encuentro personal, lo que exige una regulación específica de la nueva relación clínica. Se detecta un nuevo campo de responsabilidad médica derivada fundamentalmente del uso de las nuevas tecnologías y sus repercusiones jurídicas: consentimiento informado, lex artis, información, confidencialidad, etc”³²

En tal sentido, nótese que “la información médica que se maneja en general y en telemedicina, es de tipo confidencial y por lo tanto, requiere resguardarse de ataques y amenazas que puedan afectar el derecho a la intimidad, la privacidad y la protección de los datos de las personas. Todas las redes de datos son vulnerables a ataques que buscan provocar el colapso de los sistemas y sustraer datos privados. Estos ataques pueden afectar los datos que se encuentren encriptados o no, mediante técnicas de hurto de información como lo son los programas espía (*spyware*), los virus y los troyanos, el acceso no autorizado a la información, la alteración o deterioro total o parcial de la misma. En el caso particular de las redes de telemedicina, éstas pueden ser atacadas por el aprovechamiento de sus vulnerabilidades entre las cuales se destacan la falta de sistemas de seguridad informática, sistemas inestables de autenticación, fallos en los procedimientos de transmisión y almacenamiento”

³¹ Redacción BBC Mundo (2016) El Hospital de Estados Unidos secuestrado por piratas informáticos. BBC NEWS/ Mundo https://www.bbc.com/mundo/noticias/2016/02/160216_tecnologia_hospital_eeuu_hackers_ransomware_piratas_informaticos_lb

³² Casabona, C.M.R.(2011) *Enciclopedia de Bioderecho y bioética*. Comares. <https://www.redaccionmedica.com/secciones/formacion/la-enciclopedia-de-bioderecho-y-bioetica-disponible-online-y-en-abierto-4309>

miento de la información, y manejo inadecuado de la información por parte del personal encargado”³³

Es interesante señalar que en otras latitudes también se observa la misma preocupación en el uso de la informática en todas sus modalidades, así, por ejemplo en el artículo 18 de la Constitución Española se garantizan el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, y refiere que la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.

CONSIDERACIONES FINALES

La telemedicina es una alternativa para desarrollar la actividad médica cuando ésta no puede ser realizada en forma presencial.

Si bien progresivamente se identifica su importancia y el valor de la práctica, que incluye adoptar los resguardos correspondientes, en su desarrollo y aplicación se deberá prestar especial atención a los conflictos que pudieran presentarse entre la aparición de la telemedicina y las necesidades sociales. Y es en estos ámbitos en que la ética de quienes practican la telemedicina, así como las normas y regulaciones se tornan imprescindibles.

La advertencia sobre riesgos y beneficios de la telemedicina que exponemos como eje de la reflexión expuesta, se detiene sobre la intervención de la tecnología digital y el manejo de datos cuantitativos en el ámbito de la salud y la vida cotidiana. La tentación de la era digital por resolver todos los problemas de los seres humanos con las herramientas telemáticas, nos enfrenta a una situación de resolucionismo tecnológico.

Es evidente que la tecnología impregna cada día más la actividad asistencial que realizan los/as profesionales de la salud, y esto genera nuevos dilemas éticos y conflictos morales en la práctica cotidiana. La telemedicina constituye una herramienta útil, pero debe tenerse en consideración que en su uso no se pueden ni deben sacrificar valores ligados a la buena práctica de la medicina, así como a la humanización en salud.

³³ Pinto, E.P.G., López, L.R., Cuesta E. P.E. (2011) Análisis de seguridad para el manejo de la información médica en telemedicina. *Ciencia e ingeniería Neogranadina*. Universidad de Nueva Granada. 21 (2), 58-59.

LA TRANSFORMACIÓN DIGITAL CENTRADA EN LAS PERSONAS

UNA HISTORIA CLÍNICA ELECTRÓNICA INTEGRADA PARA UNA RESPUESTA EQUITATIVA

Marcelo D'Agostino - ARGENTINA

Myrna Martí - ARGENTINA

Felipe Mejía Medina - ARGENTINA

Victoria Malek Pascha - ARGENTINA

Sebastián García Saisó - ARGENTINA

RESUMEN

Una historia clínica debe capturar y preservar todo lo ocurrido durante las visitas de las personas al servicio de salud, generando así un repositorio que permite un acompañamiento seguro y eficiente de la salud de las personas a lo largo de su vida. La pandemia de COVID-19 ha puesto de manifiesto que la transformación digital de las mismas es una necesidad urgente e imperativa. El proceso de integración debe contemplar normas que garanticen la confidencialidad, privacidad, seguridad, integridad y uso ético de los datos; requiriendo la participación de múltiples especialistas.

ABSTRACT

A medical record should capture and preserve every event that happened during the person's visit to the health services, generating a repository that allows a safe and efficient accompaniment throughout the patient's life. The COVID-19 pandemic has exposed an urgent and imperative need for a digital transformation of these medical records. This integration process should contemplate norms and regulations that guarantee the confidentiality, privacy, security, integrity and ethical use of this data, requiring the participation of multiple experts.

RESUMO

O prontuário médico deve conter e preservar todos os eventos ocorridos durante a visita da pessoa aos serviços de saúde, gerando um repositório que permita o acompanhamento seguro e eficiente ao longo da vida do paciente. A pandemia do COVID-19 expôs a necessidade urgente e imperativa de uma transformação digital dos prontuários médicos. Este processo de transformação deve contemplar normas e regulamentos que garantam a confidencialidade, a privacidade, a segurança, a integridade e o uso ético de tais dados, para isso demandando a participação de múltiplos especialistas.

INTRODUCCIÓN

La digitalización de los datos y el surgimiento de la Internet han tenido un enorme impacto en la vida de las personas, en la sociedad como un todo y particularmente en el sistema de salud. Algunos de los cambios han sido el aumento de las posibilidades y alcance de los servicios educativos, la creación de la llamada “*economía compartida*”, la descentralización de organizaciones mediante el teletrabajo, la mayor eficiencia de los servicios de salud, el aumento de la comunicación con los pacientes, y la cooperación científica, entre muchos otros ejemplos.

Una pieza clave dentro del sistema de información del sistema de salud es la historia clínica¹ (HC) pues allí reposa el relato cronológico de la salud, de factores de riesgos y de información sociodemográfica de los pacientes; por ejemplo, tratamientos, profesionales vistos, exámenes, medicamentos, inmunizaciones etc. La HC no ha estado exenta del proceso de digitalización y se encuentra globalmente en transcurso del registro en papel hacia uno donde todos nuestros datos de salud sean guardados, procesados, convertidos y compartidos de forma exclusivamente digital.

Esto ha traído enormes ventajas (OECD, 2019) a la hora de prestar servicios de salud, así como en la generación, comprensión e intercambio de conocimiento, lo cual a su paso ha facilitado enormemente el desarrollo de intervenciones y tecnologías que mejoran la salud del individuo y de la población. En el caso de la pandemia de Covid-19, la digitalización de nuestros datos de salud, que se ve en gran medida en la historia clínica electrónica (HCE), ha favorecido el uso y adopción de la telemedicina, acelerado las actividades de vigilancia epidemiológica, aumentado la circulación de datos, permitido el análisis rápido de las dinámicas de la pandemia, y facilitado el intercambio de mejores prácticas para enfrentar la enfermedad. Si ya antes de la pandemia se veía como una gran ventaja la digitalización de nuestros datos en salud, la actual crisis de Covid-19 nos indica que es una necesidad y una obligación. (D'Agostino, Mejia, Marti, & Saiso, 2020)

Una historia clínica debe capturar y preservar todo lo ocurrido durante las visitas de las personas al servicio de salud, generando así un repositorio que permite un acompañamiento seguro y eficiente de la salud de las personas a lo largo de su vida. La digitalización en este sentido se hace necesaria para lograr esta trazabilidad y seguimiento, así como para fines administrativos y de apoyo a la toma de decisiones tanto clínica como de salud pública.

¹ Un término más preciso, pero menos usado es “Historia de Salud”.

CONECTIVIDAD UNIVERSAL, UN ESLABÓN FUNDAMENTAL PARA EL ACCESO A LO DIGITAL

La Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU) ha declarado el acceso a Internet como un derecho humano y, entre otras cosas, contempla el rol de la digitalización dentro de los Objetivos Globales de Desarrollo Sostenible (ODS). (García Zaballos *et al.*, 2020)

En el continente americano, la necesidad de cerrar esta importante brecha se muestra en contundentes números como que 35 de cada 100 hogares no tienen computadora y 31.7 de cada 100 hogares no tienen acceso a internet en el hogar.(Miniwatts Marketing Group, n.d.) En Haití, el 82% de su población no tiene acceso a internet, lo que equivale a 9 millones de personas sin conectividad. Argentina sólo tiene el 48% de su población con ‘teléfonos inteligentes’ y la mayoría de las opciones que ofrecen las ‘teleconsultas’ requieren ese tipo de teléfono. Lo mismo ocurre en Brasil con 80 millones de habitantes sin teléfonos inteligentes o en México con 52 millones.(International Telecommunication Union (ITU), n.d.)

Transformar un documento analógico en digital o electrónico no es suficiente si consideramos que los datos que componen las historias clínicas mayormente se mantienen disgregados en diferentes ubicaciones físicas y en diferentes formatos tecnológicos dentro de la misma institución. El uso de sistemas de visión holística bajo estándares internacionales de interoperabilidad, que permiten la comunicación entre aplicaciones que posibilitan registros electrónicos de salud completos y accesibles desde cualquier sitio y en el formato necesario, es una realidad en los centros de salud altamente informatizados. Sin embargo, en este mundo aparentemente interconectado, aún queda mucho por hacer para no dejar a nadie atrás y que la humanidad pueda beneficiarse de servicios tales como la telesalud de mayor o menor complejidad.

EL PROCESO DE TRANSFORMACIÓN DIGITAL DE LAS HISTORIAS CLÍNICAS

El contexto de la pandemia de COVID-19 ha puesto de manifiesto que la transformación digital de las historias clínicas es una necesidad urgente e imperativa para que los sistemas de salud puedan brindar una respuesta más eficiente, informada y efectiva que las personas merecen. El acceso oportuno y seguro a datos de salud, a la propia información clínica desde un único lugar y en el formato necesario, tanto para el prestador de servicios, para la toma de decisiones de salud pública y para el paciente, es un elemento fundamental para poder dar una respuesta segura, efectiva, rápida y coordinada. (PanAmerican Health Organization (PAHO), 2020)

Tradicionalmente la ‘digitalización’ de documentos o contenidos analógicos se ha interpretado como su conversión a formatos electrónicos o plausibles

de procesamiento por una computadora. Esta visión limitada ha llevado a cometer no sólo errores serios en la implementación, sino inversiones infructuosas y niveles de priorización desacertadas.

La digitalización de historias clínicas no es un fin en sí mismo sino un proceso continuo que debe considerar estándares internacionales lo referente a flujos de trabajo y a la infraestructura tecnológica asociada.

En salud pública es fundamental la trazabilidad de la salud de las personas para acciones y toma de decisiones gubernamentales. Las historias clínicas en formato digital facilitan el intercambio de información y el análisis de salud entre las respectivas partes del sistema. Esto permite mejorar la clasificación de enfermedades y causas de muerte con mayor exactitud, su notificación y por ende el fortalecimiento de la vigilancia epidemiológica. Desde el sistema de salud, se propicia el desarrollo de modelos predictivos que facilitan los procesos de planificación y definición de prioridades e inversiones.

HISTORIA CLÍNICA DIGITALIZADA E INTEGRADA PARA UNA RESPUESTA MÁS INTELIGENTE

Para la salud pública la mayor existencia de datos hace más efectiva la respuesta, en este sentido las historias clínicas digitalizadas facilitan la gestión de la salud permitiendo una respuesta casi en tiempo real y más equitativa. Entre las ventajas se destacan la atención vía telemedicina evitando la interrupción de tratamientos a situaciones preexistentes de salud

La historia clínica digitalizada permite la desagregación de datos que facilita la toma de decisiones informadas para una acción focalizada en grupos poblacionales específicos, principalmente aquellos en situación de vulnerabilidad, que conlleva a dar una respuesta lo más equitativa posible.(Tejerina, Nelson, & Cafagna, 2020)

La respuesta del sector salud es más efectiva y centrada en las personas cuando la historia clínica está integrada o interopera con otros sistemas de sistemas de información.

El acceso a la información de salud digitalizada permite que los prestadores de salud puedan hacer un análisis integrado tanto específico como profundo de la situación del paciente: sus riesgos, sus síntomas y su contexto. Esto hace más rigurosos la prevención, el tratamiento y el diagnóstico de la enfermedad o condición de salud y apoya las líneas de investigación actuales para el desarrollo de medicina personalizada y de precisión.(Adamo et al., 2020; “HIMSS Dictionary of Health Information and Technology Terms, Acronyms and Organizations, Fifth Edition | HIMSS,” n.d.)

El proceso de integración debe contemplar a través de instrumentos normativos que garanticen la confidencialidad, privacidad, seguridad, integri-

dad y uso ético de los datos. Estos procesos requieren de la participación de especialistas con experticia en salud, derecho, ética y tecnología.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADAMO, J. E., BIENVENU II, R. V., DOLZ, F., LIEBMAN, M., NILSEN, W., & STEELE, S. J. (2020). Translation of Digital Health Technologies to Advance Precision Medicine: Informing Regulatory Science. *Digital Biomarkers*, 4(1), 1-12. <https://doi.org/10.1159/000505289>
- D'AGOSTINO, M., MEJIA, F. M., MARTI, M. C., & SAISO, S. G. (2020). Registros médicos de pacientes: La digitalización ya no es una opción y debe ser una obligación. *Revista Eletrônica de Comunicação, Informação e Inovação Em Saúde*, 14(3). <https://doi.org/10.29397/reciis.v14i3.2137>
- GARCÍA ZABALLOS, A., IGLESIAS, E., PRADO, G., ÁRIAS, G., HUICI, H., PUIG, P., ... CABELLO, S. (2020). *Digitalización: Herramienta de defensa ante la crisis del Covid-19 y para el desarrollo sostenible. Digitalización: Herramienta de defensa ante la crisis del Covid-19 y para el desarrollo sostenible*. Inter-American Development Bank. <https://doi.org/10.18235/0002356>
- HIMSS Dictionary of Health Information and Technology Terms, Acronyms and Organizations, Fifth Edition | HIMSS. (n.d.). Retrieved October 6, 2020, from <https://www.himss.org/himss-dictionary-health-information-and-technology-terms-acronyms-and-organizations-fifth-edition>
- INTERNATIONAL TELECOMMUNICATION UNION (ITU). (n.d.). Statistics - Individuals Using the Internet. Retrieved October 6, 2020, from <https://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Pages/stat/default.aspx>
- MINIWATTS MARKETING GROUP (n.d.). Americas - Internet Usage Statistics, Population and Telecom Reports. Retrieved October 6, 2020, from <https://www.internetworldstats.com/stats2.htm>
- OECD (2019). *How's Life in the Digital Age?: Opportunities and Risks of the Digital Transformation for People's Well-being*. París: OECD. [https://doi.org/https://doi.org/10.1787/9789264311800-en](https://doi.org/https://doi.org/https://doi.org/10.1787/9789264311800-en)
- PANAMERICAN HEALTH ORGANIZATION (PAHO). (2020). ELECTRONIC HEALTH RECORDS AND INTEROPERABILITY: UNDERSTANDING TWO KEY CONCEPTS FOR A BETTER PUBLIC HEALTH RESPONSE. COVID-19 Factsheets. PAHO. Retrieved from www.paho.org/ish
- TEJERINA, L., NELSON, J., & CAFAGNA, G. (2020). *Electronic Health Record Systems: Definitions, Evidence, and Practical Recommendations for Latin America and the Caribbean. Electronic Health Record Systems: Definitions, Evidence, and Practical Recommendations for Latin America and the Caribbean*. Inter-American Development Bank. <https://doi.org/10.18235/0002240>

INTELIGENCIA ARTIFICIAL, NEUROÉTICA Y PROTECCIÓN DE DATOS BIOLÓGICOS

Edmundo Estevez M. - ECUADOR

Marcia Zapata M. - ECUADOR

Ronelsis Martínez M. - ECUADOR

RESUMEN

La Inteligencia Artificial (IA) simula la inteligencia humana en las máquinas. La IA se refiere a tecnologías informáticas semejantes a la inteligencia humana. Las aplicaciones de IA aumentan exponencialmente. Los dilemas bioéticos que surgen son numerosos. Las máquinas dotadas de IA usan algoritmos e información monumental (Big Data). En medicina hay grandes logros: predicción, detección, diagnóstico y tratamiento de enfermedades. El aprendizaje en redes neuronales artificiales genera aplicaciones con niveles de alto desempeño como la interpretación de imágenes médicas o el descubrimiento de nuevos compuestos farmacológicos. La neuroética se integra al escenario para brindar una mejor comprensión y regulación de la IA.

SUMMARY

Artificial Intelligence (AI) simulates human intelligence in machines. AI refers to computer technologies like human intelligence. AI applications are increasing exponentially. The bioethical dilemmas that arise are numerous. AI-powered machines use monumental algorithms and information (Big Data). In medicine there are great achievements: prediction, detection, diagnosis, and treatment of diseases. Learning in artificial neural networks generates applications with high performance levels such as the interpretation of medical images or the discovery of new pharmacological compounds. Neuroethics is brought onto the stage to provide a better understanding and regulation of AI.

Empecemos señalando que la palabra *<inteligencia>* proviene del latín *intelligen-* o *intellēctus*, que a su vez provienen del verbo *intelligere* —término compuesto de el prefijo *inter* («entre»), el verbo *legere* («leer, escoger, separar»)— que significa comprender o percibir, el sufijo *-nt-* que indica agente y el sufijo *-ia-* que indica una cualidad. Todo esto junto, indica la cualidad (*-ia*) del que (*-nt*) sabe escoger (*legere*) entre (*inter-*) varias opciones. Es decir, ser inteligente es saber escoger la mejor alternativa entre varias, y también saber leer entre líneas. En definitiva, una persona inteligente es la que sabe discutir, analizar, deliberar y emitir un veredicto (tomar decisiones).

La palabra *artificial* (hecho por el hombre) viene del latín *artificialis*, formada por *ars, artis* = obra o trabajo que expresa mucha creatividad. La palabra latina *artis* se asocia a una raíz indoeuropea *-ar-* (ajustar, hacer, colocar). *Facere* = hacer y *-alis* = relación o pertenencia.

Según el Diccionario de la Real Academia, define a la IA como una disciplina científica que se ocupa de crear programas informáticos que ejecutan operaciones comparables a las que realiza la mente humana, como el aprendizaje o el razonamiento lógico.

En pocas palabras entonces, la Inteligencia Artificial (IA) correspondería a la capacidad de simulación de la inteligencia humana por parte de las máquinas.

Dicho de otro modo, ésta es una disciplina científica que trata de crear sistemas capaces de aprender y razonar como lo hace un ser humano. Se pretende que estos sistemas aprendan de la experiencia, averigüen cómo resolver problemas frente a ciertas condiciones dilemáticas, que contrasten información, en definitiva, lleven a cabo tareas lógicas y “razonadas”.

El hecho de que un sistema posea hardware humanoide y actúe físicamente como tal es un campo perteneciente a la robótica, y se aleja del concepto de la IA, que se centra más en emular el modo de pensar y razonar de los humanos.

Sin embargo, cabe destacar que, de conseguir un sistema que pudiera aprender y pensar como un humano, poseería notables ventajas sobre éste gracias a su velocidad y capacidad de cálculo y de toma de decisiones.

El Informe anticipado sobre IA en salud: retos éticos y legales (2020) señala que hoy en día los sistemas de información, y en concreto la Inteligencia Artificial (IA), están jugando un papel muy importante en la transformación digital de nuestro entorno. La IA busca emular la inteligencia humana a través de algoritmos y herramientas computacionales para generar conocimiento de manera autónoma a partir del análisis de gran cantidad de datos. El número de aplicaciones de IA aumenta exponencialmente, siendo cada vez más complejas y sofisticadas. Además, también son más las áreas en las que encuentran aplicación, desde el sector financiero hasta el sector sanitario.

En concreto, en este último campo, se prevé que las herramientas de IA contribuirán a la realización de tareas sencillas y repetitivas que consumen el tiempo del personal sanitario, liberándoles para que realicen otro tipo de tareas asistenciales de más valor. Pero también a la resolución de problemas complejos de salud, como la detección de la predisposición a desarrollar enfermedades, la detección de portadores de enfermedades hereditarias o la predicción de la respuesta individual a tratamientos.

Estos algoritmos de IA se sirven para su desarrollo y aprendizaje del uso masivo de datos que pertenecen a los individuos. Es necesario tener en cuenta que los individuos tienen derechos sobre sus datos, que hay que respetar, y el hecho de que las herramientas basadas en IA empleen dichos datos puede entrar en conflicto con los derechos de los individuos, planteando retos desde el punto de vista ético y legal. Además, existen otras cuestiones que, dado el ritmo vertiginoso de aplicación de estas herramientas, hay que tener en consideración y plantear para darles respuesta. Por ejemplo, el riesgo de identificar los datos del paciente, la capacidad de las herramientas de IA para establecer relaciones entre datos a través de del *big data*, el riesgo de que se tomen decisiones sesgadas con base en estos datos, la tendencia a la automatización y la opacidad sobre los elementos esenciales y sobre el proceso por el que un sistema de IA ha llegado a una conclusión que se suman al debate sobre quién debe ser responsable de los resultados de la aplicación de IA en el campo de la salud. Es por esto que, de cara a poder trasladar estas herramientas a la práctica clínica y contribuir a la digitalización de la Medicina Personalizada de Precisión en el futuro, los profesionales sanitarios, científicos, juristas, poderes públicos y la sociedad en general deberán enfrentarse y buscar de manera conjunta soluciones a estos retos. Soluciones que, sin que estas herramientas supongan la sustitución del profesional sanitario, permitan que los sistemas de IA se empleen en la práctica clínica por profesionales pasando por la elaboración de códigos de conducta internacionales y garanticen los derechos de los individuos (Roche, 2020).

En épocas recientes se han explorado nuevas aplicaciones de la IA, así como su posible impacto social: los sistemas de reconocimiento facial, juguetes inteligentes y la optimización de la atención médica. También han sido consideradas las responsabilidades de los desarrolladores y formuladores de políticas asociadas con las tecnologías emergentes.

Al respecto, las principales empresas tecnológicas están construyendo automóviles autónomos, con el propósito de aumentar la movilidad de las personas mayores o con discapacidad (PCD) o en situación de discapacidad para salvar vidas reduciendo al máximo el error del conductor; sin embargo, en caso de emergencia, ¿debería el coche autónomo priorizar la vida de los pasajeros o la vida de los peatones?

Del mismo modo, algunos jueces y funcionarios de prisiones están interesados en utilizar la IA para desarrollar herramientas de “*predicción de riesgos*” para mejorar la toma de decisiones respecto a posibles sentencias penales, audiencias de fianzas y excarcelación con libertad condicional de los reos.

Algunos países como Italia y Japón están investigando sobre el posible uso de robots para cuidar y proporcionar compañía a su población de edad avanzada. También se están construyendo robots sexuales con IA sofisticada.

Inmediatamente surgen las cuestiones éticas respecto a los robots de acompañamiento o de entretenimiento sexual. ¿Podrán entonces los humanos casarse con robots? ¿Cómo afectaría esto en nuestras relaciones con los demás seres humanos?

En el futuro se espera lograr en el ámbito de la investigación en IA, crear inteligencia artificial general (AGI) que sería capaz de realizar cualquier tarea intelectual propia de la naturaleza humana. Esta forma de IA llamada <fuerte> sería capaz de pensar y razonar, exhibiría sensibilidad (intermediada por las emociones posiblemente) y también conciencia.

Se estima que aproximadamente el 47 % de los empleos norteamericanos podrían perderse debido a la IA y la automatización en los próximos 20 años. ¿Cómo vamos a proceder para ayudar a las personas a adaptarse a este nivel de desempleo humillante? ¿Deberá aplicarse impuestos a los robots que sustituyan a los trabajadores humanos desplazados? (Liao, 2016).

Otros desafíos constituyen el desarrollo de fármacos, dados sus altos costos y períodos largos de I&D. Es bien conocido que el uso de los medicamentos lleva asociadas las reacciones no deseadas, los llamados efectos secundarios. Cuando los efectos secundarios provocados por un nuevo fármaco superan los beneficios de la función terapéutica del mismo, este será descartado. Este es el motivo principal por el que solo un pequeño porcentaje de las moléculas candidatas que comienzan los ensayos clínicos acaban siendo medicamentos. El daño hepático, o como se conoce en inglés drug induced liver injury (DILI), es una de las causas más frecuentes por las cuales el desarrollo de nuevos fármacos es abandonado. El daño hepático o DILI se produce por la toxicidad propia del fármaco y, aunque tiene una incidencia relativamente alta (20 sobre 10 0000 habitantes), las causas no son totalmente conocidas. Teniendo en cuenta el coste económico, material y humano que comporta el desarrollo de un nuevo fármaco, ser capaces de predecir su seguridad en el momento del desarrollo (y más concretamente si este será potencialmente causante de DILI) es altamente conveniente para optimizar el proceso de descubrimiento.

En este sentido, recientemente se ha puesto al alcance de la comunidad científica un método computacional para predecir si un fármaco es susceptible de causar DILI. El método está basado en IA y el uso de datos masivos, conocido

en inglés como el Big Data, y se presentó a una competición internacional que evalúa la fiabilidad de métodos de predicción. Los resultados obtenidos en dicha competición internacional validó el uso del método propuesto por Fernández, N de la Universidad Central de Catalunya, para la predicción de DILI que, aun no siendo perfecto, tiene un elevado nivel de acierto.

Los métodos basados en IA según estos investigadores presentan dos grandes ventajas que los hacen muy deseables en tareas de predicción. La primera es que pueden utilizar datos de muy variada naturaleza e integrarlos de forma fácil y conveniente. En su caso, el método utilizó información a nivel fenotípico, genético, de estructura química de las moléculas y las respectivas dianas terapéuticas. La segunda gran ventaja de estos métodos es la capacidad de encontrar patrones y conexiones que no serían tan obvios mediante un proceso de aprendizaje autónomo (Fernandez, Oliva, & Aguirre Plans, 2021).

Otra aplicación y manejo de los big data es el del ADN. En un momento en el que producimos cada vez más datos y surge la cuestión de su almacenamiento, los biólogos interesados en este problema han recurrido a uno de los "discos duros" más compactos disponibles: el ADN. En efecto, esta macromolécula presente en todas las células contiene toda la información necesaria para el correcto funcionamiento y reproducción de estas, codificada en sus cuatro bases A, C, G y T. Sobre este principio, ¿no podría contener datos creados por seres humanos, codificados en las bases del ADN como están en forma de ceros y unos en una computadora? En los últimos años, muchas investigaciones se han centrado en la posibilidad de almacenar datos en el ADN, ya sea *in vivo* (dentro de las células) o *in vitro*. Esta solución tecnológica sería, según sus impulsores, una forma de dar respuesta a las dificultades de almacenamiento de datos que surgirán en unos años. La cantidad global de datos digitales se estimó en 2018 en 33 zettabytes (billones de billones de bytes) y se duplica cada dos o tres años. El almacenamiento de datos en discos duros o cintas magnéticas requiere cada vez más espacio. Por tanto, requiere cada vez más recursos en infraestructura y energía. Las células contienen el material genético necesario para mantenerlas vivas y permitirles reproducirse. ¿Podríamos también codificar libros en ADN, por ejemplo en bacterias (aquí, *E. coli*)? NIAID, Wikipedia , CC BY ¿Será el ADN el futuro del almacenamiento de datos? Por último, el almacenamiento tradicional no es muy duradero, por lo que los datos archivados en CD o cintas magnéticas deben transferirse aproximadamente cada 10 años. Estos son los nuevos desafíos de la utilización de datos en IA (Tanner, 2021).

La inteligencia artificial (IA) ha demostrado un gran avance en la detección, diagnóstico y tratamiento de enfermedades. Aprendizaje profundo basado en redes neuronales artificiales, ha habilitado aplicaciones con niveles

de alto desempeño como en tareas que incluyen la interpretación de imágenes médicas y descubrimiento de compuestos farmacológicos. Hace más de un año, una pequeña compañía estadounidense del ámbito médico, Geisenger, publicó unos resultados sorprendentes sobre la aplicación de (IA) para estimar el riesgo de muerte a corto plazo en pacientes con ciertas patologías cardíacas, utilizando su electrocardiograma.

Para ello entrenaron a una red neuronal con casi dos millones de electrocardiogramas de casi 400 000 personas. Al final esta IA, basada en una técnica conocida como “aprendizaje profundo”, obtuvo unos resultados mejores que los de los cardiólogos. Los médicos, además, no fueron capaces de encontrar con posterioridad ningún patrón o señal de riesgo en aquellos electrocardiogramas que la máquina había identificado correctamente donde ellos habían fallado.

La IA había encontrado algo en la señal electrocardiográfica que los expertos humanos no eran capaces de detectar. Las redes de neuronas artificiales. Estas redes neuronales usan arquitecturas de aprendizaje formadas por modelos matemáticos muy simples de neuronas. Estas, en un número de miles o decenas de miles, y profusamente interconectadas -en general en capas, como una lasaña-, suponen en total cientos de miles o incluso millones de conexiones. Estas conexiones se asocian a valores, denominados “pesos”, que resultan fundamentales en el proceso de obtención de una respuesta a cada entrada aplicada a la red neuronal.

Esta respuesta puede corresponderse, según el caso, con un diagnóstico, con la identificación de un objeto sobre una imagen o con la traducción al español de una frase en inglés. La adecuada selección de estos pesos se realiza durante el entrenamiento de la red sobre conjuntos de datos de entrenamiento. El proceso suele ser muy exigente en cuanto al número y la representatividad de los ejemplos sobre los que aprender, así como los recursos computacionales que se requieren para ello (Ameneiro & Alonso Moral, 2020).

Este es un desafío enorme para la neuroética en la perspectiva de ética para las neurociencias. ¿Hasta qué límite facilitar la incursión de las tecnologías sin que se afecte la dignidad de las personas?

El primer informe mundial de la OMS sobre IA y las grandes expectativas que ésta ofrece para mejorar la prestación de atención sanitaria y médica promulga seis principios a fin de limitar los riesgos y aumentar al máximo las oportunidades que conlleva la utilización de la IA en el ámbito de la salud, la OMS propone que la reglamentación y gobernanza de la IA se basen en los principios siguientes:

1. **PRESERVAR LA AUTONOMÍA DEL SER HUMANO:** En el contexto de la atención de salud, ello significa que los seres humanos deberían seguir

siendo dueños de los sistemas de atención de salud y las decisiones médicas; se debería preservar la privacidad y la confidencialidad, y los pacientes deben dar su consentimiento informado y válido por medio de marcos jurídicos adecuados para la protección de datos.

2. **PROMOVER EL BIENESTAR Y LA SEGURIDAD DE LAS PERSONAS Y EL INTERÉS PÚBLICO.** Los diseñadores de tecnologías de IA deberían cumplir los requisitos normativos en materia de seguridad, precisión y eficacia para indicaciones o usos bien definidos. Se deben instaurar medidas de control de la calidad en la práctica y de mejora de la calidad en la utilización de la IA.
3. **GARANTIZAR LA TRANSPARENCIA, LA CLARIDAD Y LA INTELIGIBILIDAD.** La transparencia exige que se publique o documente información suficiente antes de la concepción o el despliegue de una tecnología de IA. Esa información debe ser fácilmente accesible y facilitar consultas y debates provechosos sobre la concepción de la tecnología y sobre el uso que se debería hacer o no de esta.
4. **PROMOVER LA RESPONSABILIDAD Y LA RENDICIÓN DE CUENTAS.** Las tecnologías de IA permiten realizar tareas específicas; ahora bien, incumbe a las partes interesadas velar por que estas sean utilizadas en condiciones apropiadas y por personas debidamente formadas. Se deberían instaurar mecanismos eficaces para que las personas y los grupos que se vean perjudicados por decisiones basadas en algoritmos puedan cuestionarlas y obtener reparación.
5. **GARANTIZAR LA INCLUSIVIDAD Y LA EQUIDAD.** La inclusividad requiere que la IA aplicada a la salud sea concebida de manera que aliente la utilización y el acceso equitativos en la mayor medida de lo posible, con independencia de la edad, el sexo, el género, el ingreso, la raza, el origen étnico, la orientación sexual, la capacidad u otras características amparadas por los códigos de derechos humanos.
6. **PROMOVER UNA IA CON CAPACIDAD DE RESPUESTA Y SOSTENIBLE.** Los diseñadores, desarrolladores y usuarios deberían evaluar de forma continua y transparente las aplicaciones de la IA en situación real a fin de determinar si esta responde de manera adecuada y apropiada a las expectativas y las necesidades. Los sistemas de IA también se deberían concebir de modo que se reduzcan al mínimo sus efectos medioambientales y se aumente la eficiencia energética. Los gobiernos y las empresas deberían anticipar las perturbaciones ocasionadas en el lugar de trabajo, en particular la formación que se deberá impartir a los agentes de salud para que se familiaricen con el uso de los sistemas de IA, y las posibles pérdidas de empleos debidas a la utilización de sistemas automatizados.

Estos principios orientarán la labor futura de la OMS para respaldar los esfuerzos encaminados a garantizar que todas las posibilidades que ofrece la IA para la atención de salud y la salud pública se utilicen en beneficio de todos (WHO, 2021).

Actualmente, con los avances en inteligencia artificial los sistemas de reconocimiento facial han proliferado. Se han desarrollado muchos servicios para identificar a personas en las multitudes, analizar sus emociones y detectar su género, edad, raza y características faciales. Ya se utilizan con una gran variedad de propósitos: desde contratar o mejorar sistemas de marketing hasta aspectos relacionados con seguridad, vigilancia, salud, etc.

Lo que se busca es entonces, desarrollar estudios y métodos para mostrar cómo ayudar a la investigación a desarrollar tecnologías más justas y responsables. El objetivo debe ser concienciar a la ciudadanía, a las organizaciones y a la administración pública de este problema y así crear tecnologías que funcionen para toda la sociedad y no solo para las mayorías con poder (Fernandez L. , 2020) .

LOS RETOS DE LA NEUROÉTICA FRENTE A LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL (IA)

Para D. Martínez Caro (2012), las relaciones entre la mente humana y el cerebro, su sustrato físico, constituyen un misterio que, aún hoy, se plantea con una fuerza e interés renovado. Los increíbles avances en el conocimiento de la actividad cerebral proporcionado por la moderna Neurociencia ha hecho pensar a algunos que este misterio se encuentra a las puertas de su resolución. ¿Es esto cierto y en qué sentido? ¿Pueden las neurociencias dar vía libre a la explicación materialista que reduce la mente al cerebro o sucede más bien lo contrario? A su vez, la emergencia de la nueva disciplina de la inteligencia artificial ha replanteado los términos del problema postulando un nuevo tipo de mente no conectada con el cerebro humano que, en la versión radical de la *cibernetica punk*, permitiría afirmar que, a finales del siglo, el pensamiento humano y la inteligencia artificial se habrán fundido y los *ciberorganismos* resultantes de la fusión controlarán las sociedades. La complejidad y novedad de las cuestiones en juego requería una difícil puesta a punto de este antiguo problema que ha sido abordada con eficacia por Diego Martínez Caro que, en este texto, expone con rigor y amenidad los últimos avances científicos al mismo tiempo que proporciona una interpretación antropológica (Martinez Caro, 2012).

¿De qué se ocupa la neuroética? La neuroética es una disciplina joven. Suele situarse su nacimiento en un congreso celebrado en San Francisco en el año 2002 dedicado a las relaciones entre la ética y la neurociencia (aunque la expresión «neuroética» ya se venía usando). A partir de ese momento han proliferado congresos, publicaciones, instituciones y cátedras sobre este tema. En realidad, la expresión «neuroética» sirve para dar cuenta de dos tipos de

investigaciones, que es útil (aunque no siempre fácil) distinguir: la *ética de la neurociencia*, una parte de la bioética que trataría de establecer un marco ético para las investigaciones neurocientíficas y sus aplicaciones; y la *neurociencia de la ética*, el estudio de la conducta ética desde el punto de vista de las investigaciones sobre el cerebro. Por ejemplo, son problemas de la ética de la neurociencia los siguientes: si está justificado o no el uso de los descubrimientos neurocientíficos para la mejora de las capacidades mentales o sensoriales de los humanos (el llamado «transhumanismo»); en qué condiciones es legítimo el uso en los tribunales de pruebas basadas en técnicas neurocientíficas (como la prueba P300 o *brainfingerprinting*, que permite determinar si el sujeto miente observando las variaciones en las ondas cerebrales ante ciertos estímulos); qué valor en relación con la atribución de responsabilidad hay que conceder a determinadas disfunciones cerebrales; o si es correcto —y en qué casos— usar técnicas de control de la conducta basadas en conocimientos neurocientíficos. Y son problemas de la neurociencia de la ética los siguientes: la discusión general sobre el libre albedrío y su relación con la responsabilidad; la cuestión de si nuestra actividad cerebral en el momento de tomar decisiones morales apunta más al deontologismo, al consecuencialismo o a una ética de las virtudes; el análisis del papel de la oxitocina o de las llamadas «neuronas espejo» en nuestra conducta ética; o si la neurociencia puede fundamentar conclusiones normativas acerca de la corrección de nuestros juicios morales. La cuestión planteada respecto a —si nuestros juicios morales proceden de la razón o de las coronadas (intuiciones y emociones)— es, igualmente, un problema de la neurociencia de la ética (Gonzalez Lagier, 2017).

Afirmar en el siglo XXI que la ética debe ser universal es una obviedad y son justamente las neurociencias las que nos darán las bases para ese universalismo porque nos permiten adentrarnos con precisión hermenéutica en los resquicios de la conducta humana, del obrar moral de las personas. La ciencia busca descubrir una estructura moral universal que module en las diferentes culturas para hacer frente a los retos universales que plantea el mundo moral (Cortina, 2011).

El cerebro humano es un cerebro emocional que hace todo de una manera ni completamente racional ni completamente irracional. Las emociones son mecanismos adaptativos que nos permiten identificar signos objetivos. Así, en respuesta a ciertos estímulos, nuestro cuerpo reacciona para elaborar respuestas de comportamiento. No debemos confundir emociones con sensaciones (percepciones de estímulos exteriores transmitidos a nuestro cerebro). Una sensación puede ser el origen de una emoción. Las emociones tienen un objeto y una causa, que no siempre serán las mismas. Ellas duran en el tiempo y motivan acciones subsecuentes. El amor, el odio, el miedo, la cólera, la gratitud, la indignación, los celos, la envidia, el resentimiento, la

piedad, la compasión, la culpabilidad, la vergüenza, el orgullo (el amor propio), el pesar o cargo de conciencia, el remordimiento, etc. Las características más evidentes de las emociones es su carácter universal. La expresión de las emociones primarias como el miedo, cólera, alegría, y disgusto, gozan de un reconocimiento universal. Las emociones viajan por precisos circuitos y encrucijadas neuronales. La amígdala es uno de esos puntos de convergencia. Se representa como dos cúmulos de células en forma de almendras ubicados profundamente y por debajo del córtex cerebral, en la parte anterior del lóbulo temporal. Se encarga de recibir información del tálamo, hipocampo, núcleo accumbens, córtex órbito-frontal, piriforme y cingulado, los ganglios basales y también del tronco cerebral (Chneiweiss, 2019).

El ser humano a diferencia de los animales o los ángeles, como decía Dante Alighieri, a propósito del lenguaje, ha sido dotado de una característica que el resto de los seres no necesitan para regularse: los unos porque están sometidos a las fuerzas de la naturaleza, los otros por estar situados por encima de ella. Este don particular de la especie humana, es la conciencia moral, la cual tiene que aprender a regular (normar) las tendencias naturales en un contexto social donde debe regir la convivencia armónica, pacífica, creadora y de solidaridad humana (Hauser, 2008); (Villegas, 2011).

Uno de los rasgos esenciales en el diseño de la maquinaria moral es un programa (código moral y conectomas) que le permita excluir los actos inmorales. El programa esta escrito en forma de imperativo, estructurado como una regla o mandato moral (Hauser, 2008). En fin, reconocer el papel de las emociones y los sentimientos en la formulación de juicios morales y en la vida moral en su conjunto es parte fundamental de los estudios actuales y nuevos desafíos en neuroética. Los aportes en éste campo realizados por Antonio Damasio y otros, aportan luces a las sombras de un pasado especulativo y metafísico. Se comienza a entender la ética como un conjunto de intuiciones o emociones vinculadas a la evolución humana y sustentados por mecanismos neurobiológicos específicos, cuya función es garantizar la supervivencia de la especie (González Lagier, 2017).

¿PODRÍAN LAS MÁQUINAS Y LA IA AYUDARNOS A TOMAR DECISIONES?

En nuestra vida diaria llevamos a cabo juicios de valor constantemente. Nada pasa desapercibido, todo valoramos. Por ejemplo, seleccionamos un tipo de ropa y no otra dependiendo de numerosos factores, pensamos si saldremos a pasear o nos quedaremos en casa estudiando, si llevamos o no paraguas y abrigo, el celular a la mano o dinero al bolsillo, etc.

La mayor parte de las veces decidimos de manera preconsciente, es decir sin detenernos a pensar, como cuando decidimos bajarnos del auto por la puerta que está a nuestra derecha y no a la izquierda.

Esto no significa que nuestro cerebro no esté procesando información relevante para esto; todo lo contrario, en cada decisión que toma nuestro cerebro, se evalúa la diferencia entre los resultados esperados y los resultados obtenidos, hecho conocido como el "*cálculo del error de predicción de recompensa*". Esta predicción influye sobre nuestro comportamiento. Un resultado positivo o placentero se acompaña de liberación de dopamina; lo contrario se asocia a la amargura e inhibición de la producción de dopamina (hormona del placer). Participan de este circuito la noradrenalina y la serotonina. Los ganglios de la base o núcleos grises centrales son los encargados de evaluar el error de predicción. Este circuito nervioso es esencial en procesos muy relevantes como la motivación y los aprendizajes (Pessoa, 2008).

Entonces, de lo que se trata es de seleccionar el curso de una acción dentro de un conjunto de cursos posibles, en base a valores asociados y a recompensas o refuerzos anticipados: el balance entre recompensas y esfuerzos anticipados es la clave en la toma de decisiones (*human decision-making*). Esto es lo que termina guiando el equilibrio entre emoción y razón.

Dicho de otra manera, cada día nos enfrentamos a numerosas situaciones que nos obligan a considerar simultáneamente una enorme multitud de factores relevantes sobre los que tenemos que tomar decisiones. Estas, a su vez, nos permiten obtener las recompensas necesarias para adaptarnos al entorno, siendo a veces cruciales para nuestro bienestar y supervivencia.

Además, estas recompensas son capaces de inducir sentimientos subjetivos de placer y contribuir a la generación de emociones positivas. De esta forma, incluso los estímulos que las preceden quedan marcados con un valor motivacional (Bueno, D., 2020).

Los vehículos autónomos están a la vanguardia del desarrollo de la inteligencia artificial y están diseñados para operar sin ninguna intervención humana. Se espera que revolucione el transporte público y privado, con la perspectiva de salvar vidas, reducir la congestión, mejorar la movilidad y mejorar la productividad en general.

El futuro de los vehículos autónomos, sin embargo, se discute debido a las preocupaciones éticas y psicológicas sobre su comportamiento en situaciones de tráfico críticas y no rutinarias que potencialmente implican muertes. El reto en el entrenamiento de la inteligencia artificial, el razonamiento moral, está cumpliendo con las expectativas de la sociedad sobre los principios éticos que operarían en la toma de decisiones de las máquinas. Una pregunta sin resolver es cómo se debe entrenar a un vehículo autónomo para actuar cuando - independientemente de sus acciones - el resultado de un incidente o decisión crítica conduzca a la muerte de alguien (D., Frank, 2019).

EL JUZGAMIENTO MORAL Y LA TOMA DE DECISIONES

De acuerdo con Cortina, A., el hilo conductor de este complicado asunto tiene su correlato en los numerosos estudios basados en dilemas morales, inicialmente formulados por Unger (1966), luego por Philippa Foot (1967), Hauser (2008) y Greene (2001, 2004). Evidentemente, y con el propósito de facilitar su interpretación estos dilemas han sido refinados y restringidos al máximo en su variabilidad. Los dilemas más usados han sido el del accidente en carretera y la tapicería nueva del auto, el de la donación humanitaria a organizaciones internacionales para niños, el de Diana en el tranvía, el de Paco sobre el viaducto y el de la “machine moral” con sus numerosas variantes, entre otros.

De su aplicación se concluye que cuando los sujetos formulaban su juicio a contracorriente, se mostraba una activación mucho mayor del córtex prefrontal dorsolateral, zona a cargo de la planificación y el razonamiento. En el caso de los sujetos que terminan por decidir que lo adecuado es el cálculo utilitarista había una activación significativa de la zona frontal del cerebro, aunque les llevaba más tiempo decidir en el caso de los dilemas personales al superar algunas barreras emocionales (Cortina, 2012; (Greene, The neural bases of cognitive conflict and control in moral judgment, 2004).

Finalmente, el propio Greene, J., deja planteadas las siguientes interrogantes en sus estudios formidables sobre cognición moral:

¿Cómo decidimos qué está bien o qué está mal? ¿Por qué la gente no está de acuerdo frecuentemente sobre cuestiones morales?

Cuando estamos de acuerdo, ¿de dónde viene ese acuerdo?

¿Puede una mejor comprensión de la moral ayudarnos a resolver los problemas que nos dividen?

Se esperan respuestas cada vez más concluyentes analizando la mecánica del pensamiento moral, con miras a mejorar las decisiones que tomamos como individuos y como sociedad.

Gran parte de estas investigaciones se han centrado en comprender las contribuciones respectivas de los procesos automáticos “rápidos” (como las “reacciones intestinales” emocionales) y los procesos controlados “lentos” (como el razonamiento y el autocontrol). Bien vale estudiar aquí a Daniel Kahneman (Premio Nobel de Economía) con su obra monumental: pensar rápido, pensar despacio (Kahneman, 2017).

Pronto estarán entre nosotros los vehículos autonómicos, los robots y otros recursos tecnológicos dotados de IA. Hay que estar preparados para convivir con ellos.

COLOFÓN

En el futuro veremos máquinas autónomas actuando en el mismo medio ambiente como seres humanos, en áreas tan diversas como la conducción, la

tecnología de asistencia y el cuidado de la salud. Pensemos estos escenarios compartidos con vehículos autónomos, robots acompañantes de ancianos y sistemas de apoyo al diagnóstico médico.

También será necesario pensar que los humanos y las máquinas a menudo necesitarán trabajar juntos y acordar decisiones comunes. Así, los sistemas colectivos de toma de decisiones serán híbridos y muy necesarios para unos y para otros.

En estos escenarios, tanto las máquinas como los sistemas de toma de decisiones colectivos deben seguir alguna forma de valores morales y principios éticos (adecuados al lugar donde actuarán, pero siempre alineados con los humanos, con nosotros, los creadores), así como las limitaciones de seguridad. De hecho, los humanos aceptarían y confiarían en más máquinas que se comporten tan éticamente como otros seres humanos en el mismo entorno. También, estos principios facilitarían que las máquinas determinen sus acciones y expliquen sus comportamientos en términos comprensibles para los humanos. Además, a menudo las máquinas y los humanos tendrán que tomar decisiones juntos, ya sea por consenso o llegando a un compromiso programado.

Esto se facilitaría compartiendo valores morales y principios éticos entre máquinas y humanos (Greene, 2016).

Bienvenidos al mundo de la inteligencia artificial y de la neuroética

TRABAJOS CITADOS

- CHNEIWEISS, H. (2019). *Notre Cerveau. Un voyage scientifique et artistique des cellules aux émotions*. Paris: L'Iconoclaste.
- HAUSER, M. D. (2008). *La Mente Moral. Cómo la naturaleza ha desarrollado nuestro sentido del bien y del mal*. Barcelona: Paidós Transiciones.
- VILLEGAS, M. (2011). *El error de Prometeo. Psicopatología del desarrollo moral*. Barcelona: Herder Editorial.
- ROCHE, F. I. (2020). *Informe Anticipado Inteligencia Artificial en Salud: retos éticos y legales*. Madrid: Ascendo Consulting Sanidad & Farma.
- LIAO, S. M. (2016). *Moral Brains. The neuroscience of morality*. New York: Oxford University Press.
- FERNANDEZ, N., OLIVA, B., & AGUIRRE PLANS, J. (23 de Mayo de 2021). Inteligencia artificial para predecir si un fármaco producirá daño hepático. *The Conversation*.
- TANNER, I. (23 de Mayo de 2021). ¿Será el ADN el futuro del almacenamiento de datos? *The Conversation*.
- AMENEIRO, S. B., & ALONSO MORAL, J. M. (30 de November de 2020). Las inteligencias artificiales deberían poder razonar sus explicaciones. *The Conversation*.

- WHO. (2021). *Ethics and governance of artificial intelligence for health: WHO guidance.* Geneva: WHO publications.
- FERNANDEZ, L. (20 de Diciembre de 2020). Sombra aquí, sombra allá: reconocimiento facial discriminatorio. *The Conversation*.
- MARTINEZ CARO, D. (2012). *El yo y la máquina. Cerebro, mente e inteligencia artificial.* Madrid: Ediciones Palabra.
- GONZALEZ LAGIER, D. (2017). *Ala sombra de Hume.* Madrid: Marcial Pons.
- CORTINA, A. (2011). *Neuroética y Neuropolítica. Sugerencias para la educación moral.* Madrid: Editorial Tecnos.
- PESSOA, L. (2008). On the relationship between emotion and cognition. *Nature Reviews*, 148-158.
- GREENE, J. (2016). Our driverless dilemma. *Science*, 1514-15.

INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y TRANSHUMANISMO FUNDAMENTOS PARA UNA INSTRUMENTACIÓN CONDUCTIVA

Rab. Fishel Szlajen - ARGENTINA

RESUMEN

Bajo lineamientos filosóficos, científicos y religiosos, el transhumanismo se expone como un radicalizado utilitarismo operativo del bíblico precepto de mejora continua del hombre, omitiendo el problema psicofísico y anulando su axiología, planificando un obsoleto *homo sapiens* reemplazado por un evolucionado *homo cyborg*.

תקציר

על פי הנחיות פילוסופיות, מדעיות ודתניות, הטרנס-הומניזם נחשף כתעלת תפעולית רדיילית של המציאות המקרהית לשיפור מתמיד של האדם, אבל תוך השטת הבניה הפסיכופיזית וביטול הערכית שלה, ובосновו של דבר בתוכן של החלפה של ביביל מיושן homo-sapiens לחידש ומפותח homo-סיב'ו

ABSTRACT

Under philosophical, scientific and religious guidelines, trans humanism is exposed here as a radicalized operational utilitarianism of the biblical precept to continuous improvement of human being, but omitting the psychophysical problem and canceling its axiology, pretending a planned replacement of a supposedly obsolete human being by an evolved homo cyborg.

INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y TRANSHUMANISMO

Bíblicamente se desarrollan dos concepciones del ser humano. La primera en Génesis 1:27-30, cuando es creado simultáneamente varón y mujer, sin explicar su proceso y comandándolo a dominar y sojuzgar el mundo; mientras que en la segunda, en Génesis 2:7-23, Dios forma primero a Adam del polvo de la tierra, insufla en su nariz hálito de vida y luego de Adam es creada Javá como su compañera, comandándolos a cultivar y mantener el Jardín de Edén. Noéticamente, esta dualidad distingue dos tipologías humanas (Soloveitchik, 2006, pp. 13-41). La primera, empoderándose del mundo exterior y controlando las fuerzas naturales, deviniendo en un ser tecnológico, interesado en duplicar funcionalmente la dinámica de la realidad disponiendo de ella a voluntad y a su servicio. Un ser utilitario cuya pregunta es ¿cómo funciona el mundo?, y caracterizado por la dignidad adquirida a partir de la conquista y elevación existencial por sobre la naturaleza. La segunda, contemplando receptivamente el mundo tal como le es dado, en sus dimensiones originales, y bajo el interrogante de ¿quién es? o ¿por qué la existencia? Un ser habiente de una experiencia esencial, no identificado con lo sensorial hedonista, ni con el pensar cartesiano ni el racionalismo kantiano y menos con el sufrimiento schopenhaueriano; sino logrando un modo de vida disciplinado acorde a su separación de la naturaleza y dominado por el Creador. Un ser humano cuya especificidad es la redención por la cual adquiere su noción ontológica manifiesta en su seguridad axiológica.

Ambos humanos son intrigados por el cosmos. El primero va en busca de su control y poder, cuya dignidad redunda en una técnica de vida, en el respeto y la atención del otro mediante habilidades de acción; razón por la cual es creado hombre y mujer simultáneamente, dado que no hay dignidad como categoría conductiva en el anonimato o en soledad, sino en la capacidad de hacer sentir su presencia o impacto medido por sus logros en la exterioridad. El segundo, busca su propia cualidad ontológica en lo profundo de su persona encontrando la redención a través de la capitulación, del retiro, y por ello, sólo mediante el sacrificio, entregando parte de sí mismo, halla su compañera, Javá. Su control y poder es sobre sí mismo, cuyo éxito consiste en el movimiento de retroceso. Este humano es formado del humus, emergiendo humilde y solitario en su origen, sin necesidad de mostrar, de comunicar, ni de una existencia extrovertida.

Actualmente, el desbalance entre ambas bíblicas tipologías del ser humano, desnaturalizándolo, se ha inclinado hacia la exacerbación de la dignidad en detrimento de la redención, transformando la conquista fenomenológica en noción ontológica, y destruyendo la integridad humana por cuanto el des-

entenderse de una parte no hace que ésta desaparezca constituyendo la otra parte un nuevo todo, sino sólo se transforma en más parcial.

Esta parcialidad humana exacerbada se manifiesta en múltiples dimensiones. Desde las esferas del poder, este humano exacerbado es quien puede representar momentáneamente el pensamiento, pero no soporta el examen. Es el snob que puede ocupar durante un corto tiempo cualquier rol sin diferenciarse de quien es habiente del perfil. Desde lo político-legislativo, el humano exacerbado se conduce como si cualquier medida, por absurda que sea, pudiera imponerse a un pueblo con la sola suficiencia en el número de voces para convertirla en ley. Incluso pretendiendo que la naturaleza sea democrática o susceptible de ser engañada o abolida por la insolencia de la presuntuosidad o el pretensioso antojo. Sólo logrando embrutecer al ser humano, pero haciéndole creer que accede a una inteligencia o estadio superior. Pero también desde el llano, es quien ante algún aspecto de la persona, como el menor arco, lo transpola íntegramente a toda ella, como completando por sí mismo la curva; y al levantar el velo que parecía ocultar aquella personalidad o figura, se ofende por no hallar sino alguien contrahecho o sólo aquel fragmento. En términos colectivos, la sociedad exacerbada es aquella que representa ciertas virtudes, pero que en sus individualidades no se encuentran las variables que las constituyen. En las relaciones interpersonales, la exacerbación se manifiesta en interlocutores que se expresan asimétrica e imperfectamente, ninguno escuchando demasiado al otro; o bien en un público que sólo debe escuchar y no hablar, pero que de todas formas juzga lo equivocados y torpes que resultan los polemistas. En el sujeto mismo, esta exacerbación se manifiesta como habiente de una conciencia pre-reflexiva e impersonal, que sugiere la posibilidad de hacer y deshacer lo que se deseé, revistiéndolo luego de justificaciones racionales cuando las haya o bien, y ante su carencia, formulando falacias y tergiversaciones de la propia realidad.

Y por supuesto la exacerbación desde la biotecnología, donde el hombre ejerce su potestad irresponsablemente para consigo mismo y su prójimo, donde la ciencia y la tecnología, pudiendo dedicarse a resolver hambrunas, patologías u otras dolencias, se han enseñoreado en la licenciosidad humana.

Un aspecto de dicha exacerbación se hace patente concibiendo el cerebro desde el tan vigente funcionalismo, como un sistema complejo de transmisión y procesamiento de información constituido por múltiples partes interconectadas. Cuestión que no es verdad sino tan sólo en una pequeña parte, la fisiológica. Pero se utiliza dicho modelo porque permite fácilmente compararlo con una computadora pudiendo llegar a decir que ésta posee mente o alma (Denett, 1991, pp. 101-284). Y aquí se hace patente la ya mencionada transformación de la conquista fenomenológica en noción ontológica destru-

yendo la humanidad como integridad, creyendo que desentenderse de una parte hace que automáticamente esta desaparezca constituyendo un nuevo todo, pero en verdad no es sino una exacerbación de la parcialidad. No obstante, si bien el funcionalismo resuelve más fácilmente el problema de describir el cerebro como un conjunto de funciones y por ello posible de ser emulado cibernéticamente (Solms y Turnbull, 2002, pp. 45-104), desde la perspectiva del problema más difícil, que es la posibilidad de conseguir de la máquina una mente o alma, una conciencia, ninguna de los intentos más relevantes hasta ahora pudo lograrlo.

En este sentido, el test de Alan Turing ya en 1950 consistía en una máquina que exhibiera un comportamiento inteligente similar al de un ser humano o indistinguible de este, implementado mediante una conversación únicamente textual mediante un teclado y un monitor y donde el evaluador no pueda distinguir entre el humano y la máquina luego de cinco minutos de conversación. No obstante, esta prueba no evalúa el conocimiento de la máquina en cuanto a su capacidad de responder preguntas correctamente, sino que sólo toma en cuenta la capacidad de la máquina de generar respuestas similares a las que daría un humano. Más aún, en el hipotético caso que pudiéramos imaginar una máquina con conciencia como realidad psíquica, ya se ha demostrado que por la propia cualidad de la conciencia, la cual pertenece como toda realidad psíquica al dominio privado, dada única e inmediatamente sólo para el habiente de dicha conciencia, resulta imposible saber si la máquina la tiene o no. Y el hecho que cualquiera de nosotros podamos inferir que nuestro prójimo es habiente de la misma conciencia, no es algo demostrable sino intuitivo y por interacción espontánea, cuyas conductas son más o menos las similares a las nuestras. También está el caso del algoritmo llamado Eliza, diseñado por Joseph Weizenbaum en 1966, emulando una ayudante terapéutica cibernética, quien bajo la escuela de Karl Rogers, no era otra cosa que un programa diseñado para captar determinados vocablos o expresiones que el paciente emitía en pos de responder con otras prediseñadas. Si bien en este caso también podría considerarse que sus respuestas eran inteligentes, eso no quiere decir que dicho algoritmo sea una mente. Caso similar el programa llamado Parry, diseñado por Kenneth Colby en 1972, el cual simulaba el comportamiento de un esquizofrénico. Y aquí es relevante la diferencia entre lo inteligente y lo consciente, aspectos que el funcionalismo ha deliberadamente omitido, considerando que las realidades psíquicas no son más que el fruto y conducta de un número ingente de neuronas. Descartando que la conciencia humana es la percepción responsable y personal de la propia existencia, estados y actos, pretendiendo asemejarla a un algoritmo de identidad. Y suprimiendo el hecho que si bien el funcionamiento del cerebro es cuestión de

fisiología, no así el del habitante de cerebro que es donde ocurren los procesos y realidades psíquicas a cuenta de lo que acontece en el cerebro (Szlajen, 2019; 2020). Y es precisamente esto lo atractivo aunque falaz del funcionalismo (Brook y Stainton, 2001, pp. 61-135). Describir la mente no como una cosa sino como un proceso analogándolo a un reloj. Es decir, para saber qué es un reloj poco importa su estructura y material, así como tampoco sus componentes, peso, volumen, o donde se emplaza, sino que lo importante es qué hace. Y lo que hace es mostrar la hora. Es decir, cuál es su función. Pero esto tiene el inconveniente de no distinguir la sintaxis de la semántica, al igual que Eliza, la ayudante terapéutica cibernetica. Dicha diferencia ya fue contundentemente demostrada mediante la denominada “habitación china” (Searle, 2001; Bishop y Preston, 2001), refutando la creencia que el pensamiento puede reducirse al cálculo, a la computación. La mente implica no sólo la manipulación y procesamiento de símbolos (gramática o sintaxis), sino que además posee la capacidad semántica para darse cuenta o estar consciente de los significados de aquellos símbolos. Pero esta capacidad semántica, no es un algoritmo, ya que una máquina realiza acciones físico-electrónicas sin entender lo que hace y el por qué lo hace. Esta “habitación china” consta de un ejercicio en el cual nos introducimos en una computadora completamente aislados del exterior, salvo por una ranura para hojas de papel por la que entran y salen textos en chino. Fuera de la sala o computadora, se encuentra un chino que cree que la computadora entiende su idioma, pero en verdad somos nosotros que no sabemos una sola palabra en chino pero estamos equipados con manuales y diccionarios que indican las reglas que relacionan los caracteres chinos con los latinos. Esto es, “Si entran tal y tales caracteres, escribe tal y tales otros”. De este modo nosotros manipulamos los textos en chino que entran por la ranura y seremos capaces de responder a cualquier texto introducido ya que el manual que poseemos con las reglas del idioma nos indica las correlaciones. El chino en el exterior creerá que sabemos su idioma, aunque es falso. Y seguirá siéndolo aun cuando las traducciones o respuestas se perfeccionen con la práctica y la realimentación de información por los usuarios chinos que advierten y notifican los errores cometidos. Y ello es porque lo único que estaremos haciendo es perfeccionar el manual de cálculo y operación en la conversión de caracteres. Pero eso no es saber el idioma. Eso no es pensamiento sino cálculo. No es semántica sino sintaxis. En otras palabras, el pensamiento no migra de un soporte biológico neuronal a uno cibernetico electrónico, y comportarse similarmente a una persona no implica ser persona.

Y aquí resultan necesarias algunas palabras respecto del transhumanismo. Sabido es que el alto desarrollo tecnológico contemporáneo es transversal a las nacionalidades, etnias, ideologías, religiones e idiomas transformando

los medios en las relaciones humanas y con el mundo en todos sus aspectos. Pero desde hace unos años, algunos pretenden o pronostican la utilización de la tecnología para cambiar las propias características humanas, mediante el llamado transhumanismo, término acuñado en 1957 por el darwinista Julian Huxley. Un movimiento que sostiene los actuales albores de una nueva fase evolutiva de la humanidad, en la cual se fusionan los humanos con las máquinas transformándolos en una especie híbrida, un proyecto de diseño, aumentando y adicionando capacidades humanas deviniendo en un posthumanismo.

Pero esta idea de mejora continua en el hombre tiene origen bíblico, y radica en trascender su animalidad habilitando su humanidad como diferencia esencial entre otros seres, cuya unicidad es su capacidad de ser preceptuado por una autoridad fuera de sí mismo y su medio. Es decir, un ser habiente de voluntad como facultad que posibilita conscientemente contrariar la propia naturaleza, deseo o pulsión, respondiendo a una alteridad como autoridad o valor. En este sentido, si bien el perro desea un trozo de carne, no es consciente que lo está deseando, y por ello no puede cancelarlo por *motu proprio*, excepto bajo adiestramiento. Es decir, carece de voluntad. Y si de tecnología se trata, un episodio datado del siglo II e.c., y descripto en la narración homilética atribuída al Rabino Tanjumá bar Aba (s. IV e.c.) aunque editada en el siglo V e.c., donde el gobernador romano de Judea, Quintus Tienius Rufus provoca a Rabi Akiva preguntándole si las obras de Dios son más grandes que las del hombre, y cuya respuesta, las del hombre, mostrándole un grano de maíz y una torta, expresa la favorable visión en la cultura bíblica para producir y desarrollar mejoras cuando su propósito se orienta axiológicamente. Mismo sabio que sobre la circuncisión respondió que los bebés no nacen circuncisos con el sólo propósito de refinar nuestro carácter cumpliendo con aquel precepto (Tanjumá, 2004, pp. 62-77). Y desde ya esto brinda el beneplácito tecnológico para tratar patologías, incluso bajo intervenciones genéticas, curar lesiones y fortalecer aquellas debilidades producto de anomalías, incluso estéticas.

Bíblica y filosóficamente la estrecha relación entre naturaleza y humanidad, radica en el esfuerzo del hombre en controlar la suya propia, interna, así como también operar con la externa, el medio que lo rodea. Esta es la relación que desde la Biblia le otorga un significado religioso a los actos, y desde la filosofía uno moral. Aristóteles mismo relaciona la felicidad con la sabiduría práctica y filosófica, acompañada o no del placer (Aristóteles, 1998); e incluso Kant la define como el estado de un ser racional cuya existencia es según su voluntad (Kant, 2008; 1996). En ambos, la felicidad subordina la propia naturaleza humana a la concepción del Sumo Bien, como síntesis de virtud. Pero aclarando que cuando la voluntad está orientada a la consecución incluso de

aquellas virtuosas definiciones de felicidad, puede la conducta no ser moral. Es decir, si bien puede ser conforme al deber, no necesariamente por deber.

Así, de ninguna forma la tecnología debe alienar al hombre respecto de la naturaleza, destruyendo mediante tendencias nihilistas aquella relación bíblico-filosófica de superación. Por cuanto conllevaría la propia destrucción del hombre. Dicha alienación se patentiza ya en un planeta con gravísimos problemas climáticos, de contaminación y desigualdad e incluso demandando el hombre mayores derechos, pero a su vez preocupado por desarrollar e implementar tecnologías deshumanizantes y produciendo élites como nuevas clases sociales por quienes accederían a estas hibridaciones o ingenierías genéticas.

Y esto sucede con el transhumanismo, el cual únicamente focaliza en el avance de las capacidades operativas humanas, su externalidad, no siendo sino una radical secularización nihilista de aquella bíblica demanda de mejora continua, dado que ofrece una visión vacía de contenido y finalidad en la búsqueda de perfección operativa. Tan sólo imagina la obsolescencia planificada de la humanidad como una especie biológica predicando una ruptura abrupta de la historia, mediante la hibridación y la inteligencia artificial. Aquello que los más encumbrados intelectuales y promotores del transhumanismo denominan como singularidad. Una especie de explosivo cambio radical, repentino y definitivo donde el *homo sapiens* es reemplazado por el *homo cyborg* u *homo deus*. Un concepto de perfección operativa y felicidad utilitaria, todo reducido a la eficacia cuantitativa operacional y al cálculo dolor versus placer, mediante ingeniería genética y aditamentos cibernéticos. Un subjetivo materialista estado mental o de perfeccionamiento instrumental carente de todo sentido de teleología trascendente o integridad moral (Kurzweil, 2005; Eden, Moor, Søraker y Steinhart, 2012; Harari, 2016; Schmidhuber, 2007).

Más allá de esta alienación, hay tres puntos críticos que hacen del transhumanismo una futurología en lugar de una realidad. El primero radica en un error conceptual, dado que una eventual hibridación hombre-máquina, una cyborización o un cambio genético artificialmente provocado, son cambios culturales y no biológicos evolutivos (Vives-Rego y Mestres Naval, 2012). Esto es, no hay un hombre post-orgánico (Sibilia, 2005). El segundo punto radica en la inexistencia de una inteligencia artificial, ya que ésta es sólo un conjunto de algoritmos, distinto a una persona como entidad psicofísica. Porque tal como ya se ha mencionado, no es posible escindir inteligencia de conciencia, dado que ésta como percepción responsable e individual de la propia existencia, estados y actos, es la realidad psíquica de aquella, no reductible binariamente ni formalizable. Y no pudiendo asemejarla a un algoritmo, el cual podrá traducir textos, jugar ajedrez o diagnosticar patologías, similar a un humano, pero no es sino un resultado de escanear millones de casos y calcular

estadísticamente la mejor opción para cada circunstancia. La denominada inteligencia artificial no es sino una *big data*, o diferentes formas de envasar el esfuerzo de millones de personas mediante algoritmos hechos también por personas, pero no es algo en sí mismo. Y esto es cálculo, no es inteligencia y mucho menos pensamiento. En tercer lugar, la singularidad no existe sino en la imaginación, ya que los procesos biológicos y culturales han sido graduales y constituidos por puntuales casos repentinos revolucionarios sintetizados con largos períodos de equilibrio estático en dichos cambios.

Esta idea del transhumanismo no es sino otro movimiento jacobino con tendencias a producir un renovado orden político totalizante, intentando producir un nuevo hombre y sociedad. Pero ahora, en lugar de consignas político-ideológicas, los futurólogos buscan crear una sociedad perfecta desde la tecnología. Otro sueño, siempre muy seductor para quienes desean ser pioneros en un imaginario revolucionario cambio humano, pero que en el mejor de los casos es frívolo, por no demandar el esforzado perfeccionamiento interno, espiritual o moral, conductivo, que indica ya desde antaño la Biblia y la filosofía. En lugar de una visión de un hombre mejorado ciberneticamente en sus capacidades operativas y hasta un supuesto vencimiento de la muerte, sería superador ocuparse en dignificar y redimir al hombre, su conducta, su hábitat, su vida, su vejez y su muerte. Pero para ello es necesario fortalecer nuestras virtudes éticas e intelectuales, para luego proseguir con una redención trascendente. Tal como el Eclesiastés y otros fundantes libros sapienciales enseñan, el hombre no se agota en la juventud eterna, el placer o su operatividad, su significado no desaparece cuando las funciones corporales disminuyen o cesan, sino que radica en su ser único constituido de materia pero dotado de conciencia y habla, que lo hace uno axiológico.

FUNDAMENTOS PARA UNA INSTRUMENTACIÓN CONDUCTIVA

La fundacional pregunta para el logro del progreso individual y social en un marco de civильidad y bajo un equilibrio entre la ética y la tecnología, sin que esta última se transforme en un fin o devenga en un estatus ontológico sino que permanezca como medio, es ¿cómo inducir al ciudadano a actuar efectivamente de acuerdo a su deber y no siguiendo los dictados de la razón tecnológica?

Más allá del subjetivismo emotivista, doctrina según la cual los sistemas éticos corporizan los deseos de quienes los propugnan o justifican sus experiencias, ninguno de aquellos pudieron demostrar una obligación conductiva a partir de sus respectivos valores supremos (Russell, 1993; 1999; Ramendra, 1993).

Ejemplo pristino aunque vigente de ello es Platón quien afirma que el Bien es una comprensión intelectual y contemplación de la suprema Idea del ser, principio explicativo del mundo, causa de la realidad, perfección y verdad. Y

por ser el Bien cognoscible, luego, también enseñable. Esto condujo a la teoría del mal involuntario, como resultado de un error de juicio, siendo la causa de la mayor infelicidad. Así, el hombre abyecto no lo es por *motu proprio*, dado que nadie elegiría padecer el mayor de los males, sino debido a la ignorancia (Platón, 1992; 2014; Gómez Robledo, 1993; Ross 1993). Este concepto fue tan influyente en la historia de la humanidad hasta nuestros días, que aún se respira dicho espíritu de intelectualismo ético, razón por la cual se predica que la solución para todos los problemas éticos es la educación. Pero su error radica en que las ideas son en sí mismas impotentes en términos conductivos, no conllevando *per se* un principio de acción obligatoria. De lo contrario, ningún médico fumaría o ningún juez sería corrupto, entre otros ejemplos de expertos que obran contra lo sabido, dado que nadie más que un médico conoce lo perjudicial del fumar para la salud y nadie mejor que un juez, el concepto de justicia.

Supongamos ahora que el hedonismo es una teoría lógicamente válida, luego ¿qué ley prohíbe al individuo comportarse irrazonablemente, actuando contrariamente al principio del placer? Aquí la razón sólo describe las consecuencias de tal acción, pero bien podría no importarle al sujeto. Similarmente sucede con el utilitarismo, donde el interés de la comunidad es el de los individuos que la constituyen, y cuyo principio radica en la máxima felicidad como el de utilidad para aquella y por ende para estos, proporcionando la norma de lo correcto, establece un cálculo entre placeres y dolores, promoviendo los primeros, sinonimizados con el bien y la felicidad (Bentahm, 2008). Todo ello asumiendo una hipotética sociedad como macro sujeto, omitiendo minorías e individuos y por ello sin necesidad de ser comandado moralmente. El utilitarismo así conformaría una teoría política igualitaria en relación al feudalismo, pero no una teoría moral. Y esta falta también aplica al innatismo como también al intuicionismo ético, ya que aun cuando el hombre posea innatos conceptos del bien y del mal, o la capacidad de captar la moralidad o inmoralidad de una acción, no empírica ni analíticamente sino por un acto simple y directo, siempre es capaz de desobedecerla, ser indiferente o bien no llevarla a cabo (Hobbes, 2008; Rousseau, 2014; Moore, 1959). Y esto es por cuanto no hay en aquellas nociones innatas o captación inmediata de ideas, nada que obligue a obedecerlas.

Pero el caso ejemplar más importante de esta ausencia de principio de obligación es el imperativo categórico kantiano, mostrando que el requerimiento ético *a priori* es el actuar sólo de forma tal que se deseé que su máxima pueda convertirse al mismo tiempo en ley universal (Kant, 2008; 2007). Pero este gran y fundante pensador omitió lo más importante, probar que el sujeto está obligado a actuar acorde a dicho famoso *factum* de la pura razón práctica. Es decir, una acción que no satisface aquel imperativo categórico no es mo-

ralmente obligatoria, pero no se establece que el deber del hombre es actuar obligatoriamente en ese sentido. En otras palabras, el imperativo categórico puede validarse lógicamente, pudiendo ser categórico pero no imperativo, ya que no resulta en una necesaria acción.

Lo mismo aplica al marxismo cuyo materialismo dialéctico postula como único factor determinante conductivo la condición material de la existencia humana. Así, de organizarse la sociedad para servir a dicho bienestar de todos los hombres, las voluntades serían buenas. Pero considerando todo dependiente de un estricto determinismo materialista, la expectativa marxista por la cual la clase de orden social resolvería los problemas de los hombres, resulta en una forma de optimismo dogmático para el cual no hay justificación teórica ni práctica. La presunción que la satisfacción material conduce a conductas nobles presupone una ciega confianza en la bondad esencial del humano, la cual se pervierte por la insatisfacción de necesidades materiales. Probado está su histórico fracaso empobreciendo sus poblaciones, produciendo gobiernos totalitarios y violencia principista, sólo fragmentariamente útil para la agitación política.

Por último, Henry Bergson, luego seguido por Karl Popper, distinguiendo entre la racionalidad y la obligación del bien, diferenció la moral de una sociedad cerrada, tribal o nacional, de una moral de una sociedad abierta, la humanidad. Para Bergson, la acción moral no radica en una conducta consciente por ser la personalidad humana demasiado voluble para confiarle semejante responsabilidad. En su lugar, la efectiva conducta ética se asegura por compulsión, tomando la forma de presión social en las sociedades cerradas. Y en las sociedades abiertas, la moralidad es comunicada por sobresalientes personalidades que ejercen una irresistible atracción. Luego, toda moralidad es por presión social o atracción aspiracional, no siendo la aceptación de un código ético garantía de su realización (Bergson, 2020; Popper, 2017). Pero si bien donde no hay obligación no hay ética, también la obligación ética presupone libertad de acción. Esto es, el hombre actúa éticamente cuando elige entre alternativas y decide acorde a una demanda axiológica. Luego, así como la moralidad necesita la libertad, ésta conlleva también la amenaza de fracaso en la conducta ética. Básica y exclusivamente, hay compulsión inexorable o hay ética.

El problema permanece irresuelto. De hecho y en este mismo sentido, Edward Gibbon para quien la historia humana es el registro de los crímenes, locuras e infortunios de la humanidad (Gibbon, 2012), redujo a la irrelevancia tanto el conocimiento o la ilustración habida, la condición material satisfactoria o no de su existencia, así como también lo insignificante de sus respectivas figuras paradigmáticas aspiracionales, mesiánicas religiosas o míticas folclóricas, y menos aún la presión social e internacional ejercida sobre de aquellos pueblos, naciones o individuos.

Y esto es porque las más sofisticadas y excelsas reglas de conducta humana son de muy poco valor a menos que la gente las cumpla y con el mismo o mejor espíritu de quienes las han pergeñado. Es en este sentido, que dos de los más grandes pensadores del judaísmo y el cristianismo, Maimónides y Pascal, respectivamente, viviendo en mundos tan distantes como los 450 años que los separan, han afirmado igualmente que lo justo y lo recto no lo son en sí por la sola razón, sino por el hecho de ser aceptados, siendo esta aceptación el fundamento de su autoridad (Maimónides, 2001, Vol. I, pp. 67-68; Pascal, 2003, p. 319). Para ello, se debe recurrir a las leyes y principios fundamentales abolidos por costumbres injustas e indecentes habiendo querido sacudirse aquel yugo axiológico para provecho de unos y ruina de otros. En otros términos, debe decidirse aceptar por parte de todos y cada uno de nosotros algunos pocos postulados morales y lineamientos éticos rectores, obligándonos a cumplirlos por sí mismos y más allá de las conveniencias e intereses personales o colectivos.

Y así se llega a la discusión axiológica en la filosofía moral respecto de la antinomia si los valores son descubiertos o inventados, es decir, si se parecen más a la ciencia o al arte. En el primer caso, el valor norma la libertad como una esencia o presunción ontológica dada y que subyace en una conducta específica, diferencial y objetivamente humana. En el segundo, el valor es obra de la libertad expresada en su espontaneidad creativa. Sin focalizar analíticamente en escuelas y autores de estas filosofías antagónicas, claramente es posible observar que esta dicotomía se manifiesta en el presente, entre la exegética de la fe constitutiva de la religión, cuya desviación es el integrismo, y la hermenéutica de la secularización constitutiva de la utopía, cuya desviación es la ideología.

El problema radica cuando estas dos áreas de incumbencia se asimilan viciándose entre ellas, pudiendo la secularidad o las ideologías devenir en cuestión de fe o bien reducir el fenómeno religioso a una utopía.

Esto es precisamente lo que actualmente acontece, donde las utopías devendidas en ideologías toman el lugar de la fe, mientras que esta última compite con instrumentos de una ética secular autónoma que se agota en el individuo y su presunción de verdad. Esta homogeneización provocó una transvaluación, entendida como una regresión por ejemplo del otrora progreso resultante en la justicia en detrimento de la venganza, o el surgimiento del gobierno de las leyes superando la arbitrariedad del de los hombres. El denominador común en aquel progreso fue la concepción de una autoridad como tradición anterior a uno mismo y que limita al ser humano, pero en el presente, al no funcionar la justicia creando no sólo impunidad y caos, sino también el consecuente ajusticiamiento por mano propia, y donde la esfera gubernamental es reducida a un solo tipo de interés, la emancipación de toda autoridad fuera de sí mismo para su preservación y perpetuación, nos encontramos en la fuente

del origen creativo de los valores, asimilándolos naturalmente a los intereses, diluyendo la esencial diferencia entre ellos. Distinción de origen donde el valor es la apreciación suprema que rige la conducta de los hombres, siempre demandando y nunca pospuesto sino por el contrario, respecto del cual todo es cancelado, fundamental para la convivencia pacífica en una sociedad. Mientras que el interés, es aquello por lo cual se acciona u omite sólo si se obtiene una utilidad o beneficio, siempre satisfaciendo.

Esta distorsión enajenante, reduciendo unidimensionalmente el valor al interés, la autoridad al poder, la realidad a la narrativa y la religión a la secularidad, lleva a la ciudadanía a una escena primitiva disolviendo todo principio y orden jerárquico que conforma un marco de convivencia y respeto, promoviendo sólo lo instrumental coyuntural como único espacio de significación. Y en esta tergiversación se ha afectado hasta el propio lenguaje, dejando de ser el lugar subordinado a la experiencia que lo sustenta y para su articulación, pasando ahora a ser el reemplazo de la obra logrando un lugar de privilegio respecto de esta. Es precisamente esta inversión del isomorfismo lenguaje-realidad, donde en lugar que el primero traduzca la segunda, ésta intenta conformarse acorde a aquél, fenómeno vulgar y actualmente llamado relato, subvirtiendo consecuentemente la estructura donde los hechos ya no son la *ratio essendi* del lenguaje, sino ahora su *ratio cognoscendi*.

Esto explica el por qué las disputas ya no son sobre contenidos concretos sino por la posibilidad práctica comunicativa. Explica también el actual albedrío esclavo del ciudadano, donde si bien éste no carece de elección, su capacidad de elegir está severamente afectada estando a su vez al servicio de la nada, de la vanidad. Explica también el hecho que la tecnología, puesta al servicio de las pasiones desiderativas, asuman una función ideológica, encubriendo las disfunciones sociales que provocan en nombre de una preservación de los derechos individuales y auto postulando una libertad como exigencia fanática negando toda mutualidad entre humanos. Y para ello consecuentemente, pretendiendo eludir todo valor o autoridad, así como también la conciencia, desarrollando un conjunto de medidas represivas respecto de cuanto pudiera cuestionar, teórica o prácticamente la perpetuación de aquella ideología como sistema y manipulación de la vida cultural. En este respecto ya ni siquiera es tan relevante lo que el hombre hace sino lo que está deshaciendo, debido a que estamos hablando de uno privado más de orientación y sentido que de recursos.

Es por ello que hoy, la tarea de una crítica a la cultura fundada en lo religioso no consiste en una apología de la fe ni en un proselitismo y menos aún en reivindicar utopías como ideales novelados propias del dominio secular, dado que ratificaría las mismas categorías que llevaron a la fatal asimilación entre aquellas incumbencias. La tarea consiste en reconocer qué tipo de va-

nidad e idolatría caracteriza a la empresa humana en el presente, tal como oportunamente la Torá desacralizó y desencantó la naturaleza, los Baales, los ídolos, los faraones, las monarquías absolutistas divinizadas y los hombres dioses. La labor es la de promover ante todo concepciones fundamentales permitiendo luego generar valores, para la comprensión y aprovechamiento de los avances tecnológicos y culturales, más allá de las habilidades. De lo contrario, se profundizará en la modernidad, un fenómeno similar al acontecido en antiguas sociedades que al ser confrontadas con herramientas avanzadas o máquinas, han sido incapaces de absorberlas, no por falta de habilidades, sino por sus concepciones del tiempo, espacio y relaciones interpersonales que les impedían valorar un conjunto de preferencias tales como el rendimiento, el bienestar y la capitalización.

Así, lo instrumental emergente de una utopía no debe operar a través de una ideología, sino de una axiología expresada en una moralidad manifiesta en instituciones tradicionales que representan el pensamiento, la voluntad y el sentir de una sociedad. Esta es la forma donde la tradición y el progreso son solidarios y no antagónicos, tal como la memoria y el proyecto, resguardando los valores ante la invención o el descubrimiento.

Pero para ello, no hay que olvidar que los valores de las civilizaciones históricamente han sido garantizados por las religiones, incluso los hoy considerados seculares como la educación, salud, seguridad, la propiedad privada y la defensa de la vida. Pero estos siempre han decaído pervirtiéndose cuando se los pretendió escindir de su horizonte el cual trascendía el bienestar individual y social. Allí, el hombre se abandonó a sí mismo, a un prometeísmo conducente a una autonomía técnica que hizo al hombre cautivo del deseo y por ende librándose a la codicia, corrompiéndose por profanar su raíz divina. Última y más cruel prueba patente de ello se manifestó durante todo el siglo XX, donde el matar por utilidad o factor reforzador no fue el límite fundamental para cualquier tecnología o conducta, perdiendo no sólo la noción religiosa del ser humano creado a imagen divina sino también la atea como un fin en sí mismo. Ambas por igual, constitutivas del concepto de dignidad, similarmente basadas en un valor, nunca en un interés.

RELEVANCIA DE LA RELIGIÓN EN TÉRMINOS ÉTICOS

Queda por último definir la forma en que la religión es conducente a un ejercicio ético. Múltiples y variadas son las definiciones de la religión. Desde sus aspectos antropológicos, psicológicos o sociológicos, es posible resumir el amplio rango que abarcan las actualmente más utilizadas, desde su concepción como creencia en seres espirituales (Tylor, 1958), o un sistema compuesto de creencias y prácticas relacionadas con lo sagrado, mancomunando moral-

mente a todo adherente (Durkheim, 2000); o bien reduciendo dicho sistema a ideas, actitudes, creencias y actos referentes a lo sobrenatural (Norbeck, 1961). Aunque otros la definen como un conjunto de actos y formas simbólicas que relacionan al hombre con las condiciones últimas de su existencia; o bien como un conjunto de rituales relacionados con los mitos, motorizando fuerzas supra-naturales con el propósito de lograr una transformación del hombre y la naturaleza (Bellah, 1964; Wallace, 1966). En un orden más funcionalista también hay quienes definen la religión como un sistema de símbolos para establecer estados de ánimo y motivaciones poderosas y perdurables en el hombre, formulando concepciones de un orden general de existencia, revistiéndolas con un aura de factualidad para hacerlas parecer excepcionalmente realistas (Geertz, 2004). Por último, también hay quienes consideran la religión como una institución donde las diversas culturas crearon la interacción de hombres y superhombres (Spiro, 2004); así como quienes analizan la religión desde una perspectiva dogmática, como lo referido a ideas o nociones explícitas o implícitas aceptadas como verdaderas y relacionadas con una realidad, que no puede ser verificada empíricamente (Baal, 1971).

Ahora bien, estas modernas aproximaciones, entre otras, al término religión, han resultado en la utilización de éste como fórmula que oficia de casilla en la cual se racionalizan, objetivan y enmarcan diversas confesiones o conjunto de dogmas de fe, simbolismos, creencias, cultos, sentimientos y/o actitudes respecto de lo sobrenatural, o bien de diversos objetos de veneración, incluyendo algunos ceremoniales esporádicos frecuentemente habientes de pensamiento mágico. Esto ha provocado la consecuente violación de culturas netamente legales tal como la judía, la cual siendo teocéntrica y aun incluyendo algunas de las características enunciadas en las mencionadas definiciones, no se define por ellas, sino por un marco normativo-legal que regula las acciones y actitudes en todos los aspectos de la vida del individuo y de forma cotidiana. Así, al vocablo hebreo *תְּרִיבָה* (*dat*), el cual refiere originalmente a ley, edicto, orden o práctica (Deut. 33:2; Ester 1:8,13,15; 2:12; 3:14,15; 4:8,16; 8:13,14; 9:13,14; Dan. 6:6,9,13,16; 7:25; Ezr. 7:14), aun cuando contemporáneamente se lo use para traducir “religión” en los sentidos modernos citados, en términos rigurosos dicho término hebreo podría ser más próximo a “religión” en sus originales acepciones latinas denotando “escrupulosidad” o “minuciosidad”. Así, *relegere* “releer” o “leer cuidadosamente” respecto del saber ritual y el cumplimiento de sus deberes, se opone a *negligere* “negligencia”, “descuido”, “indiferencia”, “desprecio”, en clara coherencia con su otra acepción *religare* en tanto vínculo subordinado del hombre a la divinidad cumpliendo con las leyes y obligaciones que ésta le demanda (Cicero, 1917, II:72; 1923, I:7,4). De hecho, es con este mismo sentido que Eusebio Hierónimo en su Vulgata, traducción

al latín de la Torá desde la versión griega llamada Septuaginta usando también la versión original hebrea, traduce con el vocablo *religio* o *religione* los términos griegos tales como *latreían*, correspondiente al hebreo לְתַרְאֵן (avodá) cuyo significado es culto/servicio y *nomos*, correspondiente al hebreo נֶמֶך (juká) cuyo significado es decreto, regla, estatuto u ordenamiento jurídico. Misma aplicación de *religio* hace para la expresión *diasbole tou nomoy*, correspondiente al hebreo נָמֹך הַתּוֹרָה (jukat haTorá) cuyo significado es decreto o precepto de la Torá/Ley (Éx. 12:26,43; 29:9; Lev. 7:36; 16:31 y Núm. 19:2). Más aún, en la Epístola de Santiago 1:26,27 también traduce el griego *threskeia*, cuyo significado es práctica sagrada, culto como praxis reglada o precepto, por *religio*.

Pero es Maimónides quien atendió a la proyección metodológica de aquel sistema nomológico, para la ética del no creyente y como instrumento de transformación del hombre. Y así, en orden a una efectiva conducta ética, debe educarse mente y cuerpo, donde deseos y apetitos deben ser influidos por una fuerza emocional de la voluntad que los someta disciplinándolos hacia la acción moral requerida. Esto acontece en la interioridad psíquica y en la exterioridad del organismo como instrumento de acción. Luego, para educarlo, existen preceptos proscriptivos y prescriptivos prohibiendo u obligando respectivamente determinadas acciones en el quehacer cotidiano.

Fuera entonces del canon intelectualista griego, la cultura bíblico/talmúdica no apuesta a que el razonamiento convenza al cuerpo, por cuanto éste es inasequible por aquel. El cuerpo sólo aprende haciendo, así como el deportista, practicando, más allá de los textos o videos que pudiera haber leído o visto sobre aquello que desea aprenderse. La única forma de educar el instrumento biofísico es haciéndole ejecutar u omitir acciones, en este caso, el conjunto de preceptos. Tal como se desarrolla en la milicia, donde no se aprende las técnicas de combate sólo mediante el estudio sino efectuándolas. No obstante, sería necio ir al combate sin entrenamiento previo, pretendiendo aprender todo súbitamente en la misma acción bélica. La solución es la instrucción, donde se enseña el arte militar adquiriendo sus habilidades en una situación artificialmente creada pero asumiendo que es real. Replicando situaciones y condiciones de guerra, se aprende a actuar y hasta pudiéndose equivocar sin serias consecuencias. Si bien enviar reclutas sin entrenamiento al campo de batalla sería el método más directo y rápido para enseñar el arte de la guerra, lo será sólo para quienes sobrevivan, obteniendo mínimas posibilidades de victoria, incluso de supervivencia. Así, todo adiestramiento enseña conductas haciendo que la persona obre como lo esperado, mediante inhibiciones y obligaciones parciales. Este es el histórico método indirecto más exitosamente probado para desarrollar comportamientos.

Similarmente, el significado metodológico ético del conjunto de proscripciones y prescripciones bíblico/talmúdicas, consiste en disponer el organismo biofísico para la efectiva acción mediante situaciones donde se entrena. Toda proscripción oficial de mandato dirigido a una situación real de conflicto o tentación, mientras que toda prescripción obliga a actuar de forma innecesaria para la naturaleza, imponiendo obstáculos al deseo canalizándolo. Para obedecer los preceptos, debe inhibirse las emergencias pasionales y esto no sucede únicamente estudiando las Escrituras, sino controlándose a sí mismo mediante el entrenamiento, dada la peligrosidad de pretender aprender aquellas conductas esperadas *in situ*. Desde esta perspectiva, el significado metodológico educativo del código normativo bíblico/talmúdico, es lo que modernamente podría llamarse un entrenamiento ético. Aquél código contiene una variedad de situaciones que exige al hombre sobreponerse a la consecución inmediata de su puntual deseo, algunas veces parcial y otras totalmente. Así, tal como el soldado en su adiestramiento debe camuflarse y realizar maniobras como si el enemigo estuviera presente, desarrollando destrezas y habilidades, el observante preceptual también. Con la salvedad que este último además quiebra la mismidad psicológica y orgánica, controlando el egocentrismo, entrenando cuerpo y mente practicando el “no” a ciertas demandas internas y el “sí” a otras que no son productos de la naturaleza, cumpliendo dicha finalidad mediante el propio entrenamiento. La obediencia a dichas leyes, entonces, es un ejercicio de conducta, transformando la pulsión mediante el hábito adquiriendo una nueva naturaleza. Quien por ejemplo haya adquirido el hábito de rezar, en el momento y lugar requerido sus labios se mueven casi inconscientemente pronunciando la liturgia, y aunque esta no es la forma ideal de rezar, indica que los labios han aprendido a rezar por sí mismos, sin la participación consciente del sujeto. El elemento físico se ha habituado a una nueva naturaleza, absorbiendo la guía otorgada por la práctica.

Concluyendo, las prescripciones desarrollan disposiciones físicas para actuar por petición voluntaria fuera del dominio físico y las proscripciones desarrollan mecanismos de inhibición para sobreponerse al dominio de las pulsiones y deseos. Y así, cuando la situación de conflicto y tentación deviene verdadera, intensa o grave, lo alcanza a uno disciplinado y con mayores posibilidades de éxito. En este sentido y tal como ya se ha mencionado, el hombre ha creado muchos sistemas éticos pero en todos ellos la voluntad que debe regir la conducta es dirigida hacia la socrática demanda de la razón o hacia el kantiano sentimiento del deber, pero siempre permaneciendo el hombre sometido a sí mismo por cuanto aquellas son variables naturales. El único sistema, desde la perspectiva ética, donde el valor reside en la conducta del sujeto no condicionada a su naturaleza sino al deber de una Ley trascendente que extrae al hombre de su dominio animal permitiéndole su humanidad, es el bíblico-talmúdico. Y

esto no presupone que quien se proponga este entrenamiento logrará cumplirlo cabalmente, sino que su éxito es el propio y sincero esfuerzo en el entrenamiento, cumpliendo así con las demandas de mantener en la praxis un principio de responsabilidad como referencia deontica fortaleciendo la conciencia ascética individual y restaurando valores que la sociedad tecnificada ha derrumbado en su esclavizante sistema circular entre tecnología y apetito desiderativo (Jonas, 1997; 1995; Ellul, 1997; 1990). No hay atajos, sólo mediante la praxis en el cumplimiento de la Ley se transformará al hombre y su conducta como unidad psicofísica, alcanzando su destino y llegando al fin de su historia.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARISTÓTELES (1998). *Ética Nicomaquea. Ética Eudemia*. Madrid: Credos.
- BAAL, J. (1971). *Symbols for Communications. An Introduction of Anthropological Study of Religion*. Assen: Van Gorcum.
- BELLAH, R. (1964). “Religious Evolution” En *American Sociological Review* 29, 3, pp. 358-374.
- BENTHAM, J. (2008). *Los Principios de la Moral y la Legislación*. Buenos Aires: Claridad.
- BERGSON, H. (2020) *Las Dos Fuentes de la Moral y la Religión*. Madrid: Trotta.
- BISHOP, M. y PRESTON, J. (Eds.). (2001). *Essays on Searle's Chinese Room Argument*. Oxford: Oxford University Press.
- BROOK, A. y STAINTON, R. J. (2001). *Knowledge and Mind: A Philosophical Introduction*. Cambridge: MIT Press.
- CICERO, M.T. (1923). *De Divinatione*. Cambridge: Cambridge University Press.
- . (1917). *De Natura Deorum*. Leipzig: Teubner.
- DENETT, D. C. (1991). *Consciousness Explained*. Boston: Little, Brown & Co.
- DURKHEIM, E. (2000). *Las Formas Elementales de la Vida Religiosa*. Madrid, Akal.
- EDEN, A. H, MOOR, J. H, SØRAKER, J. H y STEINHART E. (Eds.). (2012). *Singularity Hypotheses: A Scientific and Philosophical Assessment*. Berlin: Springer.
- ELLUL, J. (1977). *Le Système Technicien*. París: Calmann-Lévy.
- . (1990). *La Technique ou l'enjeu du siècle*. Paris: Economica-Classiques des Sciences Sociales.
- GEERTZ, C. (2004). “Religion as a Cultural System”. En Michael Banton (Ed.) *Anthropological Approaches to the Study of Religion: religion, rites & ceremonies*. Londres: Routledge, pp. 1-46.
- GIBBON, E. (2012). *Decadencia y Caída del Imperio Romano*. Girona: Atalanta. II Vols.
- GÓMEZ ROBLEDO, A. (1993). *Platón: los seis grandes temas de su filosofía*. México D.F: FCE.

- HARARI, Y. N. (2016). *Homo Deus: A brief history of tomorrow*. New York: HarperCollins.
- HOBBES, T. (2008). *Leviathan*. Cambridge: Cambridge University Press.
- JONAS, H. (1995). *El Principio de Responsabilidad: ensayo de una ética para la civilización tecnológica*. Barcelona: Herder.
- . (1997). *Técnica, Medicina y Ética: la práctica del principio de responsabilidad*. Buenos Aires: Paidós.
- KANT, I. (2008). *Fundamentación para una Metafísica de las Costumbres*. Madrid: Alianza.
- . (2007). *Crítica de la Razón Práctica*. Buenos Aires: Losada.
- . (1996). *Metafísica de las Costumbres*. Barcelona: Altaya.
- KURZWEIL, R. (2005). *The Singularity is Near: When Humans Transcend Biology*. New York, Penguin.
- LA TORÁ CON RASHÍ. (2001). Ed. bilingüe con comentarios y elucidaciones por Aryeh Coffman. México D.F.: Editorial Jerusalem de México. V vols.
- MAIMÓNIDES. (2001). *Guía de los Perplejos*. México D.F: Cien del Mundo. III Vols.
- MIDRASH TANJUMÁ (2004). (Hebreo). Ed. Varsovia. Jerusalem: Torá veJaim. Vol. II.
- MOORE, G. E. (1959). *Principia Ethica*. México: Centro de Estudios Filosóficos.
- NORBECK, E. (1961). *Religion in Primitive Society*. New York: Harper & Brothers.
- PASCAL, B. (2003). *Pensamientos: sobre la religión y otros asuntos*. Buenos Aires: Losada
- PLATÓN. (2014). *Las Leyes*. Madrid: Alianza.
- . (1992). *La República*. Madrid: Gredos.
- POPPER, K. (2017). *La Sociedad Abierta y sus Enemigos*. Barcelona: Paidós.
- RAMENDRA, N. (1993). *The Ethical Theory of Bertrand Russell*, New York: Vantage Press.
- ROSS, D. (1993). *Teoría de las Ideas de Platón*. Madrid: Cátedra.
- ROUSSEAU, J-J. (2014). *Emilio o De la Educación*. Madrid: Alianza.
- RUSSELL, B. (1993). *Ensayos Filosóficos*, Barcelona: Altaya.
- . (1999). *Sociedad humana: ética y política*, Barcelona: Altaya.
- SEARLE, J. R. (1980). Minds, brains, and programs. *Behavioral and Brain Sciences* 3 (3): 417-457.
- SIBILIA, P. (2005). *El Hombre Postorgánico: cuerpo, subjetividad y tecnología digitales*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- SCHMIDHUBER, J. (2007). New Millennium AI and the Convergence of History. *Studies in Computational Intelligence (SCI)* 63: 15-35.
- SOLMS, M. y TURNBULL, O. (2002). *Brain and the Inner World: An Introduction to the Neuroscience of the Subjective Experience*. New York: Routledge.
- SOLOVEITCHIK, J. B. (2006). (Hebreo). *Ish HaEmuná*. Jerusalem: Mossad HaRav Kook.

- SPIRO, M. (2004). "Religion: Problems of Definition and Explanation" En Michael Banton (Ed.) *Anthropological Approaches to the Study of Religion: religion, rites & ceremonies*. Londres: Routledge, pp. 85-126.
- SZLAJEN, F. "Inteligencia Artificial y Transhumanismo: falacias del humano exacerbado y desfondado en la tecnología". En Oliveira, Nythamar; Marim, Caroline; Bavaresco, Agemir; Tauchen, Jair (Orgs), *Bioética, Neuroética, Emoções*. Porto Alegre, RS: Editora Fundação Fênix, 2019. Parte 1, Capítulo 2, pp. 45-60.
- SZLAJEN, F. "Artificial Intelligence and Transhumanism: fallacies of the human being exacerbated and deflated in technology." En *Occidental World Magazine* 10 (February 2020) 24-30.
- TYLOR, E. B. (1958). *Religion in Primitive Culture*. New York: Harper.
- VIVES-REGO, J. Y MESTRES NAVAL, F. (2012). "La Convivencia con los Robots: consideraciones filosóficas, ético-morales y sociopolíticas". *Ludus Vitalis* 20 (38): 215-243.
- WALLACE, A. (1966). *Religion: An Anthropological View*. New York: Random House.

PRIVACIDAD E IDENTIDAD DINÁMICA, LA ADOLESCENCIA EN LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

Gustavo Caramelo – ARGENTINA

RESUMEN

El autor analiza el impacto que el desarrollo de Internet ha tenido en el derecho a la privacidad de las personas, convirtiendo a la información personal en un producto de mercado catalogado por sistemas de Inteligencia Artificial. En especial evalúa cómo ello afecta a los adolescentes, para concluir que es necesario que se eduque desde temprano sobre protección de la privacidad y que se desarrollen políticas públicas que informen sobre cómo proteger la información personal en las redes.

ABSTRACT

The author analyzes the impact of Internet on the right to privacy, that has turned personal information into a market product catalogued by Artificial Intelligence systems. In particular, evaluates how this affects young people, to conclude that it is necessary to educate on privacy protection and to develop public policies to inform about how to protect personal information on the networks.

RESUMO

O autor analisa o impacto que o desenvolvimento da Internet teve no direito à privacidade das pessoas, transformando as informações pessoais em um produto de mercado catalogado por sistemas de Inteligência Artificial. Em particular, avalia como isso afeta os adolescentes, para concluir que é necessário educar desde cedo sobre a proteção da privacidade e desenvolver políticas públicas que informem sobre como proteger as informações pessoais nas redes.

INTRODUCCIÓN

La etapa de la evolución de la humanidad en la que nos encontramos recibe hoy diversas denominaciones , aunque probablemente será con el tiempo que la Historiografía le asignará una más o menos definitiva. Y es altamente factible que ese nombre sea establecido con base en la evaluación hecha por un sistema de inteligencia artificial (IA), tras analizar el uso predominante en diversos ámbitos e idiomas. Así las cosas.

La incorporación de tecnología a nuestra vida cotidiana y a todos los ámbitos de las actividades humanas es un rasgo diferencial de este momento de nuestro devenir; basta mirar a nuestro alrededor para verificarlo. Ello no es bueno ni malo en sí; produce cambios en actividades, derechos, cultura, valores y costumbres; y esas mutaciones son beneficiosas para algunas áreas y con relación a determinadas personas y perjudiciales en otros ámbitos. Disfrutamos de la tecnología; pero ¿tenemos conciencia de cómo ella está modificando nuestras vidas? o ¿qué incidencia tendrá ese cambio en nuestros conceptos actuales sobre los sujetos de derecho?

Ese avance nos enfrenta ya a la necesidad de determinar qué grado de autonomía tendrán los sistemas basados en inteligencia artificial y si ingresaremos en un período de “transhumanismo”. Por ello consideramos oportuno, necesario, hacer un alto y examinar el estado de situación de la cuestión relativa a nuestro perfil humano en interacción con las redes y los sistemas informáticos.

La incorporación de tecnologías de la información a actividades cotidianas ha generado cambios notorios en los límites y en el contenido de lo que por tiempo hemos concebido como el ámbito de reserva, de vida privada de las personas humanas. A diario millones de datos personales son tomados desde las redes sociales y sistemas basados en inteligencia artificial los categorizan y agrupan, creando perfiles de usuarios que pueden ser determinantes para las posibilidades de despliegue vital futuro de las personas, en los diversos planos en los que puede darse (afectivo, educacional, laboral, social, etc.).

Nuestros datos personales pasan a ser insumo que alimenta el big data, que transforma en información muchos aspectos de la vida que antes no se podían cuantificar o estudiar, como los datos no estructurados, las imágenes o registros de audio, en un proceso al que se ha llamado datafication (Gil González, 2016). Nadie tiene cabal conciencia del cúmulo de información que sobre su persona circula por las redes.

El cambio es de magnitud tal que lleva a que hoy sea razonable preguntarse si subsiste un ámbito de privacidad y, en todo caso, cuál es su configuración; cuestión cuya respuesta interesa especialmente al sistema jurídico argentino, que en los planos normativo, doctrinario y jurisprudencial ha reconocido el derecho a protegerlo, a preservarlo.

En este trabajo evaluaremos los cambios que se han verificado en el concepto de privacidad, desde que él fue establecido en su versión moderna, cómo se ha visto ese espacio afectado por el desarrollo de las tecnologías de las comunicaciones, en especial por Internet; la situación de las y los adolescentes en su interacción con las redes; las estrategias generales a desarrollar para un adecuado manejo de la situación y las particulares con relación a los niños, niñas y adolescentes.

No tomaremos como elemento central de análisis la situación generada por la pandemia causada por la propagación del virus Covid 19, pero sí tendremos en cuenta en cuenta que ella ha propiciado un incremento exponencial de la velocidad de propagación del uso de tecnologías informáticas vinculadas con la provisión de bienes y servicios de todo tipo, incluidos los que son vehículos para la satisfacción de derechos fundamentales de las personas, como los relacionados con la educación. La situación profundizó algunos de los problemas sistémicos que ya existían con anterioridad a esta crisis sanitaria y determinó la aparición de otras urgencias, como las relacionadas con la necesidad de concretar medidas para hacer posible el acceso universal de la población a Internet.

EXTIMIDAD, LA PRIVACIDAD HOY

No existe un concepto único de vida privada, se trata de algo relativo y, por consiguiente, variable conforme a ciertas condiciones; varía de una persona a otra, de un grupo a otro, de una sociedad a otra; varía también en función de edades, tradiciones y culturas diferentes (Novoa Monreal, 1987).

La sociedad patriarcal, en la que se fraguaron nuestras principales instituciones jurídicas, impuso una determinada noción de privacidad, de naturaleza casi física, un espacio puertas adentro vedado al escrutinio público, en el que se desarrollaban las acciones privadas de los hombres, exentas de la autoridad de los magistrados (arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional). Se trataba de un ámbito donde imperaban las reglas establecidas por el jefe de familia, bajo cuyo control y dirección se encontraban las vidas de los integrantes del grupo. Era una determinada forma de privacidad, que no reconocía autodeterminación ni a las mujeres ni a los niños.

Pero el desarrollo de la prensa determinó que el límite a la intrusión de terceros en ese ámbito no se fijara sólo ante las autoridades públicas sino que luego se extendiera también a los medios periodísticos, elevando los muros conceptuales frente a la mirada indiscreta de sus cronistas. Ello ocurrió a partir de la publicación de “The Right to Privacy” (Brandeis y Warren, 1890) y de la proyección que a la doctrina allí establecida tuvo a partir del año 1916, cuando uno de los autores, Louis Brandeis, fue designado juez de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América.

La concepción así acuñada en el ámbito jurídico estadounidense fue receptionada por nuestra doctrina y jurisprudencia y resultó en gran medida útil para transitar el siglo XX, pues establecía una barrera protectoria para los mayores peligros que, por su proyección, el ámbito privado de las personas podía enfrentar: el escrutinio del Estado y la intromisión de los medios de prensa. La amplitud de la protección así establecida con relación a la vida privada y a la identidad dinámica de las personas se puso de manifiesto en el caso “Ponzetti de Balbín”(CSJN, Fallos 306:1892), entre numerosos fallos de nuestra Corte Suprema de Justicia.

Pero el despliegue tecnológico que posibilitó el desarrollo de la sociedad de la información, en cuyo difuso ámbito vivimos, cambió notoriamente las circunstancias; porque hoy ya no son sólo el Estado y los medios de prensa quienes se interesan en la información privada de las personas sino que también lo hacen cientos de miles de empresas de todo tipo, muchas de las cuales comercializan datos personales de sus clientes y de las personas con las que interactúan.

Hoy empresas como las de telecomunicaciones acumulan una cantidad increíble de datos sobre nuestras actividades, como lo demostró el político alemán Malte Spitz, cuando, tras un fallo del Tribunal Constitucional alemán en su favor, logró obtener los datos que sobre sus desplazamientos e interacciones había reunido la Deutsches Telekom durante seis meses, información con la que Malte publicó un mapa en el que se pueden seguir sus movimientos, llamadas, mensajes, entre otros datos (Soto Galindo, 2016)

Hay subastas de datos, minería de datos y otras actividades impensadas hace pocas décadas y ello se da en un contexto en el que los modelos de negocios y de diseño de las redes sociales determinan que sean las propias personas quienes aportan mansamente esa información sensible y valiosa, sus datos personales, en algunos casos sin conciencia de ello y en otros, con una naturalizada despreocupación. Ya no se necesitan servicios de inteligencia para reunir información sobre la vida de una persona, es altamente probable que ella lo cuente todo en las redes y así llegamos al punto en el que podemos encontrar Estados que son más respetuosos de los límites establecidos por la privacidad de sus ciudadanos que numerosas empresas que operan en su territorio.

A fines del siglo pasado se sostenía que las nuevas tecnologías de vigilancia hacían cada vez más transparentes a las personas y reducían sin cesar sus espacios privados (Whitaker, 1999, 13), ello era señalado ya en un tiempo en el que no se había producido aún el salto exponencial generado por el desarrollo de la tecnología de la informática y las comunicaciones de este siglo. El gran cambio que trajo consigo el siglo XXI fue el que estableció a la Internet como el sistema panóptico internacional. Las redes sociales conectan personas (amigos de Facebook; contactos de Linkedin, etc.) y obtienen de ellas datos sobre localización, lo que captan sus cámaras y lo que registran sus micrófonos. Lo hacen sin cesar.

Debe tenerse en cuenta que cuando Jeremy Bentham desarrolló su Memoria del Panóptico, apuntaba a algo más que el desarrollo de un programa penitenciario, su propuesta era de Ciencia Política y apuntaba al control de la disciplina de los hombres por medio del imaginario social (Marí, 1986).

La afectación generada por la captura de información personal en las redes puede incidir en distintos derechos, entre ellos, a la intimidad, al honor, a la propia imagen, prerrogativas diferenciadas pero vinculadas, pues comparten elementos comunes, característicos de la personalidad, lo que hace que puedan ser menoscabados en conjunto (Basterra, 2012).

En 1958 Jacques Lacan acuñó el concepto de extimidad, que con variaciones de alcances y sentidos es reutilizado en la actualidad para referirse a la tendencia de las personas a hacer pública su intimidad y vida privada. La extimidad parte de la base de que el auge de la interconexión mediada supone la perversión de la sustancialidad propia de la esfera privada por parte de los individuos, quienes, en este contexto, tienden a valorar su publicidad por encima de su salvaguarda. No sólo por ella se produce una modificación del espacio público, sino también de construcción y modelación de lo que está adentro, lo introspectivo (Noain Sánchez, 2016).

Si bien siempre hubo personas dispuestas a difundir sus actividades, esa comunicación quedaba limitada a su área de vinculación interpersonal más o menos directa; hoy las redes informáticas posibilitan la puesta de esos datos en la arena global, al tiempo que se verifica en gran parte de la población, y en las y los adolescentes en particular, una pulsión por contar todo, por exhibir hasta detalles menores de su vida cotidiana.

Puede considerarse que hoy estamos ante un nuevo concepto, de “Intimidad digital” que tiene su fuente en las nuevas tecnologías y se sustenta en las redes sociales y en la conducta de sus usuarios, que a menudo exponen en forma innecesaria datos de carácter personal. Cada día, con mayor intensidad, se postea sin pensar, exponiendo información e imágenes personales; pero la vida privada de los hombres queda reservada a su esfera personal y la intimidad debe respetarse. La libertad de expresión y de publicar contenidos “on line” requiere de un delicado equilibrio cuando están en juego los más íntimos sentimientos de las personas como así también cualquier otro derecho personalísimo como el honor y la reputación personal (Tomeo, 2011).

El derecho a la imagen excede hoy la idea del mero retrato y comprende a toda forma de reproducción visual de la figura de determinada persona. La publicación de la imagen de una persona puede generar daño a su intimidad y provocar daños en derechos más complejos, como el de la identidad dinámica, la que se configura en el tiempo, y se constituye por el patrimonio ideológico-cultural de la personalidad, la suma de opiniones, creencias, actitudes y com-

portamientos de cada persona, su posición en el mundo y frente a los temas, lo que hace a la “verdad personal” con la que cada una y cada uno interactúa con las demás (Fernandez Sessarego, 1992).

Internet no es sólo un formidable espacio para el disfrute y el ejercicio de derechos humanos relevantes, como el de la libertad de expresión y de información ; pero su actividad debe desarrollarse de forma tal que sea confiable para las personas, que no afecte sus derechos, que respete su dignidad y su privacidad.

El éxito del desarrollo transfronterizo de estos servicios depende en parte de la confianza de los usuarios en que no se pondrá en peligro su intimidad. Internet está revolucionando las estructuras tradicionales del mercado al aportar una infraestructura común mundial para la prestación de una amplia gama de servicios de comunicaciones electrónicas. Los servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público a través de Internet introducen nuevas posibilidades para los usuarios, pero también nuevos riesgos para sus datos personales y su intimidad (Directiva 2002/58/CE).

A partir de la Web 2.0 o Web Social , se produjo un cambio profundo en la comunicación por Internet, porque se rompió el esquema tradicional emisor- receptor y aumentaron las posibilidades de interacción y las audiencias, antes pasivas, se convirtieron también en emisoras y generadoras de contenido; no obstante las empresas conservan un mayor control de la información (Noain Sánchez, 2016).

En gran medida la actividad de captura de información no se ajusta en nuestro país a la exigencia establecida en el artículo 27 de la Ley de Protección de Datos Personales, Nº 25.326, que para actividades de venta directa y análogas autoriza el tratamiento de datos aptos para establecer perfiles determinados con fines promocionales, comerciales o publicitarios que permitan establecer hábitos de consumo, cuando ellos figuren en documentos públicos, hayan sido facilitados por los propios titulares u obtenidos con su consentimiento.

La captura de datos sensibles no suele estar visibilizada. Es habitual que las personas, al realizar contrataciones comerciales, descargar o usar programas o utilidades de Internet, etc. autoricen acríticamente, sin leer en detalle los términos y condiciones de uso que les son presentados, la disposición de sus datos personales.

Cuando un usuario acepta la política de privacidad de Facebook y de Instagram, autoriza un tratamiento de datos que en principio es lícito, debido a que se informa que estas plataformas digitales trabajan con publicidades. Sin embargo, ese tratamiento inicialmente lícito se transforma en ilícito, debido a que no se le informa al usuario que se realizará un perfilado sobre su comportamiento en línea. Y lo más grave es que tampoco se le informa y solicita su consentimiento, para que ese perfilado sea subastado o vendido a otras empresas, que a su vez podrían continuar perfilando. Ni se les hace saber

acerca de que podrán ser sometidos a un scoring o a un ranking. No se cumple adecuadamente con el deber de información, ni siquiera con las exigencias más elementales previstas en el Código Civil y Comercial (Corvalán, 2020).

En numerosos casos, aunque se comprometa la anonimización de los datos, un simple cruzamiento automatizado de registros permitiría develar la identidad del usuario o la usuaria, titular de datos sensibles. Constantemente las personas proporcionan en las redes información personal de gran valor comercial para quienes se dedican a la reunión de información y minería de datos.

Por ejemplo, aún cuando no proporcionemos datos expresamente vinculados con el género, muchos de los que ponemos a disposición permiten establecer sesgos de género a quienes los procesan. Datos que en principio no son merecedores de tutela específica, la merecen porque el subproducto de su procesamiento deriva en datos típicamente identificados en el grupo de los que revelan género (Barocelli, 2019).

Las plataformas más usadas como Facebook, Instagram o LinkedIn son capaces de recolectar y almacenar esos datos, que surgen a partir de esas acciones digitales, en apariencia estrictamente privadas.

Para los algoritmos inteligentes, casi nada es privado y por eso trabajan todo el tiempo sobre nuestros comportamientos digitales expresos e implícitos, como la geolocalización de los dispositivos móviles (Market in House, 2019). Es decir, lo que en otra época sería imposible de conocer y de tratar, ahora resulta sencillo para ciertas plataformas digitales que tienen todo un ecosistema diseñado para ello. Lo privado o secreto se diluye en algoritmos que se encargan de captar interacciones expresas y otras implícitas que revelan preferencias, gustos y objetivos de nuestros perfiles digitales. Google también accede a los documentos que el usuario guarda en Google Cloud, a tal punto que un ex trabajador de la compañía aconsejó que quienes no estén de acuerdo con el sistema directamente mantengan la información sensible lejos de la empresa (El País, 2019; Corvalán 2020).

El diseño del sistema posibilita también la naturalización de restricciones a nuestra libertad de información, pues la que se nos proporciona en las plataformas se va acotando por el direccionamiento hecho por los proveedores y las personas puedan quedar atrapadas en nichos digitales en los que son retroalimentadas constantemente con información que no hace sino responder a un sesgo de confirmación que refuerza los otros sesgos con los que evalúan el mundo que les circunda; así se empobrece la pluralidad de ideas que constituye la base de las sociedades democráticas. Aves en un corral virtual.

LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN EL ESPACIO VIRTUAL

Quienes son hoy niñas, niños o adolescentes son nativos digitales. Nacieron y crecieron en un mundo de enlaces digitales, de acumulación de datos, de

interacción con dispositivos. Lo que para los adultos es virtual, para ellos es parte de su realidad cotidiana.

Integran un colectivo con relación al que el sistema de derechos humanos desarrolló una protección diferenciada, reforzada, en razón de la mayor vulnerabilidad de sus integrantes. Esa protección tiene como instrumento principal la Convención sobre Derechos del Niño, de rango constitucional en nuestro país, e impone la adopción de medidas de acción positiva destinadas a garantizarles igualdad (art. 75, inc. 23, de la C.N.), las que deben ser adoptadas teniendo según el principio vertebral de ajuste al superior o mejor interés del niño (art. 3 de la CDN; 26 del CCCN, entre otras normas).

La vulnerabilidad de los niños y las niñas deriva del largo proceso de desarrollo y de incorporación de pautas culturales que debemos atravesar los individuos de nuestra especie, hasta estar en condiciones de desenvolvernos con plena autonomía en la sociedad.

Durante su crecimiento, niñas y niños van incorporando mayores destrezas y conocimientos, lo que comienzan a hacer tempranamente en interacción con dispositivos y medios digitales. Y la adolescencia, que para nuestra ley civil principia a los trece años de edad (art. 26 del CCCN), los encuentra en pleno y cotidiano uso de esos recursos informáticos, al tiempo que se les reconoce mayor autonomía, según el concepto técnico de capacidad progresiva.

Las y los adolescentes integran el sector de la población que más interactúa en la dimensión digital, con intercambios que involucran su ámbito privado y su identidad dinámica, en una edad en la que se encuentra en pleno desarrollo la personalidad y en la que se van a establecer criterios, valores y propósitos que resultarán determinantes para la vida futura de la persona.

Las chicas y chicos se educan por medio de la red, por ella reciben clases, se informan e investigan. En ella también se entretienen, ven series o películas y juegan. Y es en ella que se desarrolla gran parte de su proceso de interacción social. La barrita de la esquina o del club de nuestra infancia se ha transformado hoy en un grupo de Whatsapp, Discord u otra plataforma, en el que se reproducen muchas de las conductas típicas de los grupos de adolescentes, tanto las positivas como las negativas; porque en las redes hay solidaridad, afectividad, pero también distintas formas de violencia, idónea para afectar gravemente a personalidades en desarrollo.

Según un estudio de UNICEF, el 51% de los chicos de 13 a 15 años entrevistados dijo usar Internet todo el tiempo, el 20%, más de una vez por día y el 16% más de una vez por hora; sólo el 12 %, una vez al día o menos (Peñaloza, 2019).

Otro estudio, realizado en 2016 con relación a los consumos mediáticos de adolescentes de la ciudad de Barcelona, concluyó que predominaban en ellos los estereotipos de género, por lo que se propició la necesidad de adoptar

medidas educativas destinadas a intervenir sobre ese universo de contenidos estereotipados (Masaner, 2016).

Hoy, cuando las redes han ido desplazando a los grandes medios de comunicación del espacio comunicacional central, advertimos que el entre-cruzamiento de datos a partir de lo que despierta el interés de las personas en distintas plataformas posibilita que, a menudo con base en sistemas de IA, se confeccionen perfiles de consumo y se efectúen clasificaciones que determinan el desarrollo de campañas de targeting inducidas por factores como el género. Como el entrenamiento de los algoritmos de los sistemas de IA depende de la información con la que son alimentados, y dado que nos encontramos en una etapa de nuestro desarrollo cultural en el que no se han deconstruido enteramente los rasgos propios de la sociedad patriarcal, pueden desarrollar sesgos discriminatorios o causar que se ponga de manifiesto en las comunicaciones la orientación sexual de quien decidió mantener en reserva su autopercepción, violando así su autonomía personal.

En las redes los niños, niñas y adolescentes están expuestos a riesgos y a graves vulneraciones de su intimidad, que pueden condicionar sus opciones de vida futura. Así ocurre cuando son víctimas de delitos cometidos a través de las redes, por los que se captan y transmiten imágenes por redes de pedofilia, habitualmente por lo que se conoce como Internet profunda. Nuestro país aprobó por vía de la ley 25.763 el Protocolo Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía, complementario de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y por vía de la ley 26.388 se modificó el artículo 128 del Código Penal, que ahora dispone que será reprimido con pena de prisión quien "... produjere, financiare, ofreciere, comerciare, publicare, facilitare, divulgare o distribuyere, por cualquier medio, toda representación de un menor de dieciocho (18) años dedicado a actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales, al igual que el que organizare espectáculos en vivo de representaciones sexuales explícitas en que participaren dichos menores...", sancionada poco antes de la Declaración de Río de Janeiro, del Tercer Congreso Mundial contra la Explotación Sexual de Niños, Niñas y Adolescentes, del 28 de noviembre de 2008, que estableció la necesidad de criminalizar la producción, distribución, recepción y posesión intencional de pornografía infantil, "incluyendo imágenes virtuales y la representación de niños, niñas y adolescentes con fines de explotación sexual".

En algunas ocasiones tales imágenes pueden tener por origen la práctica del "sexting", que consiste en el envío de contenidos sexuales producidos por el propio remitente, práctica de la que participan chicos y chicas en etapas de sus vidas en las que el despertar y desarrollo sexual irrumpen alterándolo todo.

También en las redes las chicas y los chicos pueden ser víctimas de “grooming”, que es como se denomina al proceso por el que un adulto genera en ellos interés en actividades sexuales o en la pérdida de sus inhibiciones sobre ellas (Hacker, 2017).

El art. 23 de la Convención para la Protección de los Menores contra la Explotación Sexual Infantil del Consejo de Europa impone a cada Estado Parte la tipificación de esta actividad como delito y en nuestro país, por la sanción de la ley 26.904 se modificó el art. 131 del Código Penal, que ahora establece que “...será penado con prisión de seis meses a cuatro años el que, por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, contactare a una persona menor de edad, con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual de la misma”.

Es claro que más allá de lo delictual, la difusión de tales imágenes por terceros acarrea una grave violación a los derechos de sus titulares, pues no cabe considerar que exista para ello un consentimiento válido, pues la capacidad progresiva no puede ser invocada para sustentar la violación de derechos personalísimos de una o un adolescente.

Videos, imágenes, comentarios de las chicas o chicos son subidos constantemente a la red y van creando su perfil digital. Y el tema en este punto es que lo que ocurrió en las redes, queda en las redes. Las opciones efectivas para el ejercicio del derecho al olvido son notoriamente limitadas a nivel internacional y no se encuentran reguladas en nuestro país (Cortés Castillo, 2014).

Pero hoy son los padres quienes comienzan a definir tempranamente la identidad digital de sus hijos; en ocasiones desde la etapa de gestación, cuando suben a las redes imágenes ecográficas, para seguir luego por años. Cuando ello es realizado en forma sistemática, periódica, de forma de posibilitar el recorrido de la vida de un niño en imágenes exhibidas a personas ajenas al grupo familiar, se lo denomina “sharenting” (Quadri, 2020).

En el artículo 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño se establece: “1. Ningún niño 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 a su reputación. 2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques”.

En el artículo 22 de la ley 26.061 se establece que las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a ser respetados en su dignidad, reputación y propia imagen, por lo que se prohíbe la exposición, difusión y divulgación de datos, informaciones o imágenes que permitan identificarles, directa o indirectamente, a través de cualquier medio de comunicación o publicación en contra de su voluntad y la de sus padres, representantes legales o responsables, cuan-

do se lesionen su dignidad o reputación o constituyan injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada o intimidad familiar.

El concepto se enlaza con lo regulado en el artículo 52 del Código Civil y Comercial, en el que se prevé la adopción de medidas de prevención y de reparación de las violaciones a la intimidad personal o familiar, honra, reputación, imagen o identidad de toda persona humana y con el 53, que establece la prohibición de difundir imágenes sin el consentimiento de la persona retratada, salvo los supuestos de excepción que establece, consentimiento que no se presume, es revocable, y sólo es admitido si no es contrario a la ley, la moral o las buenas costumbres (art. 55 CCCN).

A ello se suma la previsión normativa del artículo 1770 del CCCN, según el cuál quien se entromete arbitrariamente en la vida ajena, publica retratos, difunde correspondencia, mortifica a otros o perturba de cualquier modo su intimidad, debe ser obligado a cesar en tales actividades por el sistema de justicia, si no lo hizo, y a indemnizar a la víctima de esas intromisiones, pudiendo publicarse la sentencia, si con ello se logra una mejor reparación.

Y claro que no es posible soslayar que en los artículos 678 y 679 del CCCN se habilita al adolescente a iniciar acción contra un tercero —con autorización judicial en caso de oposición de los padres—, con asistencia letrada, como también contra sus progenitores, para lo que no necesitará autorización judicial previa.

En cualquiera de las hipótesis en las que se verifique la afectación del derecho a la protección de la privacidad, la imagen o el honor de una o un adolescente, deberá intervenir el Ministerio Público de la Defensa, ya en forma complementaria, ya con legitimación para accionar directamente en caso de verificar inactividad o intereses encontrados de los representantes necesarios (art. 103 del CCCN).

Es claro que a diario las y los adolescentes comparten imágenes personales, pensamientos, opiniones, gustos, etc. en las redes sociales (basta una recorrida por Instagram para verificarlo) y que ello ocurre sin la intervención directa de adultos responsables, que suelen dejarlos hacer bajo la forma de una autorización tácita genérica.

Ellos necesitan interactuar en las redes, porque es parte de su proceso de socialización y de construcción de su identidad —en su faceta o perfil digital— en una edad en la que es natural que ello se lleve a cabo. Pero es importante que atraviesen esa etapa con plena conciencia de los riesgos que enfrentan y con información y formación adecuadas para poder ejercer su autonomía, por lo que consideramos necesaria la adopción de determinadas políticas públicas, a las que nos referiremos más adelante.

Pero las chicas y chicos pueden ser en las redes tanto víctimas como victimarios, en forma aislada (“trolling”) o en grupo (“ciberbullying”). Conductas

agresivas, generadas a partir de diversas formas de maltrato, son moneda corriente en las redes y pueden generar graves traumas en quienes las padecen, lo que es sumamente grave en la etapa de desarrollo que atraviesan las y los adolescentes. Y a menudo esas agresiones se generan a partir de posiciones anónimas, lo que deja inerme a quien las sufre.

En cuanto al desarrollo de procesos educativos por medio de redes virtuales, la situación producida por la Pandemia de Covid 19 puso en evidencia la importancia del acceso a medios informáticos por todos los niños, niñas y adolescentes, pues en tanto los procesos educativos se vayan a desarrollar a partir de ahora parcialmente en gran medida en entornos digitales, el acceso a tales recursos determinará las posibilidades de acceso al conocimiento y a la educación aquéllas y aquéllos. Por ello, es claro que el Estado deberá asumir un rol central en el desarrollo de políticas destinadas a asegurar tal acceso para toda la población comprendida en tales categorías.

Pero también se puso en evidencia cómo el uso de las tecnologías educativas puede generarles graves violaciones a la privacidad, como las derivadas del uso de herramientas que vigilan a los estudiantes durante los exámenes, por medio de sistemas biométricos gobernados por inteligencia artificial (Swauger, 2020).

PROBLEMÁTICA DE LO VIRTUAL

Son innumerables y complejos los problemas que para el derecho plantea el uso de las nuevas tecnologías.

El primero que debe ser destacado es que no podemos esperar que ninguna regulación detallada, casuística, vaya a perdurar, pues el ciclo de evolución de los desarrollos tecnológicos es cada vez más acelerado, mientras que los procesos de deliberación y elaboración de las normas van siempre a la zaga, cada vez más retrasados. Por ello, nuestro mejor anhelo en este territorio virtual deberá pasar por establecer principios regulatorios, mínimos inderogables, que puedan subsistir más allá de cualquier cambio operado en la realidad circundante.

Y es allí cuando deben llegar las definiciones, cuando es imprescindible que establezcamos acuerdos básicos sobre nuestra perspectiva constitucional futura y delineemos los límites necesarios para evitar la difuminación de las personas humanas como centro de nuestra cultura y del sistema jurídico.

Esa tarea debe nutrirse de las perspectivas aportadas por diversas áreas del conocimiento humano y, dentro del ámbito jurídico, muy en especial por la de los derechos humanos.

La cuestión relativa a cuáles son los criterios idóneos para regular jurídicamente la difusión de información por Internet es compleja. Gran parte de tal complejidad se proyecta a partir de la estructura de la propia red, en cuyo entramado interactúan ISPs, host, motores de búsqueda, portales, servicios

de correo electrónico, de chat, bloggers, fotologs, microblogs, etc. etc., los que, por otra parte, pueden estar ubicados en diferentes lugares del planeta, sujetos a regímenes legales y a jurisdicciones también diversas. Internet es una gran red que comunica millones de servidores en todo el mundo y la información puede ser emplazada en ellos por millones de usuarios y fluir desde allí a cualquiera de los restantes, con posibilidad de acceso a ella también para millones de personas.

En el punto 42 de la Agenda de Túnez para la Sociedad de la Información (Cumbre Mundial de la Sociedad de la Información, Ginebra 2003- Túnez 2005, WSIS-05/TUNIS/DOC/6(Rev.1)-S), los países intervenientes, entre los que se encontraba el nuestro, establecieron: “Reafirmamos nuestro compromiso con la libertad de investigar, recibir, difundir y utilizar información, en particular, para la creación, compilación y disseminación del conocimiento. Afirmamos que las medidas tomadas para asegurar la estabilidad y seguridad de Internet, combatir la ciberdelincuencia y contrarrestar el correo basura deben proteger y respetar las disposiciones en materia de privacidad y libertad de expresión contenidas en las partes relevantes de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en la Declaración de Principios de Ginebra”.

La neutralidad es un elemento clave en la arquitectura de la red. Ella exige que se garantice que la información fluya libremente, sin discriminación alguna en función de origen, destino, protocolo o contenido, por lo que las operadoras de acceso y servicios de Internet deben transportar paquetes de datos de manera neutral, sin favorecer o perjudicar a unos contenidos por encima de otros; el principio de neutralidad de la red tiene como objetivo garantizar la libertad de los usuarios de la red para acceder al contenido, servicios y aplicaciones de su elección y evitar el bloqueo o filtrado indebido de contenidos (Varon Ferraz; Pereira de Souza; Magrani y Britto, 2012).

Es necesario establecer el perfil de la persona humana en la sociedad futura y las herramientas para protegerlo. Y decimos protegerlo, porque, el desarrollo tecnológico puede llevarnos a un punto en el que sistemas informáticos como los de Inteligencia Artificial fuerte, de caja negra, adopten decisiones cuyo control se encuentre fuera del alcance de sus creadores y que, de no mediar límites y directrices previos, generen un efecto deshumanizante en nuestras vidas y en nuestra cultura.

Es en ese plano de discusión que debemos determinar el valor del derecho a la privacidad como elemento diferenciador de cada sujeto, basamento para la defensa de su autonomía, dignidad e identidad; pues debemos establecer cuál es la idea de persona humana con la que nos sentimos comprometidos, la que debe ser preservada ante su prevista desfiguración (Jonas, 1979).

Como invariablemente ocurre con los grandes problemas de la humanidad, el que se enfrenta requiere de definiciones filosóficas, antes que técnicas. Es necesario superar el reduccionismo dataísta, que considera que el universo consiste en flujos de datos y que el valor de cualquier fenómeno o entidad está determinado por su contribución al procesamiento de datos; mientras espera que los algoritmos electrónicos descifren los algoritmos bioquímicos y los superen (Harari, 2019).

El devenir de lo digital, que pronto será predominante, se erige como una instancia de orientación de los comportamientos destinada en todo momento a ofrecer marcos de existencia individual y colectivos que se suponen mejor administrados, una “data driven society” (Sadin, 2018).

En no más de diez años la interconexión de las plataformas (Facebook, Twitter, YouTube, Linkedin, etc.) tuvo por resultado la emergencia de una nueva infraestructura: un exosistema de medios conectivos; se produjo así el paso de una comunicación en red a una sociedad moldeada por plataformas, y de una cultura participativa a una cultura de la conectividad. Resulta una falacia considerar que las plataformas no hacen más que facilitar las actividades en red; por el contrario, las plataformas y las prácticas sociales se constituyen mutuamente (van Dijck, 2013), por ello las decisiones que hoy adoptemos en esta materia tendrán impacto directo en la conformación de la sociedad futura, en el espacio de autonomía y de reserva que en ella se reconozca a cada sujeto.

Pero tal actividad debe desarrollarse con criterio realista, teniendo en cuenta lo mucho que la Tecnología aporta hoy a una mejora sustantiva de la calidad de la vida humana en áreas como salud, educación, acceso a bienes culturales, urbanismo, medio ambiente, etcétera.

El segundo problema que plantean los desarrollos tecnológicos es que trascienden las fronteras nacionales y que, en gran medida, dada la multiplicidad de nodos y de recursos con los que operan, se ubican en una suerte de no-espacio jurídico; fuera del alcance directo de los sistemas jurídicos nacionales, en un ámbito al que les resulta sumamente difícil acceder a los particulares damnificados por su actividad.

Muchos de los desarrollos tecnológicos con mayor potencial para afectar los derechos de las personas no responden a Estado nacional alguno, sino que constituyen desarrollos de corporaciones de dimensión global, con enorme potencial de afectación de derechos personalísimos y de derechos humanos de habitantes de todo el planeta y, en no pocos casos, con poder de condicionar las políticas de los gobiernos.

El ciberespacio es hoy en día crucial en nuestra vida cotidiana, nuestra economía y nuestra seguridad. Pero su diseño no se llevó a cabo mediante un proceso político democrático, aunque involucra cuestiones como soberanía,

fronteras, privacidad y seguridad. Decisiones tomadas por diseñadores de webs situados lejos del foco de atención del público suponen que hoy en día internet es una zona libre y sin ley que erosiona la soberanía del Estado, ignora las fronteras, deroga la privacidad y plantea el que quizá sea el más formidable riesgo global de seguridad, pues cuando las burocracias gubernamentales determinen cómo intervenir en la ciberregulación, internet habrá mutado diez veces (Harari, 2019).

Tal circunstancia requiere políticas activas de los Estados, que coloquen el tema en todas las agendas públicas y que se discutan acuerdos internacionales y la creación de organismos y agencias que permitan avanzar en una gobernanza supranacional de Internet y de los sistemas que la utilizan como plataforma, con miras a preservar los derechos humanos y los derechos personalísimos de los usuarios, así como la capacidad de decisión autónoma de los países sobre el desarrollo de sus políticas.

ESTRATEGIAS DE ABORDAJE

Navegamos en la ola de un tsunami que impacta contra la vida tal como la conocemos. Una de las primeras urgencias que nos plantea la situación es que es necesario partir del reconocimiento del acceso a Internet como un derecho humano de naturaleza económica, social y cultural, por lo que es necesario trabajar en políticas de acceso universal.

Los individuos que no posean formación adecuada para seguir el ritmo de adaptación o aprendizaje que imponen las redes, pueden quedar fuera del nuevo espacio digital y es necesario que los Estados adopten las medidas necesarias para evitar que se generen nuevas clases de personas sometidas por desigualdades estructurales como las que en otro momento generó el analfabetismo. Ello debe apoyarse en una extensa y profunda política educativa en distintos niveles, para dar la posibilidad a las personas, a las usuarias y usuarios, de actuar con autonomía en la toma de decisiones en la gestión de sus datos personales.

Consideramos que un modelo a seguir puede tener en cuenta la experiencia adquirida en la difusión de los derechos de los consumidores y usuarios y en la implementación de políticas educativas de dictado obligatorio en las escuelas.

Es necesario exigir que todos los sitios hagan pública y accesible, en lenguaje claro y simple, no sólo su política de privacidad y manejo de datos personales sino también lo relativo al empleo que hagan de IA. Hay que trabajar en la educación de los usuarios para que tomen conciencia de la importancia de la verificación de información que se les proporciona, para que puedan requerirla y evaluar su suficiencia y la confiabilidad de los sitios con los que interactúan.

También debe proporcionarse educación a la población en general sobre lo relativo a las medidas de seguridad a adoptar en la navegación, la posibilidad

de restringir el acceso de cookies y otros recursos idóneos para limitar la difusión de sus datos personales.

Es factible que medidas de tal naturaleza encuentren fuerte resistencia en los operadores, quienes en todo momento buscarán maximizar el rendimiento económico de los sistemas que explotan; pero es allí donde deben adoptarse definiciones relevantes y establecer si se privilegiará el mercado sobre los derechos humanos de los usuarios o si se impondrá a aquél la adopción de medidas razonables que, sin privar a las empresas de un razonable margen de ganancias, no permitan su obtención a costa de los derechos de los usuarios.

Por los riesgos evaluados, es importante que se desarrolle un proceso educativo específico para niñas, niños y adolescentes, lo que requiere la formación de sus formadores. Debe considerarse cuestión de interés estratégico del Estado y basarse en una seria, intensa y profunda capacitación de los cuerpos docentes. Lo que los chicos y chicas aprenden en las aulas resuena en otros ámbitos, y ello da un efecto expansivo a la información que se les proporciona y habilita el diálogo sobre cuestiones que hacen a la formación de su criterio sobre las interacciones con otras personas y con el universo cibernetico que los rodea.

Es necesario tener en cuenta que la vinculación entre sistemas informáticos y artefactos de la vida cotidiana no hará más que crecer, pues evolucionamos rápidamente hacia el denominado Internet de las cosas y es por ello importante que se encare la formación de las generaciones que habrán de desarrollar su vida en tal medio.

Las Naciones Unidas, las organizaciones regionales y los órganos creados en virtud de los tratados de derechos humanos han afirmado que los derechos fuera de línea se aplican igualmente en línea, pero no siempre está claro que las empresas protejan los derechos de los usuarios o que los Estados les ofrezcan en las leyes incentivos para hacerlo (Wierzba & Danesi, 2020).

Debe exigirse a las empresas prestadoras el desarrollo de políticas de buenas prácticas, respetuosas de las leyes, incorporando tales criterios a los de “Corporate Compliance” que hemos visto difundir en los últimos años.

En cuanto a los chicos, es necesario educarlos en el valor de la privacidad, de la preservación de su intimidad como base para la construcción de una identidad diferenciada, humana, dotada de autonomía. Es necesario proporcionarles herramientas para que puedan moverse sin riesgos en el entorno digital y aprovechar todos los beneficios que él ofrece.

Padres, hijos, tíos, abuelos, amigos, deben tener claros los alcances de las publicaciones que realizan con relación a niños, niñas y adolescentes y cómo ellas pueden incidir en la construcción temprana de un perfil digital no consentido.

Deben garantizarse procesos administrativos y judiciales sencillos, de fácil acceso, para posibilitar la protección de niños, niñas o adolescentes cuya

privacidad, dignidad e identidad dinámica se ve afectada en las redes, y la reparación por los daños que por ello puedan sufrir.

CONCLUSIONES

Hace algunas décadas, quien imaginara el futuro podía pensar que los grandes cambios estarían dados por la existencia de vehículos voladores y de robots que facilitarían nuestra vida cotidiana, tal el estereotipo futurista que se transmitía a través de los productos culturales; pero la realidad introdujo un cambio mucho más profundo, dado por la apertura al público de las redes de comunicación digital que permitieron la creación de Internet, y que ha determinado que nuestro presente esté más cerca del Gran Hermano de George Orwell que de la cándida visión de Los Supersónicos. Las nuevas tecnologías analíticas han capacitado a las empresas para embarcarse en lo que Michel Foucault ha llamado “vigilancia panóptica” (Sennett, 2008).

La digitalización no hará más que avanzar e inundar todas las áreas de la actividad social y económica. La privacidad y las preocupaciones acerca de su comercialización son exponentes de una batalla por el control de la información personal y colectiva. ¿Quién tiene derecho a poseer la información sobre el comportamiento y los gustos de las personas? (van Dijck, 2013).

Para que la sociedad de la información funcione en términos humanos, debe haber equilibrio entre la privacidad y el flujo de datos.

Debe establecerse una política de Estado que garantice tanto el acceso como la protección de los chicos y chicas en el uso que hagan de las redes. Se requiere para ello una importante inversión de recursos en el sistema educativo, en educar a las niñas, niños y adolescentes para desenvolverse en un mundo atravesado por sistemas digitales.

Hay que educar en normas de cuidado e higiene digital en el uso de las redes. Hay que formar a los formadores y, desde temprano, hacer que los niños y niñas internalicen normas de preservación de su privacidad, de alerta y cuidado en los vínculos que establecen. Es necesario que las personas de cualquier edad, pero las niñas, niños y adolescentes en especial, cuenten con recursos sencillos para la protección de sus datos personales; que el Estado adopte las medidas necesarias para proporcionar tales vías; pero también que los proveedores de servicios y las empresas se comprometan a realizar un uso adecuado de la información, según las pautas básicas establecidas por nuestra ley de datos personales, que exige una reformulación.

Y más allá de los límites de nuestro territorio, es necesario trabajar en pos de reglas comunes, por vía de tratados y de la construcción de criterios para el establecimiento de una gobernanza global de Internet, que no consolide un neocolonialismo digital.

Hace algún tiempo pudimos ver cómo personas en distintos lugares del planeta desarrollaban comportamientos extraños en espacios públicos, en ocasiones asumiendo riesgos para su seguridad personal: cazaban “Pokemones”. Tomemos nota de tales situaciones y, sin dejar de disfrutar de los beneficios de la tecnología, tomemos medidas para el resguardo de la especie, antes de que sea demasiado tarde. Comencemos por la educación de los más chicos, para que, aún en un entorno digital, nunca dejen de disfrutar de su humanidad.

BIBLIOGRAFÍA

- BAROCCELLI, SERGIO SEBASTIÁN, “Teorías, perspectivas e identidades de género y la protección de los consumidores. Hacia un diálogo necesario” en “Género y Derecho del Consumidor”, Sergio Sebastián Baroccelli, Director. Aldina Editorial Digital, Buenos Aires, 2019, p. 11 a 23.
- BASTERRA, MARCELA I. “Derecho a la información vs. Derecho a la intimidad”, Ed. Rubinzel Culzoni, Santa Fe, 2012
- BRANDEIS, LOIS & WARREN, SAMUEL, “The Right to Privacy”, 4 Harv. L Rev. 193, 196 (1890).
- C.S.J.N. "Ponzetti de Balbín, Indalia v. Editorial Atlántida S.A.", 11 de diciembre de 1984, Fallos 306-1892.
- CORTÉS CASTILLO, CARLOS, “Derecho al olvido: entre la protección de datos, la memoria y la vida personal en la era digital”, en “Internet y Derechos Humanos. Aportes para la discusión en América Latina”, Eduardo Bertoni, compilador, págs.. 123 a 148, Universidad de Palermo. Buenos Aires, 2014.
- Corvalán, Juan, “Perfiles digitales humanos”, La Ley. Buenos Aires, 2020.
- El País: "Un empleado avisa de que Google puede acceder a todos los documentos de los usuarios de la nube", 16/10/2019, https://elpais.com/tecnologia/2019/10/13/actualidad/1571002375_070559.html.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, CARLOS, “Derecho a la identidad personal”, Astrea, Buenos Aires, 1992.
- GAJDA, AMY, “What if Samuel D. Warren hadn’t married a senator’s daughter? Uncovering the press coverage that led to ‘the right to privacy’”, 2008 Mich. St. L. Rev. 35.
- GIL GONZÁLEZ, ELENA, “Big data, privacidad y protección de datos”, Agencia Española de Protección de Datos, Madrid, 2016.
- HACKER, DAVID, “El ‘grooming’ pensado desde los derechos de las niñas, niños y adolescentes”, RDF: 82, 24/11/2017, 123, AR/DOC/4111/2017.
- JONAS, HANS, “El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica” (1979), 3^a reimpresión,. Herder. Barcelona, 1995.
- Market in house, Qué es la geolocalización y cómo funciona, 2019, <https://www.marketinhouse.es/que-es-la-geolocalizacion/>.

- MARÍ, ENRIQUE E. “Racionalidad e imaginario social en el discurso del orden”, en Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 3, p. 93, 1986, <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc1c2m1>
- MASANER, M. J. “Pervivencia de los estereotipos de género en los hábitos de consumo mediático de los adolescentes: drama para las chicas y humor para los chicos”, Revista Cuadernos.Info (39), Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, diciembre 2016.
- NOAIN SÁNCHEZ, AMAYA, “La protección de la intimidad y vida privada en Internet: la integridad contextual y los flujos de información en las redes sociales”, Agencia Española de Protección de Datos, Madrid, 2016.
- NOVOA MONREAL, EDUARDO, “Derecho a la vida privada y libertad de información”, Siglo XXI, México, 1987.
- Peñaloza, Bárbara V., “Dignidad digital de niños y adolescentes: protección de sus derechos personalísimos en internet”, DFYP 2019 (mayo), 10/05/2019, 126, AR/DOC/2443/2018.
- PERUZZOTTI, MARIANO, “El caso Schrems II y sus implicancias en la región”, <https://iapp.org/news/a/el-caso-schrems-ii-y-sus-implicancias-en-la-region/>.
- QUADRI, GABRIEL H., “Sharenting: cuestiones procesales”, RCCyC 2020 (marzo), 04/03/2020, 5, AR/DOC/338/2020.
- SADIN, ÉRIC, “La inteligencia artificial o el desafío del siglo. Anatomía de un antihumanismo radical” (2018), Caja Negra Editora. Buenos Aires, 2020.
- SOTO GALINDO, JOSÉ, “Malte Spitz: tenemos derecho a decidir sobre nuestra privacidad”, en El Economista, 3 de junio de 2016, <https://www.economista.com.mx/opinion/Malte-Spitz-tenemos-derecho-a-decidir-sobre-nuestra-privacidad-20160703-0002.html>
- SWAUGER, SHEA, “El lado oscuro del software que vigila a los alumnos para que no copien”, MIT Technology Review, 13 de agosto de 2020, <https://www.technologyreview.es/s/12498/el-lado-oscuro-del-software-que-vigila-los-alumnos-para-que-no-copien>.
- TOMEÓ, FERNANDO, “La intimidad en Internet”, Suplemento de Alta Tecnología www.eldial.com, publicado en Infojus, 2011, Dacf110103.
- VAN DIJCK, JOSÉ, “La cultura de la conectividad una historia crítica de las redes sociales” (2013), Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2016.
- VARON FERRAZ, JOANA; Pereira de Souza, Carlos Alfonso, Bruno Magrani y Walter Britto, “Filtrado de contenido en América Latina: razones e impacto en la libertad de expresión”, en “Hacia una internet libre de censura : propuestas para América Latina”, Eduardo Bertoni, compilador, Universidad de Palermo, Buenos Aires, 2012.
- WHITAKER, REG, “El fin de la privacidad”, Paidós, Barcelona, 1999.

WIERZBA, SANDRA M. Y DANESI, CECILIA C. “Violencia en las redes sociales. ¿Acciones judiciales o normas y algoritmos como clave para la prevención?” La Ley 03/02/2020, 1, AR/DOC/199/2020.

LA PRIVACIDAD DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN EL ENTORNO DIGITAL: AMENAZAS AL PROYECTO DE VIDA DE LAS NUEVAS GENERACIONES. LA URGENCIA DE CAMBIAR EL RUMBO

Blanca Bórquez Polloni - CHILE

Carmen Alicia Cardozo de Martínez - COLOMBIA

Mirtha Andreau de Bennato - ARGENTINA

Patricia Marta Cudeiro - ARGENTINA

Elizabeth María Benites Estupiñán - ECUADOR

Fernanda María Ledesma - ARGENTINA

Eduardo Alfredo Duro - ARGENTINA

RESUMEN

Actualmente niñas, niños y adolescentes de todo el mundo, sin distinción, experimentan importantes contradicciones al interactuar con el entorno digital. Por un lado, tienen la posibilidad de acceder a herramientas tecnológicas que facilitan la información y comunicación, permitiendo la adquisición de habilidades significativas. Por el otro, enfrentan un espacio caracterizado por su opacidad, en el que sus datos son captados sin la debida información, con fines no conocidos e incluso, no consentidos; son sometidos a prácticas de mercado depredadoras; o bien, expuestos a conductas nocivas o delictivas. Este artículo, otorga algunas recomendaciones para impedir el uso inapropiado de datos de NNA.

INTRODUCCIÓN

En febrero de 2020, la revista *The Lancet* publicó una editorial sobre los riesgos actuales a que se ven expuestos niñas, niños y adolescentes (NNA) que comprometen su futuro en todo el mundo. Al cambio climático y la degradación del medio, a los problemas de las migraciones y los desplazados, a las guerras y las inequidades, se agregan como amenazas para su salud y sus vidas las prácticas comerciales agresivas (*The Lancet*, 2020).

La reflexión es el preludio al artículo contenido en la misma publicación y que da cuenta del trabajo conjunto realizado por la Organización Mundial de la Salud (OMS), el Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) y la revista científica (Comisión Lancet), que busca sentar las bases para un nuevo movimiento global a favor de la salud y de la vida de niñas, niños y adolescentes, de manera de instalarlos al centro de la Agenda 2030 sobre el Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas (Clark, H. et al., 2020).

Los autores expresan que, para cumplir los objetivos de desarrollo sostenible en salud y bienestar infantil de los NNA de ahora y del futuro, es preciso actuar con prontitud para acotar o anular la explotación comercial depredadora, adictiva y extremadamente perjudicial a la que ellos se ven expuestos a través de distintos medios como la prensa, la televisión, las redes sociales, Internet, entre otros, y en diversos ámbitos, especialmente, la promoción de alimentos no saludables, de productos nocivos o tóxicos, de diversos modos de acoso, del uso inapropiado de sus datos, de sus preferencias y rechazos, etc., así como también de sus contactos y amigos.

Al efecto, demandan de manera explícita la adopción de un nuevo Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño por medio del cual se regule el daño comercial al que NNA se ven expuestos, protegiendo a los mismos de “la comercialización de tabaco, alcohol, leche de fórmula, bebidas endulzadas con azúcar, juegos de azar, daños potenciales de las redes sociales y el uso inadecuado de sus datos personales” (p. 606).

Haciendo eco a esta convocatoria, entendiendo la urgencia que existe por detener la explotación comercial despiadada de la que son objetos en la actualidad NNA -conforme la cual continúan siendo vistos como meros objetos (de mercado) antes que como efectivos sujetos de derecho- el presente artículo centra su atención en la interacción de NNA con el entorno digital y el uso abusivo al que, en ocasiones, ellos, ellas y sus datos quedan expuestos bajo las reglas vigentes (de desregulación), que suponen la afectación no sólo de sus derechos humanos, particularmente su privacidad, sino también una amenaza real para la realización de su proyecto vital llegada la vida adulta.

El sugerente lema utilizado, tanto por la editorial como por el artículo de *The Lancet*: “no puede haber excusas y no hay tiempo para perder”, con el cuál

se da cuenta de lo prioritario que es atender a las amenazas que comprometen el futuro de nuestros NNA, es también extensible a los propósitos de este artículo, en tanto busca alertar sobre la urgencia que existe en alcanzar un consenso mundial para cambiar el rumbo en lo que respecta a las prácticas comerciales agresivas, muchas de ellas normalizadas, que se producen en el entorno digital y a las que se ven expuestos NNA sin distinción alguna y permanentemente.

La hipótesis que subyace a esta afirmación plantea que una negativa interacción de NNA con el mundo digital, supone no sólo una grave amenaza para su salud física, mental y social, sino también para su sentido de vida y realización personal, pues puede terminar por afectar en el corto, mediano y largo plazo su condición de sujeto de derecho, en definitiva, su carácter de agente social de cambio capaz de construir por sí su propio proyecto vital.

Para fundamentar este postulado, el presente artículo se divide en tres apartados, en el primero de los cuáles se expone la paradójica situación que supone la participación de NNA en el entorno digital, toda vez que a los favorables efectos y beneficios que este significa para el efectivo ejercicio de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales a través del mayor acceso a la comunicación y la información, se contraponen las nocivas consecuencias que las mismas, tanto la comunicación como la información, pueden generar sobre su salud y bienestar, habida consideración de un uso abusivo de las herramientas digitales, o bien, por un uso inapropiado de las mismas, por la práctica de modelos de mercado o comerciales (declarados o no) que anteponen sus beneficios económicos o de otros tipo al interés de sus destinatarios.

A continuación, considerando las contribuciones realizadas por el propio Comité de los Derechos del Niño a la mejor comprensión de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) a través de sus observaciones generales y, atendiendo, al actual borrador en que el mismo se encuentra trabajando, dedicado precisamente a los derechos de los niños en relación con el entorno digital (Comité de los Derechos del Niño, 2020) el artículo identifica las reglas hasta hoy definidas a favor de la protección de la privacidad de NNA desde una perspectiva de derechos humanos.

El texto concluye sugiriendo algunas recomendaciones para avanzar hacia un acuerdo global que resguarde a NNA de los efectos de una negativa huella digital y prevenga y sancione las prácticas de explotación de sus datos. El objetivo final es evitar que ellos y ellas vean limitado en el futuro el desarrollo de su proyecto de vida ya sea por esa marca que su interacción con el mundo digital ha dejado o por los efectos, directos e indirectos, que la recolección y tratamiento abusivo de sus datos implica al permanecer en el tiempo e incluso ser recuperados, aun después de borrados.

1. CONTRADICCIONES DEL ESPACIO DIGITAL EN EL QUE INTERACTÚAN NNA

Durante la última década, y especialmente en la presente pandemia por COVID-19, el proceso de globalización se ha visto favorecido por la incursión de nuevas y masivas tecnologías y formas de comunicación digital, en las que se incluyen las diferentes redes sociales, lo cual ha significado tanto el desplazamiento de los medios tradicionales de comunicación y el acceso a ingentes cantidades de información, como la mayor exposición de sus usuarios a un entorno dinámico, complejo y abstracto, en el que cada acción y movimiento -cada clic- deja un registro en el mundo virtual, el cual de manera acumulativa genera una marca (huella digital) cuyos efectos, en el largo plazo, no son fáciles de prever. (Sorokin, Sotomayor, Bórquez et al, 2020)

El mundo, espacio, ciberespacio o entorno digital, como quiera denominarse, se integra al día de hoy por una multiplicidad de lenguajes, tecnologías, dispositivos, aplicaciones, redes móviles o digitales las que -haciendo uso de herramientas informáticas diversas, entre las cuales se incluyen la inteligencia artificial y la robótica- permiten a quienes las utilizan no solo acceder a información, contenidos o datos, comunicarlos, difundirlos e interrelacionarlos, sino también conectar en tiempo real a personas, a sus estados anímicos y situacionales, a realidades y formas diversas de ser y estar en el mundo.

El entorno digital ha definido, con su rápida irrupción en el siglo XXI, un nuevo modelo de comunicación intersubjetiva, sometido a códigos y reglas distintas de las habituales, en el que la alteridad (entendida como el “reconocer al otro”), está marcada por la distancia y es mediada por la confianza, siendo el anonimato una posibilidad donde se ha desarrollado una inusual capacidad de oír voces de cuerpos que no se ven y que fácilmente pueden ser falseados.

Es el espacio digital un ambiente vasto, de fronteras difusas y de soberanía entregada en mucho a la capacidad de autorregulación de sus propios usuarios. En él, y con mayor intensidad a propósito de la presente pandemia por COVID-19, interactúan personas de diversos lugares, culturas, orígenes, costumbres, lenguas, edades y condiciones las que buscan comunicar o ser comunicados, informar o ser informados, educar o ser educados, transformar o ser transformados y también, consumir, vender, adquirir o intercambiar bienes y servicios. En este marco, el entorno digital se ha transformado en un terreno fértil para el mercado y para la proliferación de prácticas comerciales, declaradas y lícitas o no.

Pero también, en un ambiente propicio para quienes, aprovechando el anonimato, la virtualidad y los marcos jurídicos deficientes, utilizan este espacio para promover conductas delictivas (entre las que se cuentan un sinnúmero de actividades ilícitas que van desde el robo de datos, las estafas, la suplantación de

identidad hasta conductas de acoso y connotación sexual como el grooming o la producción y venta de pornografía infantil, con los datos obtenidos, entre otros).

Es esta multiplicidad de usos posibles que se puede otorgar al mundo digital lo que enfrenta a NNA usuarios a una permanente contradicción. De un lado, la posibilidad de acceder a una herramienta cada vez más necesaria que abre puertas a la comunicación, a la información, al conocimiento, a nuevas representaciones de los roles sociales, donde el «no acceso» significa en muchos casos una importante pérdida de oportunidad, de posible exclusión o discriminación y la privación de una habilidad comparativa respecto de quienes sí pueden entrar a él. De otro, la exposición a prácticas abusivas o delictivas. Todo ello en el marco de un derecho en transformación, que reclama y exige como una prerrogativa el acceso a la tecnología y la comunicación.

En efecto, la masiva popularidad de la comunicación en línea entre los NNA ha provocado reacciones encontradas, en torno a su uso arbitrario y a las condiciones de madurez requeridas para seleccionar contenidos que la red virtual ofrece. Las preocupaciones se han focalizado en el desarrollo de relaciones superficiales o peligrosas con extraños, la proliferación de noticias o información falsa, en el riesgo de adicción y en el aumento de la probabilidad de ser víctima de ciberacoso. Desde otra perspectiva, se puede considerar a Internet como una oportunidad para mantener y profundizar relaciones creadas de manera presencial, para explorar la propia identidad, encontrar apoyo a problemas del desarrollo en temas sensibles, reforzar habilidades, realizar aprendizajes, impulsar la equidad entre regiones, acercar las diferentes culturas, maneras nuevas de hacer las cosas en espacios antes no imaginados, etc.

Otra cuestión que debe despertar interés en la interacción de NNA con el entorno digital, pero que suele ser obviada, es la exposición a que queda sujeto no sólo su cuerpo físico (por ejemplo, a través de las conductas delictuales de ciberacoso o de connotación sexual como el sexting¹) sino también su identidad física y virtual, integrada por su información personal y sensible que es aportada por el propio NNA (incluso por terceros), o bien, es captada por el espacio digital con el conocimiento y consentimiento, o no, del mismo. Esta información, se integra no solo por datos personales como el nombre, la filiación, la edad, el sexo, el origen, la ubicación geográfica, etc., sino también, por preferencias, gustos, consumos, comportamientos, que son identificados y atribuidos al sujeto según la exploración y búsquedas que el mismo realiza en el espacio digital.

Si bien, esta es una situación a la que se expone el conjunto de la población al interactuar en el mundo digital, las implicancias o el impacto que puede

¹ Difusión a través de las redes de imágenes con contenido sexual. Práctica frecuente entre jóvenes.

tener sobre el proyecto vital de un NNA puede ser considerablemente superior dado el mayor y más intensivo uso que estos hacen y harán del entorno digital a lo largo de sus vidas y desde una edad relativamente temprana.

Aun cuando en la región de América Latina y el Caribe las brechas de acceso a las tecnologías digitales existen y que estas están determinadas fuertemente por la condición económica y social, particularmente por la edad y la localización, se estima que al año 2019, el 66,7% de sus habitantes tenían conexión a Internet. Mientras los más conectados son los grupos etarios de 21 a 25 años y de 26 a 65 años, los jóvenes y adultos mayores son quienes tienen la menor conectividad. Así, se calcula que no poseen conexión a Internet el 42% de los menores de 25 años y el 54% de los mayores de 66 años (Cepal, 2020).

Sin perjuicio de lo anterior, un importante porcentaje de la población menor de 25 años tiene acceso a Internet y ha interactuado, o interactúa, en el entorno digital positiva y/o negativamente, incluidos en lo que hoy conocemos como la generación digital, generación del milenio o generación milénica (del inglés *millennial generation*), quienes tienen habilidades y conocimientos propios de estos entornos.

Sin desconocer las importantes contribuciones que el entorno digital tiene y puede tener sobre la formación y desarrollo de NNA, dado el papel fundamental que éste ha tenido durante la presente crisis sanitaria al permitir dar continuidad al proceso educativo de millones de NNA en el mundo, y sin querer tener presente solo lo malo del mismo, urge prestar mayor atención y tomar decidida acción ante los efectos y las consecuencias futuras, no deseadas que este mundo virtual puede tener sobre NNA, más aún cuando se evidencia que los marcos normativos son deficientes y la capacidad de autorregulación de usuarios y proveedores de servicios es ineficiente.

En este sentido, es preciso recordar que existen prácticas de comercialización que perjudican a los niños y que en algunos casos pueden ser consideradas como formas modernas de explotación. Así, por ejemplo, la evidencia muestra una excesiva exposición a la publicidad, un uso inapropiado de sus datos personales, entregados voluntariamente por padres, cuidadores y los propios niños, ante prácticas tramposas y engañosas de minería de datos, en las que, mediante el cambio de algún servicio, la concesión de premios o promociones, se produce la entrega de información personal en procesos marcados por la confianza de quien los deposita.

En todo el mundo, NNA están expuestos a graves amenazas de publicidad comercial y estatal, al marketing que explota su particular fragilidad a través de procesos de creatividad antes impensados, por el uso de sus datos e imágenes sin posibilidades de control de adultos cuidadores, ya sean familiares relacionados u autoridades gubernamentales ya que hay una fuerte asimetría

entre los gobiernos, las organizaciones civiles y las propias personas frente a las multinacionales “Big Five Tech” o “Big Four”² es abismal. Las tácticas monopólicas que aplican estas grandes plataformas estadounidenses y chinas representan una amenaza concreta para los más vulnerables, como las mujeres y los niños. Como resultado de todo el proceso de globalización, las divisiones Norte-Sur, Oriente-Occidente tradicionales ya no importan (Guru-murthy A. et al., 2019).

Es sabido que empresas comerciales emplean niños como “kidfluencers” en las redes sociales para la promoción de sus productos, convirtiéndolos en creadores de tendencias, haciendo uso de materiales a los que padres y cuidadores no acceden con facilidad en las plataformas más usadas (The New York Times, 2019).

Asimismo, existe evidencia que muestra que las pantallas en general y las redes sociales afectan el sueño y la salud de los niños. Una revisión sistemática sobre la relación entre el uso de Internet y las autolesiones en jóvenes demostró una tendencia a la auto agresión, al comportamiento anormal y que actúa como una fuente de contagio mientras brinda información perjudicial para las personas vulnerables (Marchant, A. et al, 2017, 2018). Los trastornos del sueño tienen relación directa con la intensidad de luz de las pantallas antes de dormir, independiente del contenido (American Academy of Pediatrics, 2001 - Sehn, AP. et al., 2020).

También la evidencia muestra que más comúnmente, los niños y los jóvenes desarrollan el llamado uso problemático de Internet, un término general propuesto para una variedad de comportamientos perjudiciales repetitivos (Fineberg, NA, et al, 2018). De hecho, la Asociación Americana de Psiquiatría ha incluido en la sección 3 de su “Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales” (DSM-5) a los trastornos del juego en Internet (Internet Gaming Disorder) como una adicción; valora para su diagnóstico una “participación recurrente y persistente de juegos grupales sin apuestas con deterioro o malestar clínicamente significativo” (Asociación Americana de Psiquiatría, 2014). Lo propio ha hecho también la OMS, al incluir en la undécima versión de la Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y Problemas Relacionados con la Salud (CIE-11, 2018) como un nuevo trastorno, el juego pernicioso o desorden de jugar de forma adictiva (gaming disorder)³. Estas formas de enfermedades o patologías incursionan ahora en el ciberespacio

² Expresión con la que se conoce a las grandes empresas tecnológicas informáticas que dominan el mercado mundial. Se trata de Amazon, Apple, Google, Facebook y Microsoft.

³ Para más información véase: <http://www.who.int/classifications/icd/en/> y en especial, <https://icd.who.int/browse11/l-m/en>

como una dinámica antes inexistente y que debe ser estudiada y reconocida como parte del cambio sustancial en la vida contemporánea de NNA.

De otro lado, el uso inapropiado de datos personales puede amenazar la seguridad de un NNA mediante el robo de identidad, fraude, manipulación de datos a través de algoritmos no transparentes y sesgados recopilados online de información proporcionada directamente por el niño en un perfil de redes sociales, capturados a través de cookies, datos de ubicación basados en aplicaciones, analizadas y utilizados por empresas con fines no declarados al obtenerlos. Otras fuentes de prospección de datos pueden ser Internet de las cosas, como juguetes conectados a Internet o cámaras de vigilancia del sueño para lactantes, bases de datos escolares, aplicaciones de estudio y comportamiento, datos biométricos y de vacunas, registros de salud digitales, boletos y pases de transporte escolar, etc.

Un registro nominalizado de información que incluye niños se ve en ciertas bases nacionales e internacionales (algunas de organismos del sistema de Naciones Unidas). La agregación de datos de salud de una comunidad es importante para la vigilancia epidemiológica y la investigación operacional pero siempre debe prevalecer el reconocimiento a cada proyecto de vida como prioritario; el derecho a la intimidad debe tratar de protegerse siempre.

Por otro lado, en el mundo de la investigación, se observan trabajos en revistas indexadas que promueven llevar adelante, incluso establecer, vigilancia epidemiológica sobre las publicaciones en las redes sociales. Al efecto, se están desarrollando algoritmos que pueden interactuar con las redes para conocer, por ejemplo, el estado de ánimo de las personas conectadas (Gruebner O. et al., 2017).

Por medio de estas publicaciones se estimula que investigadores de las ciencias sociales y de las ciencias de la salud, especialmente psiquiatras y psicólogos, hagan uso de herramientas de sistemas que pueden extraer datos, validarlos, analizarlos, verificar su potencia estadística, de la información que la población “sube” a las redes sociales en las diferentes plataformas disponibles.

Los organismos de Naciones Unidas como la OMS muestran también interés en Big Data. De hecho, es parte del Plan de Acción Integral sobre Salud Mental 2013 – 2020, desarrollar y fortalecer sistemas de monitoreo de salud mental. En el documento se hace referencia a la utilización de las plataformas comerciales y a la vigilancia epidemiológica de las enfermedades mentales con especial preocupación por el suicidio (Álvarez D., J.A. et al, 2018).

Todo lo dicho, da luces acerca de lo paradójico que puede terminar siendo en la actualidad el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones y la interacción de NNA con el entorno digital, toda vez que la promesa inicial de mayor comunicación, libertad y pluralismo democrático que las mismas herramientas tecnológicas prometían, ha devenido o transformado en un

espacio más cerrado, arbitrario y opaco, según el cual se impide a los usuarios ver los datos que se están buscando. Donde la evolución hacia el control y la vigilancia autorizaría a renombrarlas como Tecnologías de la Información y del Control o nuevas TIC (Gerlero, M., 2019)

En este marco, parece urgente la adopción de acciones certeras y ampliamente consensuadas respecto de los derechos de que gozan NNA al momento de interactuar con el entorno digital, no sólo como una medida para fortalecer su condición actual de sujeto de derecho y combatir con ello su habitual “cosificación” en el espacio virtual, como objeto de mercado, sino también para asegurar que su desarrollo futuro no se vea definido o condicionado por intereses ajenos. En definitiva, para garantizar su condición futura de agente social de cambio, ciudadano real y ciudadano digital.

El derecho a la privacidad e intimidad debe protegerse, en todas las personas, pero especialmente en los NNA, por su carácter de sujeto de derecho todavía socialmente invisibilizado, por su mayor, más intensa y prolongada interacción con el entorno virtual; por su singular fragilidad derivada de su corta edad, formación y experiencia; porque son el futuro y de ellos depende nuestra supervivencia.

DERECHO HUMANO A LA PRIVACIDAD DE NNA EN EL MUNDO DIGITAL

“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su propia vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”.

ART. 12, DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS, 1948

Bien sabemos que privacidad e intimidad son dos expresiones que suelen usarse (o confundirse) como sinónimos, cuya delimitación no es fácil e incluso sus implicaciones son disputadas entre los autores. Sin perjuicio de ello, es posible afirmar que ambas, en tanto derecho humano, limitan las facultades de intromisión no sólo del Estado sino también de terceros sobre aquel espacio personal al cual tiene acceso únicamente el propio individuo, y en determinadas ocasiones el grupo o la colectividad (Martínez-Montauti, J., 2009).

Este espacio íntimo cuyo acceso queda limitado por la voluntad individual es reconocido de manera explícita y con carácter universal, como un atributo de la persona por su condición de tal, tanto en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, como en los demás instrumentos que le siguen y que, hacen parte del derecho internacional de su protección.

A su respecto, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que la protección de las personas contra toda injerencia arbitraria o ilegal en su vida privada (a que refiere el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos

Civiles y Políticos, de 1966) debe estar garantizada respecto de todas las intromisiones y ataques, sea que estos provengan de las autoridades estatales o de personas físicas o jurídicas. Solo serán aceptables aquellas injerencias que estén previstas en la ley y en la medida que no sean arbitrarias, es decir, que estén “en consonancia con las disposiciones, los propósitos y los objetivos del Pacto y sea, en todo caso, razonable en las circunstancias particulares del caso” (párr. 4). Agrega, respecto de la recopilación de información personal -sea por autoridades públicas o entidades privadas o particulares y cualquiera sea el medio que se utilice para ello (computadoras, bancos de datos u otros dispositivos)- que debe ser reglamentada por ley y cabe respecto de ella, a su titular, el derecho para verificar si existen datos personales almacenados, a saber cuáles son éstos, con qué fin se han reunido, quién o qué entidad pública o privada puede controlar tales archivos, y pedir su rectificación o eliminación, si se han elaborado en contravención a la ley o bien, si son incorrectos.

Tal como lo expresa Vázquez la privacidad en sentido estricto, implica la posibilidad de realizar acciones sin la intromisión de terceros, y en sentido amplio, la imposibilidad de terceros de acceder a datos o informaciones personales, si no se cuenta para ello con el debido consentimiento o autorización (Vázquez, R., 2007). Y agrega: “se debe garantizar la privacidad de los individuos para decidir planes de vida y, también, para evitar la interferencia de terceros en algún aspecto de la vida -actual o pasada- que se desea ocultar” (p.409). En definitiva, la privacidad es la garantía suprema del logro del bien ser de cada persona, su desarrollo auténtico basado en su propia autonomía o autodeterminación.

Ahora bien, los alcances del derecho a la privacidad y la intimidad no son fáciles de delimitar en el entorno digital, atendidas las especiales características de este espacio intangible y de fronteras difusas.

En lo que respecta a NNA, como sujetos de derecho y titulares de los datos personales que se comparten -en las redes sociales o a través de las múltiples tecnologías de la información y las comunicaciones disponibles-, es claro que se encuentran cubiertos por la protección que confiere la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN, 1989), la cual expresa en su artículo 16:

1. Ningún niño 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 a su reputación.
2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques.

El Comité de los Derechos del Niño -que trabaja en la formulación de una nueva observación general dedicada a los derechos de los niños en el entorno digital y cuyo borrador ha puesto a disposición el pasado mes de agosto del año 2020- ha expresado que si bien la tecnología digital se instala como un elemento fundamental en la vida actual y futura de NNA, es preciso advertir que sus impactos sobre su bienestar y derechos son inciertos, por lo cual se debe asegurar que la experiencia digital de NNA optimice los beneficios y mitigue los riesgos de daño asociados a su uso (Comité de los Derechos del Niño, 2020).

El Comité entiende que la privacidad de NNA es un elemento vital para su dignidad y seguridad, así como para el ejercicio de su autonomía y demás derechos. Destaca que solo es permisible aquella interferencia sobre la privacidad de NNA que ha sido prevista por la ley, persigue un propósito legítimo; es proporcional y no entra en conflicto con la propia CDN. Requiere de los Estados la adopción de medidas legislativas y de otro tipo para asegurar que la privacidad de NNA “sea respetada y protegida por todas las organizaciones y en todos los entornos que procesen sus datos” (párr. 71). Agrega que el procesamiento de datos de un NNA solo procederá en la medida que los propios NNA hayan consentido previamente en ello, de manera libre e informada, o atendiendo a su edad y grado de madurez, su parente o cuidador.

Sobre la base de los principios generales en los que se asienta la CDN, el Comité termina por delimitar, en su documento, un conjunto de reglas que intentan configurar una guía (marco de acción mínimo) según el cual los Estados Parte debieran orientar las medidas que adopten para garantizar la realización de los derechos de NNA en el entorno digital.

En este sentido, el Comité dispone que se debe garantizar que los NNA no sean objeto de discriminación ni en el acceso ni durante su incursión en el entorno digital. Asimismo, cualquier decisión que se adopte relativa al entorno digital debe tener como una consideración primordial el interés superior del menor, el cual, en tanto concepto dinámico, deberá ser evaluado adecuadamente atendiendo al contexto específico.

Igualmente dispone que, toda medida que se adopte en el espacio digital deberá intentar proteger a NNA de los riesgos y amenazas a la que puedan ver expuesto su derecho a la vida, supervivencia y desarrollo. Estos además deberán ser involucrados al momento de adoptar acciones sobre sus derechos en el entorno digital, escuchando sus necesidades y dando el debido peso a sus opiniones. En este punto, agrega el Comité que “debe asegurarse de que la participación de los niños no dé lugar a un seguimiento indebido o a una recopilación de datos que viole su derecho a la privacidad” (párr. 18).

Asimismo, el Comité exige a los Estados, al revisar y adecuar su marco normativo, garantizar que el entorno digital es compatible con los derechos

consagrados por la CDN y sus Protocolos Facultativos y que lo siga siendo ante los avances tecnológicos y las prácticas emergentes. A tal objeto, entiende, que los Estados deben exigir evaluaciones de impacto sobre los derechos de NNA para fundamentar la adopción de legislación.

La dificultad que encierra el marco fijado por el Comité es que, como suele ocurrir con estas instancias, dispone de reglas vagas (o excesivamente generales), en ocasiones ambiguas y hasta contradictorias, que corren el riesgo de terminar transformándose antes que en una pauta de actuación en una declaración de buenas intenciones, imposible de llevar adelante en la práctica.

De otro lado, seguir exigiendo conductas únicamente de los Estados sin remitir también a las responsabilidades que los demás actores sociales tienen frente al pleno respecto de los derechos humanos -entre los que se cuentan organizaciones públicas y privadas, con y sin fines de lucro, empresas transnacionales y la propia sociedad civil- parece un sinsentido, pues es igual que exigir el cumplimiento de las reglas del juego a solo un equipo o a parte de los jugadores en una partida, autorizando a los otros a hacer uso de mañas o vicios para conseguir ganarla.

Ello no obsta a reconocer los esfuerzos previos desplegados por el propio Comité para delimitar líneas de acción para el sector empresarial en el respeto de los derechos de NNA bajo los términos de la CDN, pero donde igualmente se comete el error de poner el acento únicamente sobre las obligaciones de los Estados (Comité de los Derechos del Niño, 2013)⁴.

Además de las orientaciones aportadas por el Comité de los Derechos del Niño, se observa también el despliegue de otras instancias que buscan establecer bases de rectoría en el entorno digital en el que participan NNA. Así, por ejemplo, cabe destacar la “Child Online Protection Initiative” de la Unión Internacional de Telecomunicaciones para la protección de datos personales de los menores en Internet y en las redes sociales, considerando el derecho a la libre expresión y la protección de la privacidad⁵.

⁴ En efecto, la Observación General N° 16 se dedica a las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño. Así por ejemplo expresa, en su párrafo 53: “La legislación y la reglamentación son instrumentos indispensables para garantizar que las actividades y las operaciones de las empresas no incidan negativamente en los derechos del niño ni los vulnere. Los Estados deben promulgar leyes que den efecto a los derechos del niño por terceras partes y que proporcionen un entorno jurídico y reglamentario claro y previsible que permita que las empresas respeten los derechos del niño. Para cumplir su obligación de adoptar medidas legislativas y reglamentarias apropiadas y razonables para garantizar que las empresas no infrinjan los derechos del niño, los Estados deberán reunir datos, pruebas y estudios para identificar los sectores empresariales específicos que sean motivo de preocupación”.

⁵ Que integra el programa Child Online Protection (COP). Para mayor información: <https://www.itu.int/en/ITU-D/Cybersecurity/Pages/COP.aspx>

3. RECOMENDACIONES PARA IMPEDIR EL USO INAPROPIADO DE DATOS PERSONALES DE NNA EN EL ENTORNO DIGITAL

Conforme todo lo expuesto, se observa que bajo el modelo actual de interacción de NNA con el entorno digital, las amenazas a que estos se ven expuestos pueden derivar tanto de actividades que ellos desarrollan en el espacio digital, como de la interacción de terceros con el mismo. Lo cual ocurre, por ejemplo, cuando los padres promueven, con conocimiento o no de las implicancias que ello tiene, la exposición de datos personales o imágenes del niño, a través de redes sociales.

En esta línea, algunos datos muestran que el 70.1% de los adolescentes utiliza su nombre y apellidos en su perfil de redes sociales -lo cual no resulta extraño ya que es necesario algún dato de identificación para hacer uso del servicio- y el 25.4% sube, con asiduidad, vídeos o fotos personales. Más preocupante es el porcentaje de adolescentes que desvelan datos personales a desconocidos: nombre y apellidos (19.4%); dirección de correo electrónico, de Messenger o teléfono (9%); fotos o vídeos en las que aparece él mismo (7.3%) y la dirección dónde viven (2.6%). Los jóvenes de 15 a 17 años tienden más a aportar datos personales a desconocidos (Catalina, B., 2014).

Pero también, las amenazas a la privacidad de NNA en el entorno digital puede derivar de la actividad de recopilación y procesamiento de datos por parte de instituciones públicas o privadas, organizaciones con o sin fines de lucro, que desarrollan actividades legítimas o al margen de la ley, y que de manera mecánica o automatizada captan y acumulan datos, generan perfiles y predicen comportamientos (vigilancia digital).

Evitar entonces, el uso inapropiado o malicioso de la información, datos y comportamientos relativos a NNA vertidos en el entorno digital debe transformarse en un objetivo prioritario si lo que se desea es resguardar no solo la privacidad e intimidad de NNA, sino también su integridad en tanto sujeto de derechos y la posibilidad de trazar libre y autónomamente un proyecto de vida futuro sin condicionamientos mediados por su huella digital.

Ello exige necesariamente de la adopción de acciones concretas y efectivas que permitan, de un lado, transformar a NNA en actores sociales relevantes del entorno digital -restándolos al menos en este ámbito del permanente déficit de ciudadanía que incluso hoy, y a más de 30 años de la adopción de la CDN, continúan padeciendo. De otro, superar la condición de sociedad adormecida, anestesiada o inconsciente en la que hemos caído y marcada por la inercia y el desinterés frente a la expansión y el poder de corporaciones y la concentración de la vigilancia y control del ciudadano que se produce a través del entorno digital (Gerlero, M., 2019).

En cuanto al primer objetivo, en lo que respecta a empoderar a NNA como efectivos sujetos de derecho en el entorno digital, se deben privilegiar las reglas definidas en favor de la protección de la privacidad de NNA desde una perspectiva de derechos humanos, a través de la propia Convención como por la actuación del Comité de los Derechos del Niño.

En este punto, y en lo que dice relación con el tratamiento automatizado de datos personales de NNA, se debe respetar el derecho del niño a la privacidad, de modo que no se llevará a cabo de forma rutinaria, indiscriminada, o sin el conocimiento del niño, o en el caso de niños muy pequeños sus padres o cuidadores, y en cuanto sea posible le asistirá el derecho a oponerse a dicha vigilancia⁶.

La privacidad e intimidad de NNA de esta forma se debe priorizar del uso comercial o de cualquier otro tipo de situación que los vulnere por medio de regulaciones que castiguen duramente todos los intentos de utilizarlos con cualquier finalidad que no resalte sus mejores intereses, es decir, que los instrumentalice para otros fines tratándolos como objetos de mercado.

En igual línea, es preciso avanzar decididamente en educación digital, manteniendo una actitud respetuosa hacia el niño y su entorno, instruyendo a sus padres, cuidadores, maestros y redes vinculares para que sean ellos quienes resguarden los derechos de los niños, especialmente, cuando ellos son pequeños y les eduquen en la autorregulación, la adopción de rutinas saludables y horarios de uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones.

Establecer además campañas de difusión y divulgación masiva mediante cortos en los mismos medios que hacen parte del entorno digital y las TIC, parece una herramienta costo-efectiva, necesaria de implementar.

En la medida que los niños crezcan y maduren, es preciso dedicar esfuerzos para poner a su disposición información necesaria y educarlos para convertirlos en los mejores defensores de sus propios derechos.

Las sociedades científicas hacen referencia en sus documentos y guías para la práctica que NNA tienen que ser respetados, cuidados e informados. Si acordamos que la autonomía no es un absoluto sino una construcción que se va logrando a lo largo del desarrollo (autonomía progresiva), tal como lo reconoce el artículo 12 de CDN, el derecho a ser escuchado en tanto sujeto de derecho implica para los adultos respetar sus opiniones, especialmente en lo que refiere a su salud y a sí mismo.

Pero, tratándose de personas en desarrollo que adquirirán diferentes grados de madurez según su edad, tanto cronológica como mental, así como de sus experiencias vitales, y tratándose de su interacción con el entorno digital, será indispensable tener en cuenta en cada caso, en cada NNA, la relación que existe entre el proceso cognitivo y las posibilidades de comprensión.

⁶ Comité de los Derechos del Niño, 2020, párr. 76.

Esto significa en la práctica que, en cuanto sea posible, se debe evitar exponer a estos espacios a menores de tres años y limitar su acceso para los menores de seis años. Asimismo, y de acuerdo con la evolución del pensamiento, parece aceptable proponer que sea a partir del período de la infancia, que va de los 7 a los 12 años, para que se libere la exposición a las TIC, adecuando el mensaje saludable a un lenguaje comprensible y evaluando las posibilidades de entendimiento.

A partir de los 12 años, sería posible el acceso a dispositivos móviles como teléfonos celulares, smartphones, etc. No es arbitraria la edad mencionada, pues es a partir de los 12 años en que se establece la posibilidad de lograr un pensamiento más complejo y cuando la reflexión se vuelve una característica más acentuada dentro de las actividades mentales. La sola posibilidad de construir sistemas y teorías dentro del campo del pensamiento hace que sea posible formular preguntas y cuestionar aquellos aspectos que lo ameriten a juicio del adolescente.

Deberían tomarse en cuenta también no sólo las estructuras cognitivas sino asimismo el desarrollo afectivo y emocional y en consideración al artículo 14 de la CDN, el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión por una parte y las obligaciones del Estado de respetar los derechos y deberes de los padres de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades por la otra.

En el otro grupo de medidas, orientadas a vencer los obstáculos que supone el carácter de sociedad adormecida, anestesiada o inconsciente que acepta sin condición el actuar conocido e invisible de quienes interactúan en el entorno digital, parece preciso poner término no ya a los analfabetos digitales sino a los analfabetos en ciudadanía, es decir, a aquellos “ciudadanos que estando empoderados en su rol de actor social continúan comportándose pasivamente en los asuntos que son de su interés, permitiendo que terceros decidan cursos de acción sin considerar sus deseos ni necesidades y permaneciendo impávidos ante marcos normativos que promueven tal modelo” (Bórquez, 2015).

En otras palabras, es preciso primero empoderar a las personas para luego impulsar a actuar en sintonía, puesto que lo que hay tras el entorno digital y su manejo es un asunto de interés público frente a la cual no cabe permanecer impasible.

Uno de los principales desafíos en la protección de los derechos de NNA frente a las plataformas empresariales comerciales depredadoras es establecer límites claros a sus actividades de explotación. Ello exige, frente a estas tecnologías complejas, reflexionar, deliberar y establecer políticas universales que se adelanten a las posibilidades técnicas específicas. Atendiendo el impacto que actualmente tiene el entorno digital y las TIC sobre el proyecto vital de las personas, en especial, NNA parece necesario y urgente adoptar un nuevo ins-

trumento internacional de protección de los derechos humanos que disponga de reglas del juego uniformes cuya finalidad sea en último término garantizar la supervivencia de los seres humanos como sujetos libres no condicionados intencionadamente por la acción de terceros, otros humanos o maquinarias robóticas o de inteligencia digital.

Por lo pronto, la protección de los NNA y la gobernanza de datos deben ser acompañadas de sólidas medidas de transparencia y rendición de cuentas, vigilando desde la ciudadanía la economía plataformizada. Los organismos de Naciones Unidas deberían establecer una cautela frente a prácticas no éticas de las plataformas, evitar y denunciar su utilización, cuando y a pesar de declarados fines altruistas, vulneran declaraciones propias y vinculantes en materia de derechos humanos.

A nivel nacional, la ciudadanía y sus representantes, la academia y las organizaciones de la sociedad civil tienen la obligación de denunciar la explotación por extractivismo de datos de cualquier tipo, especialmente cuando los niños están involucrados; y a realizar evaluaciones de las nuevas tecnologías que están o ingresen al mercado.

Conseguir que la sociedad aprenda a escuchar y valorar la opinión de los NNA reconociendo su papel en la comunidad y respetando sus derechos supone un gran desafío en el que las redes sociales están llamados a desarrollar un papel fundamental. Es necesario que les aporten todo aquello que pueda beneficiarlos, en relación con la información vinculada con el cuidado, la salud y la educación al mismo tiempo que los proteja de los malos usos y abusos que están los asedian. Por eso, es evidente que se necesita cambiar el rumbo y ello nos involucra a todos en la defensa de esos derechos personalísimos y su posible vulneración.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ DÍAZ, J. A.; DURO, E. A.; GUBERT, I. C.; CARDOZO DE MARTÍNEZ, C. A.; SOTOMAYOR, M. A.; LÓPEZ DÁVILA, L. M.; DURO, A.; NIÑO MOYA, R. Y SOROKIN, P. (2018). Entre Huxley y Orwell: Big Data y salud. Rev Lat Sociol 8(2):23-33, [acceso electrónico], 23 octubre, <https://revistas.udc.es/index.php/RELASO/article/view/relaso.2018.8.2.2951>
- AMERICAN ACADEMY OF PEDIATRICS. (2001). Children, Adolescents, and Television. Committee on Public Education. Pediatrics. Feb;107(2):423-6. <https://doi.org/10.1542/peds.107.2.423>
- ASOCIACIÓN AMERICANA DE PSIQUIATRÍA, MANUAL DIAGNÓSTICO Y ESTADÍSTICO DE LOS TRASTORNOS MENTALES (DSM-5*), 5^a Ed. Arlington, VA, Asociación Americana de Psiquiatría, 2014.
- BÓRQUEZ, B. (2015). Del objeto al sujeto: los adolescentes como actores en el espacio sanitario. Tesis Doctoral. Universidad de Barcelona. <http://hdl.handle.net/2445/63235>

- CATALINA, B., LÓPEZ DE AYALA, M.C., GARCÍA, A. (2014). Los riesgos de los adolescentes en Internet: los menores como actores y víctimas de los peligros de Internet. Revista Latina de Comunicación Social, (69), 462-485, [acceso electrónico], <https://www.redalyc.org/comocitar.oa?id=81931771008>
- CLARK, HELEN ET AL. A future for the world's children? A WHO-UNICEF-Lancet Commission. The Lancet, Volume 395, Issue 10224, 605-658, [edición electrónica], February 22, [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(19\)32540-1](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(19)32540-1)
- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. (1998). Observación General N° 16 Derecho a la intimidad (artículo 17). [acceso electrónico], https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCCPR%2fGEC%2f6624&Lang=es
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. (2013). CRC/C/GC/16 Observación General N° 16 sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño. [acceso electrónico], 17 abril, https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f16&Lang=en
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. (2020). CRC/C/GC/25 Borrador de Observación General N° 25 Derechos de los niños en relación con el entorno digital. Texto solo disponible en inglés. [acceso electrónico], 13 agosto, https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC/C/GC/25&Lang=en
- CEPAL. (2020). Informe Especial COVID-19 Universalizar el acceso a las tecnologías digitales para enfrentar los efectos del COVID-19. [acceso electrónico], 26 agosto, https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/45938/4/S2000550_es.pdf
- GERLERO, M. (2019). Capítulo 1 Las redes sociales: los riesgos y conflictos socio-jurídicos. En: Gerlero, M., Lezcano, J.M., Liceda, E (Comp.). Derechos en la sociedad digital: las redes sociales, la privacidad, y la intimidad como fenómenos socio-jurídico problemáticos. [acceso electrónico], <https://core.ac.uk/download/pdf/275659205.pdf>
- GRUEBNER O, SYKORA M, LOWE SR, SHANKARDASS K, GALEA S, SUBRAMANIAN SV. (2017). Big data opportunities for social behavioral and mental health research. Soc Sci Med., [acceso electrónico], Jul 22, pp-167-169, <https://doi.org/10.1016/j.socscimed.2017.07.018>
- GURUMURTHY A, CHAMI, N. (2019). Development Justice in the Digital Paradigm: Agenda 2030 and Beyond. Development, vol. 62, no 1-4, p. 19-28.
- NA FINEBERG, Z DEMETROVICS, DJ STEIN, K IOANNIDIS, MN POTENZA, E GRÜNBLATT, M BRAND, J BILLIEUX, L CARMI, DL KING, JE GRANT, M YÜCEL, B DELL'Osso, HJ RUMPF, N HALL, E HOLLANDER, A GOUDRIAAN, J MENCHON, J ZOHAR, J BURKAUSKAS, G MARTINOTTI, M VAN AMERINGEN, O CORAZZA,

- S PALLANTI, SR CHAMBERLAIN. (2018). Manifesto for a European research network into Problematic Usage of the Internet, [acceso electrónico], European Neuropsychopharmacology, Volume 28, Issue 11, pages 1232-1246, ISSN 0924-977X, <https://doi.org/10.1016/j.euroneuro.2018.08.004> (<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0924977X18303067>)
- MARCHANT A, HAWTON K, STEWART A, MONTGOMERY P, SINGARAVELU V, ET AL. (2017). A systematic review of the relationship between internet use, self-harm and suicidal behaviour in young people: The good, the bad and the unknown. [acceso electrónico], August 16, PLOS ONE 12(8): e0181722. <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0181722>
- MARCHANT A, HAWTON K, STEWART A, MONTGOMERY P, SINGARAVELU V, ET AL. (2018). Correction: A systematic review of the relationship between internet use, self-harm and suicidal behaviour in young people: The good, the bad and the unknown. [acceso electrónico], March 1, PLOS ONE 13(3): e0193937. <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0193937>
- MARTÍNEZ-MONTAUTI, JOAQUÍM. (2009). Artículo 9. Privacidad y confidencialidad. En: Casado, M. (coord.). Sobre la Dignidad y los Principios. Análisis de la Declaración Universal Sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO. Ed. Aranzadi, España, pp. 267-276.
- SEHN, A.P., GAYA, A.R., DIAS A.F., ET AL. (2020). Relationship between sleep duration and TV time with cardiometabolic risk in adolescents. Environ Health Prev Med., Aug 21;25(1):42. <https://doi.org/10.1186/s12199-020-00880-7>
- SOROKIN, P.; SOTOMAYOR, M. A.; BÓRQUEZ, B.; MARTÍ, M.; DURO, A.; QUIROZ, E.; MUÑOZ, A.; DURO, E. A.; CZUBAJ, F.; RUEDA, L.; BENITES, E.; PUTALLAZ, P. R.; RESETT, S.; GUBERT, I. C.; LÓPEZ, L. M.; MPOLÁS, A.; ANDREAU, M. Y VERGÈS, C. (2020) Datos en tiempos de pandemia: la urgencia de un nuevo pacto. Reflexiones desde América Latina y el Caribe en: 2020; 50: 221-237. [edición electrónica] <https://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/31832/32137>
- THE LANCET. (2020). No excuses and no time to lose. Editorial. The Lancet, Volume 395, Issue 10224, 538. [edición electrónica], February 18, [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(20\)30255-5](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(20)30255-5)
- THE NEW YORK TIMES. (2019). Online and Making Thousands, at Age 4: Meet the Kidfluencers. [edición electrónica], March 1, <https://www.nytimes.com/2019/03/01/business/media/social-media-influencers-kids.html>
- VÁZQUEZ, RODOLFO. (2007). Privacidad y publicidad en torno a la información genética. En: Casado, M. (Comp.) Nuevos materiales de bioética y derecho. Fontamara, México, pp.407-420.

INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y DERECHO A LA PRIVACIDAD EN LOS CASOS DE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL

Luciana B. Scotti - ARGENTINA

Leandro Baltar - ARGENTINA

RESUMEN

La intimidad es un derecho inherente a toda persona humana. Desde la vigencia de la Convención de los Derechos del Niño, de rango constitucional en la República Argentina, estos seres jurídicamente más vulnerables fueron reconocidos como sujetos activos y beneficiarios de múltiples derechos, entre ellos a la protección de sus vidas privadas y familiares. En el presente trabajo, nos proponemos analizar cómo se ha vulnerado la privacidad en los procesos de restitución internacional de niños, niñas y adolescentes en algunos casos jurisprudenciales, y reflexionaremos sobre la necesidad de su debida garantía, a la luz del principio de interés superior del niño.

ABSTRACT

Privacy is an inherent right of every human person. Since the entry into force of the Convention on the Rights of the Child, with constitutional status in Argentine, these vulnerable subjects were recognized as active subjects and beneficiaries of multiple rights, including the protection of their private and family lives. In this paper, we propose to analyze how privacy has been violated in the international child abduction processes in some jurisprudential cases, and we will reflect on the need for its due guarantee, in light of the principle of the best interests of the child.

RÉSUMÉ

La vie privée est un droit inhérent à toute personne humaine. Depuis l'entrée en vigueur de la Convention relative aux droits de l'enfant, de rang constitutionnel en Argentine, ces sujets juridiquement plus vulnérables ont été reconnus comme sujets actifs et bénéficiaires de divers droits, entre eux, la protection de leur vie privée et familiale. Dans cet article, nous proposons d'analyser comment la vie privée a été violée dans les processus d'enlèvement international d'enfants et des adolescents dans certaines affaires jurisprudentielles, et nous réfléchirons à la nécessité de sa juste garantie, à la lumière du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant.

LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA PRIVACIDAD Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO HACIA UNA NOCIÓN DE “INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO”

La Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 (CDN), de rango constitucional en la República Argentina (art. 75 inc. 22 CN), contribuyó a la configuración de nuevos paradigmas afectando de manera transversal incontables institutos. En efecto, este texto produce una ruptura con las concepciones jurídicas precedentes al atribuirles a los niños derechos activos como la libertad de opinión, o la intimidad y no sólo derechos pasivos como a la alimentación o educación¹.

En nuestro país, este paradigma se inaugura con la CDN, se afianza con la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes N° 26.061, y alcanza su máxima expresión con el Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) en vigor desde el 1 de agosto de 2015.

Tal como señala Andreas Bucher en su *Curso de la Academia de La Haya de Derecho Internacional*, del año 2000: “Sans affaiblir le rôle de l'intérêt de l'enfant (...), la Convention consacre désormais dans la plupart de ses dispositions des droits de l'enfant, respectivement des obligations de l'Etat et des parents envers l'enfant, qui sont définis dans la Convention sans être subordonnés à une appréciation préalable de l'intérêt de l'enfant dans le cas particulier. L'enfant est ainsi traité comme un sujet de droit, disposant en principe de sa propre autonomie, personnelle et juridique”².

El mencionado artículo 3, párrafo 1, de la CDN otorga al NNA el derecho a que se considere y tenga en cuenta de manera primordial su interés superior en todas las medidas o decisiones que le afecten, tanto en la esfera pública como en la privada, con la finalidad de garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos fundamentales del niño y su desarrollo holístico³.

En similar inteligencia, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), adoptada el 18 de diciembre de 1979, en vigor en Argentina y también con jerarquía constitucional, en su art. 5.b) alude al interés de los hijos como la consideración primordial en todos los casos.

¹ García Méndez, Emilio, *Derecho de la Infancia-Adolescencia en América Latina: De la situación irregular a la protección integral*, Ed. Forum Pacis, Santa Fe de Bogotá, 1994.

² Bucher, Andreas, “La famille en droit international privé”, en *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, tome 283 (2000), p. 21. Consultado online 31 julio de 2021 http://dx.doi.org/10.1163/1875-8096_pplrdc_A9789041114907_01

³ Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1, CRC/C/GC/14), párrafos 1 y 4. Disponible en: <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=51ef9aa14>

A su turno, en la Opinión Consultiva 17 del 28 de agosto 2002, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) sostuvo que: “el interés superior del niño debe ser entendido como la premisa bajo la cual se debe interpretar, integrar y aplicar la normativa de la niñez y la adolescencia, y que constituye, por ello, un límite a la discrecionalidad de las autoridades en la adopción de decisiones relacionadas con los niños...”⁴.

El Comité de los Derechos del Niño (CRC, por sus siglas en inglés) en la Observación general Nº 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1) subraya que el interés superior del niño es un concepto triple: a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida; b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño.; y c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto o en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño interesado⁵.

En esta inteligencia, Grammaticaki-Alexiou en su reciente *Curso de la Academia de La Haya* de 2019 considera que: “The best interests of the child principle is a very general, dynamic concept that encompasses various issues that are continuously evolving. It is a subjective right, applied in all decision-making concerning a child, an interpretative legal principle and a procedural rule”⁶.

En el derecho interno argentino, el artículo 3 de la Ley 26.061 “entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley (...).”.

La disposición expresamente señala que cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.

Por su parte, un importante número de normas del Código Civil y Comercial de la Nación se refieren al interés superior del menor⁷.

⁴ CIDH, OC 17/2002. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf

⁵ Idem nota 3, párrafo 6.

⁶ Grammaticaki-Alexiou, Anastasia, “Best Interests of the Child in Private International Law, en Collected Courses of the Hague Academy of International Law, volume 412 (2019), p. 294. Consultado online 31 de julio de 2021 http://dx.doi.org/10.1163/1875-8096_pplrdc_A9789004448995_02

⁷ Artículos 26, 64, 104, 113, 595, 604, 621, 627, 639, 671, 706, 2634, 2637, 2639, 2642.

En suma, como señala María Susana Najurieta, el impacto del paradigma del interés superior del niño “ha sido espectacular: a) en las reformas de las legislaciones nacionales; b) en la configuración del orden público internacional de cada Estado, y c) en la decisión concreta de los órganos jurisdiccionales y administrativos con competencia en los conflictos de niños y niñas, que deben resolver las tensiones entre la declamación abstracta del interés superior de todo niño y el caso bajo decisión, que compromete el presente y el futuro de un niño concreto”⁸.

B) EL DERECHO A LA VIDA PRIVADA A LA LUZ DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

El Comité de los Derechos del Niño en la mencionada Observación general N° 14 (2013) ha afirmado que: “lo que a juicio de un adulto es el interés superior del niño no puede primar sobre la obligación de respetar todos los derechos del niño enunciados en la Convención”. Asimismo, recuerda que en la Convención no hay una jerarquía de derechos; todos los derechos previstos responden al ‘interés superior del niño’ y ningún derecho debería verse perjudicado por una interpretación negativa del interés superior del niño⁹.

En efecto, dentro de estos derechos, el artículo 16 CDN incorpora, en la categoría de ‘derechos fundamentales’, a la protección de la intimidad indicando que no deben ser “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 a su reputación”. En el segundo inciso expresamente se menciona que todo niño “tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques”. Como puede apreciarse, el alcance de este derecho está delimitado por la Convención en términos similares a los que figuran en otros instrumentos de derechos humanos.

En este sentido, no podemos omitir la mención de los instrumentos internacionales enumerados en el artículo 75 inciso 22 de la CN, que adquirieron jerarquía constitucional a partir 1994. Entre ellos, el art. 5 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, el art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 así como el art. 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969.

En nuestro país, el derecho a la privacidad e intimidad familiar de todo NNA está protegido y comprendido en el artículo 10 de la Ley 26.061 sobre Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. En dicho artículo se establece que “tienen derecho a la vida privada e intimidad

⁸ Najurieta, María Susana, “Principios y caracteres del derecho internacional privado de la infancia con especial referencia a las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación”, en Revista Jurídica de Buenos Aires, año 41, número 93, 2016, p. 136.

⁹ Idem nota 3, párrafo. 4.

de y en la vida familiar". En el art. 22 se establece la expresa prohibición de "exponer, difundir o divulgar datos, informaciones o imágenes que permitan identificar, directa o indirectamente a los sujetos de esta ley, a través de cualquier medio de comunicación o publicación en contra de su voluntad y la de sus padres, representantes legales o responsables, cuando se lesionen su dignidad o la reputación de las niñas, niños y adolescentes o que constituyan injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada o intimidad familiar".

A esta altura, es muy importante destacar que una derivación del principio de protección del interés superior del niño y del derecho a la intimidad es la reserva y confidencialidad de los datos vinculados con los procesos que involucran a niñas, niños y adolescentes pues la circulación de ellos se traduce en efectos estigmatizantes afectando su ulterior inserción social. En este sentido, la CIDH tiene dicho que: "Cuando se trata de procedimientos en los que se examinan cuestiones relativas a menores de edad, que trascienden en la vida de éstos, procede fijar ciertas limitaciones al amplio principio de publicidad que rige en otros casos, no por lo que toca al acceso de las partes a las pruebas y resoluciones, sino en lo que atañe a la observación pública de los actos procesales. Estos límites atienden al interés superior del niño, en la medida en que lo preservan de apreciaciones, juicios o estigmatizaciones que pueden gravitar sobre su vida futura"¹⁰ (el resaltado nos pertenece).

EL DERECHO A LA PRIVACIDAD EN LOS PROCESOS DE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

Resultan especialmente conflictivos aquellos casos en los que los progenitores son quienes terminan transgrediendo y lesionando este derecho. Muchas veces es la propia situación emocional la que lleva a este camino, lo cual no justifica el obrar pero permite comprender el motor que impulsa la violación. A modo de ejemplo, puede citarse lo acontecido en los autos "Recurso de hecho deducido por C. R. S. y por sí en representación de su hija menor de edad en la causa V., M. c/ S. Y., C. R. s/ restitución internacional de niños"¹¹, en el que la propia madre expuso la historia que se encontraba atravesando mediante una publicación -que circuló digitalmente- titulada: "Mi casa es aquí"¹², replicado en otros sitios¹³, dando detalles y su versión de la historia de la cual no puede accederse siquiera

¹⁰ CIDH, Opinión Consultiva OC-17/2002 del 28 de agosto de 2002, párrafo 134.

¹¹ CSJN, 22/10/2020.

¹² Ver <https://www.elcochetealaluna.com/mi-casa-es-aqui/>

¹³ Ver <https://infobaires24.com.ar/wp-content/uploads/2020/10/mi-casa-es-AQUI-3.pdf>

leyendo la propia sentencia. Diversos medios se hicieron eco de esta situación publicando notas y entrevistas tanto con la madre como con su letrada¹⁴.

Antes de ingresar en el análisis más detallado de la jurisprudencia sobre el tema que nos ocupa, realizaremos unas breves referencias a las normas vigentes en materia de sustracción o restitución internacional de niños.

MARCO NORMATIVO DE LA RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS

Los procesos de restitución gozan de un tratamiento a nivel convencional sumamente efectivo. Dentro de los ratificados por Argentina, encontramos el Convenio del 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, celebrado en el ámbito de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, aprobado por nuestro país por la ley 23.857 y ratificado el 1º de junio de 1991¹⁵ (CH1980). Asimismo, en el ámbito regional, contamos con la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (CIDIP IV), celebrada en Montevideo, en 1989, en el marco de la Organización de Estados Americanos¹⁶. Además, los Estados celebraron acuerdos bilaterales. Entre ellos, cabe mencionar el Convenio uruguayo-argentino sobre Protección Internacional de Menores, en vigor desde el 10 de diciembre de 1982.

Lamentablemente nuestro país no cuenta con una normativa a nivel nacional que regule e instaure un proceso especial de restitución. Esta carencia genera consecuencias negativas en varios sentidos, entre ellos la demora en la solución se vuelve uno de los principales problemas a resolver. Este vacío normativo viene cosechando críticas desde la doctrina especializada, incluso la propia CSJN exhortó al Poder Legislativo para que estime la necesidad o conveniencia de hacer uso de sus atribuciones para dictar una ley que se ajuste a la finalidad del CH 1980 y coadyuve al cumplimiento de las obligaciones asumidas por

¹⁴ Ver <https://www.pagina12.com.ar/272860-volver-al-pasado-como-forma-de-violencia>; <https://www.ellitoral.com.ar/corrientes/2020-6-26-1-0-0-polemica-restitucion-de-una-nina-argentina-con-conexion-a-francia>; https://www.clarin.com/sociedad/2-anos-nacio-argentina-justicia-francia-dice-debe-vivir-alla-padre_0_lsn9iMac0.html; <https://www.identidadcorrentina.com.ar/index.php/internacionales/33129-tiene-2-anos-y-nacio-en-argentina-pero-la-justicia-dice-que-debe-vivir-en-francia-con-su-padre>

¹⁵ A la fecha (agosto de 2021) cuenta con 101 Estados partes.

¹⁶ A la fecha (agosto de 2021) cuenta con 14 Estados partes. Entre ambos convenios multilaterales, prevalece la CIDIP IV (art. 34), sin embargo, los Estados Parte podrán convenir entre ellos de forma bilateral la aplicación prioritaria del CLH 1980. Además, la CIDIP IV dispone que no restringirá las disposiciones de convenciones que sobre esta misma materia hubieran sido suscritas o que se suscribieren en el futuro en forma bilateral o multilateral por los Estados Parte, o las prácticas más favorables que dichos Estados pudieren observar en la materia (art. 35).

nuestro país al suscribirlo¹⁷. En los últimos años comenzó a gestarse en algunas provincias una tendencia a regular los procedimientos de restitución¹⁸.

A nivel nacional, el Poder Ejecutivo ha presentado un proyecto de ley (EXP PE N° 366/18), del cual son antecedentes los proyectos del año 2014 (EXP 5903 -D -2014) y del año 2016 (EXP 4738-S-2016). Fue aprobado por el Senado el 17 de julio de 2019. Sin embargo perdió trámite legislativo, lamentablemente, en febrero de 2021.

Es destacable la labor de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que ha elaborado el Protocolo de Actuación para el Funcionamiento de los Convenios de Sustracción Internacional de Niños, ante la ausencia de norma procedimental de alcance nacional¹⁹. Estas reglas de *soft law*, en tanto no son vinculantes, fueron aprobadas por la Comisión Nacional de Acceso a la Justicia el 12 de diciembre del 2016²⁰.

EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN LOS PROCESOS DE RESTITUCIÓN

En relación con el Derecho Internacional Privado, un importante sector de la doctrina ha afirmado que el interés superior del menor constituye un factor de progreso y de unificación de esta disciplina²¹.

En este sentido, Santos Belandro señala que “el protagonismo de los elementos fácticos del caso concreto para la evaluación del interés superior del

¹⁷ CSJN, “G., L. s/ por su hijo G.P., T. por restitución s/ familia p/ Rec o Ext. de Incons tit.”, 27/12/16.

¹⁸ Destacan la Ley N° 10419 de la Provincia de Córdoba; así como la Ley N° 3134 del 25 de julio de 2018 sancionada por Neuquén. También Entre Ríos cuenta con una acordada que establece el proceso de restitución internacional de menores, aprobado por Acuerdo General N° 13/15 del 19-05-15, con entrada en vigencia desde el 1 de junio de 2015. La provincia de Misiones lo regula en los arts. 679 a 695 del Código Procesal Civil, Comercial, de Familia y Violencia Familiar; y Mendoza lo incluye en su Código Procesal de Familia y Violencia Familiar (Ley N° 9. 20), publicado en el B.O. el 21 de noviembre de 2018 (arts. 208 y 227).

¹⁹ Diversas provincias adhirieron a este Protocolo mediante Acordadas de sus superiores tribunales (entre otras, Entre Ríos, Mendoza, San Luis, Tucumán, Río Negro, Salta).

²⁰ La aplicación de este Protocolo ha permitido una considerable reducción de los plazos de duración de tales procesos a nivel local, en el orden de “entre seis y ocho meses, incluyendo, según el caso, las vías recursivas y la ejecución de la sentencia”. Cfr. Pannatti, Marcela Virginia y Pennise Iantorno, María Soledad, “Protocolo de Actuación para el Funcionamiento de los Convenios sobre Sustracción Internacional de niños. Balance a dos años de su aprobación” en Revista Jurídica, Número 4, agosto 2019, Disponible en <http://www.amifn.org.ar/2019/08/05/protocolo-de-actuacion-para-el-funcionamiento-de-los-convenios-sobre-sustraccion-internacional-de-ninos-balance-a-dos-anos-de-su-aprobacion>.

²¹ Cfr. Borras, Alegría, “El interés del menor como factor de progreso y unificación del derecho internacional privado”, en Revista Jurídica de Catalunya, pp. 47 - 122.

menor obliga a modificar el método tradicional utilizado en nuestra disciplina, a la regla de conflicto clásica, considerada abstracta, general, neutra (...) Su apariencia de abstención ante los problemas de los individuos específicos, permiten visualizarla como asumiendo una actitud solemne, que sólo se afanara por buscar la localización de la relación jurídica privada internacional recurriendo al criterio de la proximidad. Nada más lejos de lo que trasmite el criterio del interés superior del menor (...) Se trata de un concepto que abre las puertas a un nuevo derecho internacional privado”²².

Coincidimos, asimismo, con Najurieta quien sostiene: “No existe un único concepto abstracto del interés superior del menor de edad. Cada instituto tiene sus prioridades, que están dadas por la operatividad de los derechos fundamentales. Para comprender estos matices es necesario que la autoridad competente aprecie en profundidad las circunstancias del caso y realice los razonamientos que permitirán satisfacer las orientaciones materiales dadas por el legislador²³.

Ahora bien, en materia de restitución internacional de niños, la aplicación de la CH1980 así como la CIDIP IV juegan como complementos de la CDN y en este sentido debe quedar muy claro que el interés a proteger es el del niño.

En el Preámbulo del Convenio de La Haya de 1980, aun cuando su aprobación es anterior al CDN, se afirma la profunda convicción de que los intereses del menor son de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia.

En similar inteligencia, el Protocolo de actuación dispone entre sus objetivos especiales: “asegurar que la consideración del interés superior del niño sea el eje central durante todo el proceso”. Además, en el punto 5 enumera los principios rectores y el primero es el interés superior del niño, que “debe ser entendido como el derecho a no ser trasladado o retenido ilícitamente, a que se dilucide ante el Juez de su residencia habitual la decisión sobre su guarda o custodia, el derecho a tener contacto fluido con ambos padres y a obtener una rápida resolución del pedido de restitución”.

Como señalara Najurieta, “el interés superior del niño consiste en ser restituido rápidamente a fin de que el juez natural de su centro de vida anterior a la vía de hecho, sea la autoridad competente para regular la sustancia del

²² Cfr. Santos Belandro, Ruben, “El Interés Superior del Menor en el Derecho Internacional Privado”, disponible en: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/el-inter%C3%A9s-superior-del-menor-en-el-derecho-internacional-privado> y en <http://www.asapmi.org.ar/publicaciones/articulos-juridicos/?id=28>.

²³ Idem nota 8, p. 162.

derecho de custodia y asegurar el relacionamiento con ambos progenitores en la medida de lo posible”²⁴.

Por ende, podemos afirmar que en esta peculiar materia, salvo que se configure objetivamente y quien se oponga a la restitución pruebe uno de los supuestos de excepción taxativamente enunciados, el interés superior del niño consiste en ser devuelto a su centro de vida sin dilaciones.

Sin embargo, si existe un grave riesgo en el retorno que afecta el interés superior del niño, o si en virtud de su derecho a ser oído, se desprende con meridiana claridad que la mejor decisión en pos de resguardar dicho principio, es rechazar la restitución, o bien el regreso podría resultar manifiestamente violatorio de los principios fundamentales del Estado requerido consagrados en instrumentos de carácter universal y regional sobre derechos humanos y del niño, no corresponderá la restitución. Ello por cuanto, cualquier decisión en esta delicada materia debe estar al servicio del interés superior del menor.

LA INTIMIDAD DE LOS NIÑOS EN LOS PROCESOS DE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL

Iniciar una acción destinada a obtener el retorno de un NNA al Estado de su residencia habitual puede verse o pensarse como un acto de “emergencia” en el cual el juzgador deberá verificar que no se presenten aquellas excepciones invocadas (que deberá interpretar de modo restrictivo). Ahora bien, esta especial situación no implica aceptar el sacrificio de derechos inherentes a toda persona, es decir, no corresponderá por más urgencia afectar o violentar la intimidad y la vida privada que les corresponde a los niños.

La sensibilidad del tema nos obliga a tener que distinguir varios aspectos. Desde una perspectiva jurídica, en protección del ISN, no puede convalidarse que hechos susceptibles de poner en marcha un pedido de restitución sean la justificación que permita exponer la intimidad de un NNA al conocimiento público.

Puede considerarse que simples manifestaciones publicadas en diversos medios no cuenten con la entidad suficiente para generar daños o, al menos, exponer a los NNAs. Sin embargo, no debe olvidarse el impacto que tiene la tecnología en el mundo actual. Internet implicó cambios que afectaron a todas las ramas del derecho, eliminó fronteras que antes eran imposibles de traspasar. Toda expresión en medios digitales debe tomar en consideración las posibles consecuencias que quizás hoy no afecten directamente, pero a futuro expongán a situaciones por las cuales no deban atravesar. La publicación de este tipo de información debe siempre ser controlada y limitada en resguardo y protección

²⁴ Najurieta, María Susana, “La centralidad de la correcta interpretación del interés superior del niño en los conflictos de restitución internacional de menores de edad”, en Revista Electrónica. Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja, Número 23, diciembre 2019-mayo 2020, p. 148.

de la dignidad e intimidad que merecen los niños. En efecto, “tanto desde la perspectiva nacional como internacional, se preserva la exposición pública de los niños con el fin de evitarles futuros estigmas en su juventud y adulterz. De ahí que cualquier tipo de publicación de fotos o nombres sin los cuidados respectivos, constituye una violación a la intimidad y garantías constitucionales”²⁵.

No hay persona que no sea susceptible de verse lesionada y expuesta a esta situación, pero los NNA por su grado de desarrollo, madurez y formación son sumamente más sensibles mereciendo de una especial protección adaptada a ellos.

En este sentido, conforme a Unicef, “la mayoría de los niños, niñas y adolescentes (y gran parte de sus madres, padres y cuidadores) no están al tanto de los posibles riesgos que existen al compartir datos personales en Internet. Muchos tampoco saben que esos datos son de su propiedad y que tienen derecho a exigir que no se difundan, a rectificarlos o a no compartirlos con terceros. Más aún, muchas veces esos datos son utilizados en coberturas periodísticas de diversos temas que involucran a niños, niñas y adolescentes sin tener en cuenta el impacto que pueden provocar en sus vidas”²⁶.

D. LA JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE RESTITUCIÓN Y EL DERECHO A LA INTIMIDAD

En el caso ya referenciado, “**Recurso de hecho deducido por C. R. S. y por sí en representación de su hija menor de edad en la causa V., M. c/ S. Y., C. R. s/ restitución internacional de niños**”, fue la madre quien expuso la historia de manera pública. Uno de los argumentos esbozados se centró en la existencia de actos de violencia por el progenitor, de existir esta situación preocupante es aún más relevante en este punto. Cuando los NNA sean víctimas de este tipo de acciones se debe evitar identificarlos a través de la publicación de sus nombres o datos de su entorno como familiares, en el caso, su madre. Incluso se debe obviar todo tipo de información que permita la divulgación pública de los casos judiciales que comprometen el interés de todo NNA. Bastan tan solo unos minutos para llegar incluso a conocer el nombre real de la niña con el simple paso de utilizar el buscador de internet. No sólo se ve lesionado el derecho a la privacidad, colateralmente se ven afectados el derecho a la propia imagen, el derecho a la protección de datos e incluso el derecho al honor.

La denegación de la orden de restitución no impidió que la Corte se vea una vez más en la obligación de indagar y, en alguna medida, juzgar la conducta de los progenitores (en especial, de la madre) en cumplimiento de su función

²⁵ Hersalis, Marcelo, “El derecho a la intimidad de los menores”, en LLBA, 2012, p. 839.

²⁶ Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), Protección de datos. ¿De qué hablamos cuando hablamos de tratamiento responsable de datos personales de los NNyA?, Argentina, 2017, p. 8. Disponible en https://www.unicef.org/argentina/sites/unicef.org.argentina/files/2018-04/COM-4_ProteccionDatos_Interior_WEB.pdf

primordial de garante de los derechos fundamentales, en este caso, el de intimidad y privacidad de los niños que se hallaba avasallado por las actitudes adoptadas por los propios padres. La jerarquía constitucional de tales derechos justifica sin dudas tal exhortación. En efecto, los magistrados de la Corte reivindicaron el derecho a la intimidad y expresaron en la sentencia un ‘llamado de atención’ diciendo: “...ante la existencia de notas periodísticas en diversos portales de internet que exponen hechos o circunstancias de la vida de la niña N. L. S. V. y de la disputa familiar que en autos se trata, a los efectos de evitar agravar el conflicto generado, corresponde **instarlos a que se abstengan de exponerla públicamente** –por cualquier medio– a fin de resguardar su derecho a la intimidad” (el resaltado nos pertenece).

No fue la primera vez que la CSJN se encontró ante la necesidad de instar a las partes que analicen sus actos y así evitar la producción de daños. Similar situación aconteció en “**V., D. L. s/ restitución de menores – ejecución de sentencia**”²⁷. Según dio cuenta el Tribunal de Gran Instancia de Montpellier, Francia, la progenitora y su actual pareja expusieron públicamente el conflicto parental en diferentes redes sociales de internet, publicando toda clase de fotografías, notas y opiniones en las que se vieron involucrados los menores en cuestión. En efecto, una búsqueda superficial en Internet revela una cantidad importante de notas periodísticas dedicadas al caso, con tratamiento dispar y opiniones de diversa naturaleza.

Ante todo ello, la Corte Suprema reivindicó el derecho a la intimidad y a la vida privada de los niños, en los siguientes términos: “Que (...) dado que la consideración primordial del interés superior del niño orienta y condiciona toda decisión de los tribunales de todas las instancias llamados al juzgamiento de los casos (...) a los efectos de evitar agravar el conflicto generado y los perjuicios que éste ocasiona a los menores, corresponde exhortar a los progenitores a que se abstengan de exponer públicamente hechos o circunstancias de las vidas de G.V. y E.L.V. a fin de resguardar el referido derecho a la intimidad de los niños, y a prestar colaboración en los términos de la sentencia apelada”.

Más allá de confirmar la orden de restituir a los niños a Francia, el lugar donde tenían su centro de vida inmediatamente antes de la retención ilícita; los magistrados se vieron en la obligación de indagar y en alguna medida, juzgar la conducta de los progenitores, en especial, de la madre, en cumplimiento de su función primordial de garante de los derechos fundamentales, en este caso, el de intimidad y privacidad de los niños que se hallaba avasallado por las actitudes adoptadas por sus padres.

²⁷ CSJN, 16/08/2011.

También en tribunales de apelaciones y de primera instancia, comenzamos a ver exhortaciones similares a las incluidas en las sentencias de la CSJN en busca del resguardo del derecho a la intimidad de los niños. Por ejemplo, al concluir su sentencia, la Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en “**P. F. N. y otro c. T. S. B. s. restitución internacional de niños**”²⁸ expresó: “es dable señalar que este Tribunal no resulta ajeno a las distintas notas periodísticas en las cuales en diversos portales de internet las partes expusieron hechos y/o circunstancias vinculadas al presente conflicto familiar; por ello a los efectos de evitar agravar la problemática, corresponde instarlos a que se abstengan de exponer públicamente a la niña con la finalidad de resguardar su derecho a la intimidad”²⁹. Semejante situación se configuró en “**D., H. A. c. L., E. M. s. restitución internacional de menores**”, oportunidad en la que el magistrado a cargo del Juzgado Nacional en lo Civil Número 4 ordenó a los progenitores, a fin de garantizar el derecho a la intimidad de los niños y en procura de su superior interés, a no exponerlo públicamente, o a la problemática de autos, en los medios de comunicación y/o redes sociales, tanto sea por sí o por terceras personas, bajo apercibimiento de aplicarles sanciones pecuniarias³⁰.

PALABRAS FINALES

Tanto el principio general de los convenios vigentes en la materia, así como sus excepciones están inspiradas en el interés superior del niño, y su protección debe guiar al juzgador en todos los casos.

Lamentablemente, el Protocolo de actuación de la CSJN no contiene mención alguna sobre el modo, forma o necesidad de garantizar la protección del derecho a la intimidad de todo NNA. Ante los numerosos casos donde este derecho ha sido vulnerado, a nuestro modo de ver, debió preverse una expresa referencia.

El derecho a la intimidad y privacidad no puede verse afectado incluso en situaciones de emergencia. Creemos que la publicación de datos concernientes a la situación que transita cualquier NNA, especialmente cuando se alegan situaciones de violencia, comprobadas o no judicialmente, constituye una directa intromisión arbitraria a su intimidad y una injerencia abusiva, susceptible de generar responsabilidades incluso si dicho obrar proviene de sus progenitores.

Resulta imperioso generar conciencia respecto de la situación de vulnerabilidad de los niños, niñas y adolescentes con el fin de prevenir estas condu-

²⁸ CNACiv, Sala H, 29/12/20.

²⁹ Con fecha 8 de julio de 2021 la CSJN dictó sentencia, confirmando la restitución, sin expedirse sobre el tema.

³⁰ Juzgado Nacional en lo Civil N° 4, 10/07/17.

tas de sus progenitores pues los dañan en su dignidad de manera, en muchos casos, irreparable.

De acuerdo al Comité de los Derechos del Niño, la plena aplicación del concepto de interés superior del niño exige adoptar un enfoque basado en los derechos, en el que colaboren todos los intervenientes, a fin de garantizar la integridad física, psicológica, moral y espiritual holísticas del niño y promover su dignidad humana³¹.

Dentro de “todos los intervenientes”, se encuentran comprendidos indudablemente los padres y madres en todo caso, también en aquellos donde sus propias conductas generaron un desplazamiento o retención ilícita del niño fuera del lugar donde tenía su centro de vida.

Nuestros tribunales, en especial la CSJN, se han hecho eco de la responsabilidad estatal contraída ante la comunidad mundial para resguardar el derecho a la intimidad y la vida privada de cada integrante de la sociedad, y muy particularmente, de estos seres más vulnerables³².

La justicia no ha sido ciega a la lamentable exposición de la vida privada de los niños y ha procurado corregir estas perniciosas conductas de los progenitores que se suman a las que dieron lugar al proceso de restitución internacional en sí mismo. Para los padres y madres puede ser tentador exhibir la intimidad de sus propios hijos para fundar sus posiciones y avalar su accionar. Sin embargo, los letrados que defienden a una u otra parte, no deberían cegarse y dejarse llevar por las intenciones, muchas veces apasionadas e incluso egoístas, de los progenitores. En última instancia, nuestro deber es velar por el interés de estos niños, que se encuentran atravesando una situación, que los somete a una vulnerabilidad acentuada en relación con la que les es inherente por su propia condición de niños, niñas o adolescentes.

BIBLIOGRAFÍA

- BASTERRA, M., “El derecho a la intimidad de niños, niñas y adolescentes”, en Herrera, Marisa; Kemelmajer De Carlucci, Aída; Lloveras Nora (Dir), *Tratado de Derecho de Familia*, Tomo III, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, pp. 501-528.
- BIDART CAMPOS, GERMAN J., *Manual de la Constitución Reformada*, 5º Impresión, Tomo II, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2006.

³¹ Idem nota 3, párrafo 5.

³² En igual sentido, Uriondo de Martinoli, Amalia y Martinoli Uriondo, Estefanía, “Los claroscuros en la aplicación de las convenciones sobre restitución internacional de menores”, en Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba, Vol 2, Núm 2, 2011, p. 43.

- BIOCCA, S., "Interés superior del niño", en *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia N° 30. Derecho de Familia*, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, Marzo – abril de 2005.
- BORRAS, A., "El interés del menor como factor de progreso y unificación del derecho internacional privado", en *Revista Jurídica de Catalunya*, pp. 47 – 122.
- BUCHER, A., "La famille en droit international privé", en *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, tome 283 (2000), pp. 9 - 186. Consultado online 31 julio de 2021 http://dx.doi.org/10.1163/1875-8096_pplrdc_A9789041114907_01
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Observación General N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1, CRC/C/GC/14). Disponible en: <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=51ef9aa14>
- GARCÍA, E., *Derecho de la Infancia-Adolescencia en América Latina: De la situación irregular a la protección integral*, Ed. Forum Pacis, Santa Fe de Bogotá, 1994.
- GRAMMATIKAKI-ALEXIOU, A., "Best Interests of the Child in Private International Law", en *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, volume 412 (2019), pp. 253 – 434. Consultado online 31 de julio de 2021 http://dx.doi.org/10.1163/1875-8096_pplrdc_A9789004448995_02
- NAJURIETA, M., "La centralidad de la correcta interpretación del interés superior del niño en los conflictos de restitución internacional de menores de edad", en *Revista Electrónica. Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja*, Número 23, diciembre 2019-mayo 2020, pp. 122-149.
- NAJURIETA, M., "Principios y caracteres del derecho internacional privado de la infancia con especial referencia a las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación", en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, año 41, número 93, 2016, p. 136.
- PANATTI, M. y PENNISE IANTORNO, M., "Protocolo de Actuación para el Funcionamiento de los Convenios sobre Sustracción Internacional de niños. Balance a dos años de su aprobación" en *Revista Jurídica*, Número 4, agosto 2019, Disponible en <http://www.amfjn.org.ar/2019/08/05/protocolo-de-actuacion-para-el-funcionamiento-de-los-convenios-sobre-sustraccion-internacional-de-ninos-balance-a-dos-anos-de-su-aprobacion/>
- SANTOS, R., "El Interés Superior del Menor en el Derecho Internacional Privado", disponible en: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/el-inter%C3%A9s-superior-del-menor-en-el-derecho-internacional-privado> y en <http://www.asapmi.org.ar/publicaciones/articulos-juridicos/?id=28>.
- URIONDO DE MARTINOLI, A. y MARTINOLI URIONDO, E., "Los claroscuros en la aplicación de las convenciones sobre restitución internacional de menores", en *Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba*, Vol 2, Num 2, 2011, pp. 29-50.

DERECHO A LA IDENTIDAD E INTIMIDAD DE LOS NIÑOS EN ESTADO INTERSEXUAL

Garbiñe Saruwatari Zavala - MÉXICO

RESUMEN

Este artículo se enfoca en el caso de los niños en estado intersexual evidente desde el nacimiento, porque es el momento cuando muchos padres y el equipo médico han tomado decisiones sobre la asignación sexual del niño. Es un punto crucial porque las intervenciones irreversibles sobre la anatomía, impactarán en la identidad, el estatus legal, el género y los roles socio-culturales en los que el niño estará inserto. Por ello, la toma de decisión debe contemplar una multiplicidad de factores y centrarse en el Interés Superior del Niño, consagrado como un principio ético-jurídico en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

ABSTRACT

This article focuses on the case of intersex children evident from birth, because it is the time when many parents and the medical team have made decisions about the child's sexual assignment. It is a crucial point because irreversible interventions on the anatomy will impact the identity, legal status, gender and socio-cultural roles in which the child will be inserted. Therefore, decision-making must consider a multiplicity of factors and focus on the Best Interest of the Child, enshrined as an ethical-legal principle in international human rights instruments.

I. INSTRUMENTOS JURÍDICOS SOBRE DERECHOS DE LOS NIÑOS

En lo que respecta a los niños, la Declaración Universal de los Derechos Humanos [en lo sucesivo “Declaración-Universal”] (ONU, 1948) no contiene consideraciones específicas para ellos, ya que sus derechos quedan circunscritos al tema de los cuidados y asistencia especiales para la maternidad y la infancia y al tema de la protección social [art. 25, numeral 2]. Estas prerrogativas se inscriben dentro del artículo que postula el derecho a un nivel de vida adecuado. También la Declaración-Universal proclama el derecho a formar una familia [art. 16] y el derecho a la educación [art. 26], pero en ambos artículos se aprecia que los derechos están dirigidos a la pareja que contrae matrimonio o a los padres que eligen la educación de los hijos. No se aprecian derechos especiales para los niños.

En el ámbito regional la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (OEA, 1948) fue proclamada incluso antes que la Declaración-Universal. Ambas Declaraciones señalan el derecho de protección y cuidados a las madres y a los niños [art. VII]. Lo novedoso de este instrumento, es que también instaura deberes para con la sociedad o deberes recíprocos entre los ciudadanos. El artículo XXX apunta el deber de toda persona de asistir, alimentar, educar y amparar a sus hijos menores de edad, así como los hijos tienen el deber de honrar siempre a sus padres y el de asistirlos, alimentarlos y ampararlos cuando éstos lo necesiten. También señala a la educación como derecho y que ésta sea gratuita por lo menos a nivel primaria [art. XII] y como un deber correlativo, el adquirir por lo menos la instrucción primaria [art. XXXI]. Aunque no designe a los niños como destinatarios de esta disposición, son por lo general, los beneficiarios de este derecho.

Mientras la Declaración-Universal reconoce los derechos intrínsecos al ser humano, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ONU, Resolución 2200 A(XXI), 1966) establece con fuerza vinculante, que deben ser garantizados por los Estados, convertidos en verdaderas políticas públicas y garantías exigibles por el gobernado. El artículo 24 instaura el derecho a las medidas de protección del menor de edad, tanto por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. La frase “medidas de protección” puede interpretarse en un sentido más amplio que el derecho a la “protección social”, mencionado en la Declaración-Universal, el cual sólo se encamina a la asistencia social. Estas medidas de protección pueden abarcar cuestiones de familia, adopción, educación, salud, alimentación. Asimismo, el artículo proclama el derecho a la no discriminación, ya que las medidas de protección deben proveerse sin distinción de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento.

El Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ONU, Resolución 2200 A(XXI), 1966), por su parte, reconoce en el artículo 10.3

que se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes sin discriminación alguna. Resulta pertinente destacar que este instrumento ya hace una distinción entre “niños” y “adolescentes”, sobre todo, porque en el mismo numeral enfatiza que no deben sufrir explotación económica y social. Por la naturaleza propia de este Pacto, enfocado hacia los factores económicos y sociales, esta disposición está acotada a los derechos laborales, más que a los derechos de los niños en todos los ámbitos de su vida. Este numeral da pauta al establecimiento de límites de edad y de condiciones de trabajo adecuadas para los adolescentes, en los que no corra peligro su vida, salud, desarrollo, ni integridad física, psíquica y moral.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos [en lo sucesivo “Convención-Americana”] (OEA, 1969), presenta una disposición que ningún otro instrumento internacional previamente había contenido. En el artículo 4.1. hace un reconocimiento al derecho a la vida, pero señalando como inicio de la misma, el momento de la concepción; dando cabida a la protección previa y posterior al nacimiento, el cual en diversos países marca el inicio de la personalidad jurídica.

A partir de 1966, con la apertura a la firma de los Pactos Internacionales por parte de la Organización de Naciones Unidas y, el precedente que crearon, quedó clara la necesidad de contar con un instrumento vinculante que contemplara los derechos humanos de los niños, en sus diversas dimensiones: civiles, culturales, económicos y sociales. Como antecedente, ya existía la Declaración de los Derechos del Niño, conocida como Declaración de Ginebra (Sociedad, 1924), proclamada por la Sociedad de Naciones en 1924, siendo el primer instrumento emitido por un organismo de Derecho Público Internacional, enfocado exclusivamente a la protección de los niños. Sus cinco artículos son el antecedente de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 [en lo sucesivo “Declaración-Niño”] (ONU, Resolución 1386 (XIV), 1959), la cual también orientó algunos de los derechos consagrados en la Declaración-Universal hacia las necesidades específicas de los niños. El Principio 1, que reconoce que “el niño disfrutará de todos los derechos” sin discriminación, es fundamental para la serie de derechos que ha sido desarrollada posteriormente.

La Convención sobre los Derechos del Niño [en lo sucesivo “Convención-Niño”] (ONU, Resolución 44/25, 1989), que incorporó un amplio catálogo de derechos humanos para las personas menores de 18 años de edad, fue aprobada tres décadas después de la Declaración-Niño. La trascendencia de esta Convención radica en que es el primer instrumento de carácter vinculante en la materia, que compromete a los Estados al reconocimiento explícito de los derechos de los niños y a la incorporación dentro de sus gobiernos, de medidas específicas de protección y de regulaciones ad hoc.

Al leer el artículo 1º de la Convención-Niño, no nos queda suficientemente claro cuándo inicia el concepto de “niño”, ya que de manera escueta determina que niño es todo menor de 18 años salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad. Es hasta que hacemos una interpretación integral tanto del articulado como del Preámbulo de la propia Convención, que podemos entender por “niño” a todo ser humano desde antes de nacer y hasta los 18 años de edad. Así que el nacimiento no es necesariamente el punto de inflexión del inicio de los derechos del niño, ni tampoco los 18 años marcan el límite, puesto que un menor puede alcanzar la mayoría de edad anticipadamente mediante la figura civil de la emancipación.

Los contenidos y derechos consagrados en la Convención-Niño pueden agruparse en cuatro categorías:

(1) Principios rectores: (i) Definición de Niño; (ii) interés superior de la infancia; (iii) No-discriminación; (iv) derecho a la vida, supervivencia y desarrollo; (v) respeto al juicio propio del niño.

(2) Derechos a la supervivencia y el desarrollo: (i) guía de los padres [a. 5]; (ii) supervivencia y desarrollo [a. 6]; (iii) derecho al registro (nombre y nacionalidad) [a. 7]; (iv) derecho a la identidad [a. 8]; (v) derecho a no ser separado de sus padres [a. 9]; (vi) derecho a mantener relaciones personales y contactos directos con ambos padres [a. 10].

(3) Derechos a la protección: (i) efectividad de los derechos [a. 4]; (ii) prohibición al traslado ilegal, retención ilícita y tráfico de menores [a. 11]; (iii) protección contra todo tipo de violencia [a. 19]; (iv) protección de los niños que han sido privados de su entorno familiar [a. 20]; (v) derecho a la adopción y al refugio [a. 21]; (vi) protección contra explotación económica y derechos laborales [a. 32].

(4) Derechos a la participación: (i) respeto al punto de vista del niño [a. 12]; (ii) libertad de expresión [a. 13]; (iii) pensamiento, conciencia y religión [a. 14]; (iv) libertad de asociación [a. 15]; (v) respeto a su privacidad [a. 16]; (vi) acceso a la información de los medios de comunicación [a. 17].

II. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

En la Declaración-Niño, el interés superior quedó consagrado como el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de la educación y orientación del niño; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres. [Principio 7]. En el Derecho Civil, el bien de los hijos ha sido el principio que debe regular todas las instituciones civiles como la filiación, la patria potestad, la adopción, la tutela, etcétera. Pero este bien o bonum filii también debe ser el principio rector de las medidas legislativas, judiciales y administrativas, para garantizar que la protección de la ley sea igual para los niños dentro o fuera

de matrimonio, así como para aquellos que no tienen relación biológica, como en el caso de los adoptados o que no tienen hogar, como los niños expósitos (Chávez Asencio, 1992)

Una de las mayores aportaciones de la Convención-Niño fue el retomar el concepto del interés superior del niño [arts. 3.1.; 9.3.; 18.1 y 37.c.], proclamándolo a nivel obligatorio, como un criterio rector para formular políticas o leyes que privilegién el bienestar de los niños en la toma de decisiones del ámbito público o privado del niño, prevaleciendo sobre otros bienes o intereses de los adultos. Las decisiones que se tomen con respecto a ellos, serán dirigidas a procurarles el máximo bienestar y un desarrollo pleno, dentro de su ambiente familiar, social y cultural. Con respecto a la interpretación y alcance de este concepto, los países firmantes de la Convención-Niño han ido interpretándolo para adoptarlo dentro de sus propias legislaciones nacionales y han ido generando un corpus jurisprudencial mediante resoluciones de sus tribunales.

El principio del interés superior del niño puede ser utilizado en tres sentidos:

- i. como principio de ponderación cuando entran en conflicto dos o más derechos;
- ii. como principio supletorio de la capacidad de decisión en niñas y niños en casos particulares y en el diseño de políticas y;
- iii. como principio que supone la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

El interés superior del niño se vuelve fundamental en la argumentación sobre la legitimidad de las intervenciones en las vidas de los niños, sin olvidar que la capacidad para dar su consentimiento está en evolución constante (González Contró, 2008).

III. DERECHO A LA IDENTIDAD

El derecho a la identidad personal es la atribución del individuo a tener sus propios caracteres físicos, peculiaridades externas e internas y sus acciones, que lo individualizan ante la sociedad; por tal razón comprende aquello que hace ser “uno mismo” y no “otro”, y se proyecta hacia el exterior, permitiendo a los otros reconocer a esa persona (Derechos a la intimidad, propia imagen, identidad personal y sexual, 2009).

La construcción de la propia personalidad, nos lleva a la pregunta de orden antropológico sobre quiénes forjan -además del individuo mismo- la identidad. Sabemos que hay actores (como la familia, comunidad) y factores (medio

ambiente, cultura, valores) totalmente entrelazados en la construcción de la identidad y de la idea que cada uno tiene sobre sí mismo y que proyecta a los demás.

Por tal razón, es que el derecho a la identidad personal comprende dos facetas:

1. Derecho de toda persona a conocer su propia identidad personal. Esto se refiere a los elementos biológicos que lo constituyen, lazos de filiación y aspectos sociales y culturales.
2. Derecho de toda persona a que nadie se inmiscuya indebidamente para alterar su identidad personal, para discriminarl a o desmerecerla en razón de esa misma identidad personal. Esta segunda faceta constituye un verdadero derecho de la personalidad, puesto que se ejerce erga omnes, es decir, ostensible frente a cualquier integrante de la sociedad (Minyersky N., 2008). En este sentido, la identidad está estrechamente ligada al derecho a la integridad. Cabe resaltar que el artículo 5.1 de la Convención-Americana amplió la integridad, no sólo a la dimensión física de la persona, sino también a la psíquica y moral. También en la identidad impacta el derecho a la intimidad, que comprende la protección contra injerencias en la vida privada, domicilio, correspondencia, datos personales e imagen. La imagen que uno tenga sobre sí mismo como parte de la identidad, es un elemento de la integridad moral y de la intimidad.

Mientras el artículo 7.1 de la Convención-Niño reconoce el derecho de los niños a conocer a sus padres, el artículo 8 agrega que los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a conocer su identidad, nacionalidad, nombre y relaciones familiares. Esta disposición está estrechamente relacionada con la identidad cultural abordada en la propia Convención-Niño, ya que esto le permitirá al niño no sólo conservar los lazos intrafamiliares, sino relacionarse con la comunidad étnica, religiosa o lingüística de la que proviene [arts. 29.1.c) y 30].

Hago mención del caso de México para exemplificar cómo un Estado ha aterrizado a su marco normativo el concepto del derecho a la identidad. En 2014 fue reformado el artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Unión, 2014) para agregar el párrafo octavo, que a la letra estipula: “[...] Toda persona tiene derecho a la identidad y a ser registrado de manera inmediata a su nacimiento. El Estado garantizará el cumplimiento de estos derechos. La autoridad competente expedirá gratuitamente la primera copia certificada del acta de registro de nacimiento.” El derecho a la identidad, en cuanto al reconocimiento de la personalidad jurídica, al derecho al nombre

y la nacionalidad, no puede ser restringido ni suspendido en los términos del artículo 29 Constitucional, que contempla el supuesto de la suspensión de garantías en casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto.

En este entendido, el artículo 19 de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (D.O.F., 2014) establece como elementos del derecho a la identidad: (i) Nombre y registro; (ii) Nacionalidad, (iii) Filiación; (iv) Preservación de la identidad; e indica que deben ser registradas las personas de cualquier edad, nacidas en territorio nacional, descendientes de padres mexicanos, de madre mexicana, o de padre mexicano; asimismo personas de cualquier edad, nacidas en territorio nacional, descendientes de padres extranjeros, de madre extranjera, o de padre extranjero; que pueden o no estar viviendo en el país. Con el registro de nacimientos de los mexicanos que viven en el extranjero y que no fueron registrados en su oportunidad en territorio nacional, se cumplen los lineamientos implementados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al establecer que debe garantizarse el ejercicio de los derechos a la personalidad jurídica, al nombre, a la nacionalidad y a las relaciones familiares, como elementos básicos e indispensables en la identidad de cada sujeto (S.R.E., 2017).

IV. DERECHO AL NOMBRE

Como ya se mencionó, las instituciones del Estado reconocen la identidad de una persona, a través del registro de los nombres de las personas, independientemente de las formas culturales que los grupos sociales tengan para el reconocimiento de una persona. El nombre es la denominación verbal o escrita, que ha sido utilizado para diferenciar a un individuo de otro, ya sea dentro de un grupo social, como sucedía en las comunidades primitivas o dentro de la organización del Estado-Nación. Junto con el domicilio, el estado civil y el patrimonio, es uno de los atributos de la personalidad jurídica o cualidad que desde el punto de vista jurídico, debe tener una persona para distinguirla. El nombre propiamente dicho es arbitrario, porque lo dan los padres o responsables, pero el apellido, patronímico o nombre de familia está reglamentado por la ley, ya que es parte fundamental del derecho de identidad de un niño y brinda certeza jurídica (Moto Salazar, 1989).

Como atributo jurídico, también el nombre es parte de los derechos personalísimos a la identidad, a la intimidad y a la integridad, porque éstos son derechos extrapatrimoniales, inherentes a la persona, cuyo fin consiste en proteger la personalidad humana en sus distintos aspectos.

La Declaración-Universal establece que todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica [art. 6]. La

Declaración-Niño [Principio 3] y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos indican que todo niño debe ser inscrito después de su nacimiento y debe contar con un nombre y una nacionalidad [art. 24, numerales 2 y 3].

El Pacto de San José, como también se le conoce a la Convención-Americana, en términos similares al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, determina que todo niño tiene derecho a las medidas de protección. Aunado a este derecho, los artículos 18 y 20 respectivamente establecen los derechos al nombre y a la nacionalidad, que aunque el Pacto Internacional no los señala expresamente unidos a las medidas de protección del niño, se entiende que son derechos que, por lo general, se conforman en la infancia. El derecho al nombre en la Convención-Americana es más explícito que en otros instrumentos internacionales, porque estipula que toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. El hijo reconocido por el padre, la madre o por ambos, tiene derecho a llevar el apellido paterno de cada uno de los progenitores o ambos apellidos del que lo reconozca, sea por filiación biológica o sea por adopción [art. 18]. En diversos países, en el acta de nacimiento se asientan el nombre y apellidos que le correspondan al niño presentado, ya sea vivo o muerto; el día, la hora y el lugar del nacimiento; y por lo general, se asienta el sexo del niño [arts. 58; 389, frac. I; 395 del Código Civil Federal de México]. Con esto también tendrá derecho a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

Aunque lo estipule la normatividad, en la realidad, se ha detectado que una gran problemática en localidades alejadas de las grandes urbes, es que hay jóvenes o adultos, que no cuentan con datos de su registro. Por esta razón, es que este derecho no sólo está dirigido a los niños. El Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) hace énfasis en la urgencia del avance en la cobertura del registro oportuno de nacimiento para abarcar a la totalidad de niños en los países, e incorporar a los adultos que han vivido sin registro y sin ser visibles para las diferentes instituciones del país (sanitarias, educativas, administrativas, electorales). El que una persona no sea registrada y que no cuente con un acta de nacimiento no sólo violenta el derecho a la identidad legal, sino que limita sus posibilidades a lo largo de su vida a acceder a derechos patrimoniales y extrapatrimoniales. Esto a largo plazo, repercutirá en el goce de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, como el derecho a un nivel de vida adecuado; derecho a votar y ser votado, derechos laborales, entre otros. La falta de registro denota que persisten situaciones de marginación flagrante, de las cuales son los niños los principales afectados, ya que en ellos se conjugan varias condiciones de vulnerabilidad: el no contar con documentos que acrediten su identidad y nacionalidad, más su condición

de minoría de edad, y otros determinantes que impiden su debido registro, como la pobreza, analfabetismo o, también, la discriminación por pertenecer a una comunidad indígena alejada de los grandes centros de población, que son las causas de relegación más frecuentes en los países latinoamericanos.

A nivel institucional, el no contar en un país con un adecuado registro, además de invisibilizar al niño o niña no registrados, estadísticamente no se toman en consideración para dar seguimiento a las tendencias poblacionales de fecundidad, mortalidad materna e infantil, vacunación, epidemias, y otros temas de salud pública, y para la planificación e implementación de políticas públicas relacionadas con la salud, la educación, la población y el desarrollo social (México, 2015).

V. EL DERECHO A LA IDENTIDAD DE LOS NIÑOS EN ESTADO INTERSEXUAL

Los trastornos del desarrollo sexual abarcan un amplio espectro de discordancias entre los criterios cromosómico, gonadal, hormonal y genital que definen la diferenciación sexual (Audí Parera, 2011). En los recién nacidos en estado intersexual, se caracterizan en gran parte, por presentar genitales ambiguos, lo que complica la determinación del sexo genital externo. Pero la intersexualidad no siempre es evidente en el recién nacido, algunas variaciones de los estados intersexuales lo son hasta la pubertad o la adolescencia y otras no se pueden conocer sin exámenes médicos, pero pueden manifestarse en la anatomía sexual primaria o secundaria. Intersexual es un término genérico, en lugar de una sola categoría. De esta manera, las características sexuales innatas en las personas con variaciones intersexuales, podrían corresponder en diferente grado a ambos性 (Suárez Cabrera, 2016). Al estado intersexual previamente se le denominaba “hermafroditismo”.

De acuerdo a Gracia, la situación intersexual es el resultado de la alteración de una o varias de las etapas de la diferenciación sexual, que comprende estos tres escenarios (Gracia Bouthelier, 2000):

1. Alteración de la determinación genética: cuando existen alteraciones en los genes, lo cual impide el desarrollo normal de las gónadas.
2. Anomalías de la determinación gonadal: este escenario abarca desde la ausencia de gónadas (agonadismo), la coexistencia de tejido gonadal ovárico y testicular (hermafroditismo verdadero), hasta situaciones de disgenesia gonadal.
3. Interferencias con la diferenciación de los genitales internos y externos: partiendo desde el sexo genético pueden presentarse dos supuestos, uno de ellos, es que en un individuo con sexo genético y gonadal femenino, exista una virilización total o parcial de los genitales internos

y/o externos, a este supuesto se le denomina pseudohermafroditismo femenino. El otro, es que en un individuo con sexo genético y gonadal masculino, exista ausencia parcial o total de virilización genital completa, a lo que denomina pseudohermafroditismo masculino.

En una gran mayoría de casos, donde la ambigüedad genital es evidente desde el nacimiento, los padres o el equipo médico toman decisiones sobre la asignación sexual que se le dará al niño, casi de manera inmediata. Muchas personas consideran que este defecto al nacimiento, se puede “corregir” de manera temprana, cuando en realidad se trata de una condición compleja. Inclusive, hay quienes creen que una cirugía basada en razones cosméticas, ayuda a aliviar la angustia de los padres, para que cuando salgan del hospital puedan presentar socialmente a un hijo/hija “ajustado/a” hacia el código binario de lo masculino/femenino.

En gran medida, debido a esta razón, es que en la literatura actual se aprecian dos posturas encontradas: (i) la del equipo médico y/o los padres que desean hacer la asignación sexual lo antes posible y, (ii) la del equipo médico, activistas de derechos humanos o padres que desean esperar a que el niño se desarrolle para llevar a cabo la asignación sexual. El procedimiento médico de rutina hasta hace unos años, era la inmediata asignación de alguno de los sexos, basándose principalmente en el cariotipo o en análisis hormonales. Pero más frecuentemente, se ha ido criticando este tipo de abordaje por diversos motivos, como la falta de consentimiento del niño; daño durante los tratamientos o incluso, acciones que hoy configuran violencia física o sexual, como vaginoplastias no consentidas.

Para poder evaluar cada situación, el gineco-obstetra debe allegarse del diagnóstico del genetista, del endocrinólogo, del urólogo, del pediatra, del cirujano y posteriormente incorporar a las áreas de psicología y de trabajo social, para la contención familiar. Con el transcurso del tiempo, se requerirá la intervención de más sujetos responsables en la decisión de la concordancia del sexo y en la conformación de la identidad de género y del rol de género, durante la infancia y la adolescencia, como lo serían las autoridades escolares, entre otros. Si no hay este trabajo transdisciplinario, el derecho a la integridad física, psíquica y moral del niño puede verse comprometido.

Más allá de que los individuos involucrados tomen alguna de las posturas, como si fuera un postulado ideológico, se debe requerir para cada caso, una valoración propia de los beneficios y riesgos, basada en evidencia científica. Asimismo, no se puede soslayar, que la presencia de genitales ambiguos, en algunos casos, pudiera constituir una emergencia médica, porque a la par, puede presentarse una enfermedad subyacente asociada a otras malformacio-

nes que causen afectaciones a los aparatos urinario y reproductivo (hipospadias, criotorquidias); renales, gastrointestinales, cardiovasculares y del tubo neural), que ponen en riesgo no sólo la salud, sino la vida del paciente. Una correcta y oportuna evaluación puede descartar la emergencia y permitir que se tomen decisiones menos apresuradas.

Tal como existen trastornos del desarrollo sexual cuya ambigüedad genital puede ser orientada hacia un determinado sexo desde muy temprana edad, puesto que los rasgos fenotípicos de la anomalía genética están claramente definidos, habrá otras manifestaciones que requieran de una espera prudente. La valoración entre la beneficencia y el daño de la asignación sexual o inclusive, de la decisión de no asignación, es del equipo de salud sin caer en conductas paternalistas, pero la decisión debe ser tomada por los padres o tutores, dentro de un proceso bioético de diálogo y profundo respeto, que conduzca a un verdadero y legítimo consentimiento informado.

Peter Lee y colaboradores (Lee P, 2006) puntualizan que la toma de decisiones sobre la cirugía de asignación de sexo siempre debería contemplar la preservación de la enervación de los genitales, la futura función orgásmica y la función eréctil dándose prioridad a la función sexual y/o reproductiva sobre la apariencia cosmética de los genitales. Para la toma de decisión se deben armonizar los factores que influyen en la asignación de sexo: diagnóstico y pronóstico, apariencia genital, opciones quirúrgicas, necesidad de una terapia de reemplazo hormonal de por vida, posibilidad para la fertilidad, puntos de vista de la familia y del niño, determinantes sociales de la salud y circunstancias relacionadas a las prácticas culturales del paciente y su familia.

Además del tratamiento médico, habrá un abordaje legal en relación a los documentos de identidad del niño, que no sólo será importante en el momento del registro de nacimiento, sino en otras etapas, como cuando el niño sea ingresado a una guardería, cuando sea inscrito en la escuela y en otras actividades académicas, deportivas, culturales y sociales. Desde el nacimiento, se presenta el dilema en el registro, ya sea en la institución de salud o en el Registro Civil. Por la complejidad de los casos, los integrantes del equipo de salud o los padres no saben qué sexo asignarle en el certificado hospitalario y en el acta de nacimiento, a este tipo de pacientes. Esto se convierte en un problema cuando los padres salen del hospital y tampoco saben cómo comunicar esta ambigüedad sexual a otras instituciones, ni a su entorno familiar y social más próximo. Este punto es crucial porque no sólo se toman decisiones sobre la anatomía, sino sobre el género, el estatus legal y los roles socio-culturales en los que el niño estará inserto.

En los diversos escenarios que presenta el caso de los niños en estado intersexual, se pueden presentar conflictos con el derecho al nombre:

- i. Cuando al niño se le asigna un sexo determinado mediante cirugía, se le dará un nombre de acuerdo a dicha elección de los padres. Dentro de este caso, pueden presentarse estos supuestos:
 - a. Puede no existir conflicto legal en el futuro, si el niño al crecer está de acuerdo con la decisión que tomaron sus padres junto con el equipo médico; esto sucederá, sobre todo, si el género, el sexo anatómico, el desarrollo de los caracteres sexuales secundarios y la orientación sexual coinciden. El nombre elegido, en este caso, tampoco será punto de discusión.
 - b. Puede presentarse el conflicto cuando durante el desarrollo del niño empiece a haber disparidad entre el sexo elegido, el desarrollo de caracteres sexuales secundarios en la adolescencia y la identidad de género, agregando a la variable, el factor de la orientación sexual. En la edad adulta, la persona podrá querer una cirugía de reasignación de sexo o buscar una nueva identidad de género que lo lleve a hacer cambios en su estatus legal, entre ellos, el cambio de nombre.
- ii. Cuando los padres al nacimiento del niño, han decidido no llevar a cabo una cirugía de asignación de sexo, esperando que él tenga la edad suficiente para tomar la decisión (cuando llegue a la mayoría de edad) o que pueda participar en la decisión (siendo menor de edad pero con un grado de desarrollo que le permita involucrarse en el proceso). En este caso, depende del tipo de sociedad en la que viva la familia, el conflicto puede presentarse desde el momento en que los padres tienen que registrarlo con un sexo y algún nombre, que por lo general se inscribe dentro de un código binario: masculino/femenino. Este nombre asignado tiene diversos significados dentro del contexto cultural específico y juega un papel determinado dentro de la construcción de la propia personalidad e identidad de género del niño. La toma de decisión debe conducirse con el interés superior del niño, que debería regir todas las decisiones que se tomen con respecto a sus derechos.

Resulta de suma importancia destacar que en diversos documentos normativos y en el discurso de organizaciones de derechos humanos, el estado intersexual es incluido dentro de la problemática del colectivo LGBTTI o LGBTTT+ (Lésbico, Gay, Bisexual, Transexual, Transgénero, Travesti, Intersexual, queer, asexual y otras identidades no binarias), cuando en realidad, como ya vimos, el grupo intersexual tiene necesidades puntuales de salud y demandas específicas para las instituciones jurídicas que no necesariamente comparte con los demás grupos. La orientación sexual, por ejemplo, es voluntaria, mientras que una alteración genética no lo es.

Asimismo, es pertinente aclarar que el estado intersexual no es sinónimo de transición de sexo, ya que implica un deseo de cambiar porque no se siente identificación entre el sexo biológico con el que se nace y el género. El proceso de reasignación sexual implica una intervención quirúrgica y hormonal, un abordaje psicológico y trámites legales; una vez llevado a cabo este proceso, la denominación adecuada es “transexual”. Los niños en estado intersexual pueden estar expuestos a diversos riesgos, si no hay un manejo integral de sus casos y, si la problemática sanitaria y jurídica pudiera pasar desapercibida, al adherirlos de manera automática al colectivo LGBTTTI. Pueden vulnerarse sus derechos humanos al no ser expuestas sus propias exigencias.

Para brindar otros ejemplos de normatividades nacionales, en Uruguay fue publicada la Ley N° 19.684. Ley Integral para Personas Trans (Oficial, Ley N° 19.684, 2018). Cabe destacar que de conformidad al inciso c) del artículo 3º, los únicos destinatarios de la norma son las personas trans, es decir, aquellos quienes se autoperciben o expresan un género distinto al sexo que le fuera asignado al momento del nacimiento, o bien un género no encuadrado en la clasificación binaria, independientemente de su edad y de acuerdo a su desarrollo evolutivo psicosexual de su personalidad. Algunos de los casos de personas intersexuales podrían verse amparados bajo esta ley, pero no quiere decir que la problemática intersexual reciba una visibilidad propia. Considero que hubiera sido más adecuado que no se acotara el contenido de la ley a la problemática exclusiva del colectivo trans, sino hacerlo extensivo al colectivo LGBTTTI, quienes también ven vulnerada de diversas formas, su identidad de género o su derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Aunque esta ley derogó a la Ley No. 18.620 (Oficial, Ley 18.620, 2009), que se refería al derecho a la identidad de género y al cambio de nombre y sexo en documentos identificatorios, que en términos generales se dirigía a todos los ciudadanos, también el artículo 6º de la ley de 2018, abarca la adecuación de nombre y/o sexo en los documentos, lo cual sí resultaría aplicable tanto en el tema de las personas trans como en el de los intersexuales.

Es importante que la ley establezca definiciones sobre estos colectivos, para determinar a quienes están dirigidos los apoyos gubernamentales, las políticas públicas y acciones afirmativas que proclama la norma. En la definición de identidad de género, se modificó el Proyecto de Ley que antes establecía que el sentimiento y autodeterminación podría estar “en coincidencia o no con el género asignado en el nacimiento” lo cual no es una afirmación exacta desde el punto de vista biológico. Lo que se asigna en el nacimiento y que, por lo general, queda registrado en las actas de nacimiento como una práctica común en diversos países, no es el género, sino el sexo biológico. El sexo biológico se asigna de conformidad a la observación de los genitales externos. Cuando hay

alguna anomalía se puede analizar el sexo cromosómico y el sexo gonadal, mediante pruebas diagnósticas. El género, por su parte, es un constructo psico-social que se va conformando de acuerdo a los roles de género, a las expectativas sociales y a la autorepresentación que cada persona hace de su cuerpo (Lamas, 2002).

Llama la atención que el artículo 5º inste a incorporar la variable de la identidad de género en los sistemas de información estadística, como los censos, encuestas y otras mediciones públicas. Esta medida es importante para políticas de salud, seguridad pública, educación, derechos humanos, etcétera. Pero resulta preocupante que el artículo mismo señala que la variable “identidad de género” releve a la variable “sexo” en estas mediciones. La ya comentada imprecisión biológica del Proyecto de Ley que se rectificó, no fue modificada en este artículo. Hay mediciones en las que será necesario continuar con la categoría biológica, como lo sería en el expediente clínico. Por ejemplo, si una persona trans no se ha realizado ninguna cirugía, aunque se perciba como mujer, de todas formas está sujeta a la anatomía y fisiología propia de su sexo biológico y cromosómico y sus datos masculinos podrían ser importantes para una encuesta de salud sobre cáncer de próstata.

El artículo 21 aborda el tema de las cirugías y de las hormonas, tanto para mayores como para menores de edad. Para que las personas menores de dieciocho años accedan a intervenciones quirúrgicas genitales irreversibles con el fin de adecuar su cuerpo a su identidad de género, la autorización o la anuencia de los representantes legales será de precepto.

Este tema es sumamente controvertido cuando se hacen modificaciones corporales, mutilaciones o administración de hormonas a menores de edad. El derecho al libre desarrollo de la personalidad en la niñez puede verse “beneficiado” –de acuerdo a los legisladores uruguayos– por este tipo de medidas, pero lo alarmante es que puede verse afectado, debido a que diversos testimonios de personas en estado intersexual refieren a que sufrieron modificaciones corporales irreversibles en su infancia, que ellos no consintieron pero sus padres sí (Laura Inter, Brújula Intersexual, 2018). Lo mismo puede suceder con niños cuyos padres los perciben como trans. Cualquier intervención en el cuerpo que no responda a la solución de un problema de salud física o mental, debería hacerse con el pleno consentimiento de las personas, una vez que ya cuentan con capacidad de ejercicio y son responsables de las consecuencias de sus actos. En el caso de la transexualidad no se presenta ni un problema de salud física, ni de salud mental, de acuerdo a lo que reconoció recientemente la Organización Mundial de la Salud, por lo que es difícil comprobar que se trate de una intervención que necesaria y urgentemente debe hacerse en la niñez (O.M.S., 2018).

En Argentina, la Ley No. 26.743. Ley de Identidad de Género (Boletín, 2012) es similar a la ley uruguaya. Pero a diferencia, esta ley no menciona al colectivo “trans”, pudiendo tener un alcance y contenido más amplio, pero al interpretarla en su totalidad, puede entenderse que las acciones principales están dirigidas a dicho colectivo. Como se mencionó en el caso de Uruguay, esta ley tampoco contempla la problemática de las personas que nacieron en estado intersexual.

La ley argentina también establece las bases del cambio de nombre para que coincida el registro legal con la identidad de género. Cualquier persona mayor de edad puede solicitar al Registro Nacional de las Personas la rectificación registral del sexo y el cambio de nombre de pila e imagen. En ningún caso se requiere acreditar que hubo una intervención quirúrgica, terapia hormonal u otro tratamiento para tramitar esta solicitud. En el caso de los menores de edad, quienes pueden hacer la solicitud son los representantes legales con expresa conformidad del menor, teniendo en cuenta el interés superior del niño [aa. 3-5].

También esta ley aborda el tema de las cirugías totales y parciales y/o tratamientos hormonales, a las que los mayores de edad podrán acceder sin requerir autorización judicial. Sólo se requiere el consentimiento informado como cualquier otro procedimiento de salud.

La novedad de esta ley es que para el caso de la obtención del consentimiento respecto de la intervención quirúrgica total o parcial a menores de edad se deberá, aunada a la autorización de los padres, contar con la conformidad de la autoridad judicial competente de cada jurisdicción, quien deberá velar por los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño. A diferencia de la ley uruguaya que sólo lo deja al arbitrio de los padres, la ley argentina establece un candado para asegurar el interés superior del menor de edad, pudiendo evitar cirugías innecesarias en los menores, en los que también cabe el supuesto de los niños en estado intersexual. Estas medidas son importantes porque hay casos documentados donde los padres no siempre toman las mejores decisiones sobre la salud de sus hijos, teniendo consecuencias irreversibles para la salud, verbigracia, la negativa a procedimientos urgentes; negativa a la vacunación; o casos patológicos como el trastorno facticio impuesto a otro (antes conocido como Síndrome de Munchausen por poder).

Desde diciembre de 2012, tanto en Nueva Zelanda como en Australia, a las personas intersexuales y transgénero se les permite ingresar una X en sus pasaportes. Como requisito, el solicitante debe presentar una declaración jurada. En el caso de los recién nacidos intersexuales pueden ser registrados como “indeterminados”. Sin embargo, esta categoría es solo temporal, ya que más adelante la asignación de sexo se deberá llevar a cabo ante un tribunal de

derecho familiar para cambiar por masculino o femenino; lo cual al final de cuentas acota los derechos de los niños y adultos intersexuales (Ghattas, 2013).

Al año siguiente, Australia reformó la Ley sobre la Discriminación Sexual, en la que se estipula por primera vez, prohibir la discriminación por la condición intersexual per se ampliando la causa previamente existente de discriminación por motivos de sexo.

En 2017, las organizaciones intersexuales de Australia y Nueva Zelanda convocaron a diversos actores sociales y emitieron la Declaración de Darling-ton para lograr reformas legales y políticas para salud y bienestar, así como educación, empleo y visibilidad de la problemática intersexual (Australia and Aotearoa/New Zeland Intersex Community Organisations, 2017).

Con este documento, se busca poner fin a la patologización del cuerpo intersexual, la estigmatización y la discriminación genética en los seguros de salud y en el trabajo. Asimismo, se solicita el respeto a la autonomía corporal y por ende, la penalización de intervenciones médicas en niños. Otro tema trascendental que aborda este documento es el del apoyo de pares: los amigos, familiares, proveedores de servicios, cuidadores, personal de salud, educadores, para ayudar a afrontar los retos y también, los traumas y problemas de salud mental por los que pasan las personas intersexuales debido a la innecesaria medicalización y consiguiente discriminación.

En Alemania, en el año 2012 el Consejo de Ética recomendó la emisión de certificados de nacimiento con el reconocimiento de “otro” en la categoría de sexo. Derivado de esta recomendación, al año siguiente se modificó el numeral 22 de la Ley sobre el Estado Civil (Decreto de reforma a Ley sobre el Estado Civil, 2013) incorporando el criterio de que si un recién nacido no podía identificarse con alguno de los sexos, se dejara vacío el apartado correspondiente en el registro, sin un límite de tiempo para llenar ese apartado. Con ello se pretendió dar cabida a los intersexuales, eliminando la carga de una abrupta decisión hacia un sexo cuando existe una duda, incluso cerrando la puerta a realizar operaciones médicas en etapas tempranas para definir hacia un sexo (Méndez Urich, 2018).

Pero en 2014, el caso de una persona intersexual, generó otro cambio legislativo. Vanja quien estaba inscrita como mujer en su registro, formuló un requerimiento en el registro civil de una localidad cercana a Hanóver, porque estaba disconforme con un género legal que no se correspondía con su identidad y solicitó cambiar “femenino” por “inter/diverso”, demostrando con análisis médicos que es intersexual. Cuando su solicitud fue negada, Vanja demandó al registro y obtuvo respuestas negativas en todas las instancias hasta que las recurrió ante el Tribunal Constitucional. En noviembre de 2017, el máximo órgano judicial alemán, dictó una sentencia favorable a Vanja,

bajo el argumento de que el derecho al libre desarrollo de la personalidad recogido en el artículo 2 de la Constitución alemana, incluye la protección de la propia identidad y expresión de género, ya que consideró que negarle este reconocimiento a los intersexuales constituye una discriminación por razón de género prohibida por la Constitución. Asimismo, el Tribunal no creyó que la ley aprobada en 2013, con la posibilidad de dejar en blanco el campo del sexo, fuera una solución satisfactoria; porque la idea no es dar a entender que las personas intersexuales carecen de sexo, sino que más bien su sexo no se corresponde con el código binario.

En consonancia, para agosto de 2018, el gobierno alemán le dio cumplimiento a la sentencia exhortando a los registros de nacimiento a que incluyan una tercera casilla para la categoría de “intersexual”, o “diverso” convirtiéndose en el primer país europeo en reconocer esta situación (HuffPost México, 2018). El 14 de diciembre de 2018, el Parlamento aprobó una nueva ley que dicta que no se deje en blanco el espacio, sino que se abra la categoría de “sexo diverso”, aunque sigue estando disponible la posibilidad de dejar en blanco el campo del género (BBC Mundo, 2013).

Para esas fechas ya en otros países existían medidas para documentos públicos; por ejemplo, en los estados de Oregón y California, EE.UU., desde 2017, se permite reconocer un sexo “no binario” en los documentos de identidad. El Departamento de Vehículos Motorizados de Oregón (Parks, 2017) ofreció una tercera opción en las licencias y tarjetas de identificación para designar una “X” como género neutral o no binario sentando un precedente en el país. Y en California fue a través de la promulgación de la Ley de Reconocimiento de Género (Congreso, 2017), aunque esta opción no sólo es para las personas en estado intersexual, sino para cualquiera que se identifique con un género diverso (Morales Almada, 2017).

CONCLUSIÓN

El tema de la intersexualidad presenta varios retos jurídicos, sociales, sanitarios, administrativos, para la solución de diversos problemas que engloban desde la confusión en la definición de la gama de trastornos comprendidos; la discriminación; la denegación de servicios de salud, la invisibilidad del grupo y la violencia padecida. Estos retos pueden ser encarados desde perspectivas heterogéneas mediante normas, políticas públicas y programas que articulen a la multiplicidad de sujetos involucrados del sector público y privado, para así ampliar el régimen de protección de los derechos de las personas en estado intersexual e ir forjando en la sociedad, una cultura de respeto y promoción de los derechos humanos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AUDÍ PARERA, L.E. (2011). Anomalías de la diferenciación sexual. En: Junta Directiva de la SEEP (coord.), *Protocolos de Endocrinología*. Madrid: Asociación Española de Pediatría.
- AUSTRALIA AND AOTEAROA/NEW ZELAND INTERSEX COMMUNITY ORGANISATIONS (marzo de 2017). Intersex Human Rights Australia. Obtenido de <https://ihra.org.au/wp-content/uploads/key/Darlington-Statement.pdf>
- BBC MUNDO (1 de noviembre de 2013). Alemania introduce un tercer género legal para recién nacidos. BBC News.
- BOLETÍN, OFICIAL (23 de mayo de 2012). Ley N° 26.743 sobre Identidad de Género. Argentina.
- CHÁVEZ ASENCIO, M. (1992). La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno Filiales. México: Porrúa.
- CONGRESO DE CALIFORNIA (15 de octubre de 2017). Gender Recognition Act (SB 179).
- CONGRESO DE LA UNIÓN (17 de junio de 2014). Decreto por el que se adiciona el artículo 4o Constitucional.
- DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN (4 de diciembre de 2014). Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.
- DECRETO DE REFORMA A LEY SOBRE EL ESTADO CIVIL (7 de mayo de 2013). (Gesetz zur Änderung personenstandsrechtlicher Vorschriften (Personenstandsrechts-Änderungsgesetz – PStRÄndG). Alemania.
- DERECHOS A LA INTIMIDAD, PROPIA IMAGEN, IDENTIDAD PERSONAL Y SEXUAL, Tesis P. LXVII/2009 (Suprema Corte de Justicia de la Nación (México) diciembre de 2009).
- GHATTAS, D.C. (2013). *Human Rights between the sexes: A preliminary study on the life situations of inter* individuals*. Berlín: Heinrich Böll Foundation.
- GONZÁLEZ CONTRÓ, M. (2008). Derechos humanos de los niños: una propuesta de fundamentación. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.
- GRACIA BOUTHELIER, R. (2000). Situación intersexual. *Anales Españoles de Pediatría*, 63.
- HUFFPOST MÉXICO (20 de diciembre de 2018). Las actas de nacimiento tendrán un tercer género en Alemania. Periódico Excelsior.
- ISNA. (2020). Portal de Intersex Society of North America. Obtenido de <http://www.isna.org>
- LAMAS, M. (2002). *Cuerpo: diferencia sexual y género*. México: Taurus.
- LAURA INTER, BRÚJULA INTERSEXUAL. (2018). *Mutilación Genital Intersex. Violaciones de los derechos humanos de los niños con variaciones de la anatomía sexual*. México: ONG Brújula Intersexual.

- LEE P, ET AL (2006). Consensus Statement on Management of Intersex Disorders. *Pediatrics*, 491.
- MÉNDEZ URICHE, L. (16 de agosto de 2018). Alemania aprueba introducir el tercer sexo en el registro de nacimiento. *Canal France24*.
- SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN, MÉXICO (2015). Portal del Sistema Nacional de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes. Obtenido de <https://www.gob.mx/sipinna/articulos/acta-de-nacimiento-abre-a-la-ninez-las-puertas-a-servicios-a-los-que-tiene-derecho?idiom=es>
- MINYERSKY N., F. L. (2008). Identidad familiar y derecho a la identidad, En: Tealdi, Juan Carlos (director), *Diccionario Latinoamericano de Bioética*. Bogotá: UNESCO-Universidad Nacional de Colombia.
- MORALES ALMADA, J. (17 de octubre de 2017). California se convierte en el segundo estado en reconocer tres géneros en documentos: masculino, femenino y no binario. *Univision*.
- MOTO SALAZAR, E. (1989). *Elementos de Derecho*. México: Porrúa.
- O.M.S. (2018). Clasificación Internacional de Enfermedades. Ginebra: Organización Mundial de la Salud.
- OEA (30 de abril de 1948). Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.
- OEA (22 de noviembre de 1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- DIARIO OFICIAL, 2009. Ley No. 18.620. Ley sobre el derecho a la identidad de género y al cambio de nombre y sexo en documentos identificatorios.
- DIARIO OFICIAL. (7 de noviembre de 2018). Ley N° 19.684. Ley Integral para Personas Trans. Uruguay.
- ONU, ASAMBLEA GENERAL. (10 de diciembre de 1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- ONU, ASAMBLEA GENERAL. (20 de noviembre de 1959). Resolución 1386 (XIV). Declaración de los Derechos del Niño.
- ONU, ASAMBLEA GENERAL. (16 de diciembre de 1966). Resolución 2200 A(XXI). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- ONU, ASAMBLEA GENERAL. (16 de diciembre de 1966). Resolución 2200 A(XXI). Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- ONU, ASAMBLEA GENERAL. (20 de noviembre de 1989). Resolución 44/25. Convención sobre los derechos del Niño.
- PARKS, C. (15 de junio de 2017). Oregon becomes first state to allow nonbinary on drivers license. *The Oregonian*.
- RICO GARCÍA ROJAS, R. (2012). Ética de los estados intersexuales. *Bioética & Debat*.
- SECRETARÍA DE RELACIONES EXTERIORES, MÉXICO. (13 de febrero de 2017). Acuerdo por el que se dan a conocer los Lineamientos para el registro de

nacimiento de personas nacidas en territorio nacional, que se encuentren en el extranjero.

SOCIEDAD DE NACIONES. (1924). Declaración de los Derechos del Niño.

SUÁREZ CABRERA, M. J. (2016). Glosario de la diversidad sexual, de género y características sexuales. México: Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación.

FEMINICIDIO/FEMICIDIO: DERECHOS SEXUALES Y DESAFÍOS EMERGENTES

Jorge Alberto Álvarez Díaz - MÉXICO

RESUMEN

Partiendo de alcances y límites de la normatividad ética y jurídica en la sexualidad, se expone que la propuesta de la existencia de derechos sexuales es muy reciente. Tomando como base la Declaración de Derechos Sexuales y Reproductivos de la Organización Mundial para la Salud Sexual se intenta mostrar que el feminicidio atenta contra varios derechos sexuales. Se propone que un desafío emergente es la inclusión de la perspectiva de género en el Derecho para poder conseguir un derecho a la intimidad de las víctimas y que se respete a las familias para no revictimizarlas en procesos judiciales.

ABSTRACT

Starting from the scope and limits of ethical and legal rules and regulations regarding sexuality, it is stated that the proposal of the existence of sexual rights is very recent. Taking the Declaration of Sexual and Reproductive Rights of the World Organization for Sexual Health as a basis, we attempt to show that femicide violates several sexual rights. Inclusion of gender perspective in Law is an emerging challenge proposed in order to achieve a right to privacy for the victims and so that families be respected so as not to revictimize them in legal proceedings.

RÉSUMÉ

Partant de la portée et des limites de la normativité éthique et juridique en matière de sexualité, on affirme que la proposition de l'existence des droits sexuels est très récente. En prenant comme base la Déclaration des Droits Sexuels et Reproductifs de l'Organisation Mondiale pour la Santé Sexuelle, une tentative est faite pour montrer que le féminicide viole divers droits sexuels. Il est proposé qu'un défi émergent soit l'inclusion de la perspective de genre dans la loi afin de garantir le droit à la vie privée des victimes et que les familles soient respectées afin de ne pas les condamner à nouveau dans les procédures judiciaires.

INTRODUCCIÓN

Se entiende que un delito de odio es el que se realiza cuando una persona tiene una conducta violenta bajo la motivación de prejuicios hacia la pertenencia de un grupo determinado de la o las personas atacadas (edad, sexo, orientación sexo-genérica, identidad sexo-genérica, expresión sexo-genérica, estrato socioeconómico, etnicidad, nacionalidad, religión, discapacidad, etc.). El homicidio de una mujer por el hecho de ser mujer es un delito de odio que se conoce como femicidio o feminicidio.

La literatura especializada muestra que el término inglés *femicide* fue utilizado por primera vez en Londres, hacia la mitad del siglo XIX para expresar el asesinato de una mujer. No tuvo grandes desarrollos teóricos prácticamente hasta la década de 1990 con los trabajos de Diane E. H. Russell. Al traducirse a la lengua española, se hizo como *feminicidio*. Al momento actual, la literatura especializada utiliza los términos ingleses *femicide* (Russell & Radford, 1992) y *feminicide* (Fregoso & Bejarano, 2010), así como *femicidio* (Boira, S., Marcuello-Servós, C., Otero, L., Sanz Barbero, B., & Vives-Cases, C., 2020) y *feminicidio* (Díaz Castillo, Rodríguez Vásquez, Valega Chipoco & Alonso Álamo, 2019) en español. Cada vez más países lo incorporan como una figura penal para expresar una gravante en un delito de homicidio, por lo que para hablar con propiedad en un determinado estado nacional habría que conocer su marco jurídico vigente. Como no es propósito de este trabajo realizar un estudio de derecho comparado respecto a la forma como se ha tipificado el delito, se utilizará la palabra *feminicidio*, que recoge el Diccionario de la Academia de la Lengua Española y que define simplemente como “asesinato de una mujer a manos de un hombre por machismo o misoginia”. A partir de esta idea general se exponen las violaciones hacia los derechos sexuales en tanto que derechos humanos y desafíos pendientes por cumplir.

NORMATIVIDAD ÉTICA Y JURÍDICA EN LA SEXUALIDAD

Existen muchas fundamentaciones sobre cómo relacionar conceptos tales como moral, ética y derecho, con la finalidad de encontrar puntos comunes, pero a la vez estableciendo límites para cada campo específico. Una forma de interpretar estas relaciones es considerar que la moral corresponde a las costumbres que una determinada sociedad o grupo humano considera como buenas o malas, en un determinado momento o periodo histórico. La ética corresponde a un análisis reflexivo, crítico, sistemático, sobre la moral; suele decirse “análisis filosófico”, pero no se trata de que sea necesariamente desde un corpus académico, sino que es una actividad que realizaría todo ser humano, aunque no haya acudido a educación formal. Si toda persona se comportara de forma buena y correcta, el derecho parecería innecesario. Como en el

mundo hay quien no hace lo que debe hacer, el derecho corresponde a una serie de principios y normas para la regulación de las relaciones interpersonales en toda sociedad, con varios supuestos: primero, tales normas deben inspirarse en valores tales como la justicia y el orden; segundo, pueden ser impuestas de forma coactiva a quien no se someta a ellas por parte de un poder público emanado del Estado.

Una primera pregunta es, ¿cómo relacionar los valores éticos, como la justicia, con los derechos que constituyen el Derecho¹? Existen varias posturas, pero en este trabajo se sistematizan y resumen en dos. La primera posibilidad es entender que los valores de una sociedad democrática se discuten, y aquellos que son esenciales para establecer ese orden justo de relaciones interhumanas se plasman en leyes para que sean exigibles y se castigue a quien no las acate. La segunda posibilidad es que el Estado y/o el Derecho pueden ser en sí mismos instrumentos que promuevan cambios en la sociedad estableciendo derechos fundamentados en valores en los cuales una sociedad no ha podido ponerse de acuerdo. Cualquiera de las dos posibilidades tiene alcances, limitaciones, críticas, etc.

Reflexionando estas posibilidades respecto al tema de los derechos sexuales pueden inferirse dos posibilidades. Primera, que en el tema de los valores sexuales una sociedad puede estar de acuerdo en alguno para construir un derecho, y castigar a quien no cumpla con tal. Segunda, que una sociedad no se ponga de acuerdo con los valores sexuales, y entonces exista la necesidad de buscar criterios, a la luz de valores como la justicia y el orden, para construir derechos que orienten y guíen de algún modo a la sociedad. Si algo es una constante en la sexualidad humana es su diversidad; por ello, no es de extrañarse que en el campo de los valores sexuales hayan existido grandes discrepancias a lo largo de la historia y entre las sociedades.

Históricamente la primera posibilidad se ha manifestado con una cierta constante. No ha sido tanto que las sociedades de hayan puesto de acuerdo con determinados valores sexuales, sino que ha sido la imposición de un grupo dominante. Quienes en un determinado momento histórico han ejercido el poder sobre el resto son quienes terminan imponiendo sus valores transformados en derechos, añadiendo prohibiciones hacia lo que no se considera valioso.

La segunda posibilidad, esto es, que el Estado y/o el Derecho puedan promover modificaciones que de alguna manera intenten guiar o llevar a una sociedad en un camino iluminado por la justicia, aún en contra de prácticas morales tradicionales, es más reciente. De hecho, por ir contra lo que mucha

¹ En este sentido de entiende Derecho como la ciencia social, y derecho como el tipo específico o concreto de derecho, ya sea el que se obtiene mediante la firma de un contrato, o aquellos que pretendidamente son inherentes a la cualidad misma de humanidad y que por ello se denominan como derechos humanos.

gente puede compartir, aun de forma errónea, es más complejo y largo el camino por recorrer.

Existen algunos ejemplos claros en este segundo caso para el tema de derechos sexuales y derechos reproductivos. Aunque suele hablarse de ellos en una conjunción que parece indisoluble, lo cierto es que los derechos reproductivos se relacionan con esa posibilidad humana, en tanto que los derechos sexuales tienen que ver con otras manifestaciones de la sexualidad, tales como la vida erótica o la afectiva, entre otras.

Es necesario en este punto recordar un aporte de las ciencias sociales sin el cual no se entienden estas nuevas construcciones éticas y jurídicas: el género. Aunque hay varias reconstrucciones históricas que hablan de “olas” o “periodos” de análisis de esta categoría, aquí se centra la idea en lo que puede ser explicativo para el texto posterior. En 1949 Simone de Beauvoir publica *El segundo sexo*; ahí aparece la famosa frase de que “la mujer no nace, se hace”. Eso dio origen a lo que se llamó “estudios de la mujer” y posteriormente “estudios de género” (que no son sinónimos). El texto de esta autora francesa, hoy un clásico, aporta una fundamentación filosófica y política para desarrollos posteriores.

Un par de décadas después Kate Millet publicó *Política sexual*, donde desarrolla el concepto de patriarcado como una categoría explicativa para la histórica subordinación de las mujeres. Pasando del campo del sexo, hombre-mujer, al del género, masculino-femenino, se da un paso más en la comprensión de que lo masculino es lo que produce una subordinación de lo femenino. Así aparecen textos como *La dominación masculina*, de Pierre Bourdieu, y *Los cautiverios de las mujeres*, de Marcela Lagarde.

La distinción que actualmente puede establecerse entre el sexo y el género permite analizar y comprender mejor realidades complejas (Álvarez Díaz, 2020b). Puede entenderse que la categoría sexo corresponde al conjunto de características fenotípicas (observables) que expresan el genotipo heredado y que colocan al ser humano en algún punto de un continuo, el cual tiene en los extremos individuos con potencial reproductivo complementario (esto es, el macho y la hembra de la especie humana, del *Homo sapiens*). Por otra parte, la categoría género se refiere a la construcción sociocultural que supone una serie de roles y actitudes que se espera (y con ello, se desea) deberían presentar hombres y mujeres; por ello son impuestas y reforzadas a través de diferentes estructuras sociales (familia, escuela, trabajo, etc.). Como la visión tradicional ha sido la existencia de dos sexos (que no es correcto, pero no hay espacio de profundizar aquí), se han supuesto dos construcciones culturales posibles: la masculina (lo esperado y deseable en roles y actitudes de hombres) y la femenina (lo esperado y deseado en roles y actitudes de mujeres). Esto hace que la forma más fácil de entender las relaciones entre sexo y género, sea convenir en

que a los hombres les corresponde la masculinidad y a las mujeres la feminidad. Los análisis contemporáneos consideran el plural también en las asignaciones genéricas, de modo que se habla de masculinidades y de feminidades. Esto tiene particular importancia cuando se habla de diversidad sexual, esto es, diversidad en la orientación sexo-genérica, la expresión sexo-genérica, etc. Es tan relevante esta distinción para la comprensión de muchos fenómenos, que por ejemplo se ha evidenciado que la mayor mortalidad de mujeres en sismos, como el ocurrido en Ciudad de México en 2017, puede explicarse por cuestiones de género y no solamente de sexo (Álvarez Díaz, 2020a).

Retomando la distinción a nivel macro, debe recordarse que la globalización de la politización del concepto de género continúa por muchas vías; una decisiva ha sido la organización de Conferencias Mundiales de Naciones Unidas sobre la Mujer: México, 1975; Copenhague, 1980; Nairobi, 1985; y Beijing, 1985. Tras estos antecedentes puede explicarse por qué el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) tiene un enfoque de igualdad de género². Consideran que el patriarcado es un sistema de organización social basado en el poder de la figura del “pater”, elevado a la categoría política y económica y generalizada a todos los ámbitos de actuación donde se reproduce el sistema de jerarquía y dominación masculina. Es a través de sus estructuras socioeconómicas y políticas, de las normas y valores y de los procesos de socialización la manera como se establece una asignación asimétrica y jerarquizada de roles (conjunto de tareas y funciones) y de espacios en razón de su condición sexo-genérica. Se atribuyen a mujeres y a hombres distintos trabajos y valor, así como distintas responsabilidades y obligaciones.

Tras esos matices, puede decirse que si las sociedades han sido patriarcales, el ponerse de acuerdo para que los valores sexuales sean considerados derechos tiene esa lógica. Así mismo, cuando se cambia la visión a que los derechos se propongan desde el Derecho y el Estado para que la sociedad pueda ver desde lo justo algo de lo que no se ha dado cuenta, es una labor compleja (entre otras cosas, porque el Estado y el Derecho son instituciones patriarcales; queda fuera de los objetivos de este texto desarrollar esta idea).

Si bien hay infinidad de ejemplos donde esto puede plasmarse, se toman dos paradigmáticos: un derecho reproductivo y un derecho sexual. El ejemplo histórico en materia de derechos reproductivos ha sido la interrupción del embarazo. Bajo una visión patriarcal, donde lo masculino tiene poder de dominio sobre lo femenino, el cuerpo de la mujer se ve sometido al del hombre. Si resulta un embarazo después de un coito, la mujer no podía decidir sobre su

² Igualdad de género PNUD. (2020). Disponible en <https://www.undp.org/content/undp/es/home/gender-equality.html>

propio cuerpo ni sobre el resultado del embarazo: debía parir y debía criar. Todo lo alejado de este comportamiento sería considerado malo moralmente y por ello punible desde lo legal. Reconociendo que la mujer es libre desde lo jurídico y político, que tiene autonomía desde la bioética, la consecuencia es que tiene capacidad de decidir sobre su cuerpo. Esto es lo que ha llevado paulatinamente a que por fin las mujeres puedan decidir sobre el destino de un embarazo sin que se les castigue si van en contra del dominio patriarcal. Por ello se han ido modificando los códigos penales de algunos países o de algunas regiones dentro de varios países para permitirles a las mujeres el ejercicio de este derecho reproductivo. Con los antecedentes históricos citados, se entiende mejor que la sentencia Roe Vs. Wade, con la que se consigue en los Estados Unidos de América que las mujeres puedan interrumpir su embarazo hasta la semana 12 solamente bajo su solicitud y ninguna otra consideración, data de 1973.³

Otro ejemplo en materia de derechos sexuales, no reproductivos, sino los que tienen que ver con la vida afectiva y la erótica (relacionada al placer sexual), es el caso del matrimonio. En un orden patriarcal se ha entendido como un vínculo legal entre un hombre y una mujer; en muchos sitios, también con obligaciones y responsabilidades específicas; por ejemplo, el padre como proveedor y la madre como cuidadora. Esto permite explicar que en muchos lugares se pueda demandar al padre para que provea de recursos materiales para la crianza de la descendencia (a cargo de la mujer); así mismo, explica por qué la guarda y custodia de menores le corresponden legalmente a la madre tras disolverse el vínculo matrimonial. Si se entiende bien, es el patriarcado quien ha determinado estas diferencias plasmadas en la normatividad jurídica; de ahí que sea un error considerar que son privilegios de las mujeres. Es justo al contrario; los privilegios de los hombres han llevado a esta situación. Esta visión puede cambiar en el momento en que puede modificarse la visión tradicional de que un matrimonio tenga como fin la reproducción, o que el

³ También queda fuera del análisis de este trabajo un problema que suele considerarse ético sobre el estatus del embrión humano, pero que en el fondo se trata de un problema ontológico (Álvarez Díaz, 2014). Esto es, si un embrión es persona o no; es relevante porque tiene claras consecuencias jurídicas. Es imposible determinar científicamente esto, ya que la categoría “persona” es en esencia filosófica, por lo que sería importante determinar si la biología tiene algo que decir (Álvarez Díaz, 2008a) o si eventos biológicos específicos como la fecundación tienen alguna relevancia (Álvarez Díaz, 2007b). Las consideraciones filosóficas, que pueden reunirse en dos grandes grupos: personalismos (Álvarez Díaz, 2008b) y gradualismos (Álvarez Díaz, 2007a). Bajo la primera postura se es persona desde la fecundación; es la posición defendida habitualmente por grupos religiosos, pro-vida o pro-life. Bajo la segunda postura se es persona en un momento posterior a la fecundación (implantación, periodo embrionario, maduración del sistema nervioso, etc.); es la posición defendida por grupos laicos, pro-elección o pro-choice.

cuerpo de los hombres pueda ejercer poder sobre el de las mujeres; va mucho más allá en la vida cotidiana contemporánea. Abarcaría entonces la posibilidad de acceder a créditos comunes para conseguir bienes, la posibilidad de que el derecho a la salud de una persona pueda extenderse a otra, la disposición de una herencia, etc. Por ello, en algunos lugares se ha modificado la idea patriarcal de matrimonio, entendiendo que podría entenderse como la unión de dos sujetos de derechos, independientemente del sexo, género, identidades, orientaciones, expresiones, prácticas, etc.

Por estas razones, y muchas más, la relevancia y actualidad de los derechos sexuales y de los derechos reproductivos es cada vez mayor. Sucesivamente, este trabajo aborda una historia mínima sobre la concepción de los derechos sexuales como un tipo de derechos humanos, la propuesta que ha elaborado y revisado la asociación de profesionales de la salud sexual más antigua y grande a nivel mundial, y la relación de todo esto con el feminicidio. Está claro que esta figura jurídica transgrede el valor de la vida humana y el derecho a la vida, pero, ¿qué sucede con otros derechos?

EL RECENTE ORIGEN DE LOS DERECHOS SEXUALES

La aproximación histórica hacia el tema de los derechos sexuales admite varios enfoques. Uno puede ser revisar cuáles aspectos que componen la sexualidad (de acuerdo con el modelo de Rubio Aurioles, 1994, la reproducción, el erotismo, la vinculación afectiva, y el género) han sido regulados por el derecho y en qué niveles ha ocurrido (Constitución, Leyes Generales, Reglamentos, etc.). Otro sería rastrear la aparición de la denominación como “derechos sexuales” y analizar su evolución. Éste enfoque es mucho más reciente, ya que regulaciones sobre aspectos relacionados o incluidos en la sexualidad se encuentran desde el mundo antiguo, pero el hablar de “derechos sexuales” es un fenómeno mucho más reciente, del siglo XX, y especialmente de la segunda mitad de tal siglo.

DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS: LA PROPUESTA DE LA WORLD ASSOCIATION FOR SEXOLOGY (WAS)

Considerando que los derechos que se relacionan con la sexualidad han tenido, de diferentes maneras, enfoques que enfatizan la dimensión reproductiva (derechos reproductivos), o las dimensiones erótica y afectiva (derechos sexuales), es fácil comprender que hay múltiples y diferentes propuestas. Por ejemplo, la Federación Internacional de Planificación Familiar (IPPF, International Planned Parenthood Federation), fundada en 1952, cuenta con una Declaración de Derechos Sexuales desde 2008. Esta Declaración cuenta con un preámbulo, siete principios y una decena de derechos sexuales.

Organismos supranacionales en materia de salud, tales como la Organización Mundial de la Salud, o su oficina para América (la Organización Panamericana de la Salud), han abordado el tema. En ocasiones el enfoque es sobre derechos humanos y su repercusión sobre la salud, particularmente la salud sexual. Así, se refieren a ellos, aunque no necesariamente desde un marco teórico específico o sobre derechos explícitos.

Por las razones previas resulta de interés particular la propuesta de un organismo dedicado a la sexología y la salud sexual. Fundada en 1978 bajo el nombre de Asociación Mundial de Sexología (WAS, World Association for Sexology), propuso una Declaración sobre Derechos Sexuales y Reproductivos en el marco del 13er. Congreso Mundial de Sexología, realizado en 1997, en Valencia, España. La Declaración fue revisada y aprobada por la Asamblea General de la WAS en 1999, en el 14º Congreso Mundial de Sexología, Hong Kong, República Popular China. El año 2005 la WAS cambió de nombre a Organización Mundial para la Salud Sexual (World Association for Sexual Health), conservando las siglas. La revisión más reciente de la Declaración fue realizada en 2014.

Tanto la versión de 1997-1999 como la de 2014 cuentan con un preámbulo (muy breve en el primer caso) y una serie de derechos, 11 en la primera versión y 16 en la segunda. Una diferencia sustancial es que la primera versión se trató más bien de una serie de cuestiones aspiracionales, en tanto que para la revisión más reciente se analizaron tratados internacionales en materia de derechos humanos para hacer explícitos derechos sexuales y derechos reproductivos que se encontraban implícitos en tales declaraciones. La idea de la WAS es que constituya una orientación para que el derecho positivo de los países pueda orientarse e incluir explícitamente tales derechos. La tabla 1 muestra un comparativo con derechos que salieron (como el derecho al placer), otros que se amplían y algunos más que se agregan.

TABLA 1. COMPARATIVO DE LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS PROPUESTOS POR LAS WAS EN 1997 Y REVISADOS EN 2014. (FUENTE: ELABORACIÓN PROPIA A PARTIR DE LAS DECLARACIONES DE LA WAS)

DECLARACIÓN DE DD SS RR, 1997 (WAS)	DECLARACIÓN DE DD SS RR, 2014 (WAS)
1. El derecho a la libertad sexual	1. El derecho a la igualdad y a la no-discriminación
2. El derecho a la autonomía, integridad y seguridad sexuales del cuerpo	2. El derecho a la vida, libertad y seguridad de la persona
3. El derecho a la privacidad sexual	3. El derecho a la autonomía e integridad del cuerpo
4. El derecho a la equidad sexual	4. El derecho a una vida libre de tortura, trato o pena crueles, inhumanos o degradantes
	5. El derecho a una vida libre de todas las formas de violencia y de coerción
	6. El derecho a la privacidad

- | | |
|--|--|
| <p>5. El derecho al placer sexual</p> <p>6. El derecho a la expresión sexual emocional</p> <p>11. El derecho a la atención de la salud sexual</p> <p>9. El derecho a información basada en el conocimiento científico</p> <p>10. El derecho a la educación sexual integral</p> <p>7. El derecho a la libre asociación sexual</p> <p>8. El derecho a la toma de decisiones reproductivas, libres y responsables</p> | <p>7. El derecho al grado máximo alcanzable de salud, incluyendo la salud sexual que comprende experiencias sexuales placenteras, satisfactorias y seguras</p> <p>8. El derecho a gozar de los adelantos científicos y de los beneficios que de ellos resulten</p> <p>9. El derecho a la información</p> <p>10. El derecho a la educación y el derecho a la educación integral de la sexualidad</p> <p>11. El derecho a contraer, formar o disolver el matrimonio y otras formas similares de relaciones basadas en la equidad y el pleno y libre consentimiento</p> <p>12. El derecho a decidir tener hijos, el número y espaciamiento de los mismos, y a tener acceso a la información y los medios para lograrlo</p> <p>13. El derecho a la libertad de pensamiento, opinión y expresión</p> <p>14. El derecho a la libre asociación y reunión pacíficas</p> <p>15. El derecho a participar en la vida pública y política</p> <p>16. El derecho al acceso a la justicia y a la retribución y la indemnización</p> |
|--|--|

FEMINICIDIO Y DERECHOS SEXUALES

Resulta una perogrullada decir que un feminicidio atenta contra el derecho a la vida. La vida es un bien, un valor y un derecho, como mínimo. La vida humana es más que vida biológica, es una vida biográfica, con aspectos psicosociales y cualidades filosófico-ontológicas como la dignidad, que tienen repercusiones en la dimensión jurídico-política.

El feminicidio es un fenómeno complejo que pocas veces se ha abordado desde la bioética (Álvarez Díaz, 2003) o al analizar las repercusiones de la violencia para la salud pública (Calderón Legarda, 2010), pero tiene desde luego grandes implicaciones en ambos campos. Uno de los primeros casos lamentablemente famoso, mediático, es el conocido como “las muertas de Juárez” (Monárrez Fragoso, 2009). El caso es bien conocido: fue tan grave que alcanzó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual resolvió que el Estado Mexicano tenía responsabilidad internacional respecto al caso conocido como “Campo algodonero” (Vázquez Camacho, 2011); Ciudad Juárez es un sitio fronterizo junto al Río Bravo, que ha sido productor de algodón por mucho tiempo, por lo que el cultivo es común.

En un informe del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) se analiza este caso entendiendo que la violación de derechos humanos no fue

solamente respecto del derecho a la vida, sino que afectó también otros derechos: a la integridad personal, a la libertad personal, a una vida libre de violencia, a la igualdad ante la ley y la no discriminación, a las garantías judiciales y a la protección judicial, y a la información (Badilla, 2008). La tabla 2 muestra la relación de estos derechos con los propuestos por las dos versiones de la Declaración de la WAS.

TABLA 2. COMPARATIVO DE LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS PROPUESTOS POR LAS WAS EN 1997 Y REVISADOS EN 2014, CON LOS DERECHOS VIOLADOS EN LOS CASOS DE FEMINICIDIO EN CIUDAD JUÁREZ QUE ALCANZARON LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN EL CONOCIDO COMO “CAMPO ALGODONERO” (FUENTE: ELABORACIÓN PROPIA)

DECLARACIÓN DE DD SS RR, 1997 (WAS)	FEMINICIDIOS EN CIUDAD JUÁREZ (IIDH)	DECLARACIÓN DE DD SS RR, 2014 (WAS)
1. El derecho a la libertad sexual	Derecho a la igualdad ante la ley y la no discriminación Derecho a la vida Derecho a la libertad personal	1. El derecho a la igualdad y a la no-discriminación 2. El derecho a la vida, libertad y seguridad de la persona
2. El derecho a la autonomía, integridad y seguridad sexuales del cuerpo	Derecho a la integridad personal	3. El derecho a la autonomía e integridad del cuerpo 4. El derecho a una vida libre de tortura, trato o pena crueles, inhumanos o degradantes
	Derecho a una vida libre de violencia	5. El derecho a una vida libre de todas las formas de violencia y de coerción
3. El derecho a la privacidad sexual		6. El derecho a la privacidad
4. El derecho a la equidad sexual		
5. El derecho al placer sexual		
6. El derecho a la expresión sexual emocional		7. El derecho al grado máximo alcanzable de salud, incluyendo la salud sexual que comprende experiencias sexuales placenteras, satisfactorias y seguras
11. El derecho a la atención de la salud sexual		8. El derecho a gozar de los adelantos científicos y de los beneficios que de ellos resulten
9. El derecho a información basada en el conocimiento científico	Derecho a la información	9. El derecho a la información
10. El derecho a la educación sexual integral		10. El derecho a la educación y el derecho a la educación integral de la sexualidad

DECLARACIÓN DE DD SS RR, 1997 (WAS)	FEMINICIDIOS EN CIUDAD JUÁREZ (IIDH)	DECLARACIÓN DE DD SS RR, 2014 (WAS)
7. El derecho a la libre asociación sexual		11. El derecho a contraer, formar o disolver el matrimonio y otras formas similares de relaciones basadas en la equidad y el pleno y libre consentimiento
8. El derecho a la toma de decisiones reproductivas, libres y responsables		12. El derecho a decidir tener hijos, el número y espaciamiento de los mismos, y a tener acceso a la información y los medios para lograrlo
		13. El derecho a la libertad de pensamiento, opinión y expresión
		14. El derecho a la libre asociación y reunión pacíficas
		15. El derecho a participar en la vida pública y política
Derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial		16. El derecho al acceso a la justicia y a la retribución y la indemnización

La Declaración de Derechos Sexuales de la WAS hace precisiones respecto de los derechos que enuncia; aquí se retoman los relacionados con los feminicidios del informe del IIDH sobre Ciudad Juárez.

En cuanto al derecho a la igualdad y a la no-discriminación la WAS interpreta que toda persona tiene derecho a disfrutar de los derechos sexuales de su propuesta en la declaración vigente sin distinción alguna de raza (sic), etnicidad, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, lugar de residencia, posición económica, nacimiento, discapacidad, edad, nacionalidad, estado civil y familiar, orientación sexual, identidad y expresión de género, estado de salud, situación social y económica o cualquier otra condición. Sigue resultado relevante que aparezcan condiciones específicas a las cuales se pueda apelar en lo singular, pero que se deje abierto a “cualquier otra condición” que pudiera no haber sido considerada en el momento del análisis y la redacción de un texto de esta naturaleza.

Respecto al derecho a la vida, libertad y seguridad de la persona ya se mencionó que resulta evidente su violación en caso de feminicidios. La WAS precisa que toda persona tiene derecho a la vida, la libertad y la seguridad, y que estos derechos no pueden ser amenazados, limitados o retirados de forma arbitraria por razones relacionadas con la sexualidad, dentro de las que incluyen orientación sexual, comportamientos y prácticas sexuales consensuales, identidad y expresión de género, o por acceder o proveer servicios relacionados con la salud sexual y reproductiva. En el caso de feminicidios está claro que los

roles de género y no solamente la identidad o expresión de los mismos, juegan un papel determinante.

En lo que concierne al derecho a la autonomía e integridad del cuerpo la WAS considera que toda persona tiene el derecho de controlar y decidir libremente sobre asuntos relacionados con su cuerpo y su sexualidad. Esto incluye la elección de comportamientos, prácticas, parejas y relaciones interpersonales con el debido respeto a los derechos de los demás. La toma de decisiones libres e informadas requiere de consentimiento libre e informado previo a cualquier prueba, intervención, terapia, cirugía o investigación relacionada con la sexualidad. Aunque nuevamente pueda resultar una obviedad, debe aclararse que si no se puede disponer de un cuerpo vivo no hay forma posible del ejercicio de las posibilidades que brinda la sexualidad.

En relación con el derecho a una vida libre de todas las formas de violencia y de coerción la WAS enfatiza que toda persona tiene derecho a una vida libre de violencia y coerción relacionada con la sexualidad, esto incluye: la violación, el abuso sexual, el acoso sexual, el bullying, la explotación sexual y la esclavitud, la trata con fines de explotación sexual, las pruebas de virginidad, y la violencia cometida por razón de prácticas sexuales, de orientación sexual, de identidad, de expresión de género y de diversidad corporal reales o percibidas. En el caso de los feminicidios en Ciudad Juárez hay casos reportados donde las víctimas sufrieron, además, de tortura, violación sexual y mutilaciones corporales.

En lo que atañe al derecho a la información la WAS enuncia que toda persona debe tener acceso a información precisa y comprensible relacionada con la sexualidad, la salud sexual y los derechos sexuales a través de diferentes recursos o fuentes. Tal información no debe ser censurada o retenida arbitrariamente ni manipulada intencionalmente. Debe destacarse que la WAS liga este derecho a otro, el derecho a la educación y el derecho a la educación integral de la sexualidad, ya que toda persona tiene derecho a la educación en general y a una educación integral de la sexualidad en particular; ambas intervenciones son factores de protección ante muchas situaciones. La educación integral de la sexualidad debe ser apropiada a la edad, científicamente correcta, culturalmente competente y basada en los derechos humanos, la igualdad de género y con un enfoque positivo de la sexualidad y el placer.

El último de los derechos mencionados por el informe del IIDH concierne al derecho al acceso a la justicia y a la retribución y la indemnización. La WAS propone que toda persona tiene el derecho de acceso a la justicia, a la retribución y a la indemnización por violaciones a sus derechos sexuales. Esto requiere medidas efectivas, adecuadas, accesibles y apropiadas de tipo educativo, legislativo y judicial entre otras. La indemnización incluye el resarcimiento a través de la restitución, compensación, rehabilitación, satisfacción

y la garantía de que no se repetirá el acto agravante. En el feminicidio resulta claro que este ultimo punto quedaría para mujeres futuras.

Además de estas consideraciones sobre las víctimas directas del feminicidio, esto es, la mujeres asesinadas, hay que destacar otros derechos que propone la WAS que deben ser respetados en víctimas indirectas, esto es, sus familiares. Uno de ellos sería el derecho a la libertad de pensamiento, opinión y expresión, ya que toda persona tiene el derecho a la libertad de pensamiento, opinión y expresión sobre la sexualidad y tiene el derecho a expresar su propia sexualidad a través de, por ejemplo, su apariencia, comunicación y comportamiento con el debido respeto al derecho de los demás. En el caso de familiares e incluso los grupos a los cuales hubiesen pertenecido las víctimas mortales, debe garantizarse que pueden reclamar por todas las vías oficiales y extra oficiales para que se les escuche.

Aunado al anterior, el derecho a la libre asociación y reunión pacíficas es relevante, dado que toda persona tiene el derecho a organizarse pacíficamente, a asociarse, reunirse, protestar y a defender sus ideas con respecto a la sexualidad, salud sexual y derechos sexuales. En este caso, para manifestarse y exigir los que corresponda según los casos de feminicidio.

Finalmente, el derecho a participar en la vida pública y política es de la mayor relevancia. Toda persona tiene el derecho a un ambiente que permita la participación activa, libre y significativa y que contribuya a aspectos civiles, económicos, sociales, culturales, políticos y otros de la vida humana, a niveles locales, nacionales, regionales e internacionales. Especialmente, todas las personas tienen el derecho a participar en el desarrollo y la implementación de políticas que determinen su bienestar, incluyendo su sexualidad y salud sexual. Para el caso de los feminicidios de Ciudad Juárez, la exigencia de escalar en los diferentes niveles hasta alcanzar a la Corte Interamericana costó tiempo y expresiones públicas que manifestaban la insuficiencia de los niveles iniciales que tomaban los casos.

DERECHOS HUMANOS PARA NO REVICTIMIZAR

El novelista checo Milán Kundera publicó en 1984 su obra maestra La insoporable levedad del ser. Ambientada en la Praga de 1968, trata sobre un hombre y su problemática existencial sobre la pareja. Ese hombre es Tomás, quien ama a su esposa; a pesar de ello, tiene relaciones extramaritales. Teresa, su esposa, lo sabe, y sufre por ello, pero acepta la situación para no perderlo. Sabina es la eterna amante de Tomás, y quien de verdad vive en levedad, en ligereza, al relacionarse con hombres comprometidos a la vez que no le da importancia al tema de la infidelidad. Franz es un amante pasajero de Sabina. En un punto de la novela, quien sigue su lectura se entera de una reflexión que realiza Franz sobre el vivir en la verdad; Sabina cree que la única forma para poder

vivir en la verdad es no tener público. Por ello Sabina repudia la literatura donde se desvelan las intimidades de quien escribe y de su entorno. Entonces viene la frase que da sentido al cierre de este texto: “La persona que pierde su intimidad, lo pierde todo”.

Es una lamentable constante que muchas víctimas de feminicidios desaparecen en un primer momento; para buscarlas, evidentemente se lanzan alertas tanto desde medios judiciales como desde iniciativas sociales. El nombre y la cara de las mujeres se hace público masivamente; en ocasiones, también su vida, sus historias, sus intimidades. Los medios de comunicación entrevistan a familiares quienes pueden narrar historias de violencia continua en muchas víctimas. Antes de encontrar sus cuerpos (cuando se encuentran), ya lo han perdido todo de acuerdo con la Sabina de Kundera. Después (o durante) sobreviene la pérdida de la vida, ese bien jurídico a proteger tan preciado.

Se podrá pensar que hay un derecho a la información, y que es necesaria la denuncia y la búsqueda para lograr el objetivo de encontrar a la mujeres. Es cierto. Pero no es menos cierto que ningún derecho es absoluto; los derechos se ponderan. Por un lado está el derecho de la sociedad de saber lo que ocurre, para informarse, para prevenir, para sumarse a la denuncia, o para sumarse a la exigencia de justicia; cada quien determinará estas u otras posibilidades. Pero por otro lado, esté el derecho a la intimidad de las víctimas: cada vez que exponen su historia las revictimizan. Si finalmente se encuentra el cuerpo, muerto y con agravantes feminicidas, las mujeres mueren una y otra vez. Las matan en cada narrativa: la periodística, la social, y a veces también desde la oficial, desde el poder judicial.

La antropóloga y feminista argentina Rita Segato ha propuesto alguna explicación a este complejo fenómeno. Para entender su explicación, hay que recordar lo dicho sobre el patriarcado: se trata del dominio de lo masculino sobre lo femenino. Es un ejercicio del poder que va acompañado de violencia, desde la simbólica y la verbal, hasta la psicológica y la física. Así, la tesis de Segato es que el feminicidio al ser expuesto en medios de comunicación se transforma en un espectáculo. Aunque en ese espectáculo se muestre al hombre feminicida como un monstruo, lo que la mirada patriarcal observa es a un hombre, masculino, poderoso, potente; esta imagen puede resultar en un modelo a seguir a nivel simbólico. Por ello debe tenerse mucho cuidado en cómo se maneja el tema por los medios de comunicación e incluso por la sociedad misma en las ubicuas redes sociales. El pensar en el derecho a la intimidad es un primer gran paso que hay que dar para que no se vulnere sistemáticamente, como hasta ahora, a las mujeres víctimas de feminicidio. Es claro el tema de género cuando eso no ocurre con las muertes de los hombres.

Por otra parte, es crucial que en el Derecho se introduzca la perspectiva de género, al pensar las leyes, al escribirlas, al interpretarlas y al aplicarlas. Mientras se siga creyendo que los feminicidios son un problema doméstico, conyugal, de pareja, etc., no habrá avance. Incluso, cuando hay una violación sexual, no es por un acto erótico, o de mero placer sexual. El placer que está detrás de este tipo de ilícitos es un placer patriarcal de dominio, del ejercicio de un poder absoluto sobre el otro cuerpo; esto es lo que en realidad produce el placer subjetivo, no es la experiencia erótica en sí misma. Introducir un derecho a la intimidad no es solamente la protección de datos personales, que en estos casos quedan totalmente expuestos; incluir un derecho a la intimidad debe hacerse desde una mirada no patriarcal para poder comprender su alcance. Modificar las narrativas, limitar la exposición de imágenes de la víctima, así como la exposición mediática de familiares, son puntos para iniciar.

Claramente, tanto el Estado y los poderes que emanan de él, como la sociedad civil en su conjunto, requieren de conocer y comprender la perspectiva de género. Hay una urgente necesidad de que el periodismo, la comunicación, se ejerza con perspectiva de género. También que se introduzca entre quienes gestionan poderes estatales, como el poder judicial. Claramente la solución no se reduce a un curso para periodistas o la inclusión de una unidad de género dentro del poder judicial. Se trata de un cambio cultural; difícil, pero hay que buscarlo si de verdad se quiere cambiar la realidad de los feminicidios. La educación será sin duda un factor crucial. En este sentido, el poder pedagógico que tenga una construcción y aplicación de un Derecho con perspectiva de género, así como los mecanismos para garantizar que se conozcan y se ejerzan los derechos, será también un factor decisivo.

REFERENCIAS

- ÁLVAREZ DÍAZ, J. A. (2003). Las muertas de Juárez. Bioética, género, poder e injusticia. *Acta Bioethica*, 9(2), 219-228. doi: 10.4067/S1726-569X2003000200008
- ÁLVAREZ DÍAZ, J. A. (2020a). Género, desastres y mortalidad: Sismo en Ciudad de México, 19/septiembre/2017. *Ciêncie & Saúde Coletiva*, 25(7), 2831-2836. doi: 10.1590/1413-81232020257.30802018
- ÁLVAREZ DÍAZ, J. A. (2020b). La necesaria perspectiva de género para el análisis de problemas de salud. *Cirugía y Cirujanos*, 88(3), 383-388. doi: 10.24875/ciru.19000865
- BADILLA, A. (2008). Femicidio: más allá de la violación del derecho a la vida. Análisis de los derechos violados y las responsabilidades estatales en los casos de femicidio de Ciudad Juárez. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos / Fondo de Población de las Naciones

- Unidas / Agencia Danesa de Cooperación Internacional / Agencia Sueca de Cooperación Internacional para el Desarrollo.
- BOIRA, S., MARCUELLO-SERVÓS, C., OTERO, L., SANZ BARBERO, B., & VIVES-CASES, C. (2020). Femicidio y feminicidio: Un análisis de las aportaciones en clave iberoamericana. (2015). *Comunitania: International Journal of Social Work and Social Sciences*, 10, 26-46. doi: <http://dx.doi.org/10.5944/comunitania.10.2>
- CALDERÓN LEGARDA, G. (Coord.). (2010). *Violencia, bioética y salud pública*. Bogotá: Ministerio de la Protección Social / Fondo de Población de las Naciones Unidas, UNFPA.
- DÍAZ CASTILLO, I., RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, J., VALEGA CHIPOCO, C., & ALONSO ÁLAMO, M. (2019). Feminicidio. Interpretación de un delito de violencia basada en género. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- FREGOSO, R., & BEJARANO, C. (2010). *Terrorizing women. Feminicide in the Américas*. Durham [NC]: Duke University Press.
- GUYON, R. (1934). *The ethics of sexual acts*. New York, A. A. Knopf.
- GUYON, R. (1935). *The ethics of sexual acts*. *The Journal of Nervous and Mental Disease*, 81(1), 100-102.
- GUYON, R. (1949). *The ethics of sexual acts*. *Journal of the American Medical Association*, 141(10), 747. doi:10.1001/jama.1949.02910100113030
- GUYON, R. (1951). Human rights and the denial of sexual freedom. Recuperado el 6 de Septiembre de 2020, desde <http://www.sexarchive.info/GESUND/ARCHIV/GUYTX.HTM>
- Loos, T. (2018). Respectability's edge: Transnational sex radical René Guyon. *Sexualities*, 23(1-2), 146-169. doi: 10.1177/1363460718772731
- MONÁRREZ FRAGOSO, J. E. (2009). Trama de una injusticia. *Feminicidio sexual sistémico en Ciudad Juárez*. México, DF: El Colegio de la Frontera Norte / Miguel Ángel Porrúa.
- RUBIO-AURIOLES, E. (1994). Introducción al Estudio de la Sexualidad Humana. En: Pérez-Fernández, C. & Rubio-Aurioles, E. (Coord.). *Antología de la Sexualidad Humana*. México, DF: Miguel Ángel Porrúa / Consejo Nacional de Población.
- RUSSELL, D., & RADFORD, J. (1992). *Femicide. The politics of woman killing*. New York: Twayne.
- VÁZQUEZ CAMACHO, SANTIAGO JOSÉ. (2011). El caso “campo algodonero” ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 11, 515-559.

LOS DERECHOS HUMANOS EN TIEMPO DE LA CULTURA DIGITAL CONSIDERACIONES SOBRE LA IDENTIDAD DEL COLECTIVO TRANS Y LA PRIVACIDAD DE SUS MIEMBROS

Mario S. Gerlero - ARGENTINA

RESUMEN

La complejidad social, definida por la cultura y sociedad digital, implica un contexto de exposición de las personas trans en su construcción de identidad; esta situación lleva a reflexionar sobre la efectividad y vigencia de los derechos humanos en la vida cotidiana y como el proteger la dignidad de las personas se puede ver afectado por una discriminación fortalecida en la exposición virtual. De un trabajo de investigación en un centro urbano surge que el pluralismo social necesita, no solo de derechos y garantías sino, también, de gestionar a diario la diversidad con presencia de los movimientos sociales.

ABSTRACT

Social complexity, defined by digital culture and society, implies a context of exposure for trans people in their identity construction. This situation leads us to think about the effectiveness and validity of the human rights in everyday life and how to protect the people's dignity, that can be affected by a discrimination strengthened in the virtual exhibition. From a research work in an urban center, it can be observed that social pluralism not only needs rights and guarantees, but also to manage diversity on a daily basis with the presence of social movements.

RESUM

La complexitat social definida per la cultura i societat digital, implica un context d'exposició de les persones trans en la seva construcció d'identitat; aquesta situació porta a reflexionar sobre l'efectivitat i vigència dels drets humans en la vida quotidiana i com el protegir la dignitat de les persones es pot veure afectat per una discriminació enfortida en l'exposició virtual. D'un treball d'investigació en un centre urbà sorgeix que el pluralisme social necessita no només de drets i garanties sinó, també, de gestionar diàriament la diversitat amb presència dels moviments socials.

“Hoy ya no soy yo” porque me permitiste atravesar.
A Martín.

1. LOS DERECHOS HUMANOS EN CONTEXTO DE LA COMPLEJIDAD SOCIO-JURÍDICA

- a. La diversidad sexual y de género se sigue penalizando en numerosos países y regiones, la diversidad en las formas de vida sigue siendo resistida y criminalizada incluso en aquellos estados que encuentran en los derechos humanos principios, medios y metas sociales, culturales, políticas, económicas pero por sobre todos jurídicas; existen vigentes ejemplos en donde las terapias de “reconversión sexual” son auspiciadas entre otros por médicos, psicólogos y/o religiosos que la siguen apoyando y auspiciando; en este contexto el “colectivo trans”¹ sigue siendo criminalizado al extremo de tener como una posibilidad de subsistencia y supervivencia la sólo la prostitución y con expectativas de vida que no suelen superar los treinta y cinco años de edad. En la segunda década del siglo XXI, ya consolidados los nuevos movimientos sociales de disidencia referidos a sexualidades y géneros (Gerlero, 2014) todavía intentar salir del placard para una persona trans sigue siendo un exigido y estigmatizante testimonio público a la que se está obligado, día a día y con un importante costo personal y comunitario; si bien puede aceptarse que existen numerosos espacios de reelaboración crítica y de replanteo de identidades, esa redefinición tiende a ser un gravoso trabajo personal, constante, sucesivo y a su vez simultaneo para poder resistir a ser normalizada; cada día, la persona trans, tiene que enfrentar un sistemas normativos sociales y jurídicos que se resiste aplicar la legislaciones inclusivas.

¹ Se entiende, en el presente texto, por “colectivo trans” a aquel agrupamiento conformado por personas cuya identidad y/o expresión de género es diferente de las expectativas culturales basadas en el sexo que se les asignó al nacer; las personas trans son definidas por la Organización Mundial de la Salud “como personas con una incongruencia de género, caracterizadas por una marcada y persistente incongruencia entre su género percibido y su sexo asignado al nacer.” El concepto de identidad trans es a la vez polisémico y con un notable significado especial porque adquiere un nuevo significado en la politización de las necesidades de una amplia comunidad que desea ser visibilizada y a la que no solo le preocupa cambiar su status de ciudadano imperfecto, sino adquirir plena efectividad y vigencia de sus derechos reconocidos, caso de la Ley 26.743 en contexto de los derechos humanos. La identidad trans se convierte así en un núcleo de los movimientos cuyas actividades se encuadran dentro de lo que se denomina la ideología de las identidades o las políticas de las identidades.

Esa redefinición personal es un paso necesario frente a una vigilancia heteronormativa y binaria; mirada que interpela el cuerpo trans como contrario a las reglas “comunes y normales”; esto se debe a que ese cuerpo transgrede y pone en crisis la supuesta moral pública. La identidad de una persona trans sigue siendo percibida como generadora de situaciones discriminación, es apreciada por las personas trans como un proceso que lleva a la segregación y marginación legitimada socialmente por discursos con raigambre en el bio-poder y anatomo-poder; el sujeto entiende y concibe que sectores de la sociedad buscan imponer y generar conformidad normalizada (con pretensiones hegemónicas) sobre colectivo trans.

Es cotidiano encontrar las más variopintas situaciones de intolerancia, agresividad, humillación y marginación hacia la persona trans.

“... todas las personas trans que formamos parte del colectivo hemos sido sancionadas, hemos sido condenadas históricamente a la exclusión (...) hasta el día de hoy tenemos todo tipo de problemas que podría sintetizar en el acceso a la condición plena de ciudadanos. Las que militamos nos seguimos encontrando en condiciones de marginalidad (...) Es desde ahí que estamos siempre en la mira del sistema para disciplinarnos porque somos las anormales o las integrantes de un circo. Pasamos del abuso a la expulsión y desde ahí directo a la prostitución. Realmente tenemos que hacer mucho esfuerzo para sentirnos dignas hoy de vivir en sociedad y poder reclamar derechos que muchas veces nunca se terminan de aplicar. El ser militantes, en el día a día, es tal vez la única salida para intentar poder sentir que estoy protegida por la ley”

Suele ser una constante social que vive la persona trans: el paso del dolor y la injuria a la abyección e, incluso, el crimen de odio por razones de género.

- b. En el contexto de las Instituciones Jurídicas (Gerlero, 2018) la problemática de la efectividad y la vigencia de los derechos humanos son de una notable importancia para el campo de la Sociología Jurídica. Esos derechos son entendidos como un conjunto de facultades sustentadas en la dignidad humana, cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral de la persona; esas reglas y sus principios habilitan la presencia de garantías individuales entendidas como mecanismos para la protección de los derechos de los individuos. Las circunstancias de la diversidad, la igualdad de

derechos formales entre los seres humanos (sin importar raza, color, sexo, género, idioma o cualquier otra condición) es un notable principio y regla que se transforma en la aspiración, el anhelo y meta que orienta acciones y decisiones de amplios sectores sociales. Aun cuando se encuentran protegidos por la mayoría de las legislaciones internacionales, los derechos humanos suponen una base moral y ética que la sociedad considera necesaria respetar para proteger la dignidad de las personas. Si bien los mencionados derechos, en la práctica cotidiana, inspiran a distintas generaciones también suele estar caracterizados por notables intransigencias en su aplicación. La presencia de esos derechos y garantías -como herramientas simbólicas- no implica real aceptación de la diversidad en la vida diaria de una sociedad, esos derechos pueden ser un parámetro para analizar el grado de efectividad y vigencia real en casos concretos de la inclusión social.

Para la reflexión de la aplicación de derechos en la vida cotidiana, la efectividad y la vigencia son dos categorías de análisis socio-jurídicas vinculados con el control y del cambio social de las Instituciones Jurídicas entendidas como la sumatoria de normas, prácticos de los operadores y estructuras de los agrupamientos donde se dan las interacciones que se estudian empíricamente. Implican la necesidad de realizar trabajos de campo para determinar la valía y la estimación de las reglas formales en clave de prácticas y expectativas de actores sociales en interacción en contextos de sociedad altamente desiguales; son categorías que permiten poner en juego la viabilidad real del orden formal y las transformaciones existentes o cambios auténticos inducidos por legislaciones inclusivas. Dicha efectividad y vigencia, en este caso, depende de la percepción, de cómo es parecida la aplicación de reglas, normas, principios legales por amplios sectores desaventajados que viven un proceso de inclusión social solo en el ámbito formal pero que son resistidos en el plano de la vida cotidiana. Por lo tanto la efectividad y la vigencia se encuentran en manos de los funcionarios y numerosos operadores del derecho que determinan qué normas aplicar. Por tal motivo la existencia de derechos y garantías no implica que se mantenga la criminalización y la patologización de distintos sectores sociales.

- c. Por lo expuesto construir una sociedad pluralista no se define con la sola existencia de los derechos humanos, involucra la necesidad de reconocer y gestionar a diario la diversidad; situación que debe ser percibida, apreciada, sentida y experimentada por los actores que se encuentran en la periferia de un sistema social; tal es el caso de los integrantes del colectivo trans. Es necesario tener siempre presente que suelen existir

obstáculos y resistencias a legislaciones inclusivas que responde a derechos, principios y garantías formales. En ese colectivo, es de notable importancia repensar la efectividad y la vigencia de sus derechos.

Para abordar la posibilidad real de la aplicación de los derechos humanos, tal vez el punto de partida sea la conformación de la sumatoria de identidad, de los integrantes del colectivo trans, entendida como un sistema de realidades diferenciadas, cada vez más organizado en torno a un movimiento social en contra toda forma de opresión y por la defensa de los derechos; colectivo como un espacio propicio, construido desde el activismo y la militancia de cada uno de los actores que lo conforman y que buscan el reconocimiento de derechos (o empoderamiento) y su aplicación en la interacción social cotidiana (o inclusión de la diversidad) para la afirmación de sujetos desaventajados. Tiene que ver con datos personales (que hacen a la privacidad y dignidad) de los sujetos que lo constituyen y la presencia del colectivo, con aspectos de la vida privada y las manifestaciones en los espacios públicos, pero por sobre todo con cambios que subvientan las relaciones de poder en todas estas esferas.

Ese empoderamiento del colectivo, desde la construcción personal, permite dar vida a la gobernabilidad en la gestión diaria y, también, el desarrollo institucional cuando: a) promociona los derechos a la diversidad sexual y de género, b) es percibido, por los sujetos que conforman un colectivo, como empoderamiento real, c) organiza el sistema que orienta y guía la convivencia y el desarrollo de las distintas fuerzas ciudadanas, y d) tratar de que emerja, desde el activismo y la militancia como desde la gestión administrativa, el potente mundo de las construcciones corporales disruptivas.

Los derechos personales como la construcción de identidad social forman parte del amplio contexto de los derechos humanos.

Ahora bien el planteo de las vertientes de esos derechos tanto en su fase personal (privacidad y dignidad) como identitaria (persona social y grupal) son temas desarrollados en la teoría, tanto jurídica como en las provenientes de la sociología jurídica; temas instalados y desarrollados ampliamente desde las últimas décadas del siglo XX. De todos modos en la percepción y apreciación de los integrantes del “colectivo trans” las sancionadas y promulgadas las leyes de Matrimonio Igualitario (Ley 26.618) y de Identidad de Género (Ley 26.74) pueden ser insuficientes desde la percepción de actores que conforman el colectivo trans cuando se les discute la efectividad relativa de las normas formales y se cuestiona la vigencia de la legislación inclusiva en disposiciones judiciales y en actos administrativos; los actores

sociales que conforman el colectivo asumen una visión identificada con la persistente situaciones de criminalización, incluso variantes de transfobia que incluyen el crimen de odio por cuestiones de género en especial cuando deben exhibir su vida privada para exponer su redefinición de su identidad a los efectos de militar.

“Mantener la idea de la incongruencia entre sexo y percepción de género lleva a la mayoría de los abogados a criminalizar aun no queriendo. Yo entiendo lo poco formado que pueden estar en este tema pero, como dice siempre una compañera, las personas trans no somos incongruentes, la incongruencia reside en esa parte de la sociedad es completamente transfoba y ‘cisexistente’, estoy convencida que muchos abogados no entienden la diferencia entre tolerancia y aceptación, no comprenden el real sentido de la aceptación de la diversidad humana en la actualidad. Los derechos son una cosa, la realidad es otra; el derecho es un ideal en cambio la realidad es otra completamente; mi vida y mi lucha no es una norma, es luchar contra esa norma.”

Una forma de redimir la función social cotidiana de los derechos del “campo jurídico hegemónico” dependerá, con notable protagonismo, de la valoración que hacen los sectores sociales criminalizados (de la percepción de esos sujetos que conforman el “colectivo trans”) de las Instituciones Jurídicas conformadas por reglas, prácticas de los operadores y espacios estructurados donde se dan las interacciones.

2. LA CULTURA DIGITAL Y LOS DERECHOS DE LOS NUEVOS SUJETOS SOCIALES

- a. La actual complejidad social, visible en las tensiones entre expectativas sociales e Instituciones Jurídicas, se consolida y se expande con la “cultura digital”; la multiplicidad de intereses y necesidades se hacen visibles, se consolidan y se expande. Tal es así que el entramado y la dinámica de las relaciones sociales son definidas, desde la última década del siglo XX, por estar en red o conectado a las redes sociales, mostrar y mostrarse, expresarse y definirse; la “conectividad” como hecho social involucra un modo de estructurar relaciones, una forma inédita de estar con otros actores y producir una “socialización conectada”. La cultura digital, en las actuales sociedades, lo que hace es potenciar todos los matices de ese fenómeno social problemático: la inclusión jurídica de sectores excluidos y las carencias al momento de que derechos y garantías sean una práctica cotidiana. Pueden convivir normas jurídicas identificadas con empoderamiento y, además, pue-

den existir notables casos de resistencia a la inclusión en la diversidad en diferentes casos de la vida cotidiana, transgrediendo o evadiendo dichos derechos y garantías.

Las redes sociales como variable interviniente en distintos fenómenos socio-jurídicos (tal el caso de la efectividad y vigencia de los derechos humanos) pasa a ser imprescindible ya que conforma y define la “cultura digital”; constituye, además, la más compleja experiencia del hombre (en sociedad) como creador de conocimiento y formador de un notable poder y de capital (económico, social, cultural) actuando dentro de la plataforma de la tecnología. Queda claro que las redes sociales cambiaron la forma de comunicarse entre las personas y de visibilizar diferentes cuestiones que podrían haber sido consideradas como periféricas; las redes con sus dispositivos móviles, distintas plataformas, aplicaciones para la web alteraron, además, la dinámica y de las comunicaciones través de entornos digitales complejos. Además de permitir la interconexión se generan disfunciones tanto para el sujeto como para la comunidad al existir la disponibilidad de datos e información, situaciones o hechos relacionados con la vigilancia en distintos aspectos de la vida de los sujetos; situación esa que refiere la perdida de la privacidad y autonomía de la voluntad. La cultura digital lo que haría, entonces, es potenciar, incrementar y reforzar las funciones social del derecho y las disfunciones referida a los prejuicios y situaciones de discriminación de ciertos operadores del derecho. De manera que el colectivo trans percibe, de manera simultánea, emponerarse y a la vez continuar con situaciones patologizantes y criminalizantes.

- b. Como ya se viene afirmando, en este contexto si bien se presentan diferentes etapas de evolución/involución en las redes sociales; hubo en sus orígenes una cultura de la participación, que el colectivo trans vivió con intensidad, donde se pensaba que se potenciaría la inclusión y la democratización de las relaciones sociales; se fortalecería la interacción a nivel individual pero, también se desarrollaría el fortalecimiento comunitario; en sus albores, esta cultura de la conectividad desde las redes sociales, estaba identificada con promesas, utopías posibles: más autonomía, libertad, inclusión y participación (Gerlero, 2018, p. 90) Con el tiempo, identificado con una nueva etapa, el uso de las redes sociales se va desentendiendo de esas utopías posibles, para paulatinamente virar hacia otra función, donde las personas que conforman ese colectivo perciben el mantenimiento de la estigmatización y la patologización. Van Dijck (2016:18 y 19) afirma que “el veloz crecimiento de las plataformas de medios sociales tuvo como resultado que estos sitios

fueran incorporados por empresas de comunicación, tanto nuevas como ya existentes. Estas, en general, se mostraron menos interesadas en conformar una comunidad de usuarios que en obtener acceso a sus datos personales(...) La conectividad no tardó en evolucionar hasta volverse un recurso valioso, en la medida en que los ingenieros encontraron métodos de codificar toda esta información en algoritmos que contribuyeron a moldear una forma particular de socialidad online, a punto tal de convertirla además en un bien redituable en los mercados electrónicos, alimentando un mercado global de medios sociales y contenidos generales por los usuarios". Las plataformas arriba mencionadas vivieron una verdadera explosión en la cantidad de usuarios y en el potencial de generar dinero, y lo mismo ocurrió con una incontable cantidad de sitios más pequeños, tanto comerciales como sin fines de lucro. La interconexión de estas plataformas tuvo por resultado la emergencia de una nueva infraestructura: un ecosistema de medios conectivos; implica el paso de una comunicación en red a una "socialidad" moldeada por plataformas, de una cultura participativa a una verdadera cultura de la conectividad ocurrió en un breve lapso temporal de no más de diez años y con imprevisibles consecuencias sociales, culturales, económicas pero por sobre todo políticas y jurídicas.

- c. En el contexto de la cultura digital la información se convierte en el recurso estratégico por excelencia para que nuevos sujetos sociales se visibilicen y busque la integración al sistema social manteniendo su diversidad y buscando garantías de ciudadanía plena. Es por esa razón que resulta necesario reflexionar constantemente y sobre el sentido de la relación entre los desarrollos técnicos y el entorno humano.

En el caso del "colectivo trans" las redes sociales suponen un espacio no solo de ocio, por sobre todo es un espacio de interacción y de construcción de la propia identidad; proceso que suele estar exento de preocupación sobre el destino de la información que circula por esa red que suele ser considerada infinita y aparentemente volátil. La actividad que se desempeña como sujeto y como agrupamiento que conforma el colectiva, abre problemáticas que ponen en crisis la esfera de la privacidad y potencian la identidad del colectivo.

La situación expuesta implica remarcar o considerar dos tópicos sobre los derechos humanos en conformidad con los principios de igualdad: a. la privacidad de los actores en la interacción utilizando plataformas, dispositivos y aplicaciones en las redes sociales y b. como a partir de esos dispositivos se moldea la identidad de los agrupamientos que conforman el colectivo trans.

De este modo los agrupamientos identitarios se convierten en los nuevos sujetos colectivos movilizados que persiguen un cambio social fundamental, obrando con relativa continuidad y con un nivel de cohesión y organización diverso pero, a la vez, buscando preservar su derecho a la privacidad. De las identidades personales –pero por sobre todo las colectivas– surgen los nuevos agentes sociales que, a partir de rasgos diferenciados (reales o construidos) se tornan elementos activos de los diversos movimientos sociales de autoafirmación.

“Se suele identificar a la Argentina como un país ejemplar para proporcionar derechos trans. Se tiene una Ley que hace posible los derechos humanos pero que suele ser resistida por amplios sectores social. Como vos preguntas: claro que la cultura digital y, concretamente, las redes han hecho mucho más visibles a las personas trans, su comunidad y sus derechos en la sociedad. Incluso en poder hablar abiertamente de terapia de hormonas, y cirugía y, además, poder enfrentar los diagnósticos psiquiátricos que nos definen como anormales. Lo que sucede es que nadie valora y protege la construcción personal en salir a contar tu vida. Los primeros años viví escondida, después nos empezamos a juntar y pensamos en armar una agrupación. Así, intentas ponerte a disposición de las otras chicas, a disposición de la sociedad, claro que utilizo diferentes sitios en la red para hacerlo, los utilizo para conectarme; me encuentro que cuento mi vida y los pasos que di para constituir mi género, pero nadie los valora, siguen la burla y todos tipos de vejaciones, para muchos no dejo de ser un freak y un anormal. (...) Actualmente las y los activistas trans estamos luchando por leyes de antidiscriminación y cupo laboral, así como una que defienda las vidas de las personas trans, que se ven atacadas a diario, pero antes tenemos que mostrar nuestras vejaciones y humillaciones de manera pública para generar algo de comprensión. Por ejemplo lo que nos costó ser considerados para que se nos incluya en la legislación contra el femicidio! Y todavía nos cuenta en la realidad! Hay mucha resistencia de muchos sectores que tienen poder.”

La identidad no es un resultado de derechos y garantías, es producto de un proceso social, de la interacción que se funda en los sentimientos de pertenencia y solidaridad relacionados con un determinado agrupamiento, implica el proceso de reconocimientos personales, de elementos de continuidad y discontinuidad en la historia de los

individuos que están en una continua reelaboración. En todo caso esos derechos y garantías serán herramientas-dispositivos que pueden ser funcionales (o no) a la construcción o redefinición de la identidad colectiva y/o individual. La identidad que ve de la construcción privada del sujeto a la inserción comunitaria donde ratifica el resultado de ese proceso, la consolida y la expande -por sobre todo potenciándolo en las redes sociales- implica que el actor puede pensarse como sujeto social articulado en el marco de una comunidad con la que se vincula, a la que condiciona y por la que es a su vez condicionado. Así entendido el primero criterio aceptable, en la redefinición de la identidad, es el propio para luego desplazar la auto-referencia al agrupamiento, esto es consolidar el sentido del aporte personal al colectivo.

3. LOS DERECHOS HUMANOS EN REFERENCIA A LA DIGNIDAD EN CONTEXTO DE LA IDENTIDAD COLECTIVA

- a. En la compleja y desigual estructura social se hacen presentes la posibilidad de introducir un análisis de la efectividad y vigencia jurídica de los derechos humanos; esto es posible desde el reconocimiento de diferentes expresiones de pluralidad, diversidad, desigualdad y de nuevos sujetos sociales con sus expectativas, intereses y necesidades.

Desde las últimas décadas del siglo pasado emergen, se manifiestan y se visibilizan antiguas y nuevas demandas (según el momento y el contexto social) con dinámicas desconocidas, muchas veces ignoradas y silenciadas, varias veces inesperadas; por lo general situaciones, hechos o fenómenos sociales problemáticas no tenidos en cuenta y no receptadas por las diferentes áreas de la estructura del Estado, no acogidos por las Instituciones Jurídicas. Parecería que una de los pocos hitos a ser considerados en un análisis socio-jurídico en la notable proceso de transformación estructuras e identitario que se vienen desarrollando desde fines del siglo XX y al comienzos del XXI; análisis de un proceso que se puede seguir en la observación de las transformación en el campo jurídico con el ingreso de sujetos postergados, ocultados o silenciados; como se viene afirmando el paso del “ciudadano imperfecto” (Gerlero, 2014) al reconocimientos de sus derechos y la gestión por la vigencia cotidiana de los mismos. Un nuevo siglo con la impronta del poder examina la ampliación y la profundización del complejo entramado del campo jurídico donde se visibilizan situaciones de resistencia al cambio cuando se exploran las Instituciones Jurídicas cuando las simples y formales resoluciones de problemas a suelen no ser suficientes por el tipo y la dinámica de las

- demandas; el mencionado campo jurídico; situación está que incluye incluso la formación de la profesiones jurídicas
- b. Por el lado de la construcción identitaria colectiva, en el contexto de la cultura digital, es preciso que una situación sea definida como injusta para que se desarrollen acciones de protesta y se realicen cuestionamientos contra una autoridad, utilizando nuevos marcos normativos que surgen de avances en los principios del derecho internacional, en especial en el ámbito de los derechos humanos. Estos derechos permiten “componer e incluir una plataforma, armazón e ideal plural e inclusivo para el abordaje tanto teórico como empírico; su universalidad no puede sino conducir a su igualdad que reconoce como corolario la no discriminación como forma de deslegitimar, declarando ilegal, toda diferencia que tenga por objeto cercenar, conculcar, afectar o impedir el goce y ejercicio de derechos humanos. Se trata de las prácticas y medios por los que se abren espacios de emancipación que incorporan a los seres humanos en los procesos de reproducción y mantenimiento de una vida digna. Aun cuando se encuentran protegidos por la mayoría de las legislaciones internacionales, los derechos humanos suponen una base moral y ética que la sociedad considera necesaria respetar para proteger la dignidad de las personas. Los diferentes derechos humanos son, entonces, un conjunto de prerrogativas inherentes a la naturaleza de la persona, cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral del individuo que vive en una sociedad jurídicamente organizada” (Gerlero, 2014, p. 73)
- c. Es así que la construcción de la identidad contiene, al mismo tiempo, una aspiración a diferenciarse del resto del mundo y a ser reconocido por ello. No obstante la producción simbólica no puede contar únicamente con la auto-legitimación. Es necesario encontrar en ciertas representaciones de uno mismo el reconocimiento de su identidad. De hecho los movimientos lidian por el reconocimiento de la identidad. Solo en un contexto de mutuo reconocimiento entre los actores es cuando puede darse el conflicto y en general las relaciones sociales. La historia de los movimientos sociales es también la historia de la habilidad de sus miembros por imponer ciertas imágenes de sí mismos y contestar los intentos de los grupos dominantes por denigrar sus aspiraciones a ser reconocidos como diferentes. La identidad es un concepto complejo, que es necesario, al menos tener presente dos concepciones; por un lado se lo entiende como un proceso íntimo y subjetivo al interactuar un sujeto con otro y de esa manera el agente se “concibe”; por otro lado el que rige la interacciones sociales de grupos o colectivos marcando, por lo tanto, ciertas estructuras en la institucionalización de prácticas.

“Si bien es mi derecho el de tomar las decisiones que crea necesarias para adecuar mi cuerpo y mi apariencia a mis forma de sentir y de querer vivir el género con el que me autopersivo, eso lo dejo a mi esfera personal y hace a mi dignidad como persona. Lo que quiere señalar que más allá de eso hay una esfera pública, la de asumir mi identidad y con mis compañeras de militancia plantear las necesidades que tengo, educación, salud, trabajo, no ser criminalizadas en los lugares públicos, y exigir que la ley (...) se cumplan. Es como que mi identidad trabajada, construida en privado de la manera que sea; por eso es privada!. Además poder sumarla a las de mis compañeras hace una identidad colectiva de mi grupo que nos permite, a todos sus integrantes, pararnos frente a la cultura hegemónica binaria y machista que todavía se mantiene en todos los ámbitos, para demandar un lugar en el mundo para mí y para mis compañeras. Militas así! saliendo vestida con esta ropa, sintiéndote una persona no binaria, se milita con el cambio en el cuerpo, mostrando algo que es privado pero que es tu herramienta de lucha! Tenemos derecho a la igualdad, pero real. El trato ante la ley de nosotras tiene que ser igual, igual que con cualquiera. No es porque somos trans y estamos en este ambiente se justifican un montón de cosas, de cosas que nos pasan, de cosas malas. (...) Como ese chico homosexual que fue abusado sexualmente, que salió en las noticias, donde el juez justificó lo que había pasado porque era homosexual ¿Cómo no pasó nada? ¡No! Pasa igual que como cualquier persona. Eso es por lo que hay que luchar”

Situación, esa que lleva a rituales en el mantenimiento de la identidad, en la “producción de sujetos generalizados y complejos”, con un equilibrio constante entre una unidad fuerte, monolítica y esencializada y la posibilidad real de dividir identitariamente a cada conjunto de actores en diferentes categorías debido a la cantidad, casi infinita, de perfiles, intereses y necesidades.

4. CONSIDERACIONES SOBRE DE LA PRIVACIDAD EN CONTEXTO DE CONSTRUCCIÓN DE LA IDENTIDAD COLECTIVA

- a. Internet supone un espacio de ocio, de interacción y de construcción de la propia identidad, en este contexto la tecnología está cambiando el paradigma de la privacidad en primer lugar por la cantidad de datos personales que se generan y que se almacenan cada día en un ente abs-

tracto que llamamos Internet o “la nube”. La privacidad en el contexto de la cultura digital se refiere al control de la información personal que posee un usuario que se conecta a la “Red”, interactuando por medio de diversos servicios en línea con los que intercambia datos durante la navegación.

Tal es así que la cultura digital y el fenómeno del uso de las redes sociales implica un contexto de exposición y de exhibición, mientras las personas trans desempeñan un doble papel como activistas y militantes consumidores de los servicio pero que, a la vez, se consolidan como productores de informaciones (la suya propia en ese proceso de redefinición de su identidad). En este contexto la definición de la esfera privada en el siglo XXI –esto es, distinguir entre lo público y lo íntimo– se convierte en un ejercicio complejo. Por un lado, está la privacidad física y la identidad propia del mundo off-line pero a lo expuesto hay que sumarle la privacidad en línea. Con la llegada de las posibilidades de conexión permanente, gestionar esta “identidad múltiple” y entender los códigos de los dos mundos requiere acompañamiento y guía. La privacidad es algo que se aprecia cuando falta; sus consecuencias de la pérdida de privacidad no son inmediatas.

Es así que los términos de ciudadanía y vida social han cambiado rápidamente en la era digital, observándose una tendencia hacia el uso de formas públicas como modalidad por defecto frente a una disminución del empleo de estrategias de comunicación privadas. Así, para poder “existir” on-line las personas tienden a publicar contenidos públicos que podrán ser compartidos a su vez por otros usuarios, escapando así de la sensación de no formar parte de grupos o comunidades de referencia para los mismos y vulnerando en ciertas ocasiones su propia seguridad.

- b. Esta situación presume una amenaza latente en cuanto al origen y el destino de la información utilizada, por la activista o militante, en el proceso de formar o redefinir la identidad con los diferentes contactos la que circula por esa red infinita y aparentemente volátil. La actividad en línea abre espacios de relación y admite temáticas impensables en el mundo presencial. Definir la esfera privada y la capacidad de controlar la información que se expone sobre la persona son retos actuales que hay que explicar, entender y abordar desde los diversos derechos fundamentales y de la personalidad que guardan relación entre sí y no pueden ser tratados de manera aislada (los derechos al honor, a la propia imagen, a la intimidad o a la privacidad, a la protección de datos, a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones);

esto es hacer referencia a una esfera de protección que rodea la vida más privada del individuo frente a injerencias ajenas o conocimiento de terceros, salvo excepciones. La privacidad como derecho es aquel que tienen las personas a mantener en la esfera privada una parte de lo que se hace, se dice, se piensa y el derecho a decidir que parte de ese espacio privado que es lo que se quiere compartir y con quién se quiere compartir. Esto implica una relación o vínculo director a la construcción de una identidad pública con posibilidades de estructurar un rol de activista o militante. (Gerlero, Liceda y Lezcano, 2019)

En importante remarcar, sólo en un aspecto formal, que el derecho a la protección de datos personales del actor social que define y redefine su identidad ampara y resguarda la intimidad, privacidad y honor personal. Por sobre todo entraña la obligación del Estado de garantizar la protección de la información personal contenida en bases de datos o cualquier otro soporte, sea documental o digital, concede al titular de tal información el derecho de control sobre ella, esto es, a acceder, revisar, corregir y exigir la omisión de los datos personales que un ente público o privado tenga en su poder.

- c. Para definir y redefinir las expectativas se parte de la experiencia y de cómo percibe la misma, cada uno de los sujetos o actores; experiencia que es 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 el colectivo, comunidad o agrupamiento social sociedad: se encuentran legitimadas. El paso de la construcción de la identidad personal a la colectiva implica 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 comunitaria común, propia del colectivo². Por lo planteado hasta

² 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

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 en el colectivo. 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, y socializarse, es cuando el sujeto construye una identidad congruente con el colectivo en el que participa. Es por esto que en cualquier análisis socio-jurídico que busque analizar la efectividad y vigencia de los derechos tiene que observar el equilibrio real entre los derechos personales con su impronta en la activismo e identidad protegiendo los derechos de esa construcción identitaria que pasa a ser colectiva.

“Siento que la única manera de lograr que respeten mis derechos personales, mi dignidad mi imagen y mi honor es colaborando con una construcción de una identidad colectiva: nosotras las Trans! Es una forma de protegerme! Aunque puede ser un arma de doble filo, cada plataforma que uso me sirve para protegerme y para alimentar el morbo de los hetero-normalizados (...) Sin esa militancia, sin mi activismo diario no podría reservar parte de mi vida privada. Yo entiendo que cuando milito estoy bajo la observación de una sociedad normalizada en el binarismo, que me sigue criminalizando! Eso lo sé! Pero es difícil preservar parte de mi vida privada al exponerme todo el tiempo para demandar por una vida digna. Si! Hay conflictos pero creo que se producen en el morbo, en la curiosidad sobre nuestra vida privada.”

- d. En el caso del “colectivo trans” las redes sociales conforman un espacio de pruebas donde cada una de las personas pone a prueba su redefinición de identidad pero a la vez se sobreexpone al convertir su perfil en una bitácora minuciosa de su trayectoria, una foto o un comentario desafortunado puede terminar costando un trabajo, el acceso a insti-

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.

tuciones o un perjuicio para su reputación. Cada vez es más habitual “googlear” los nombres de las personas antes de contratarlas o en el momento en que aparecen en algún medio de comunicación. Cada vez se observan más historias de destituciones o carreras truncadas debido a mensajes o contenidos expuestos en redes sociales. Y parece que socialmente estos mensajes fuera de contexto y probablemente caducos tengan más razón que la propia persona confesando que era un error, pidiendo disculpas o simplemente admitiendo que era una jugada adolescente y que no volvería a hacerlo. Es más, esta red nunca olvida, y si uno quiere borrar los propios contenidos, siempre queda el registro en línea o incluso los testimonios de otros usuarios que lo capturan y lo almacenan. La red (herramienta o medio fundamental de la conformación de la cultura digital) es un espacio de prueba donde el sujeto va probando como definir o redefinir su identidad, pero además, sustenta, nutre y contribuye con datos que hacen a su esfera de privacidad. Si bien el entorno en línea facilita la superficialidad e invita a generar contenidos de forma espontánea e impulsiva, la cantidad de información accesible sobre cualquier persona no tiene precedentes. Controlar, comparar y hacer “seguimiento de uno mismo y de los demás” es mucho más sencillo en un espacio donde prácticamente todo se hace a la vista de los demás.

5. LOS DERECHOS A LA PRIVACIDAD Y A LA IDENTIDAD LIMITADOS POR LAS REDES SOCIALES

- a. La identidad es el resultado de la vida diaria, de lo que se hace y se publica en redes sociales personales y profesionales, de los comentarios en foros, la participación en los blogs, de las imágenes publicadas y de los comentarios que la persona recibe. Se habla por lo tanto de una identidad que se conforma por lo que se sube a las redes sociales de cada persona, tanto por ella misma como por amigos, compañeros, familiares o contactos por lo que esa identidad a veces puede dar una noción no muy real de su persona; todo dependerá de lo que uno y los demás muestren. La identidad digital, por tanto, puede ser definida como el conjunto de la información sobre un individuo o una organización expuesta en las redes sociales en entornos digitales (datos personales, imágenes, registros, noticias, comentarios, entre otros ejemplos) que conforma una descripción de dicha persona en el plano digital. Desde ese punto el sujeto, en relación a los demás, comienza y consolida la articulación de su vida cotidiana. Por una parte parecería que las redes sociales celebran la misión de ampliar públicos sobre

el trabajo personal y subjetivo de la construcción identitaria, difundir datos sin demasiada interpretación.

En este texto se afirma que surge una nueva forma de poder en manos de las empresas que crean y administran plataformas digitales y distintas aplicaciones (y dispositivos) situación de notable concentración de la riqueza que limita la calidad institucional.³ El nuevo poder (digital) surge de los valores y comportamientos propios de la sociedad hiperconectada. Es importante tener presente que en la actualidad con un celular todos los actores tienen la capacidad de fotografiar, de registrar audios, filmar películas, conseguir amigos, difundir ideas, construir agrupaciones, divulgar información verdadera o falsa, proteger la vida de los animales o propagar la violencia, provocando un impacto que nunca estuvo al alcance de otros seres humanos. La tecnología digital se desarrolla a una velocidad exponencial y transforma todo: redefiniendo efectividad y vigencia de los derechos como, además, el comportamiento y las expectativas, desplazando el valor de las instituciones sociales por el uso y el consumo personal. Las subjetividades y la forma de ser, en este tipo de sociedad, se construyen con las aspiraciones, las imágenes que se bajan de las redes, de las publicidades y de la parcializada y manipulada información y comunicación muchas veces alejadas de la cotidaneidad diaria de los sujetos. Se suele desplazar el sentido de la existencia del sujeto y su sentido de trascendencia (vg.: superación personal y dignidad en contexto de solidaridad) los que pasa a ser central en la del control y el consumo.

- b. Las personas trans afirman que “al contribuir con una identidad colectiva se renuncia en gran medida a los espacios de intimidad, ponen en

³ Definitivamente, ante todos los desafíos planteados, el problema de la seguridad aparece como uno de los temas centrales para enfrentar tales retos. Las medidas de seguridad que todos —empresas, gobierno y personas— deben adoptar son el punto clave mediante el cual se puede conseguir una protección adecuada de los derechos de las personas y usuarios en la sociedad de la información y el conocimiento. En particular, el derecho a la intimidad puede verse protegido utilizando la tecnología para combatir a la tecnología, por expresarlo de alguna manera.

Son varios las publicaciones que se refieren a los datos personales como el centro de una economía de servicios. El valor de cotización en los mercados de algunas de estas empresas, cuyos negocios se apoyan en el aprovechamiento de datos personales, demuestra de forma empírica esta afirmación. El conocimiento detallado de las personas que utilizan sus servicios les ha permitido, a muchos prestadores de servicios, desarrollar actividades atractivas tanto para el mercado publicitario como para los propios usuarios que en general los utilizan de forma gratuita a cambio de que las empresas puedan explotar los datos que les aportamos los propios usuarios.

juego su dignidad y que incluso personas desconocidas pueden tener mucha información sobre ellos". Tener un perfil en las redes sociales, con información y datos privados suele predisponer a las persona trans a ser una víctima de cyberbullying trans (en el contexto del actual el bullying lgbti-fóbico) o acoso virtual. Eso ocurre al hacer visible la intimidad, situación que permite hechos de violencia para molestar o acosar a una persona o grupo de personas trans mediante la amenaza y/o el ataques permanente o continuada en el tiempo sobre divulgación de información confidencial o falsa entre otros medios y que se origina en su orientación sexual o su identidad o expresión de género⁴. Con datos personales, paso necesario para efectivizar la actividad de militancia, las redes sociales (en su aspecto disfuncional) incrementan y desarrollan la criminalización; contribuyen de manera notable a la construcción y consolidación de este "enemigos simbólicos"; disidente del binarismo este enemigos trans (hostiles, disidentes, desviados) que proporcionan la necesaria seguridad de actores que construyen una supuesta cultura normal hegemónica heterosexista; logran una ansiada cohesión social y una aparente forma simple y efectiva de evitar la divergencia. Esto es (desde sectores hegemónicos) el fomentar, promover e impulsar la desconfianza y la incertidumbre entre los sujetos, en especial entre los ciudadanos. Muchas veces el establecer fronteras sociales y culturales entre los agrupamientos supuestamente antagónicos está a cargo de ciertos operadores del derecho que se presenta como garantía del mantenimiento de sistema social, como resguardo de la normalidad y el conformismo de una vida con una supuesta cultura común.

"Como muchas veces charlamos en nuestro grupo, ese enemigo es un contrario necesario, útil en situaciones sociales, políticas y económicas adversas para la administración estatal ya que aparece en las circunstancias adversas, tranquiliza la opinión pública y facilita las decisiones y acciones gubernamentales y la aplicación de algunos derechos. Todavía me cuesta tener un empleo fijo; si llegara a tener algo así, tendría que soportar todo tipo de humillación

⁴ Hay muchas situaciones de vulnerabilidad como la falta de protección de empleados en proceso de redefinición de su identidad, el limitado acceso a la salud, el acceso al trabajo, el restringido acceso a la educación y la justicia, entre otros. Es de tener presente que el 18 de junio de 2018, un tribunal de Buenos Aires sentenció a Gabriel David Marino a cadena perpetua por el asesinato de activista trans Diana Sacayán. Recién en estos últimos años se logra, por primera vez en la historia, que la justicia argentina reconozca que el asesinato era un "delito de odio en contra de la identidad travesti", conocido como "travesticidio" o "transvesticidio".

incluso hasta burlas en el Facebook. (...) Soy discriminada todo el tiempo por usar el baño equivocado, se burlan de mí en la última atención en el Clínicas porque no me adapto a un estereotipo de género en particular. Ojo no soy la única a quien se le niegue el cuidado de salud necesaria y la que tienen que soportar toda clase de amenazas con cárcel o violaciones por el creer que soy una prostituta que provoca a la gente digna!

(...) Entonces toda esa lucha, todos esos logros parecen diluirse cuando hay funcionarios que tienen en cuenta ardides y artimañas legales para no aplicarlos y no cumplirlas; es como que les gana el prejuicio y nosotros somos la amenaza de un mundo heterosexual y falocentrista consolidado década a década, ley a ley a lo largo de los 200 años de historia y que la Ley de Identidad de Género, para muchos, es una anomalía como nuestra propia existencia”

La percepción que un agrupamiento desarrolla de sí mismo en relación con los otros es un elemento que al mismo tiempo que lo cohesioná, lo distingue. La posibilidad de reconocer al “enemigo-amenaza-temor” coaccioná sociedades, determina sentido de pertenencia y conforma una nueva realidad que se explicita en una “defensa preventiva” ante todo tipo de riesgo como son una emoción creada o recreada desde la socialización hasta por la coyuntura política para general recelo o desconfianza ante un agrupamiento o situación determinada.

- c. Lo expuesto termina siendo un referente de un dispositivo de poder que impone de forma rígida, violenta y jerarquizada las categorías de hombre/mujer y masculino/femenino con el fin de producir cuerpos que se adapten al orden social establecido. De esta forma, dicho sistema permite explicar la opresión de todos aquellos individuos que no entran en la bipolarización de los sexos que ha diseñado el patriarcado y transgreden las fronteras de la sexualidad heteronormativa. Las limitaciones en la comprensión de un género que supere el binarismo es un mecanismo de poder que se apoya en el patriarcado y en el capitalismo y cuyas presiones afectan de forma directa y específica como las mujeres y a otros individuos o grupos que parte de un feminismo tradicionalmente no ha incluido en su sujeto de representación, como las personas trans. Por tanto, la lucha contra este sistema de opresión implica a todas aquellas que quieran ir más allá del orden patriarcal, contra la heterosexualidad obligatoria, el rígido binomio hombre y mujer, el control del cuerpo por parte del poder, la violencia machista, la patologización de la diferencia o las desigualdades materiales,

sociales y simbólicas entre hombres y mujeres, entre otras situaciones de limitación de los derechos humanos.

6. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL: LOS AGRUPAMIENTOS COMUNITARIOS Y EL ROL DE LA SOCIEDAD

- a. Se consolida y se expande las nuevas tecnologías y la revolución digital, con sus funciones y disfunciones. Los intentos por solucionar los problemas que se presentan, preservar la privacidad y controlar los datos sobre la construcción de identidad, no puedan encontrar una salida viable desde las diferentes administraciones de gobierno central; tal vez habría intentos de remediar desigualdades en mayor intervención de los funcionarios municipales (vg.: ordenanzas en ciertos municipios en la Provincia de Buenos Aires sobre el cupo laboral trans) y del fortalecimiento de la sociedad civil. Es así que se trata de recuperar el valor social y comunitario de una vinculación o construcción colectiva que implica dar respuestas a una forma de pensar y actuar que tenga como centro solo al individuo y no a este en comunidad; agrupaciones que en una nueva construcción colectiva busque, como alternativa al neoliberalismo y al capitalismo exacerbado, la integración y el empoderamiento pero, a la vez, evalúe la vigencia y la efectividad de los mismos. La sociedad civil hace referencia a un complejo entramado de redes sociales que están mutuamente interconectadas e interdependientes. Se trata de actores colectivos, conformados por individuos que están relacionados e integrados entre sí y que viven un flujo de información, recursos y apoyo social; son personas que se identifican con categoría de ciudadanos que se reúnen, participan y actúan en agrupamientos con el objeto de concretar decisiones consensuadas en el ámbito público. La sociedad civil se apoya en esa red de derechos y acciones que se enmarca en las instituciones, organizaciones y asociaciones, esto es todo tipo de agrupamiento social que tiene como objeto expresar y hacer que se puedan concretar, esto es hacer efectivo y vigente) interés, necesidades, derechos y garantías de los actores. La sociedad civil no sólo es importante para defender las necesidades de las personas ante sus agencias de gobiernos y sus agrupamientos asociados (vg.: corporaciones de empresas) sino para hacer que distintos gobiernos y sus asociados cumplan con la legislación, realicen ajustes y correcciones a su gestión para garantizar la efectividad y la vigencia cotidiana de los derechos; para que las autoridades, incluso, rindan cuentas en relación con el cumplimiento de sus compromisos asumidos.

- b. De manera que es fundamental rescatar la función de la sociedad civil como ese conjunto de agrupaciones comunitarias con impacto que condicionan las prácticas de gestión del Estado. Equivale a cuerpos intermedios -con una vocación participativa y consciente- con el compromiso democrático, el fortalecimiento de las Instituciones Jurídicas, los derechos humanos y el proceso de inclusión social. Son las fundamentales y vitales instituciones intermedias, entre el sujeto -completamente expuesto y vulnerable a las arbitrariedades- y el Estado -y los excesos, injusticia e ilegalidades. De manera que la sociedad civil implica un conjunto de interacciones en un agrupamiento con el objeto de que la libertad y la participación se encuentre al alcance de todos los que se quieran sumar, es -tal vez- la forma más eficaz de asegurar el “bien colectivo” si este es posible en el contexto de disgregación y complejidad de la actual estructura social. Se podría afirmar que la ofensiva por los “nuevos derechos civiles” en la era digital (pretendidamente libre y neutra) está recién en sus albores; se está iniciando. Las batallas serán arduas, pero son confrontaciones por hacer real la ciudadanía plena y una democracia de alta intensidad, por los derechos y por los valores y garantías que constituyen los cimientos de la República inclusiva, que promocione el empoderamiento desde el hacer factible la realidad socio-cultural.
- c. Tal vez el tópico central en la revisión de la efectividad y vigencia de los derechos humanos y de cómo compatibilizar las tensiones entre la consolidación de una identidad colectiva con los derechos personales (privacidad, dignidad) implique entender que diferentes operadores y actores sociales interactúan tomando como referente positivo, y excluyente, la heterosexualidad no sólo como una práctica sexual sino también como un sistema social, una imposición que el patriarcado binarista y normalizador realiza mediante los diversos discursos médicos, artísticos, educativos, religiosos, y por sobre todo el jurídico; esto es potenciando las instituciones que presentan la heterosexualidad como necesaria para el funcionamiento de la sociedad, cómo el único modelo válido de relación afectiva sexual.

El pensamiento heterosexual y binarista se expresa de diferentes maneras por ciertos operadores del derecho limitando la efectividad de una ley o no contemplando la vigencia jurídica de otras normas formales (incluso fallos judiciales y la normalización de situaciones relacionadas al crimen de odio por razones de género) por esos motivos la importante alianza identitaria, basada en la opresión compartida, entre el movimiento gay, lésbico y trans abre una profunda brecha en el sujeto de representación política y judicial.

- d. Las prácticas sociales y culturales en este tipo de sociedad presentan una dinámica que está lejos de ser la de una actual negociación de consenso plural construido al amparo de la democracia real y plena; la igualdad de condiciones para las partes implicadas en el supuesto diálogo social, cultural, político y económico está limitado y condicionado por las tensiones entre prácticas, discursos y actuaciones sociales hegemónicas y aquellos sectores periféricos o excluidos. Estas situaciones son constantes y representativas de casos identificados con la violencia simbólica. Una de las formas más eficaces de esta violencia simbólica es el silenciamiento de un saber, el oscurecimiento ante la sociedad de la relevancia de discursos y textos que ponen en entredicho las bases sobre las que se sustenta el pensamiento hegemónico y el poder político-económico que representa. Se crea, de esta manera, un capitalismo de vigilancia y del control de los cuerpos con pretensiones hegemónicas que se mueve en la dirección opuesta a la diversidad y está en un curso de colisión contra la democracia inclusiva.

Desde esa suerte de violencia simbólica se suele poner en crisis todo el entramado de las Instituciones Jurídicas construida en los últimos siglos de historia desde parámetros que normalizan la heterosexualidad. Parecería, en el contexto actual, que dichas Instituciones se presentan como montajes y fabricaciones arbitrarias, agotadas y con limitada legitimidad frente a numerosos y variados fenómenos sociales emergentes.

“En nuestro presente la posibilidad de ocultarme no es una opción; en este presente debo mostrar -más allá de la burla constante- mi proceso de redefinición si es que trato de fortalecerme y fortalecer mi grupo (...) Visibilizar mi vida privada es un acto político contra la violencia la vivimos desde muchos lugares, en especial la institucional. Mi cuerpo y mi privacidad en manos de mi grupo se transforma en denuncias contra el hererosexismo, el falocentrismo y todo tipo de terapias de normalización de género, las reconstrucciones genitales a los bebés intersex, los test de feminidad y masculinidad, y tantas situaciones que van desde la transfobia cotidiana al crimen de odio por cuestiones de género”

De todos modos parecería que se estuviese frente a un proceso de cambio institucional, donde se comienza a vislumbrar una nueva etapa de la gestión política-institucional en la que la formación y la construcción de nuevos consensos (acuerdos y aceptación de la compleja variedad de

intereses y necesidades) que partiría de un dialogo libre, fluido, directo, mas horizontal con una sociedad civil fortalecida por la participación activa de distintos colectivos; se desplazaría, así, visiones obsoletas de amigo-enemigo para conocer realidades producto de la gestión de determinados operadores de una “democracias de baja intensidad” que manipulan, en última instancia, a su población. En ese contexto la perspectiva de consolidar los derechos de las personas trans, en la vida cotidiana, debe de ser asumida, ante todo, como un compromiso real de los operadores en el campo jurídico por instalar de manera firme prácticas inclusivas, para asegurar que los derechos humanos sean prácticas que le dan efectividad y vigencia.

7. BIBLIOGRAFÍA

- CASTELLS, M. (1996). *La era de la información: economía, sociedad y cultura*. México: Siglo XXI.
- DÍAZ, E. (2010). *Las grietas del control: vida, vigilancia y caos*. Buenos Aires: Biblos.
- DUBAR, C (2002). *La crisis de las identidades*. Barcelona: Bellaterra.
- GERLERO, M (2018). *Haciendo Sociología Jurídica*. Buenos Aires: Visión Jurídica
- GERLERO, M., Liceda E. y Lezcano J. (2019). *Derechos en la Sociedad Digital*. La Plata: GECSI-UNLP.
- SIBILIA, P. (2009). *El hombre postorgánico: cuerpo, subjetividad y tecnología digital*. México: Fondo de Cultura Económica.
- POLLAK, M. (2006). *Memoria, olvido, silencio: la producción de identidades frente a situaciones Límites*. La Plata: Al Margen.
- VAN DIJCK, J. (2016). *La cultura de la conectividad*. Argentina: Siglo XXI.
- WIEVIORKA, M. (2011). *Sociedad-red: una sociología para el siglo XXI*. Barcelona: UOC Ediciones.

AYUDAR A PREVENIR ACCIONES CASI INVISIBLES, INTANGIBLES PERO DAÑINAS

Nancy Elisabet Periales - ARGENTINA/SUIZA

RESUMEN

Proteger el libre desenvolvimiento de la personalidad humana es una tarea multidisciplinaria. Este artículo enfoca el nuevo fenómeno del ataque hacia la identidad, intimidad, integridad e imagen de los seres humanos que interactúan en las “redes sociales”. Abarco consideraciones jurídicas, filosóficas, éticas, psicológicas e históricas. Es una reflexión quasi epistemológica para reformular el entendimiento del comportamiento social como un todo, para conducir a las relaciones humanas hacia la paz social, para que la pugna de distintas ideas no continúe atomizando y licuando los lazos humanos actuantes. El nuevo ser comunicador debe aprender a comunicar sin violencia.

ABSTRACT

Protecting the free development of human personality is a multidisciplinary task. This article focuses on the new phenomenon of the attack on the identity, intimacy, integrity and image of human beings who interact in “social networks”. I will cover legal, philosophical, ethical, psychological and historical considerations. It is a quasi-epistemological reflection to reformulate the understanding of social behavior as a whole, to lead human relations towards social peace, so that the struggle of different ideas does not continue atomizing and liquefying the acting human bonds. The new communicator must learn to communicate without violence.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Schutz der freien Entwicklung der menschlichen Persönlichkeit ist eine multidisziplinäre Aufgabe. Dieser Artikel konzentriert sich auf das neue Phänomen des Angriffs auf die Identität, Intimität, Integrität und das Image von Menschen, die in „sozialen Netzwerken“ interagieren. Ich decke rechtliche, philosophische, ethische, psychologische und historische Überlegungen ab. Es handelt sich um eine quasi-epistemologische Reflexion, um das Verständnis des Sozialverhalten als Ganzes neu zu formulieren, um die menschlichen Beziehungen zum sozialen Frieden zu führen und damit der Kampf der verschiedenen Ideen die handelnden menschlichen Bindungen nicht weiter atomisiert und verflüssigt. Der neue Kommunikator sollte lernen, gewaltfrei Inhalte zu vermitteln.

"Opinan los apresurados exquisitos que las grandes utopías ya no tienen vigencia.

Ah, pero ¿y las pequeñas utopías? Aunque todavía suene extraño, lo cierto es que la simple, modesta decencia ha pasado a convertirse en utopía. Sólo falta hacerla crecer, arrimarle verosimilitud, implantarla en la conciencia social y no dejar que la envíen, para su lavado y planchado, a la más próxima tintorería ideológica".

MARIO BENEDETTI, "Perplejidades de fin de siglo"

INTRODUCCIÓN

Combinar la privacidad como derecho humano con proyectar un plan de vida y sostenerlo libre de intromisiones por parte de hostigadores virtuales enmascarados atrás de cuentas creadas con ese fin - dañar a otros- puede ser un ejercicio difícil si se pretende respetar la integridad y las libertades de todos.

¿Es realizable anticiparse a las agresiones efectuadas a través de las redes sociales sin tener que llegar a litigar en un tribunal?

Esta sociedad globalizada está atomizada y casi disuelta. Inmersos en relaciones líquidas, deambulamos entre sujetos enmascarados y cobardes.

Existen todavía modos pautados “regulares” para la convivencia pero, en época de pandemia nos hemos vuelto seres comunicadores de pantalla, medio invisibles, intangibles, de a ratos localizables con poder para hacer mucho daño.

La interacción es en muy pocos momentos “real” o presencial. No se puede hablar de comunidades, tampoco del estado- nación, o sociedad justificada en la razón. La globalización, ahora el confinamiento y la distancia social sanitaria, han dado paso a un modo de relacionarse a través del mundo que es intangible, y por instantes insustancial con perfiles deshumanizados. La noticia falsa así como la verdadera viajan con una velocidad espeluznante y de modo amenazante. La vida del ciudadano ha pasado de estar controlada por uso de instrumentos racionales y localizables, a estar amenazada desde aparatos cuyos dueños “interactúan” de una manera virtual e impersonal. Si no hay respeto a la dignidad de la persona ni a su autonomía personal, en ausencia de controles practicables, seguiremos estando amenazados por intromisiones de todo tipo (plagios, calumnias, “fake news”, y acusaciones falsas) que nos expongan a ataques contra nuestra integridad física, moral y emocional. Cuando M. Zuckerberg, fundador de Facebook, advirtió que la privacidad había muerto, no exageraba. «Facebook sabe tu orientación sexual, a quién votas, si te dejás influir más por la familia o por los amigos, si te gusta la naturaleza o prefieres quedarte en casa los fines de semana, cuánto ganas, dónde sueñas con irte de vacaciones y quién tienes en tu agenda de contactos”. Esta clase de comunicación articula lo político y todo lo social, resolviendo espontáneamente tensiones desde un nuevo marco para la propaganda.

Transitamos un nuevo espacio en la esfera social. El cambio que ya se ha operado establece una calidad distinta de interrelacionarse que potencia asociaciones desarrolladas, no siempre identificables. “En la constitución de estos espacios, la comunicación virtual aparece como un elemento fundamental”, que visualiza de a ratos entidades comunes, pero también otros entes sociales no localizables. Hubo un tiempo en que las personas y los grupos humanos sumaban sus esfuerzos aglutinadores en luchas comunes y se sentían cohesionados para alcanzar metas que compartían.

Aparecen formas nuevas de ejercitar la ciudadanía; hay una alternativa de “otra” comunicación que es aprovechada. Este fenómeno emergente, adquiere un carácter todavía incipiente frente a la concentración del poder de los medios (otro/a el cuarto poder). Inevitablemente ese fenómeno privatiza el espacio público que se constituye en una amenaza para la democracia institucionalizada. Esta manera de comunicarse e influir es sin duda alguna una forma de control social informal -y medio formal, con alcance intergeneracional- con mucho poder efectivo, y aunque su acción tal vez se diluye en el tiempo, tiene entidad suficiente de producir daños al tejido social y a las personas (si no hacemos frente a este modo de competencia salvaje de ideas).

LOS BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS Y LAS RESPUESTAS LEGALES. LOS DERECHOS HUMANOS

El derecho a la privacidad e intimidad, fundado en el artículo 19 de la Constitución Nacional, protege jurídicamente un ámbito de autonomía personal, así como acciones, hechos y datos que, constituyen formas de vida acogidas y conocidas por la sociedad (orden y moral pública), fuera de ese ámbito las acciones quedan *reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados*.

El artículo primero de la Ley 25.326 sobre protección de los datos personales prescribe al objeto de la protección, como sigue: „(se) tiene por objeto la protección integral de los datos personales asentados 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, de conformidad a lo establecido en el artículo 43, párrafo tercero de la Constitución Nacional.“

La despersonalización de los vínculos empieza a licuar más los lazos personales en estas sociedades postmodernas. Los Derechos Humanos conforman un tema transversal a distintas materias de la currícula de la carrera jurídica, que nos centran en problemas concretos como agresiones contra la privacidad y la intimidad.

El derecho de autonomía se fundamenta tanto en la libertad humana como en la dignidad. El hombre a diferencia de los animales comparte su

ambiente natural, más canales de la construcción cultural, cuestión que al animal se le hace imposible al ser bio-social y no bio-sociocultural. Entender al hombre como ser autónomo, no lo convierte en un ser independiente, ya que su identidad se construye desde sus vínculos y es resultante de la interacción con su ambiente circundante. La nueva interacción del ser humano se lleva a cabo gran parte a través de sus interconexiones virtuales gracias a pantallas sin encuentros de tipo cultural o afectivo.

Nuestras sociedades interactúan todavía desde registros arcaicos que son lastres residuales de las estructuras de ayer que emergen “anacrónicamente” en formas que nos relacionan. Por suerte todo modo humano de comunicación puede perfeccionarse, pero el hecho social por instantes es impredecible aunque parcialmente aplicable.

Los canales del poder no siempre se valen del uso hegemónico de la fuerza de manera racional -a veces la independencia de los poderes se diluye- haciendo evidente cierta imposibilidad de garantizar siquiera parcialmente un par de derechos humanos básicos, que ya no protege ni la privacidad, ni la identidad, ni la intimidad, y menos aún la integridad. Si la fuerza estatal no nos protege entonces ¿la única opción que nos queda, es que nos protejamos a nosotros mismos?

PERSPECTIVA DE LA SOCIOLOGÍA JURÍDICA Y LA ESFERA DE LOS AFECTOS (DE ALGUNAS CONSIDERACIONES HISTÓRICAS, PSICOLÓGICAS Y CULTURALES)

La sociología del derecho aporta al buen funcionamiento del poder judicial desde adentro pero también su impacto afuera.

Cierto es que la sociología no se ocupa de la psíquis de los individuos, pero al momento de dar explicación a sus comportamientos es totalmente legítimo tomar en el análisis de la acción social los componentes no sólo psicológicos sino también los antropológicos, económicos que movilizan el sentido de la acción misma.

No es lógico analizar comportamientos individuales en acción despojándolos de todas sus aristas humanas. Los individuos vivimos aun estando divididos y atomizados. La sociedad se muestra como una masa sostenida por mitos vivientes que permiten cooperar en pos del consumismo y de valores que en realidad son antivalores.

Puede pasar que el ser humano se vea atrapado y perturbado entre estructuras que no lo contienen. Sus crisis surgen de una coyuntura cambiante que reorganiza la realidad de modo inestable que no satisface la disminución de la incertidumbre de la vida. Se interpreta en base a percepciones. M. Marples Aree manifiesta que: “El hombre no es un mecanismo de relojería nivelado y sistemático.” La sociología encasilla al comportamiento humano fuera de lo que somos en el intento de ascender en la escala de la científicidad.

Admitamos que la sociología jurídica atraviesa también momentos de crisis -como los sujetos- tanto como la ciencia jurídica. El derecho en su afán de resolver conflictos o por defecto, contiene muchas categorías abiertas o inconcluyentes en forma de cálculos mágicos (simbólicos que rayan la ficción y la utilidad instrumental de fenómenos humanos altamente complejos).

Si comprendiésemos al ser humano como un todo, podríamos observar su acción como un conjunto cohesivo integral. Vaciar al comportamiento social de su naturaleza compleja lleva al no entendimiento de los sujetos y colectivos históricos.

Jung acuñó el término “colectivo” cuando analizaba la existencia de mitos e introducía su concepto de arquetipos porque para él, el inconsciente no es de naturaleza individual sino general que aparece de manera supra- personal y se da en cada individuo. Para él como sanador de la psique, personal y colectiva: la múltiple repetición del relato mitológico significaba la anamnesis terapéutica de contenidos, que, por razones cuales al principio no resultaban evidentes, pero que no deberían perderse. El mito, en virtud de su numinosidad, produce un efecto directo en lo inconsciente, haya sido comprendido conscientemente o no. Hay una parte humana que no está dispuesta a desprenderse de sus comienzos, y otra que cree haber superado hace tiempo todo. *Nada pertenece al pasado*, y en este sentido declara que los mitos siguen viviendo más allá de su surgimiento.

Lo colectivo *en potencia*, confluye en un producto “involuntario” reafirmado a través de acciones individuales, grupales y societarias que recrean su vigencia dándole sentido a nuestras elecciones.

Los arquetipos difieren de la fórmula elaborada y manifestada históricamente, tal como aparecen en los mitos o en los cuentos populares. En estos dos últimos casos, se trata ya de formas insertas en las que el arquetipo se presenta de un modo en que se percibe la influencia de la labor enjuiciadora y valoradora de la conciencia. Cada individuo revalidará los contenidos de manera particular. De manera colectiva sucede algo parecido. En otras palabras el arquetipo se hereda del funcionamiento psíquico general que pasa a ser un patrón de comportamiento asentado y almacenado desde el aspecto biológico (memoria histórica de la acción conformante de hechos y estructuras por venir).

Los instintos arquetípicos se plasman fisiológicamente en síntomas corporales y psicológicamente en ideas, conceptos, percepciones, acciones instintivas, sueños, imágenes, fantasías, etc., que fundan y se visibilizan en la interacción social. En opinión del profesor Scheff, todas las teorías sociales contienen en su interior, unos presupuestos meta-teóricos acerca de la naturaleza humana y de sus fuentes de motivación. Su teoría sociológica de la vergüenza también parte de un supuesto motivacional. En ese marco de análisis el mantenimiento de los lazos sociales es el más crucial de los motivos humanos.

Los seres humanos, en cada encuentro definen el estado de sus vínculos, el que puede estar o ser «construido, mantenido, reparado o dañado». Al cotejar el resultado el encuentro se entera si esos vínculos son seguros. Observando la distancia sabemos si un individuo puede ser anulado o engullido por la relación o el grupo, o si aquél se encuentra totalmente aislado. Todo contacto implica una capacidad de mantener lazos con otros que no somos nosotros mismos, así como la posibilidad de un mutuo entendimiento -que no sea sólo mental sino también emocional-. En vínculos inseguros, el individuo está en uno de estos dos casos posibles, o bien a demasiada distancia social del otro, o bien a demasiada poca, es decir, bien en una situación de «aislamiento de», o bien en una de «absorción por» la relación o el grupo. Los lazos y reacciones nacidos en las redes sociales son de tipo claramente inseguros, ya que se hace difícil todavía apreciar el alcance de nuestras opiniones y la de otros.

En el universo social las personas nos movemos impulsados en distintas direcciones que a veces nos permiten llevar una especie de doble vida. Esos caminos nos impulsan valorar y elegir el bien más deseado, tal vez para cubrir carencias reales o no, así como priorizar esquemas mentales y corporales que funcionan a manera de patrones simbólicos para actividades prácticas.

El hecho sociológico se construye en diferentes etapas y la trayectoria de composición de los vínculos no es lineal y puede variar de la selección inicial. En esa construcción a veces se percibe y se dispone de ciertos datos pero no de todos los datos. Como el hecho social, y objeto de estudio no es lineal, el resultado del cálculo final -el impacto- provoca diferentes matices desde deseos contextualizados económicamente por el tiempo y el espacio; estas distintas dimensiones desafían el sentido común e invitan a tener presente la incertidumbre en las interpretaciones y la existencia de ámbitos de lo no formulable o no decible -probablemente dejados de lado durante su interpretación. En la reconstrucción del trayecto de la acción también intervienen apreciaciones acerca de los motivos, intereses, necesidades numerosas. En las interpretaciones completamos el cálculo consciente, cuando emergen lagunas de las estructuras del sistema analizado. Las tensiones son productos de anti-sistemas también preexistentes. Dicho de otro modo dejar entrar a los mitos y símbolos dentro del análisis nos permite comprender que las formulaciones inconscientes van a la par de las conscientes. El cálculo de la respuesta posiblemente jurídica -al momento de enfrentar un conflicto determinado- puede entenderse como un cálculo complejo, donde tal vez no importe que una sentencia sea eficaz y su efecto efímero.

Los humanos seguimos siendo las mismas criaturas débiles y marginales. Los homo sapiens que se imaginaron ser una criatura diferente, con el derecho de eliminar a los neandertales, basados precisamente en la posibilidad

de ignorarlos; se vieron diferentes pero eso no les eximió de enfrentar nuevas luchas por la supervivencia; aprendieron que, para legitimar una lucha había que contar con argumentos basados en creencias revalidadoras de metas deseables. Si es difícil contar con argumentos más lo es que todos se los crean. (Pasados los milenios la persuasión sigue siendo el modo de influenciar). ¿Cómo ha sido posible sostener tantos argumentos ajenos a nuestras circunstancias durante siglos de una misma dominación política, económica y religiosa? Una respuesta posible es *haciendo cooperar a extraños en trabajos y alcanzar objetivos comunes* sustentados por fórmulas mágicas producto de relatos que reforzaban la estructura social originada en la transmisión de mitos, símbolos prevalecientes que apoyaban una forma de poder validado por la fuerza y la coacción (represión armada por las fuerzas estatales en vigencia). En estos días a la par del arte de la persuasión hay canales técnicos que facilitan la circulación de la comunicación, aglutinando a la gente con menos esfuerzo que en el pasado. El uso de las ficciones que antes eran necesarias, en la actualidad ya no lo son. La problemática es un poco distinta –no del todo–, no todo argumento que recorre las redes en segundos es del todo verdadero y muchos de ellos distorsionan intencionalmente la realidad, el caudal de información es tan grande que se hace difícil discernir qué es cierto. El escultor de la cueva de Stadel pudo haber creído sinceramente en la existencia del espíritu guardián del hombre león. Nadie mentía cuando en 2011, la ONU exigió que el gobierno libio respetara los derechos humanos de sus ciudadanos, simplemente *pero dejaban de lado que los derechos humanos son sólo invenciones de nuestra fértil imaginación*. Algunos hechiceros son charlatanes, pero la mayoría de ellos creen sinceramente en la existencia de dioses y demonios. Desde la revolución cognitiva, los sapiens han vivido en una realidad dual. Por un lado, la realidad objetiva de los ríos, los árboles y los leones; y por otro lado, la realidad imaginada de los dioses, las naciones y las corporaciones con fuerza económica. Como la realidad imaginada se hizo cada vez más poderosa y explícita, hoy la supervivencia de ríos, árboles y leones depende de la gracia de esas entidades creadas en función de capitales también intangibles. (La diversidad de esas realidades por los sapiens inventadas y la diversidad resultante de patrones de su comportamiento, son los principales componentes de lo que llamamos culturas, que no han cesado nunca de cambiar y desarrollarse, y tales alteraciones imparables son lo que denominamos “historia”.) La revolución cognitiva nos indica en qué punto de la historia se declaró su independencia de la biología.

Aunque el momento histórico cambia, aún el hombre necesita ser sostenido por lazos que lo unan a gran número de individuos, familias y grupos destructivos, excluyentes convertidos en dueños de la creación y de toda máquina y/o estructura de poder que impera de manera efectiva recreando esos vínculos. Esos

lazos justifican e imponen una manera de vivir y de comunicarse, comerciar e imponer justicia a través del adueñamiento de la fuerza estatal monopolizada por estos individuos bien posicionados. A pesar de las cosas asombrosas que los humanos somos capaces de hacer, seguimos sin estar seguros de nuestros objetivos y parecemos estar descontentos como siempre. “Somos más poderosos de lo que nunca fuimos, pero tenemos muy poca idea de qué hacer con todo ese poder. Peor todavía, los humanos parecen ser más irresponsables que nunca. *“¿Hay algo más peligroso que unos dioses insatisfechos e irresponsables que no saben lo que quieren?”*

En el transcurso de las revoluciones tecnológicas gracias a la cooperación masiva los seres humanos se crearon órdenes imaginados y se diseñaron escrituras reproducibles que facilitaron su transmisión. Desde 1776 hemos perfeccionado más los medios de cooperación, pero seguimos estableciendo jerarquías entre los hombres, que se benefician, dejando afuera personas muy vulnerables que apenas asoman a relacionarse con las vías formales de autoridad y las vías informales que manejan los que dominan (que a duras penas respetan los derechos del resto de los seres vivientes circundantes del ecosistema).

Nuestros conceptos «natural» y «antinatural» no se han tomado de la biología, sino de la teología judeo-cristiana. El significado teológico de «natural» es «de acuerdo con las intenciones del Dios que creó la naturaleza». ¿Cómo se puede esperar que reine la justicia y la paz, si en el fondo no nos reconocemos con libertades básicas? ¿Hace falta pensar teológicamente?

Para que la sociología jurídica pueda escaparse de sus propias de limitaciones por responder a su marco hegemónico, debiera trabajar desde metodologías que combinen lo práctico con lo teórico para dejar de lado paradigmas claramente “disfuncionales” que acotan el objeto de estudio, reduciendo su objeto de estudio a través de mecanismos categorizantes y limitadores. Es imprescindible ahondar perspectivas excluidas. Creer que una explicación es la mejor posible, porque surge de la evidencia de una teoría elegida, es la peor venda en los ojos que se puede tener.

Somos nosotros los que estamos encorsetados. La sociología es el producto de nuestro propio quehacer. Todo formulador de ideas no se conecta de modo directo a su sociedad, ni siquiera de su clase social, sino a través de la estructura de su campo intelectual que media entre él y su sociedad. Ese campo no es un espacio neutro de relaciones interindividuales inconexas, sino resultante de pujas entre distintas posiciones sociales resultantes de conflictos preexistentes. A pesar que el sociólogo Pierre Bourdieu abogaba por una fusión de las operaciones de construcción teórica e investigación práctica, al no conectar su trabajo teórico y empírico de una manera estrecha, siguió sin dar lugar a que se entremezclen completamente, porque todo acto de investigación es en sí simultáneamente un intento empírico y teórico que revalida al poner el foco desde donde lo pone.

Todo sistema normativo es una forma de control social, a condición de que esas prácticas se encuentren prescriptas, y hallen alguna forma de sanción (aún las reacciones sean sólo informales). Las respuestas pueden ser más o menos represivas o constituirse democráticamente a partir de un consenso pero no faltan. No existe una forma de convivencia sin control social, y tampoco sin cultura; es así como los mecanismos de control aparecen como una necesidad en todo agrupamiento humano, más allá del grado de anomia que puede un grupo estar padeciendo. La sociología del control social analiza el contorno del derecho y/o las costumbres, sin privilegiar a ninguno. En el camino de la interpretación de la norma hacia la búsqueda de su aplicación nos encontramos con la conducta desviada. Desviación es cualquier comportamiento, aunque sea simplemente verbal de una persona o un grupo que viole las normas de una colectividad y, consecuentemente, conlleve algún tipo de sanción. Sin embargo, ésta no es una característica intrínseca de ciertos actos, sino que depende de la respuesta y la definición que los miembros de una colectividad le atribuyan. “No se reprende un hecho porque es un crimen, sino que es un crimen porque lo reprobamos.”

Ya escribí en otro trabajo mío que la legalidad, producto del proceso de la tipificación se aleja de la impresión o sentimiento social de lo que era legítimo o ilegítimo, porque la sociedad y sus instituciones recorren y aceptan con más frecuencia de lo deseable el camino de la ilegalidad, transformando a la ilegalidad en el modo normal y esperable (produciendo la inversión del proceso de tipificación inicial, a veces contemplado por las normas, y a veces, no).

La complejidad de las formas del control social está dando paso a la flexibilización de los mecanismos institucionales, haciendo desplomar viejos paradigmas, anteriores a la existencia de este hábitat en permanente crisis. Estamos en presencia de un fenómeno de desestructuración y/o desconstrucción del sistema jurídico, provocado por un fenómeno de inversión de lo esperable y deseable convirtiendo a la irregularidad en un hecho menos irregular, aunque siga siendo poco deseable.

Los modos alternativos de hacer justicia han dado muchas muestras claras de este proceso (especialmente en ciertas estructuras barriales y marginales). Ahora este fenómeno también se observa en estructuras más amplias. T. Parsons mostraba como el proceso de selección e institucionalización refuerza -a manera de filtro de sistemas de selección -educativos- que son los que conservan valores ya existentes. A partir del modelo de Luhmann queda evidente la complejidad de las interacciones que hacen perdurar a todos los sistemas; los mecanismos intrínsecos de un sistema lo reproducen (autopoiesis).

Se trata de reformular condiciones distintas para el sistema judicial. Como experto y auxiliar del derecho un sociólogo debería tener la competencia de

redirigir los conflictos para desestructurar litigios interminables. Una negociación puede hacer ver a las partes mismas involucradas en el conflicto sus distintas dimensiones y los canales de participación pacíficos que pueda acallarlo o reconducirlo de un modo creativo, aportando un modo empático y decidido de actuar. Un litigio siempre pre-existe a un encuentro en un tribunal. Es un tiempo irreconciliable en la historia de un conflicto. De todas formas también hay que decir que el sistema jurídico no sólo se nutre de sus propios canales, también es mantenido desde afuera a través de mecanismos que operan de manera no lineal, e involucra distintas dimensiones.

Reconducir un conflicto no es una utopía, sino reconocer que no sólo el observador modifica la realidad observada sino también todos los participantes implicados -externos e internos del sistema del derecho. Max Planck planteó el carácter fundamental de la conciencia en la física cuando pensó que la conciencia fundamental y que la materia derivada de la conciencia. Por su parte Erwin Schrödinger, otro de los padres de la Mecánica Cuántica, dijo que la conciencia no puede ser explicada en términos físicos porque la conciencia es absolutamente constituyente. Incluso el físico E. Wigner en 1963, ha planteado que la conciencia es condición necesaria para la existencia de la realidad física.

Es un ejercicio de honestidad intelectual poner de manifiesto la dimensión afectiva aunque exista el riesgo de cuantificar y cualificar lo observable de manera equivocada. Todos los sistemas y disciplinas moldean e interpretan el comportamiento humano al momento de acotar su objeto de estudio. Hay fases poco compatibles con la razón científica pero que pueden colaborar con la disminución de cierto grado de conflictividad en conductas permitidas poco materiales pero “peligrosas” para el mantenimiento de la paz social.

El sociólogo del derecho puede colaborar a mantener la paz social. El método participativo a través de la observación activa, posibilita el análisis de las proyecciones de sentido. T. Geiger en su libro “Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts” ve al derecho como un modelo negociado y esa negociación se materializa entre los que dominan y hacen uso de su poder. Aunque sea obvio que el dominador persigue hacer valer su voluntad, y que esto facilita el sostenimiento de estructuras surgidas de compromisos anteriores duraderos que han sostenido al orden vigente, también debería ser plausible ver al conflicto como producto de la misma circunstancia, productos de las tensiones que el mismo sistema ha provocado. Admitamos que pronunciarse y “hacer justicia” es un hecho negociable y librado al devenir de relaciones reales de poder, y en esa negociación puede haber margen para correlaciones que abarcan más de una manera de resolver un conflicto. Que quien está en manos del poder y domina, no gobierna en contra de su voluntad y de sus objetivos, debería quedar claro.

Si alguien domina lo hará desde adentro y desde afuera del propio sistema imposibilitando toda fuerza de resistencia por parte de quien es dominado. Tener en la mira los canales ilegales investigando a sus víctimas puede desmoronarlos (léase espionajes no reconocidos o acciones producto de presiones que no se conocen públicamente pero que las luchas siempre coronaron, más allá de la letra muerta que surge de los códigos.)

Negociar democráticamente es aprender a comunicar actuando sin violencia, y para ello hay que crear el espacio para el diálogo mediатivo. Pero tenemos que ser conscientes que al sistema jurídico le es indiferente, de dónde viene el contenido de una regulación. Limitar al poder sigue siendo necesario para que su ejercicio no llegue a ser absoluto. (Mejorar procedimientos y modos de dictar justicia, es otra de las tareas que tiene la sociología del derecho). Si los controles previstos no funcionan entonces habrá que echar mano a nuevas formas de control, mejor adaptadas para la tarea de la negociación.

El derecho es una ecuación abierta de posibilidades y los juristas quienes lo estudian tienen que tomar en cuenta cuáles son las posibilidades mediatisables de frente a un conflicto real. Los sociólogos como analistas del comportamiento social pueden ver soluciones y responder mejor a problemáticas humanas, visualizando nuevos parámetros y paradigmas. El grado de efectividad de las resoluciones acerca de los conflictos, rara vez se adapta a las necesidades actuales y reales de los individuos. Cierto también es que el derecho no es la única forma para resolver conflictos. Una ley que es letra muerta -carente de contacto con la realidad, no opera ni colabora con la paz social.

Las estrategias mediatisables son generadoras de vías pacíficas. El derecho mismo como sistema se conforma en la acción con los otros poderes del estado. Agilizar a los poderes del estado puede redundar en el mejoramiento de vías y procedimientos extrínsecos e intrínsecos.

NO		FILTRO		
Presupuestos	Flexibilidad	Intervención	Observación	Participación activa
Imaginación Sociológica en Acción: 1- Ayer; 2- Hoy; 3- Mañana			Prospectiva hecha realidad	



Adiós paradigma caducado

Hagamos espacio para una nueva epistemología, que contemple variabiles no „sociales“ de la acción. Aunque caigamos en variables extrañas a la racionalidad que nos ha sido impuesta, por lo menos estaremos en condiciones

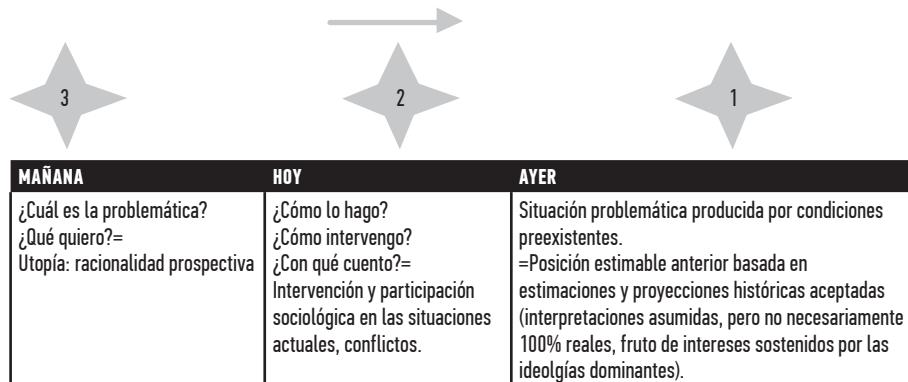
de entender qué quisieron decir los primeros sociólogos cuando hablaban de imaginación sociológica. ¿Es realmente impensable la realización de una utopía social?

Si nos basamos en viejos modelos epistémicos que parten de una situación inicial histórica, que no nos permite entender la situación actual -sus comportamientos y estructuras actuales-, es probable que no lleguemos nunca a la tercera posición prospectiva, y por tanto, se nos haga casi imposible alcanzar la perspectiva futura y deseable.

Mi propuesta es rever ese modo de análisis invirtiéndolo al modo de aquellos que crearon el pensamiento sociológico como reacción a un sistema liberal que no cubría las necesidades y no daba cobertura a muchos derechos sociales y excluían a sujetos todavía inexistentes.

Partamos y pensemos desde la utopía querible e imaginable, comprendiendo lo que tenemos hagamos realizable la acción política-sociológica interviniendo durante la concreción del mismo comportamiento social que pretendemos „modificar“ dando herramientas analíticas y prácticas a quien busca una solución de un conflicto determinado. No está prohibido y es totalmente lícito intervenir y participar, es deseable crear desde lo que ya existe yendo hacia lo que deseamos.

Desde la posición tres deseada que yo propongo -puede ser ausencia de conflicto, instancia de harmonía de intereses- la tarea es llegar a la posición de índole negociadora donde las partes toman las riendas actuando personalmente por sus intereses y aprendan a ver y hablar sobre el bien común. Estar en la posición tres nos hace disponibles de la capacidad de negociar para alcanzar o lograr un acuerdo satisfactorio para todos los involucrados independientemente de la instancia. Cuando se regresa a la posición histórica conflictiva es porque hay que volver a negociar.



REFLEXIONES ÉTICAS CERCANAS A LA MORAL Y AL DERECHO. ROL DEL MÉTODO CIENTÍFICO; NUEVA BÚSQUEDA EPISTEMOLÓGICA

Los canales de la democracia tienen un valor epistemológico como metodología que posibilita el alcance cognoscitivo del discurso moral dado que introduce los elementos como la discusión, la aceptación mayoritaria, y que descansa en verdades morales producto de consensos alcanzados y disenso todavía activos y no disueltos. Es ese prius moral el que permite sostener la democracia como forma de gobierno que disminuye las desviaciones, ya que no sólo opera desde su faz instrumental-procedimental sino epistemológica cual individualiza el alcance axiológico de los principios que en ella subyacen, porque posee la herramientas atenuan conflictos cuando los ciudadanos están correctamente representados. C. S. Nino entendía al principio de autonomía como «la libertad de realizar cualquier conducta que no perjudique a terceros» haciendo posible la armonía social.

¿Qué hacer mientras el nuevo orden no se asiente? ¿Cuál es el rol de los operadores jurídicos frente a las problemáticas sociales urgentes? Para responder esos interrogantes debemos acercarnos a la génesis de los problemas. Los conflictos sociales surgen de manera multidimensional, y deben ser enfrentados desde los distintos canales democráticos ya existentes para evitar el dominio de pocos sobre muchos.

Contradicciendo a Durkheim, parafraseo que, como vivimos momentos de desintegración social, a causa de la licuación de valores morales ya no observados como importantes, la sociedad ya no explica al individuo. Miremos lo que hace el individuo para saber cuáles son los principios que rigen a su sociedad desintegrada y descompuesta. No lleva a una anomía absoluta flexibilizar y hacer más legítimo al derecho que debemos aplicar y legislar. ¿Tenemos que acomodar nuestra propia conducta al derecho o al revés?

¿El derecho debe ser sustentable o sostenible? El bien de muchos debe persiguirse en beneficio del mayor número de personas a través de valores de cooperación en vez de la confrontación. No se trata de que solamente gane el más fuerte, o sea quien está en el gobierno o en manos de los factores que reproducen el sistema de dominación. La autonomía entonces dependerá del grado de discernimiento del sujeto y del consenso que el ciudadano mismo pueda reconducir y formular, al margen de su potencia económica-financiera, desde la ostentación de su poder real. La desintegración moral acontece porque no hay sentimiento ni de comunidad ni de cooperación social en tiempos inciertos que superan al estado nacional y a la razón (donde el beneficio oportunista y especulador es deseable y en el menor tiempo posible). Es la velocidad de concretizar el deseo mismo tanto como optimizar su obtención.

Todo obstáculo que impida el ejercicio de nuestra autonomía sin ayudar a discernir para enfrentar conductas que nos lesionen, tendrá que ser revisado, surja o no de una razón ordenada por el derecho natural o proveniente de una norma. Si nos enfrentamos a indeterminaciones del orden jurídico, generadas por lagunas, contradicciones, ambigüedades, imprecisiones no resueltas sin acudir directamente a consideraciones valorativas, será menester reformular la metodología y funciones de la llamada "ciencia jurídica": o ella abandona su importantísimo papel actual de auxiliar a los jueces para superar las indeterminaciones aludidas, o ella encara las consideraciones valorativas y posibilita la superación de conflictos, que dependen nuestro margen de pensar, hacer y decidir.

Reflexionar éticamente es una manera de aceptar el quiebre de un paradigma que trató de instalar a la ciencia como una forma de responder a las necesidades humanas. Esas necesidades se renuevan y cambian. Para defendernos de intromisiones, persecuciones y posibles hostigamientos, es prescindible percibir nuevas demandas a la luz del funcionamiento de la sociedad civil tomada como un todo. Hay planteos que son urgentes. La falta de universalidad de muchas de las condiciones humanas, de la cuales emergen sus reclamos y derechos, va más allá del contacto presencial. El aislamiento obligado que hemos vivido y seguiremos viviendo hace difícil involucrarnos en tareas académicas del modo como lo hemos venido haciendo. Y las oportunidades no son las mismas para todos los investigadores del campo social cuando faltan los recursos. Ciertamente no todo avance y cambio actual es negativo. La ciencia ciudadana es un hallazgo que reedita la investigación científica, contando con la implicación activa del público no experto junto con científicos y profesionales. Esa ciencia ciudadana ha sido definida formalmente como la recopilación y análisis sistemático de datos, recolectados gracias al desarrollo de la tecnología; pruebas de los fenómenos naturales, y la difusión de estas actividades por los investigadores vocacionales, coloca a este espacio como querible, porque se abre al compromiso del público general en actividades de investigación científica; es entonces cuando los ciudadanos contribuyen activamente a la ciencia aportando su propio esfuerzo intelectual. Este escenario colaborativo permeabiliza la interacción investigadora entre ciencia-sociedad-política, y conduce a una investigación más democrática, basada en la toma de decisiones fundamentadas por evidencias informadas de un diferente método científico donde operan científicos amateur y no profesionales.

Es la humanidad en su conjunto la que necesita estudios superadores de orden bio-éticamente sustentables. La integración del público general en la ciencia a través de hojas de ruta compartidas actualizables a nivel regional, estatal y regional incrementa y promueve el acceso a prácticas sociales digitales a través de proyectos de investigación, favoreciendo que el saber de unos

pocos sea patrimonio de muchos. Hay que tener en cuenta para ello integrar estas prácticas experimentales también en programas educativos.

Frente a la crisis de los viejos paradigmas que caracterizaron al trabajo científico -modo purista de reflexionar desde y para la ciencia jurídica- tenemos el desafío de ser efectivos, creativos, formuladores de reflexiones, que apuesten al ciudadano de la nueva era (buscando y protegiendo su integridad).

Los derechos humanos no son incondicionales, y, en consecuencia (dado que las condiciones a las que están sujetos restringen la clase de sus beneficiarios), tampoco parecen ser universales. Si valioso es lo que el sujeto considera valioso, entonces demostrar racionalmente lo que es valioso, es verificar lo que el sujeto y su sociedad considera como tal.

La sociología moral puede hallar el antecedente de la norma pero eso no convierte a la norma ni en buena ni en mala. Esto es así porque esta ciencia se aparta de las justificaciones y se propone observar lo que es y no lo que debería ser. Para muchas personas el valor de pertenencia a una agrupación, depende de su propio plan de vida elegido de manera "pensante, presente y física" independientemente de las razones que empujaron su elección. El grado de integración social de las personas agrupadas podrá ser observado en tanto y en cuanto las elecciones personales cooperen al funcionamiento pacífico de un sistema democrático conformado por individuos reales e imputables. La práctica de un discurso moral es sostenible si su desempeño tiene la función social de superar conflictos y facilitar la cooperación.

El individuo no debe ser afectado por prácticas y violaciones resultantes de pensamientos anónimos, casi invisibles. No es deseable que la comunicación circulante en las redes vulnere la privacidad, la identidad, la intimidad, integridad e imagen de manera irreparable. El paso siguiente será identificar qué bien es el más importante a ser tenido en cuenta.

Hay derechos humanos básicos y/o fundamentales o otros que no. ¿Cuándo valoro deseable la interferencia estatal? El límite de la interferencia estatal lo sigue expresando nuestro artículo constitucional número diecinueve.

No creo que lo que no esté escrito no deba ser "perseguido por ley" si vulnera la dignidad de una persona (pero todo lo que no está prohibido por ley está permitido). No se debe sancionar la acción de un individuo antes de que exista su tipificación como delito, pero la identificación temprana de lesiones que atenten contra la integridad de la persona humana debe ir por delante para que su detección sea viable y llegue a evitar daños latentes y futuros. Los controles sociales no se fuerzan. Los habrá como siempre formales e informales. Intervenir tempranamente regulando y procurando crear marcos legales a acciones reprochables, será una forma de prevenir daños mayores. "No hay respuestas a los nuevos retos sin sueños que alimenten un horizonte distinto. De esto se tra-

ta cuando hablamos de utopías.” Las propias iniciativas alimentan la marcha de todos en búsqueda de un cambio en la justicia, a través de la participación.

CONCLUSIÓN

Una política planificada por los órganos de una administración regular debe impulsarse desde un programa proyectado en el tiempo (mediando presupuestos y contratos aprobados después de licitaciones, o competencias legales y previas que se tienen que cumplir). Ninguna improvisación lleva consigo un acto fundamentado. Para ello el ciudadano tiene que exigir que sus garantías básicas sean respetadas. El Estado es cosa de todos no solamente de unos cuantos. Si no participamos, nos convertiremos efectivamente en merecedores de migajas. Un comunicador no debe alentar el pánico y el desorden. Un comunicador científico (serio de investigación y comprometido) ayuda a ver más allá de lo que nos quieran dejar ver que está pasando. La noticia escandalosa no siempre nos está informando. Si despertamos de nuestras ensoñaciones podremos distinguir las noticias falsas, superficiales de las relevantes.

Proteger el libre desenvolvimiento de la personalidad humana tiene que hacerse desde distintos ángulos de la sociedad civil y política para que se pueda proteger la identidad, la intimidad, la integridad e imagen del mayor número de seres humanos. Hacer visible y sancionar conductas indeseables que agreden la vida misma, es perseguir el bien común que favorecerá también la realización de muchos planes personales y al sostén de la harmonía social. El ser humano, persona social, es un todo integrador, proteger su dignidad también será cuidar su convivencia cotidiana con otros.

La negociación entre los actores sociales a través de una comunicación libre de todo tipo de violencia con alto grado de tolerancia, no es imposible. La utopía nos enseña a caminar respetándonos. A esa utopía yo la llamo „mañana“ (ir en búsqueda de lo deseable).

El límite viene impuesto por la regla de oro „harás todo lo que puedas mientras no dañes a terceros“. Esto es válido también el campo de la comunicación.

El legislador debe crear los mecanismos que permitan contextos de expansión de ideas a través de la red electrónica de un modo pacífico. El hombre muchas veces es el lobo del hombre tal vez porque el ser social ha sido educado de una manera individualista que elige el modo de conducta más beneficioso en términos económicos, políticos y poco sociales. Aún así, debemos hacer visibles las manunipulaciones y las agresiones que atentan contra nuestra dignidad y la de otros. La estructura estatal debe garantizar la comunicación „on line“ creando mejores mecanismos de control que actúen a la par de los ya existentes. Mientras la concientización no esté, la conducta que elijamos y sus consecuencias, estarán en nuestras manos. Seamos más cuidadosos en nuestros encuentros virtuales.

El ciudadano de a pie ha devenido en un ente más o menos independiente „comunicador“. El periodismo ejercido desde la prensa no es el único actor en este escenario social de disputas por el poder. Aunque haya predominio de algunos medios más fuertes y dominantes, la hegemonía parece ir quebrándose de manera natural, y eso no es precisamente negativo.

El derecho como control social formal siempre ha ido por detrás de la realidad social. Por eso la labor de los legisladores debe aprender a anticiparse y actualizarse para dar lugar a normas reglamentarias de manera que el ejercicio de ciertos derechos no sea absoluto. La libertad de expresión y sus espacios deben estar reglamentados. Una nueva conciencia será realidad si re-educamos al ser social para protegerse en la exposición de sus ideas, sin atacar alegremente la integridad de otros congéneres en favor de la paz social y la cooperación.

El capitalismo brutalmente acumulador, acorrala la convivencia moderna que hemos heredado y no satisface siempre nuestras necesidades. Como la sociedad nos ha entrenado no para cooperar con nuestros congéneres sino con empresarios competitivos –y muchas veces especuladores-, tenemos todavía la misión de seguir educando al soberano de una manera que no destruya lo que está y a quienes están a su lado. Lo positivo es que del intercambio social de las diversas fuerzas ideológicas puedan surgir caminos que aseguren un mejor modo de convivencia.

BIBLIOGRAFÍA

- BERICAT ALASTUEY, EDUARDO (2000); Papera 62: La Sociología de la emoción y la emoción en la sociología; Departamento de Sociología Universidad de Málaga, España;
- BOURDIEU, PIERRE (1966, reeditado en 2002); “Campo, poder, campo intelectual”; Edic. Montressor, Colección: Jungla Simbólica; La Rioja, España;
- DUBET, FRANÇOIS (1994/ Ed. Traducida, 2010); La sociología de la experiencia; Traducción de Gabriel Gatti; C.I.S., Madrid; España;
- GARCÍA ALLER Y DAVID PAGE (2017); La privacidad no existe; artículo publicado el 19/02/2017, Sección Economía, Tema Inteligencia artificial & Ciencia, Plataforma online El Independiente;
- GEIGER, THEODOR (1964); Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts. Rechtssoziologie; Hermann Luchterhand Verlag, Deutschland;
- GERLERO, MARIO S. (2014); Sociología Jurídica y los movimientos sociales; Ediciones: Visión Jurídica; Buenos Aires;
- GERLERO, MARIO S.(2018); Haciendo Sociología Jurídica; Ediciones: Visión Jurídica; Buenos Aires;
- HARARI, YUVAL NOAH (2013); De animales a Dioses; Breve historia de la humanidad; Edic.: Penguin Random House; Bs. As.;

- KLIMOVSKY; GREGORIO (1995); Las desventuras del conocimiento científico, una introducción a la epistemología; A-Z Editora, 2da. Edic.; Bs.As., Argentina;
- LUHMANN, NIKLAS (1987); Rechtssociologie; Edic. Westdeutscher, Opladen;
- LUHMANN, NIKLAS (1995); Das Recht der Gesellschaft; Edic. Suhrkamp, Frankfurt am Main; Deutschland;
- MACKINSON, GLADYS J. (Edic. 2001); Salud, Derecho y Equidad; AdHoc; Buenos Aires.
- NINO, CARLOS SANTIAGO (1989): “Ética y Derechos Humanos”. Editorial Astrea, Buenos Aires; Arg.
- PARSONS, TALCOTT (1966); El sistema Social; Ediciones de Occidente, Madrid;
- PERIALES, NANCY E. (1992); Paradigma. Problema Sociológico; Trabajo del examen de la Lic. de Sociología Jurídica y de las Instituciones políticas; U.B.A.; Facultad de Derecho, Dpto. de posgrado, Buenos Aires;
- PERIALES, NANCY E. (1995); Presentación a Workshop/Taller sobre Corrupción: “Corrupción y Abuso de Poder”; Oñate;
- PERIALES, NANCY E. (2014); Ponencia de la mesa del Congreso del 25 Aniversario de creación de I.I.S.J.; El sociólogo jurídico y su incumbencia. Ejercicio profesional y futuro. Oñate, Spain;
- PONSCHAB, RAINER- SCHWEIZER, ADRIAN (1997); Kooperation statt Konfrontation; Neue Wege anwaltlichen Verhandels; Dr. Otto Schmidt Verlag; Köln, Deutschland;
- RODRÍGUEZ REINARES, LOURDES; (1995); Moral y Derecho en C.S. Nino (Principio de autonomía- fundamento de la tolerancia); Universidad de Córdoba;
- ROSENBERG, MARSHALL B. (2005); Gewaltfreie Kommunikation; Junfermann Verlag, Paderborn, Deutschland;
- URANGA, WASHINGTON (Junio, 1999); Revista Ciencia y Cultura, Nr. 5; versión impresa ISSN 2077-3323; Reflexiones sobre los nuevos roles y responsabilidades del comunicador social; La Paz, Bolivia:
- VASILACHIS DE GIALDINO, IRENE (1992); “Métodos cualitativos I; los problemas teóricos-epistemológicos.”, C. E. A. L.; Bs As.;
- VOGELSANG, FRANK; (2011); “Offene Wirklichkeit. Ansatz eines phänomenologischen Realismus nach Merleau-Ponty;” Verlag Karl Alber; Freiburg/München.

PREVENCIÓN CONTRA LA CORRUPCIÓN Y LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES: LOS DESAFÍOS DEL TRATAMIENTO SISTÉMICO DE ESTAS POLÍTICAS EN LAS ORGANIZACIONES PRIVADAS BRASILEÑAS*

Antonio Fonseca - BRASIL

TRADUCCIÓN:

Jimena Luciana Reides - ARGENTINA

Dalila Natalia Milio - ARGENTINA

RESUMEN

El texto plantea el escenario de la infraestructura legal de la política anticorrupción y de la política de protección de datos personales en Brasil, aborda diez aspectos del tratamiento sistemico y presenta un contrapunto con la reglamentación bancaria. La conclusión destaca la importancia de la efectividad en compliance (cumplimiento normativo) y en el tratamiento de datos para la reputación organizacional¹. Naturalmente, el foco en una política impacta en la otra.

RESUMO

O texto apresenta o cenário da infraestrutura legal da política anticorrupção e da política de proteção de dados pessoais no Brasil, aborda dez aspectos do tratamento sistemico e apresenta um contraponto à regulamentação bancária. A conclusão destaca a importância da efetividade em compliance (cumprimento normativo) e no processamento de dados para a reputação organizacional. Naturalmente, o foco em uma política impacta na outra.

ABSTRACT

The text sets the scenario of the legal infrastructure for the anticorruption policy and the personal data protection policy in Brazil, it addresses ten aspects related to the systemic treatment and it shows a contrast with the bank regulations. The conclusion points out the importance of effectiveness in compliance (regulatory compliance) and in the treatment of data for the organizational reputation. Naturally, the focus on a policy impacts on another one.

¹ Wagner Giovanini, experto profesional en compliance, respondió a mi pedido e hizo comentarios útiles a la versión preliminar del presente texto, por lo cual estoy sumamente agradecido.

* Este artículo se completó en agosto de 2020.

INTRODUCCIÓN

La Ley de la Empresa Limpia existe desde el año 2013² y la llamada LGDP³ se publicó en el año 2018. Se trata de dos políticas públicas diferentes. La primera trata sobre la política anticorrupción (LAC) y la segunda sobre la protección de datos personales. Para algunos sectores, la política de protección de datos es un tema muy sensible. Este es el caso del sector financiero⁴. La gran organización bancaria necesita una política anticorrupción fuerte y de protección de datos personales. Sin la articulación de los responsables y de sus respectivas acciones, estas políticas pierden efectividad. El presente artículo tratará ese enfoque sistémico.

A) POLÍTICA ANTICORRUPCIÓN EN BRASIL

Por lo general, la prevención de la corrupción consiste en un conjunto de normas, mecanismos, procedimientos, acciones y agentes que actúan de forma sistemática para prevenir, detectar y corregir desviaciones de conducta o defectos en el ámbito de una organización. Esto se conoce como compliance, término ampliamente divulgado que corresponde a la expresión del derecho estadounidense compliance and ethics program (FONSECA, 2018). Entre los especialistas, es común hablar de compliance público, en oposición a compliance privado. La diferencia básica entre ambos radica en que el compliance público se encuentra regulado. Es necesario reglamentar la prevención en el sector público para orientar correctamente las acciones de los agentes públicos. Sin embargo, generalmente, la reglamentación o las acciones, o ambas cuestiones, resultan insuficientes si no existe una fuerte concientización de líderes políticos que hagan lo correcto, como parte de una cultura a largo plazo⁵. Dicho registro se hace para reconocer que una política anticorrupción privada consistente no subsistirá sin una contrapartida de las autoridades públicas.

² Ley n.º 12.846 del 1 de agosto de 2013.

³ Ley n.º 13.709 del 14 de agosto de 2018, parcialmente en vigencia (Art. 65).

⁴ Las instituciones bancarias solo representan una de las actividades económicas. Los siguientes tipos de negocios también se verán afectados: empresas de TI, comercios minoristas, emprendimientos digitales, etc.

⁵ Existe la tentación de centrarse en la discusión de la reglamentación pública anticorrupción. Y ese no es el tema central del presente trabajo. En lo que respecta al rol de la reglamentación y al desafío de la corrupción en el sector público, se recomienda consultar el libro «The Regulatory Challenge of Public Corruption» (OUZIEL, 2018).

El término compliance no forma parte de la legislación. La LAC establece sanciones administrativas para la práctica de actos de corrupción. En la aplicación de estas sanciones, se tendrán en cuenta, entre otros gravámenes y mitigaciones, «la existencia de mecanismos internos de integridad, auditoria e incentivo a la denuncia de irregularidades y a la aplicación efectiva de códigos de ética y de conducta en el ámbito de la persona jurídica»⁶. Según la reglamentación, se lo llama «programa de integridad», que sería el equivalente al programa de ética y compliance (ethics and compliance programs) de la experiencia estadounidense.

La LAC no obliga a las organizaciones privadas a implementar un programa o sistema⁷ de integridad, diseñado e implementado con base en la autorregulación. Las empresas privadas son libres de construir su sistema de prevención contra la corrupción. Los parámetros para su evaluación, en lo que respecta a su existencia y aplicación, se encuentran delineados en su reglamentación⁸. Pero dicha reglamentación exige que los elementos de este sistema sean efectivos, es decir, que cuenten con la capacidad de producir y mantener su efecto real, de sustentar una cultura de integridad.

Implementar un programa de integridad es una demanda creciente del mercado y también de la administración pública. Hasta ahora, ocho Estados reglamentaron su exigencia: Amazonas, Distrito Federal, Espírito Santo, Goiás, Mato Grosso, Pernambuco, Rio de Janeiro y Rio Grande do Sul. Poco se sabe aún del esfuerzo de la administración pública para evaluar la efectividad de los mecanismos que los proveedores eventualmente afirman haber implementado. De acuerdo con la investigación realizada (ICTS Protiviti, 2018), solo el 35 % de las empresas consultadas adoptan «un buen conjunto de acciones que componen un buen Programa de Compliance». En líneas generales, este es el escenario de la política anticorrupción en Brasil.

B) POLÍTICA DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN BRASIL

La política pública de tratamiento de datos personales es un desafío en cualquier país. Su lenta construcción requiere cambios de actitud de los ciudadanos⁹ e inversiones por parte de las instituciones públicas y privadas hasta que

⁶ Ley n.º 12.846, Art. 7º, VIII.

⁷ Idem.

⁸ Decreto n.º 8420, Art. 42, incisos I a XVI.

⁹ «Las empresas deberán adoptar un modelo de recopilación de datos inteligente y eficiente, limitando el tratamiento a lo que sea estrictamente necesario para llevar a cabo sus actividades. Pero no basta con que las empresas se adecúen a la ley si nosotros, como usuarios de servicios y titulares de los datos personales,

dicha política se desarrolle. La ventaja de que las organizaciones privadas procesen información personal de manera legalmente adecuada es evitar fuertes multas y velar por su imagen y reputación (ALLISON, 2019). El tratamiento como función del negocio implica una inversión que no es insignificante para la preparación de un conjunto multidisciplinario de competencias, que incluyen áreas tales como la jurídica, seguridad de la información, recursos humanos, comercial y de marketing, compliance, servicios, análisis de datos, TI y sistemas y gestión de productos¹⁰.

La ley brasileña se inspiró en la reglamentación europea¹¹. Los dos textos legales pueden contener disposiciones contradictorias. Por ejemplo, la LGPD brasileña establece diez requisitos para el tratamiento legítimo (recopilación y transferencia) de datos personales, mientras que los requisitos del RGPD se limitan a seis. Esta comparación parece tener un «valor práctico» en la medida que los datos pertenecientes a personas físicas de países fuera de la Unión podrán recopilarse en la UE,¹² suscitando cuestiones de aplicación extraterritorial de la ley.

La LGPD no es la única que dispone sobre datos personales. En Brasil, existen diversos textos legales que, de alguna forma, abordan el tema; entre estos, se encuentran la Ley del Marco Civil de Internet, la Ley de Acceso a la Información¹³ y la Ley de Derechos de los Usuarios de Servicios Públicos¹⁴. El

no cambiamos el mindset en relación con la forma en que compartimos nuestra información, siempre recordando que esta se refiere a lo más importante sobre nosotros: nuestra personalidad». En «Proteção de dados pessoais no Brasil: os dados são seus» [Protección de datos personales en Brasil: sus datos le pertenecen], por Fernando Stacchini, Renata Ciambi y Paola Lorenzetti, abogados del estudio jurídico Motta Fernandes Advogados. Disponible en: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/292233/protecao-de-dados-pessoais-no-brasil-os-dados-sao-seus>>. Visitado el: 22 jul. de 2020.

¹⁰ FAGNER Fabrício, 8 Principais Dúvidas sobre a Lei Geral de Proteção de Dados. Disponible en <www.propay.com.br/blog/8-principais-duvidas-sobre-a-lei-geral-de-protecao-de-dados>. Visitado el: 22 jul. de 2020; PECK, Patrícia, Por que o RH é uma das áreas mais impactadas pela LGPD. Disponible en: <<https://neofeed.com.br/blog/home/por-que-o-rh-e-uma-das-areas-mais-impactadas-pela-lgpd/>>. Visitado el: 22 jul. de 2020.

¹¹ Reglamento General de Protección de Datos (RGPD)

¹² En este caso, podrán aparecer cuestiones sobre la aplicación extraterritorial y, con estas, podrán ocurrir algunos debates en cuanto a la conformidad de la recopilación. En relación con esto, véase Renato Leite Monteiro et al (2019, p. 29-30).

¹³ La LGPD tiene una relación particular con el Marco Civil de Internet y la Ley de Acceso a la Información.

¹⁴ Leyes y reglamentos que tratan la cuestión: Ley n.º 9.296, del 24 de julio de 1996 (Ley de Intervención de Comunicaciones Telefónicas), Ley n.º 8.078, del 11 de septiembre

objetivo de la LGPD es armonizar y ampliar el derecho a la protección de los datos personales en el contexto del Derecho brasileño. A los fines de esta exposición, la estructura normativa de la ley brasileña se divide en los siguientes temas: fundamentos, tratamiento de datos y derechos del titular, seguridad y buenas prácticas, gobernanza y responsabilidades y política de resultados. Aquí, no corresponde reflexionar ampliamente sobre todos estos puntos.

Los fundamentos sirven para orientar la interpretación y la aplicación de la ley. Al regular la protección de datos personales, el Art. 2º de la LGPD invoca el respeto a los valores, tales como la privacidad y la intimidad, la ciudadanía y la dignidad, la libertad y la autodeterminación informativa, la competencia y la defensa al consumidor, el desarrollo y la innovación. Dichos elementos se establecen sobre todo para la protección de las personas físicas, para quienes el dispositivo legal reconoce la facultad del ciudadano de controlar su propia información. Es en ese contexto que el consentimiento¹⁵ del titular de la información cobra significado como «manifestación libre, informada e inequívoca por la cual el titular está de acuerdo con el tratamiento de sus datos personales para un fin determinado». Para que sea válido, el consentimiento debe ser libre, informado e inequívoco.

Según la ley, las operaciones de tratamiento de datos personales «se refieren a la recopilación, producción, recepción, clasificación, utilización, acceso, reproducción, transmisión, distribución, procesamiento, archivo, almacenamiento, eliminación, evaluación o control de la información, modificación, comunicación, transferencia, difusión o extracción», en soporte electrónico o físico, de la información protegida, determinada o determinable, que permita la identificación de la persona¹⁶. Para llevar a cabo el tratamiento privado

de 1990 (Código de Defensa al Consumidor), Ley Complementaria n.º 105, del 10 de enero de 2001 (Protección del Secreto de las Operaciones Financieras), Ley n.º 12.414, del 9 de junio de 2011 (Ley de Registro Positivo), Ley n.º 12.527, del 18 de noviembre de 2011 (Ley de Acceso a la Información), Ley n.º 12.737, del 30 de noviembre de 2012 (Carolina Dieckman), Ley n.º 12.965, del 23 de abril de 2014 (Marco Civil de Internet), Ley n.º 13.460, del 26 de junio de 2017 (Ley de Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Públicos), Ordenanza n.º 5 de la Secretaría de Derecho Económico – SDE/MJ (Cláusulas Abusivas Acerca de Datos del Consumidor), Resolución n.º 1.821, del 11 de julio de 2007, del Consejo Federal de Medicina (Manual del Expediente Electrónico), Resolución n.º 44, del 17 de agosto de 2009 de ANVISA (Buenas Prácticas Farmacéuticas), Resolución n.º 4.658, del 26 de agosto de 2018 (política de seguridad cibernética), Circular n.º 3.978, del 23 de enero de 2020 del BACEN (política de prevención del lavado de dinero).

¹⁵ LGPD, Art. 5º, inciso XII.

¹⁶ Cualquier dato tal como: nombre, apellido, correo electrónico, número de documento y de tarjetas de crédito, datos bancarios, información médica, ubicación, direcciones IP.

de datos, de buena fe, la ley establece diez presupuestos, tal como el consentimiento del titular, para la protección de la vida, para el ejercicio regular de los derechos, para la tutela de la salud, entre otras. Fuera de los presupuestos legales, el tratamiento se podrá considerar inadecuado y, por lo tanto, estará sujeto a penalidades administrativas. Se aplican algunas excepciones, como el tratamiento por parte del poder público. Acerca del tratamiento, con respecto a los datos sensibles, la ley dispone la transferencia internacional y los derechos del titular. Entre esos derechos, se incluye el acceso, la rectificación y la eliminación de datos personales.

La protección especial que la ley reserva a los datos personales remite a prácticas de seguridad y a la mitigación de riesgos de incidentes. En un mundo conectado, los datos personales que se transmiten, que se conservan o que dependen de cualquier otro tipo de tratamiento son una especie de commodity digital cuyo tratamiento está sujeto a incidentes (data breaches), es decir, una violación, de modo accidental o ilícito, tal como la pérdida, alteración, destrucción, divulgación o acceso no autorizado a datos personales. Por ese motivo, la ley prevé la necesidad de que los agentes desarrollen cuidados con respecto a la seguridad¹⁷, técnicos y administrativos, teniendo en cuenta el ciclo de vida del tratamiento¹⁸. Los estándares de seguridad dependen de la naturaleza de la información y de la tecnología disponible y consisten en normas técnicas globalmente aceptables¹⁹.

La ley incluye un conjunto de disposiciones que orienta la formación de una gobernanza sobre el tratamiento de datos personales. Los órganos²⁰ de tratamiento y supervisión son llamados a ejercer un liderazgo y una estrategia²¹ para evaluar y dirigir la gestión de la política y proporcionar un resultado de interés público. Dicho resultado tiene como instrumento básico, entre otros, el informe del impacto en la protección de datos personales, documento al que la ley le da gran importancia, pues hace varias referencias a este²². Corresponde a los agentes adoptar las medidas adecuadas de tratamiento. Las fallas en

¹⁷ LGPD, Art. 50.

¹⁸ Dicho ciclo se refiere a la recopilación (mantenimiento), el procesamiento, el intercambio y la eliminación. Guías de Buenas Prácticas, Comité Central de Gobernanza de Datos (2020, p. 42).

¹⁹ Idem, ibídem (p. 46).

²⁰ Agentes de tratamiento (operador y encargado), controlador, autoridad nacional y Consejo Nacional de Protección de Datos y de la Privacidad (LGPD, Art. 5º, VI, IX, Art. 50, Art. 58-A y 58-B).

²¹ LGPD, Art. 55-B.

²² LGPD, Artículos 5º, XVII; 10, § 32; 32; y 55-J, XII.

esta actividad generan responsabilidades²³ y se divultan o se comunican con el fin correspondiente.

Se prevé un plan de resultados, a partir de una política de protección de riesgos a la privacidad y un programa de gobernanza²⁴, con requisitos mínimos. Las consecuencias o sanciones abarcan una lista considerable de supuestos. Las consecuencias en casos de infracción incluyen obligaciones de hacer (tal como correcciones o la adopción de buenas prácticas) y obligaciones de dar (por ejemplo, pagar multas)²⁵. La sanción pecuniaria podrá llegar a los R\$ 50.000.000,00 por infracción. La metodología de aplicación dependerá de la reglamentación que se implementará y contemplará el procedimiento adecuado. La filtración de información y el acceso no autorizado podrán ser objeto de conciliación.

Con la LGPD, Brasil se equipó para proteger los datos personales. Dicha protección se alinea con los valores consagrados en la Constitución de la República, promulgada hace más de 30 años. Con base en los valores constitucionales, las instituciones tienen el deber de implementar la ley de manera que se pueda desarrollar una cultura de la privacidad y el fortalecimiento de la personalidad humana, de acuerdo con el entendimiento de la Corte Suprema²⁶, que es un escudo para los ciudadanos.

La política privada de tratamiento de datos personales coloca a las organizaciones sobre un triple foco: el de las personas físicas, en la condición de clientes, usuarios o consumidores; el del poder público como fiscal; y el de los competidores, cada vez más conscientes del valor de la personalidad humana y atentos a las actitudes de los socios. Para responder a los desafíos de dicha política, las organizaciones se ven en la necesidad de rediseñar una estructura organizativa con la especificación de nuevos roles o funciones, proceder al relevamiento de datos conforme a la experiencia del negocio, elaborar informes sobre el impacto en la protección de datos, invertir en herramientas y desarrollar buenas prácticas de seguridad de la información y reportarse a una

²³ LGPD, Artículos 31, 42 a 45.

²⁴ LGPD, Art. 50 § 2º.

²⁵ LGPD, Capítulo VIII.

²⁶ El STF [Supremo Tribunal Federal] suspendió la eficacia de la MP [Medida Provisoria] 954/2020 que autorizaba a las empresas de telecomunicaciones a poner a disposición de la Fundación IBGE (Instituto Brasileño de Geografía y Estadística) datos para la producción de estadísticas oficiales durante el contexto de pandemia. Fundamentos de la decisión: la reglamentación no aseguraba la compatibilidad del tratamiento de datos con su anunciada utilización y finalidad. Las condiciones de manipulación de datos no cumplirían con la protección constitucional de privacidad y de personalidad. ADI 6387 MC/DF (BRASIL, STF, 2020).

autoridad nacional. Sobre todo, es necesario cambiar el mindset para dejar atrás aquella mala reputación de empresa poco cuidadosa en el intercambio de²⁷ datos o información comercial y socialmente relevante.

Existen trazos comunes entre la política de ética y compliance (programa de integridad) y la política de tratamiento de protección de datos personales. Para las grandes organizaciones, cada una de esas políticas puede obtener una estructura distinta de la otra. O el tratamiento de datos podrá resumirse como una política especial dentro del sistema de integridad. Cualquiera sea la elección, es fundamental que la organización, independientemente de su tamaño, trate a dichas funciones de modo sistémico para asegurar la calidad de entrega de la empresa.

C) LOS DESAFÍOS DEL TRATAMIENTO SISTÉMICO

Ya establecido el escenario de la política anticorrupción (programa de integridad) y de la política de protección de datos personales (programa de gobernanza en privacidad), ahora se discute la interfaz de estos dos programas.

Gran parte de las empresas aún no adecuaron sus reglas a la LGPD. Un informe publicado en noviembre de 2019 por la consultora ICTS Provit registra que el 84 % de las empresas evaluadas aún no se prepararon para la nueva reglamentación de privacidad de datos²⁸. Es decir, muchas organizaciones apenas desarrollaron una cultura de integridad y ya tienen que enfrentar a la privacidad de datos personales. Es necesario llamar la atención en cuanto a la relación de esas dos actividades en la vida de las organizaciones, sobre todo aquellas que trabajan con un número significativo de datos personales en virtud de su empresa. El éxito de una tiende a definir el éxito de la otra. Esta es una propuesta que toma como base dos elementos comunes. El primer es un aspecto estructural y se refiere a los factores críticos de éxito de las dos políticas: participación de la alta gerencia, compromiso de las «personas adaptadas al lugar que ocupan» (GIOVANINI, 2019, p. 499) y la gestión consolidada como estrategia de entrega de productos y servicios de calidad. El segundo elemento se refiere al objetivo de esa política: hacer lo que sea correcto como propósito

²⁷ De acuerdo con el estudio 2018 Global Cloud Data Security Study del Instituto Ponemon, encomendado por Gemalto, «Brasil se encuentra entre los tres países con empresas “menos cuidadosas” al momento de compartir información sensible y confidencial almacenada en la nube con terceros, al igual que el Reino Unido y Japón». Disponible en: <<http://www.convergenciadigital.com.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?UserActiveTemplate=site%2Cmobile%252Csitem&from%25255Finfo%25255Finde=9&infoid=47108&sid=97>>. Visitado el: 13 ago. de 2020.

²⁸ La noticia sobre el estudio está disponible en: <<https://icts.com.br/icts-news/estudo-mostra-que-84-das-empresas-nao-estao-preparadas-para-a-lgpd>>. Visitado el: 13 ago. de 2020.

universal para sustentar el proceso de producción y distribución de riqueza de un país. La idea de que sabotear los fundamentos del programa de gobernanza en privacidad implica ocultar los pilares de un programa de integridad justifica en sí la defensa del tratamiento sistemático de las dos cosas como condición de efectividad de la gestión organizativa

El tratamiento sistemático de los elementos de un sistema de gestión es un factor de calidad. El concepto de calidad está asociado a las características o la conformidad de un producto o servicio para cumplir con una necesidad específica o satisfacer a los clientes. Para alcanzar una calidad de excelencia, existen criterios consolidados que toda organización necesita cumplir para mejorar su sistema de gestión.²⁹ El último capítulo del libro de Wagner Giovanini, que trata del «Sistema de Compliance», refleja la óptica de su obra, «la excelencia en la práctica» de compliance. El capítulo final se inspira en los fundamentos y los criterios de excelencia en gestión como hilos conductores, a corto o largo plazo, del éxito de cualquier organización. Este capítulo, aunque que no profundice en la evaluación del autor, cumple la función de registrar los fundamentos de la gestión de compliance y, de esta forma, establecer un estándar de excelencia protagonizado por la obra. A partir de la sección 3, el capítulo habla de «sistema», «sistematización» y «correlacionamiento» o correlación de cosas, todo para dar vida a lo que sugiere el autor, al inicio del capítulo, para construir una «referencia confiable» de excelencia de gestión de compliance, capaz de asegurar la «longevidad» del sistema de cultura de integridad.

A partir de esos criterios como fundamentos de la excelencia, Wagner Giovanini propone una estructura o noción de excelencia de la gestión de compliance, que se basa en cuatro elementos:

- **SISTEMA DE COMPLIANCE:** Funcionamiento sistemático, de acuerdo con reglas previamente establecidas, de procesos, controles y actividades independientes de las personas;
- **GOBERNANZA:** Inteligencia del sistema y análisis crítico de temas pertinentes para preservar el funcionamiento adecuado de los mecanismos de compliance;
- **HERRAMIENTAS:** Profesionalización de la gestión para asegurar la confianza y la calidad de los procesos de compliance;
- **SISTEMA DE MEDICIÓN:** Monitoreo del sistema con la medición del desempeño para permitir una mejora continua.

²⁹ La tercera parte de este artículo está inspirada en el capítulo XIII de la obra de Wagner Giovanini.

En cuanto a estos elementos, el autor aclara que no se trata de cosas aisladas, como si el sistema de compliance fuese algo diferente a los otros ítems. Se hace hincapié para dar un enfoque meramente didáctico de los elementos que se relacionan para formar un solo sistema³⁰. Imitando al autor, hacer las cosas bien corresponde a las personas, a pesar de la existencia de legislación, códigos, reglamentos, orientaciones, datos, tecnología y herramientas. Son las acciones humanas las responsables de la entrega de resultados de calidad o de valor. Son estas las que garantizan la sinergia, es decir, el tratamiento sistémico. La falta de esta sinergia da lugar a zonas grises y a fallas o alteraciones, es decir, defectos en la organización o en los ejecutivos. Las personas con poco o nada de integridad terminan proyectando esos defectos en sus acciones y causando un perjuicio a las organizaciones y a otras personas.

El autor discute cada uno de los cuatro elementos (GIOVANINI, 2019, p. 460-497) y los resume de la siguiente manera:

Dichos elementos se interrelacionan de la siguiente forma: el Sistema de Compliance estará formado por actividades, procesos y controles, funcionando de manera sistemática, independientemente de las personas, como si fuese un reloj. Dicho mecanismo garantizará el cumplimiento de lo planeado, tal como la ejecución en el «timing» correcto y de acuerdo con reglas previamente establecidas.

A su vez, este sistema debe estar monitoreado, con el fin de garantizar resultados iguales o mejores a los esperados o, en otras palabras, materializar un alto desempeño y asegurar que el camino se dirige en la dirección correcta. De esta forma, surge el Sistema de Medición, que permitirá incluso la mejora continua, para la búsqueda de la excelencia.

La Gobernanza constituye la inserción de una inteligencia en el modelo, teniendo en cuenta a las personas más idóneas para la función y un conjunto de análisis críticos, para preservar el funcionamiento adecuado del mecanismo.

Por último, las Herramientas representan la dedicación y la profesionalización, con el fin de mantener el más alto nivel de calidad, confianza, exactitud, rapidez y repetibilidad en los procesos de Compliance.

³⁰ Wagner Giovanini construyó su propuesta de Gestión de Compliance sobre los Fundamentos de Gestión publicados por la Fundación Nacional de Calidad. Son 13 fundamentos: pensamiento sistémico, actuación en redes, aprendizaje organizacional, innovación, agilidad, liderazgo transformador, mirada hacia el futuro, conocimiento sobre clientes y mercados, responsabilidad social, valorización de las personas y de la cultura, decisiones fundamentadas, orientación por procesos y generación de valor. Para tener una noción de esos fundamentos, consulte el punto 2 del capítulo XIII.

Cabe recordar que dichos elementos son una síntesis de la filosofía de la gestión (los 13 fundamentos de la nota 30). La adherencia de la organización a dichos fundamentos se verifica sistemáticamente de acuerdo con los criterios de excelencia que abarca ocho temas: Liderazgo, Estrategias y planes, Clientes, Sociedad, Información y conocimiento, Personas y Resultados. En palabras del autor, esos «criterios están interrelacionados y se agrupan de forma lógica para facilitar su aplicación» (GIOVANINI, 2019, p. 456).

Inspirado en esos elementos, el artículo propone, bajo el título de tratamiento sistémico, analizar diez aspectos comunes al programa de integridad del Decreto n.º 8420/2015 y al programa de gobernanza en privacidad de la LGPD. En el cuadro Anexo 1, estos aspectos, dispuestos en la legislación, se relacionan con los cuatro elementos tomados como referencia y se discuten para simplemente demostrar la necesidad de tratar dichos aspectos de forma integrada.

La comprensión sistémica de estos aspectos se defiende como condición de efectividad. La reglamentación requiere que los mecanismos implementados sean efectivos. El programa debe estructurarse «buscando garantizar su efectividad», de acuerdo con los términos del único párrafo del Art. 41 del Decreto n.º 8420/2015. La LGPD (Art. 50, incisos I y II) también establece que los agentes de tratamiento (controlador y operador) asegurarán el cumplimiento de los procesos y las políticas de «forma abarcativa»; que el programa «estará integrado a su estructura general de gobernanza»; y que estos agentes deben «demostrar la efectividad» del programa. A continuación, el requisito de efectividad como atributo hace que el programa sea un sistema de gestión de la ética y el compliance. O, simplemente, en el lenguaje de la legislación brasileña, sistema de gestión de integridad.

Un sistema de compliance está estructurado para prevenir, detectar y corregir defectos de manera sistemática. En su planificación, comprender el ambiente de la organización es el paso inicial para definir a partir de ahí dónde se quiere llegar y armonizar el objetivo organizacional con costo, tiempo y calidad. Es esencial tener el apoyo de la alta gerencia y elegir a las personas correctas para los lugares correctos. Los siguientes pasos incluyen crear procesos interrelacionados y procedimientos claros y sistematizados que atiendan a los riesgos identificados y a la estrategia preestablecida. Los pasos a tener en cuenta para cumplir con las disposiciones de los Artículos 41 y 42 del Decreto n.º 8420/2015 y de los Artículos 50 y 51 de la LGPD son muy semejantes.

La semejanza normativa sugiere actividades, en la estructuración del «Programa» o sistema, que observen la interdependencia de los procesos y los controles; el análisis crítico para el aprendizaje de los liderazgos implicados; la predisposición de los colaboradores para comprender los valores, principios y objetivos de la organización. Esto significa que el aprendizaje, al lidiar con

la estructuración del programa de integridad, se transfiere casi automáticamente a la estructuración del programa gobernanza en privacidad³¹; los dos programas dialogan para proyectar el propósito de la empresa.

Agrupados en el punto “A” del Anexo I, se escogieron cuatro aspectos: (i) riesgos/datos, (ii) terceros, (iii) capacitación y comunicación/acciones educativas, (iv) código de conducta y política de resultados/plan de respuesta a incidentes y acción correctiva. El tratamiento sistémico enriquece el significado sobre cómo se analiza el ambiente empresarial y sus tendencias, se identifican y se tratan los riesgos a los que está sujeta la organización y, al mismo tiempo, cómo se formulán el relevamiento y el inventario de datos personales y los riesgos a la privacidad o las libertades civiles; sobre cómo la empresa promueve el desarrollo de las personas, los profesionales y los ciudadanos y cómo se relaciona con terceros; sobre cómo la empresa establece lineamientos y cumple con las normas legales para la realización de proceso de investigación de faltas, defectos o incidentes en el tratamiento de datos y cómo se alcanzan los resultados y una corrección efectiva.

El tratamiento sistémico será un aprendizaje en medio de desafíos. La implementación y la mejora del programa de integridad y del programa de gobernanza en privacidad será un experimento que efectivamente traerá dudas y dificultades. La correlación de actividades o de mecanismos en la vida diaria de la prevención contra la corrupción y del tratamiento de datos personales no siempre será automática. El modo en que actúan los agentes de tratamiento estará mucho más expuesto a la mirada pública que el modo de actuar del director de compliance (compliance officer).

El informe sobre el impacto en la protección de datos es un documento que registra los «procesos de tratamiento de datos personales que pueden generar riesgos para las libertades civiles», así como las «garantías y los mecanismos de mitigación»³². La autoridad nacional podrá tener acceso a ese documento. Se puede sostener que los riesgos para la protección de datos sean tratados como riesgos de compliance. Pero no es correcto pensar que la autoridad pública tiene acceso a cualquier riesgo de compliance y su respectiva medida de mitigación. El acceso podrá ser bueno o malo. Todo dependerá del compromiso de la autoridad para ofrecer valor.

En lo referido al sistema de compliance, la política de terceros es de gran importancia. La LGPD no preceptúa sobre las exigencias que los agentes de

³¹ El programa de gobernanza en privacidad podrá ser simplemente una política especial de *compliance*, es decir, un componente del programa de integridad, una opción para analizar costos, tiempo y calidad de entrega.

³² LGPD, Artículos 5º, XVII; 4º § 3º; y 10 § 3º.

tratamiento deben hacerles a terceros contratados para realizar servicios de procesamiento y almacenamiento de datos personales. En efecto, dichos contratados estarán sujetos al acatamiento del Decreto n.º 8420/15 en cuanto a terceros.

Compromiso de la alta gerencia, instancia de compliance y de protección de datos, liderazgo transformador e interfaces externas: estos aspectos están relacionados con el punto «B», Anexo I. En el diseño de la gestión, del programa y sus componentes, el foco ahora está en la interacción de las personas con el objetivo de hacer elecciones y cumplirlas de forma abarcativa; en las relaciones entre departamentos para llevar los mensajes correctos necesarios para el mantenimiento y la mejora del sistema e aclarar los grises; en la cooperación entre organizaciones e individuos fuera de la organización; y en la inspiración y la motivación de las personas en cuanto a los valores, principios y objetivos, así como en la preservación de la inteligencia de un sistema que sea capaz de diferenciar lo correcto de lo erróneo —ya sea en la mitigación de riesgos de compliance o de riesgos para la privacidad— y de estimular el mejoramiento de estándares de desempeño.

En el punto sobre la gobernanza, el tratamiento sistémico valora especialmente el apoyo visible e inequívoco de la alta gerencia. Un defecto en la estructura de poder de la organización suele tener un alcance devastador, causando incertidumbres, dudas y malentendidos. Por lo general, este tipo de falla se debe a una falta de enfoque en la junta, una deficiencia en la estrategia, o un problema en la definición de roles o de responsabilidades en los diferentes niveles de la organización. Del liderazgo transformador se espera una actitud que corrija los desvíos del sistema de gestión, el fomento de la interacción para evitar o reducir los conflictos entre ejecutivos y entre colaboradores, la promoción de compartir la experiencia para enriquecer los procesos y aclarar los procedimientos, el convencimiento de los colaboradores en cumplir con agilidad las recomendaciones y dar feedbacks en relación con los incumplimientos observados o registrados en los informes. En el proceso de adecuación de la empresa a la LGPD, el líder será el encargado de promover un cambio de mindset. No debe confundirse al líder con el jefe, aunque una misma posición ejecutiva pueda acumular simultáneamente los atributos de ambos. (GIOVANINI, 2019, p. 417-449).

Los desafíos, en relación con la gobernanza, se refieren a la posibilidad de que haya conflictos entre el director de compliance y, del lado del tratamiento de datos, el operador junto con el encargado. Una de esas instancias no goza de independencia legal. Los posibles conflictos se podrán evitar o minimizar mediante la claridad en la estructuración de los cargos y en la definición de roles y de la relación de subordinación. Definición de la estructura adecuada

de gobernanza de la privacidad. Una posibilidad es utilizar la estructura de la instancia de integridad, que tendrá que lidiar con nuevos riesgos y procesos y, tal vez, con la investigación del indicio de incumplimientos. La filtración de información es un incidente que podría transformarse en una crisis. Gestionar la crisis es también un tipo de desafío nuevo. Podría surgir otra dificultad de la posible superposición de poderes y órdenes o recomendaciones que emanen eventualmente de la autoridad nacional o de la autoridad reguladora, fiscalizadora o de supervisión. En este caso, es necesario actuar con habilidad para mejorar la reglamentación pública. Estas son solamente algunas de las dificultades que se enfrentarán, además de otras, como la falta de un código de conducta y de normas corporativas globales; el código y dichas normas son necesarias como condición para la transferencia internacional de datos personales.

En el punto «C» de las herramientas, son relevantes la confiabilidad, la calidad del sistema y la profesionalización de los operadores. Desde el punto de vista del tratamiento sistémico, es necesario justificar la implementación de una herramienta (capacitar, elaborar procedimientos y evaluar los beneficios, etc.), es decir, alinearla con el propósito y los objetivos de la organización. Una herramienta sin utilidad no agrega valor y, por eso, debe ser descartada. (GIOVANINI, 2019, p. 492). El aspecto elegido en el cuadro Anexo I se refiere al canal de denuncia y a la gestión del mecanismo de registro de reclamos que impliquen el tratamiento de datos.

El canal de denuncia como mecanismo del programa de integridad es perfectamente adecuado para recibir reclamos sobre irregularidades en el tratamiento de datos. En aquellas organizaciones cuyos negocios incluyan un gran volumen de tratamiento de datos, se deberá evaluar la necesidad de que exista un comité especial para lidiar exclusivamente con el procesamiento de las denuncias o los reclamos relativos al tratamiento de datos. El canal podrá atender a una empresa, un grupo entero de empresas o un conglomerado. Se podrá debatir sobre otras herramientas. Por ejemplo, en el área de seguridad de la información, existe una cartera para asegurar resultados adecuados. Algunos ejemplos de herramientas en el área de seguridad de la información son: hardware y software para detectar vulnerabilidades, la biometría para el acceso seguro a datos confidenciales, el contrato de confidencialidad, etc.

Al final del Anexo I, en la letra «D», el punto sobre la medición es necesario para saber cómo las leyes, los reglamentos y las directrices se transforman en requisitos de desempeño y qué pruebas podrán recopilarse para comprobar el pleno cumplimiento de los requisitos preestablecidos. La decisión sobre qué se debe medir requiere de la especificación de factores críticos de éxito. Por ejemplo, un factor crítico de éxito de la instancia de tratamiento de datos es

la agilidad en la respuesta a solicitudes de la ANPD [Autoridad Nacional de Protección de Datos]. Para medir esa agilidad es necesario definir indicadores y metas. A fin de cuentas, la medición tiene que ver con resultados. El tema que se está analizando se refiere a las buenas prácticas, que podrá abarcar un gran número de asuntos, que aquí se reduce al monitoreo continuo para darle sentido a la noción de perfeccionamiento, seguridad, mecanismos de supervisión y medidas o estándares técnicos para definir y medir, por ejemplo, los aspectos ponderables en la implementación de la LGPD. Todos estos puntos podrán incluirse en las actividades de compliance y del tratamiento de datos.

El monitoreo es un modelo inteligente para medir el desempeño, proceder al análisis crítico de la información obtenida, establecer medidas (correctivas, preventivas o de mejora) y buscar resultados. Esto implica saber a dónde se quiere llegar y cómo alcanzar los resultados (objetivos, estrategia); comprender qué es crítico y entender las necesidades o perspectivas de los interesados (stakeholders). La seguridad de la información requiere de medidas técnicas y administrativas para proteger los datos personales de exposición ilegal, indebida o inadecuada.

Algunos factores críticos de éxito de la seguridad de la información son: confidencialidad, confiabilidad, integridad, disponibilidad y autenticidad³³. Todo esto orienta el proceso de adecuación de la empresa a la LGPD, por ejemplo, en relación con el relevamiento y la revisión sobre cómo recopilar, usar y eliminar datos, con la actividad realizada para garantizar la seguridad y la transparencia de datos en los flujos de intercambio de información, y con la medición de los resultados en la aplicación efectiva de la ley.

Los puntos de contacto entre el programa de integridad y el programa de gobernanza en privacidad son diversos. En términos de efectividad de los mecanismos previstos en la legislación, es casi impensable que exista un programa de gobernanza de privacidad sin que una organización implemente un programa de integridad³⁴. En la administración de la LGPD y la implementación de la Política Nacional de Protección de Datos y de Privacidad, la ANPD podrá imponer condicionamientos administrativos, ya que en principio podrá, en el uso de su autonomía técnica y decisoria, exigirle a la empresa que implemente el programa de integridad. Se espera que el diálogo entre los dos

³³ Para la descripción de estos factores, consulte el Art. 2º del Decreto n.º 10.046/2019

³⁴ La LGPD está comprometida con 20 postulados, que se expresan en los Artículos 2º y 17. La defensa de dichos postulados es en sí un sometimiento a todo lo que se refiere a la ética y a la integridad o al sistema de compliance. Dicho contenido ético podrá reforzarse mediante la actuación pública de la ANPD, de acuerdo con los términos del Art. 55-J, § 1º. Entonces, implementar un programa sin implementar el otro es una actividad para nada razonable.

conjuntos normativos sea beneficioso. Se espera que las buenas prácticas de enforcement de la LGPD y sus reglamentaciones promuevan no solo la observancia de los postulados de protección de datos personales, sino que también favorezcan el fortalecimiento de la cultura de la integridad en Brasil.

D) POLÍTICA DE COMPLIANCE Y DE SEGURIDAD CIBERNÉTICA: POR UNA MEJORA DE LA REGLAMENTACIÓN BANCARIA

Después de trazar un escenario de las políticas comentadas, discutimos los desafíos del tratamiento sistémico de su interfaz. La empresa grande necesita articular esas dos políticas como condición de efectividad de la gestión organizacional. Esto se aplica en particular a la gran organización bancaria, sujeta a una reglamentación tradicionalmente compleja.

A continuación, se destacan algunos aspectos de la tendencia de la reglamentación bancaria global en 2020 (DELOITTE, 2020). Luego, comentamos las debilidades de la reglamentación bancaria, en especial en cuanto a la falta de enfoque en el tratamiento sistémico.

Mencionamos cinco aspectos de la publicación de Deloitte, destacados en el Anexo 2. Gobernanza continua en el centro de atención. Un defecto grave del compliance suele ser también un problema de gobernanza de la organización financiera. La tendencia es que la regulación, cuando se trata de la gestión de riesgos, no haga distinciones. Riesgo del compliance, riesgo financiero, riesgo en el tratamiento de datos en masa: distinguir es solo una cuestión didáctica. El enfoque sistémico favorece el intercambio de experiencias entre los especialistas en la gestión de riesgos, sea financiero o no financiero. Lo que importa es la identificación, la evaluación y la utilización de herramientas innovadoras para la mitigación.

El boom de violaciones de datos en los primeros seis meses de 2019 resulta alarmante (línea D del Anexo II). Los esfuerzos de mitigación combinan tecnología, gestión de riesgos en sí y compliance. Dicha combinación es crítica para mantener la reputación de la organización, la confianza de los clientes y de los stakeholders en general³⁵.

En el área de compliance financiero penal, aplicar sanciones ha demostrado ser un desafío. Se debate sobre la capacidad de los bancos para detectar violaciones y aplicar con rapidez las penalidades correspondientes. Los esfuerzos apuntan a utilizar los recursos de forma cruzada, recurrir a asociaciones globales y utilizar técnicas de inteligencia artificial (machine learning techniques).

³⁵ Para construir y mantener la confianza en la organización, el CISO (chief information security officer) tiene un rol importante en el uso de tecnología ética (ethical technology): principios que gobiernan el uso de tecnología, gestión de riesgos y derechos individuales para entender y resolver cuestiones morales.

Para finalizar, discutimos las reglamentaciones del Banco Central de Brasil que se relacionan con la temática discutida: política de conformidad (compliance)³⁶, política de seguridad cibernética³⁷ y política de prevención del lavado de dinero³⁸. Debido al reciente aumento en el número de fraudes bancarios (KPMG, 2019) y la perspectiva de cambio de la reglamentación global, pareciera que mejorar la disciplina de esas tres políticas deberá incluir tres puntos: estructura de gobernanza, evaluación de efectividad y sanciones.

En cuanto a la estructura de la gobernanza, la política de compliance no establece nada. La Resolución n.º 4.658/2018 y la Circular n.º 3.978/2020 se limitan a establecer que las instituciones reguladas deben adoptar prácticas de gobernanza corporativa y de gestión proporcionales a los riesgos a las que están expuestas. ¿Qué significa esto en el contexto del negocio de las instituciones financieras? Aparentemente, el regulador puede y debe avanzar en el grado de intervención para considerar qué espera de la estructura de gobernanza. Las instituciones deben disponer de una estructura de gobernanza que sea capaz de asegurar (i) iniciativa y proactividad, (ii) capacidad de análisis, (iii) poder de convencimiento, (iv) calidad de comunicación y (v) motivación e inspiración. Esta especificación abrirá una puerta para agregar valor a la efectividad.

La evaluación de la efectividad es otra debilidad que debe corregirse. Según las directrices de la política de compliance, el consejo administrativo debe asegurar la efectividad de dicha política. La reglamentación de la política de seguridad cibernética se limita a prever que las instituciones deben crear mecanismos con miras a la efectividad. La reglamentación de la política antilavado progresó para destacar que la política debe adoptar mecanismos de evaluación de la efectividad y comprender directrices sobre el compromiso de la alta gerencia con la efectividad, que debe evaluarse de acuerdo con la metodología descrita en el informe. Pero todo depende mucho del deseo de la institución regulada.

Para garantizar la efectividad de las políticas comentadas, el regulador necesita establecer lineamientos de evaluación y definir la calidad que espera de la efectividad de cada una de las políticas mencionadas. Por ejemplo, es viable la cuantificación del sistema de gobernanza y de los elementos que adopta,

³⁶ Resolución n.º 4.595, de 2017. La reglamentación de la política de compliance bancario contiene ambigüedades, pues permite cuestionarse la obligatoriedad de la constitución de una unidad de compliance (Art. 5º, IV), la necesidad del canal de denuncia (Art. 5º, VIII), la obligatoriedad del compliance officer (Art. IV y 6º) y de un código de conducta (Art. 7º I).

³⁷ Resolución n.º 4.658, del 26 de abril de 2018.

³⁸ Circular n.º 3.978, del 23 de enero de 2020.

tales como procesos y controles³⁹. La institución regulada podrá tener la libertad de adoptar el sistema de medición de desempeño y las herramientas para garantizar la confianza y la calidad de los procesos, todo de acuerdo con su tamaño. También podrá proceder a la autoevaluación. Pero será la autoridad reguladora la encargada de clasificar o validar la clasificación de la calidad de la política, según los esfuerzos de gobernanza, el sistema de medición y las herramientas aplicados por la parte regulada.

El cumplimiento de la regulación debe mostrar una consecuencia o sanción. Las tres reglamentaciones citadas no establecen nada sobre sanciones, que se entienden como consecuencia positiva (incentivo o estímulo) y consecuencia negativa (penalidad pecuniaria o incluso denotativa de no idoneidad). La falta de sanciones de la reglamentación de la autoridad reguladora es la tercera debilidad que debe corregirse.

Tradicionalmente, el sector bancario en Brasil tiene una estructura concentrada (CAMARGO, 2009). La lógica de la parte regulada dominante es realizar menos de lo que exige la reglamentación. El Banco Central de Brasil se debe comprometer a aumentar la calidad de la reglamentación analizada, si quiere preservar la reputación de la autoridad reguladora independiente y convencer a la sociedad de que el consumidor bancario y los stakeholders importan.

E) ENFOQUE FINAL: BENEFICIOS DE LA REPUTACIÓN EN **COMPLIANCE** Y DE LA GOBERNANZA EN PRIVACIDAD

En la introducción se destaca la importancia de la efectividad en compliance y en el tratamiento de datos. Si no hay efectividad, los programas no generan los beneficios que se esperan de ellos para la sociedad. Las políticas tienen el objetivo de mejorar, de manera directa o indirecta, las condiciones de vida de las personas; fomentan las transformaciones deseadas como, por ejemplo, la creación de condiciones para la producción y la distribución de la riqueza. El mercado no siempre tiene esa percepción o no está preocupado por ese objetivo de las políticas.

El programa de integridad y el programa de gobernanza en privacidad deben incorporarse al sistema de gobernanza y gestión de la gran empresa en general. Por ejemplo, una crisis de filtración de datos, con seguridad será de interés para la instancia de integridad. El tratamiento sistémico de dichos programas es el camino correcto para asegurarles efectividad. Sin efectividad, se tienden a perder los beneficios.

³⁹ La iniciativa de la Agencia Reguladora de Energía Eléctrica (ANEEL) es un buen ejemplo. La Resolución Normativa n.º 787, del 24/10/2017 de la ANEEL, disciplina la «evaluación de la calidad de los sistemas de gobernanza corporativa». Disponible en:<<http://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren2017787ti.pdf>>. Visitado el: 17 de ago. de 2020.

En los sectores regulados, las directrices de las autoridades reguladoras que orientan la implantación de dichos programas cobran importancia en la medida en que se tornan reglas especializadas y, luego, con la posibilidad de apartar las directrices generales. Entonces, la imprecisión y la ambigüedad de estas reglamentaciones especializadas pueden traer dudas en su aplicación por parte de los regulados, las autoridades administrativas o judiciales y los agentes de certificación.

Se espera que el Estado regulador actúe para proporcionar la reglamentación necesaria, pero también para que su reglamentación garantice el máximo beneficio para todos los interesados. Esto se aplica a la reglamentación bancaria que se analiza en este artículo, que carece de una mejora capaz de promover un monitoreo inteligente del sector en cuestión en materia de gestión de la integridad y del tratamiento de datos.

ANEXO I

ELEMENTOS DE FUNDAMENTACIÓN DE LA GESTIÓN DEL PROGRAMA DE INTEGRIDAD Y DEL PROGRAMA DE GOBERNANZA EN PRIVACIDAD – FOCO EN LA SISTEMATIZACIÓN COMO CONDICIÓN DE EFECTIVIDAD

ELEMENTOS	ASPECTOS ANALIZADOS	DECRETO	LGPD
A - Sistema de Compliance	1 - Riesgos de compliance versus relevamiento e inventario de datos personales;	42, V	5º, X, XVII; 37, 44, II, 50 § 2º, d
	2 - Política de terceros versus tercerización de servicios de procesamiento de almacenamiento de datos;	42, III, VIII, III	50, I
	3 - Capacitación y comunicación de compliance versus acciones educativas en el área de tratamiento de datos;	42, IV	50
	4 - Código de conducta y Política de resultados de compliance versus plan de acción y de respuesta a incidentes y corrección;	42, XI, XII	50, I, g
	5 - Compromiso de la alta gerencia en la efectiva aplicación de las normas de compliance versus compromiso del controlador en la aplicación de las normas y observancia de buenas prácticas relativas a la protección de datos personales;	42, I	50, §2º I, a
B - Gobernanza	6 - Fomento de liderazgo transformador en cultura de la integridad versus tratamiento de protección de datos;	42, II	50, I, f
	7 - Relación de la instancia de compliance con autoridades externas versus comunicación del controlador con la ANPD;	41 único párrafo	5º, VIII; 30
	8 - Instancia de compliance versus gobernanza de protección de datos (potencialidad de conflicto interno)	42, IX	51, I, a, d, f, g.
C - Herramientas	9 - Gestión del canal de denuncia versus gestión del mecanismo para el registro de reclamos sobre el tratamiento de datos en disconformidad con las normas legales y reguladoras.	42, X	41, §2º, I; 50, I, 51
	10 - Buenas prácticas de compliance versus buenas prácticas en el tratamiento de protección de datos personales (monitoreo continuo, seguridad de la información, mecanismos de supervisión y medidas o estándares técnicos).	42, II, XV	6º, VII, 46, 47, 48§§ 2º, 3º; 50, II, 51

Fuente: FONSECA, Antonio, 2020.

ANEXO II**CINCO ASPECTOS DE LA TENDENCIA DE LA REGULACIÓN BANCARIA GLOBAL EN 2020****A) FOCO EN LA GOBERNANZA**

- 1 - En la fiscalización de las actividades por parte de los reguladores, la falla en la gobernanza y el control continuo como una de las causas cuando algo no es correcto.
- 2 - Son fallas tales como la falta de foco de la junta, deficiencia de la estrategia, problema de definición del rol y las responsabilidades en todos los niveles de la organización, etc.

B) RIESGOS NO FINANCIEROS (RNF)

- 1 - Riesgos financieros (RF): crédito, mercado, liquidez (temas tradicionales)
- Riesgos no financieros (RNF): violación de seguridad cibernetica, mala conducta de los empleados, protección de los clientes
- 2 - Riesgos de compliance – diferenciar es solo un aspecto didáctico; la reglamentación bancaria abarca todo, ya que coloca en su alcance el rediseño del modelo operativo, el uso creciente de la tecnología de soporte, la corrección de datos en masa, los cambios en las técnicas de mitigación de riesgos para la promoción de la innovación, etc.
- 3 - Cómo enfrentar los RNF: identificación y evaluación, estandarización y mejoramiento de la gobernanza, especialización de empleados, implantación de tecnología para la modernización de la gestión de RNF.

C) OPTIMIZACIÓN DE TRES LÍNEAS DE DEFENSA —3LOD— EN EL SISTEMA DE GOBERNANZA QUE PERMEA TODO EL NEGOCIO, SOBRE TODO (I) ROLES Y RESPONSABILIDADES, (II) ACTIVIDADES Y PROCESOS, Y (III) DATOS Y AUTOMATIZACIÓN

- 1^a LOD : se refiere a los creadores de propuestas y a los tomadores de riesgos
- 2^a LOD: se refiere a las funciones independientes de riesgo y conformidad
- 3^a LOD: normalmente se refiere a una auditoría interna (puede incluir la función de revisión de crédito)

D) SEGURIDAD CIBERNÉTICA Y PRIVACIDAD (NUNCA SE PRESTÓ TANTA ATENCIÓN Y SE APORTARON DE UN AÑO PARA EL OTRO TANTOS RECURSOS [10,1 %] COMO AHORA, PERO LOS PROBLEMAS CONTINÚAN CRECIENDO [54 %]). PUNTOS PRINCIPALES:

- 1 - Gobernanza de seguridad cibernetica
- 2 - Resiliencia cibernetica
- 3 - Privacidad y seguridad de datos
- 4 - Riesgos de tercerización

E) ESCENARIO DE CAMBIOS EN EL COMPLIANCE FINANCIERO PENAL

- 1 - Existe un consenso acerca de que el régimen antilavado de dinero necesita una reforma para detener e impedir el delito financiero a nivel global. Los riesgos de que haya delitos financieros continúan multiplicándose y desarrollándose una velocidad nunca vista.
- 2 - Algunas cuestiones a tener en consideración:
 - Programas AML que brinden una respuesta más consistente a los riesgos y las amenazas de alta prioridad.
 - Aplicación rápida de sanciones, teniendo en cuenta la importancia de detectar posibles evasiones.
 - Uso de datos, así como de nuevos enfoques y tecnologías, para mejorar la detección y el informe de actividades sospechosas con mayor eficacia y eficiencia.
 - Comprensión sobre cómo el lavado de dinero, el fraude y los riesgos ciberneticos están conectados y buscan maneras de aprovechar la inteligencia entre los dominios para detectar mejor los crímenes financieros y proteger la institución.
 - Distribución de esfuerzos establecidos y emergentes para promover las asociaciones entre partes privadas y entre partes privadas y públicas de intercambio de información.

Fuente: DELOITTE, 2019.

REFERENCIAS

- ALLISON, PETER RAY. Data protection: How privacy can be a burden, 2019. Disponible en: <www.computerweekly.com/feature/Data-protection-How-privacy-can-be-a-benefit-not-a-burden>. Visitado el: 22 de jul. de 2020.
- BRASIL. COMITÊ CENTRAL DE GOVERNANÇA DE DADO^s. Guia de Boas Práticas para Implementação na Administração Pública Federal, Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), 2020. Disponible en: <www.gov.br/governodigital/pt-br/governanca-de-dados/guia-lgpd.pdf>. Visitado el: 25 de ago. de 2020.
- _____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 6387 MC, Rel. Min. ROSA WEBER, Decisão, 28 de abril de 2020. Disponible en: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1095308/false>>. Visitado el: 25 de ago. de 2020.
- CAMARGO, PATRÍCIA OLGA. A Evolução Recente do Setor Bancário no Brasil, São Paulo: Cultura Acadêmica, 2009.
- DELOITTE. Banking Regulatory Outlook, Breaking down this year's federal banking regulations, 2020. Disponible en: <www2.deloitte.com/us/en/pages/regulatory/articles/banking-regulatory-outlook.html>. Visitado el: 16 de ago. de 2020.
- FAGNER, FABRÍCIO. 8 Principais Dúvidas sobre a Lei Geral de Proteção de Dados. Disponible en: <www.propay.com.br/blog/8-principais-duvidas-sobre-a-lei-geral-de-protacao-de-dados>. Visitado el: 22 de jul. de 2020.
- FONSECA, ANTONIO. Programa de Compliance ou Programa de Integridade, o que isso importa para o Direito brasileiro. Revista TRF1, Brasília, v. 30, 2018. Disponible en: <<https://core.ac.uk/download/pdf/211930794.pdf>>. Visitado el: 21 de ago. de 2020.
- GIOVANINI, WAGNER. Compliance, a excelência na prática. 2^a ed., São Paulo: 2019.
- ICTS PROVITI. Nível de maturidade em Compliance 2018 das organizações brasileiras. Disponible en:<https://portaldecompliance.com.br/assets/pdf/Ebook_Pesquisa_Maturidade_2018.pdf>. Visitado el: 14 de ago de 2020.
- KPMG. Pesquisa Global sobre Fraude Bancária. A ameaça multifacetada da fraude: os bancos estão prontos para enfrentar este desafio? 2019. Disponible en: <https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/br/pdf/2019/08/br-pesquisa_global_de_fraude.pdf>. Visitado el: 17 de ago de 2020.
- MONTEIRO, RENATO LEITE E OUTROS. Lei Geral de Proteção de Dados e GDPR: histórico, análise e impactos. Disponible en: <<https://baptistaluz.com.br/wp-content/uploads/2019/01/RD-DataProtection-ProvF.pdf>>. Visitado el: 22 de jul de 2020.
- OZIEL, LAUREN M. The Regulatory Challenge of Public Corruption. Journal of Criminal Law and Criminology, Vol. 108, No. 3, 2018, Temple University Legal Studies Research Paper No. 2018-26. Disponible en:

<<https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=7636&context=jclc>>. Visitado el 18 de ago de 2020.

STACCHINI, RENATA CIAMBI; LORENZETTI, PAOLA; STACCHINI, FERNANDO. Proteção de dados pessoais no Brasil: os dados são seus, 2019. Disponible en: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/292233/protecao-de-dados-pessoais-no-brasil-os-dados-sao-seus>>. Visitado el: 22 de jul de 2020.

PRIVACIDAD VS. LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Ignacio M. Rebaudi Basavilbaso – ARGENTINA

RESUMEN

Este artículo analiza el derecho a la privacidad, en sus diferentes regulaciones, tanto internacionales como en el derecho interno Argentino. Luego analiza la privacidad en su tensión con la libertad de expresión.

Es importante destacar que los derechos que pertenecen al conjunto de derechos civiles fundamentales reconocidos deben ser armonizados, y que ninguna obra jurídica posee carácter definitivo, ya que el derecho se caracteriza por una fluctuación constante, que nace de la incessante tarea de adaptación de la norma a las circunstancias sociales, sobre todo al aplicar derechos en tensión como en los aquí analizados a un caso concreto.

ABSTRACT

This article analyzes the right to privacy, within different regulations, both international and in Argentine domestic law. Afterwards, I analyze privacy in its tension with freedom of expression.

It is important to highlight that rights belonging to the set of fundamental civil rights acknowledged must be harmonized, and that no legal work is definitive, since the law is characterized by constant fluctuation, which arises from the incessant task of adapting the rule to social circumstances, especially when applying rights in tension as in those analyzed here in to a specific case.

RESUMO

Este artigo analisa o direito à privacidade, nas suas diferentes regulamentações, tanto internacionais quanto no direito interno argentino. Depois, analiso a privacidade em tensão com a liberdade de expressão.

É importante destacar que os direitos que pertencem ao conjunto de direitos civis fundamentais reconhecidos devem ser harmonizados, e que nenhuma obra jurídica possui caráter definitivo, pois o direito caracteriza-se por uma flutuação constante, que origina-se na incessante tarefa de adaptação da norma às circunstâncias sociais, sobretudo ao aplicar direitos em tensão, como os analisados aqui, a um caso específico.

I. INTRODUCCIÓN. CONCEPTUALIZACIÓN

Es, en fin, en la soledad o aislamiento total donde el hombre se encuentra para interiorizarse y alimentar el vuelo de su espíritu. Allí puede nacer el genio; desarrollarse el talento; descubrirse el misticismo; aparecer la inspiración estética; explayarse el amor... alguna bajeza, algún defecto que no se desea difundir. Masivo destrozado aquel ser que en alguna medida no obtiene la soledad, momentos de vida interior y propia.¹

El derecho a la intimidad es uno de los contenidos del derecho a la dignidad y consiste en la facultad que tiene cada persona de disponer de una esfera, ámbito privativo o reducto infranqueable de libertad individual, el cual no puede ser invadido por terceros, ya sean particulares o el propio Estado, mediante cualquier tipo de intromisiones. Es el derecho que tiene un hombre a “ser dejado en la soledad de su espíritu”.²

También se ha dicho que ese derecho abarca y protege una esfera discreta de la existencia de toda persona, que debe ser preservada de intromisiones exteriores, tiene un amplio contenido y sus manifestaciones son muy variadas. Comprende no sólo conductas o situaciones que por su naturaleza y por desarrollarse en un ámbito privado, no están destinadas razonablemente al conocimiento de terceros o a su divulgación, sino también, ciertas acciones que desplegadas en medios no privados, presentan un contenido netamente privado.³

En lo expuesto se advierte la importancia del derecho a la privacidad, un derecho que actualmente debe ser considerado como un derecho humano fundamental y de necesaria protección.

II. LA PRIVACIDAD EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DDHH

El derecho a la intimidad se encuentra protegido en el artículo 19 de la Constitución Nacional y a partir de la reforma del año 1994 a través de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. V), Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 12), Pacto de San José de Costa Rica (art. 11 inc. 2), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 17) que establecen la protección al individuo contra injerencias arbitrarias o abusivas en la vida privada.

¹ Conf. Cifuentes, Santos, "El Derecho a la intimidad", ED, 57-832.

² The right to be let alone) según el concepto de Cooley (Conf. Ekmekjian, Miguel A., "Derecho a la Información", ps. 72 y sigtes., Ed. Depalma, 2º ed., Buenos Aires, 1996.

³ Conf. Pizarro, Ramón Daniel, "Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación. Daños por noticias inexactas o agraviantes", 2º. Ed., Hammurabi, págs. 231 y 232.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, también llamado Pacto San José de Costa Rica, es una de las bases fundamentales del sistema interamericano de promoción y protección de los Derechos Humanos.

En su art. 11 establece la protección de la honra y de la dignidad, al disponer en el inc. 2 que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

La Corte Interamericana ha resuelto varios conflictos generados sobre la violación de la vida privada, como respecto a la protección del domicilio, de la honra, la posibilidad de aplicar restricciones al no ser un derecho absoluto (siempre y cuando no sean abusivas o arbitrarias). Sobre la vida privada y protección de las comunicaciones telefónicas, sobre la protección de las imágenes o fotografías personales, la vida privada y violaciones sexuales, la honra y vida privada vs. la libertad de expresión (que será analizado en el punto V, la vida privada y orientación sexual de las personas, la vida privada, autonomía personal y libertad reproductiva, la honra y sometimiento a procesos penales, la vida privada y propiedad privada.⁴

III. LA PRIVACIDAD EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

El 1º de agosto de 2015 entró en vigencia el Código Civil y Comercial de la Nación que proyecta nuestro derecho privado a la luz de la Constitución Nacional.

El artículo 1770, regula la protección de la vida privada, al establecer que 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.

Lo que se protege es aquella parte de la persona humana que excede el interés general y que debe ser resguardado por formar parte de la intimidad.

En el Código Civil Argentino derogado, se establecía que: “El que arbitrariamente se entrometiére en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otros en sus costumbres o sentimientos o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubieren cesado, y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez de acuerdo

⁴ Ver “Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, de Pablo Larsen, Ed. Hammurabi, págs. 269/281 y sus citas.

con las circunstancias; además podrá éste, a pedido del agraviado, ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida fuese procedente para una adecuada reparación”.

La publicación de retratos mencionada por la norma aludía a la utilización de la imagen que ofende a la intimidad y el daño puede provenir del contenido de la reproducción, por ejemplo, el retrato de una persona en pose indecorosa, como de la modalidad maliciosa, subrepticia o violenta con que se obtuvo.⁵

Al analizar ambas normativas, puede advertirse que el nuevo artículo sigue las directrices protectoras del artículo 1071 bis del Código derogado, en cuanto a la salvaguarda del interés de toda persona de resguardar aspectos de su vida, su persona, su conducta, su familia. En fin, de no verse turbada en todo aquello que no quede alcanzado por un interés legítimo del Estado o de la sociedad.

A su vez, en la nueva disposición legal se encuentra presente la posibilidad de utilización de la función preventiva de la responsabilidad civil.

Ello surge expresamente del artículo 52 del Código Civil y Comercial de la Nación que establece que 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. Esta responsabilidad será analizada en el punto siguiente, como mecanismo que permite prevenir el daño y hacer operativo el nuevo Código.

Una diferencia entre ambas regulaciones es que se adecuó el alcance de la indemnización, que ahora deberá ser “plena” (en los términos del nuevo artículo 1740) y no “equitativa” como se encontraba regulada en el anterior artículo.

IV. FUNCIÓN PREVENTIVA

Es una novedad para nuestro régimen de responsabilidad civil general. Si bien existen mecanismos disuasivos en algunas leyes especiales, como el caso del establecimiento de los daños punitivos en la Ley de Defensa del Consumidor, es la primera vez que se sistematiza en una norma general como es el Código Civil y Comercial. La doctrina ya había planteado el principio de prevención dentro de los criterios modernos de Responsabilidad Civil.

La función preventiva del daño se puede concebir de dos maneras. La primera de ellas es la llamada prevención general. Toda imposición de una sanción implica prevenir que se causen futuros ilícitos, pues la sociedad asiste a esas decisiones y, por ende, es esperable que los sujetos se apeguen a la ley y

⁵ Conf. Zavala de González, Matilde, "Resarcimiento de daños - Daños a las personas Integridad espiritual y social", págs. 46 y sigs.

no sean proclives a cometer hechos reprochables. Es una de las funciones de la pena en materia de derecho penal. Una función disuasiva y, por ende, preventiva. La segunda de ellas es la imposición de un remedio preventivo, es decir una decisión judicial que expresamente condene a ejecutar una conducta o abstenerse de una, con el fin de evitar la producción de un daño. Sobre esta manifestación de la prevención no existe consenso.

En la actualidad la tendencia es a aceptar al remedio meramente preventivo como una condena de responsabilidad civil. Además, siempre es preferible la prevención del daño que su reparación posterior.

En suma, comparto el criterio de incorporar la prevención del daño al Derecho de Responsabilidad Civil y, en ese sentido, también la incorporación normativa que realiza la reforma que nos ocupa.

El art. 1710 recoge el principio de prevención. Lo establece como un deber general que se suma al deber general de no dañar clásico del Derecho Romano. Es decir, se deriva del “naeminem laedere” no sólo la obligación de reparar el daño cuando este se produce, sino que previamente debe cumplirse el deber general de prevenir el daño.

El deber de prevención se expresa en los siguientes términos: Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de:

- a. Evitar causar un daño no justificado. Es decir, que no se cause daño a menos que exista una causa de justificación como el estado de necesidad, la legítima defensa o el ejercicio regular de un derecho.
- b. Adoptar de buena fe y conforme 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, el que lo evita tiene derecho a que este tercero le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa. Es decir, se apunta a evitar el daño propio como el daño causado por terceros.
- c. No agravar el daño cuando ya se produjo.

A su vez, el art. 1711 habilita la acción preventiva. Es decir, se crea un mecanismo jurisdiccional de tutela preventiva para impedir la realización posible del daño. El mecanismo jurisdiccional procede frente a la mera acción u omisión antijurídica que haga previsible la producción del daño, su continuación a su agravamiento.

No se requieren los otros presupuestos de responsabilidad civil. Es decir, no es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución.

Por supuesto que tampoco se requiere relación de causalidad entre el hecho y el daño, porque por hipótesis, éste aún no se produjo.

El art. 1712 establece que la legitimación activa se le reconoce a todo aquel que acredite un interés razonable en la prevención del daño. Puede ser un posible damnificado directo o indirecto. O quien acredite un simple interés. Es muy amplia la legitimación.

El art. 1713 determina que la sentencia que admita la acción preventiva debe disponer, tanto a pedido de parte como de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer según corresponda.

Es muy amplio el espectro de medidas que puede ordenar el juez.

Hay dos criterios que debe ponderar para asegurar la eficacia de la obtención de la finalidad: el de menor restricción posible y el de medio más idóneo.

El art. 1714 se refiera a la punición excesiva. Pondera tanto las condenaciones pecuniarias administrativas como los llamados punitive damages o daños punitivos que, conforme la Ley de Defensa del Consumidor pueden imponerse en sede administrativa; como las penales como las civiles, es decir las astreintes entre otras.

En el caso en que respecto de un hecho se provoque una punición excesiva o irrazonable, el juez debe computarla a los fines de fijar prudencialmente su monto. Es decir el juez debe computar que es excesiva o irrazonable y puede disminuirla.

El art. 1715 establece que incluso puede dejar sin efecto total o parcialmente la medida, con lo cual le da una facultad de morigeración cierta al juez frente a medidas que, por su naturaleza, son necesariamente provisionales y no importan derechos adquiridos. Esto recoge cuestionamientos efectuados por la doctrina que fundadamente se oponen a la fijación de daños punitivos en sede administrativa por los mecanismos fijados por la Ley de Defensa del Consumidor, porque se abre la puerta a la arbitrariedad. Prevé aquí la facultad expresa de recurrir al juez para que sean disminuidos. Lo mismo sucede con relación a las astreintes.

La función preventiva de la Responsabilidad Civil fue largamente desarrollada por la doctrina. Incluso las acciones de tutela preventiva fueron propuestas por los congresos de civilistas.

Creo que la finalidad de esta tutela, resulta muy loable.

El art. 1711 no dice expresamente que la acción procede frente a un daño no justificado o contra el ejercicio irregular de un derecho. Nada aclara. Por lo tanto ya hay quienes sostienen que podrá haber planteos por esta vía que frustren mecanismos preparatorios para ejercer derechos que otorgan las leyes. Y habrá que dirimir en esos casos qué es lo que prevalece pues, conforme el orden de prevalencia, las normas indisponibles de este código y de las leyes especiales se encuentran en el mismo rango de prioridad.

En definitiva, la introducción del análisis de la función preventiva se relaciona con la posibilidad de cualquier ciudadano que sienta afectado su derecho a la privacidad, pueda intentar prevenir los daños que se le produzca.

VI. LA PRIVACIDAD VS. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

En primer lugar destaco que en toda vida en sociedad hay tensiones entre los derechos, toda vez que la convivencia armónica de una sociedad implica que cada uno tiene derecho hasta que comienza el derecho del otro. Pero muchas veces ambos derechos entran en tensión, hay una invasión de uno sobre el otro, y hay que definir un límite claro.

En el particular caso a estudio hay una tensión clara de los derechos constitucionales fundamentales, como lo son el derecho de libre expresión y los derechos de la personalidad como el derecho al honor, la intimidad y la imagen.

Cuando existe este tipo de tensión entre derechos protegidos constitucionalmente, estos deben ser interpretados de manera armónica, de modo que uno no excluya al otro.

En cuanto al derecho a la privacidad o intimidad, me remito a lo expresado en los puntos anteriores.

Respecto al derecho a la libertad de expresión, se encuentra reconocido en el art. 14 de nuestra Constitución Nacional, el derecho de todos los habitantes de la Nación a publicar sus ideas por la prensa sin censura previa.

En el mismo sentido el Pacto de San José de Costa Rica en su art. 13 dispone que “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier procedimiento de su elección... 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura, sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”.⁶

La Corte Suprema ha resuelto que la libertad de expresión es un derecho que es absoluto tan solo desde la perspectiva de que no puede someterse a censura previa, pero su ejercicio puede generar responsabilidad en caso de abuso⁷; es decir, aquel reconocimiento no implica impunidad frente a la responsabilidad por los daños provocados en su ejercicio.

⁶ Conf. CNCiv., Sala de Feria, 8/1/2020, Expte. 97974/2019 ADS, AC Y OTROS c/ BS,V s/ Medidas precautorias.

⁷ "Ponzetti de Balbín c. La Razón", La Ley, 2000 C 1244.

En el mismo sentido ha establecido que el especial reconocimiento constitucional en favor de la libertad de prensa no elimina la responsabilidad ante la justicia por los delitos y daños cometidos por medio de ésta, máxime cuando no existe el propósito de asegurar la impunidad de la prensa".⁸

La comunidad, dentro de una estructura como la establecida por la Constitución Nacional, tiene derecho a una información que le permita ajustar su conducta a las razones y sentimientos por esa información sugeridos, y la prensa satisface esa necesidad colectiva. En tal función, ha de actuar con la más amplia libertad, sin que ello suponga, como es obvio, que pueda hacer uso de ese derecho constitucional en detrimento de la armonía de todos los otros derechos constitucionales, entre los que se encuentra la integridad moral de las personas.⁹

Tiene dicho además la Corte que toda restricción, sanción o limitación a la libertad de expresión debe ser de interpretación restrictiva (conf. doctrina de Fallos: 316:1623) y toda censura previa que sobre ella se ejerza padece una fuerte presunción de inconstitucionalidad. El Tribunal se inclina así por principio a la aplicación de responsabilidades ulteriores a raíz de los abusos producidos mediante su ejercicio, en el entendimiento que el derecho de prensa goza en nuestro ordenamiento de una posición privilegiada.¹⁰

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resuelto que la libertad de expresión no es absoluta, y cabe evaluar en cada caso concreto si la restricción a esa libertad resulta indebida, por lo que resulta necesario... analizar con especial cautela, ponderando la conducta desplegada por el emisor de aquéllas, las características del daño alegadamente causado y otros datos que pongan de manifiesto la necesidad de recurrir a la vía civil.¹¹

Según el art. 13.3 de la Convención Americana, no se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

Las restricciones en la circulación libre de ideas y opiniones como así también la imposición arbitraria de información y la creación de obstáculos al libre flujo informativo, violan el derecho a la libertad de expresión. La cen-

⁸ "Locche Nicolino c. Miguez Daniel", La Ley 1998 E 542.

⁹ CSJN Fallos 257:308.

¹⁰ CSJN, 28/10/14, "Rodríguez, María Belén el Google Inc. s/ daños y perjuicios", considerando 26; el resaltado me pertenece.

¹¹ Cfr. CIDH, "Caso Fontevecchia y D'amico vs. Argentina", 29/11/2011.

sura previa supone el control y voto de la información antes de que ésta sea difundida, impidiendo tanto al individuo, cuya expresión ha sido censurada, como a la totalidad de la sociedad, ejercer su derecho a la libertad de expresión e información.¹²

Esto es porque la existencia de medios de prensa y otros medios de comunicación libres y exentos de censura y de trabas es esencial en cualquier sociedad para asegurar la libertad de opinión y expresión y el goce de otros derechos reconocidos por el Pacto. Es una de las piedras angulares de toda sociedad democrática.¹³

En el marco interamericano, es obligación del Estado argentino respetar el derecho a la libertad de expresión como así también abstenerse de interferir en su ejercicio. Y esa responsabilidad recae sobre todos los poderes del Estado (ejecutivo, legislativo y judicial) y otras autoridades públicas o de gobierno, cualquiera que sea su nivel (nacional, regional o local).¹⁴

Fuera de los supuestos referidos a la infancia y adolescencia, en todos los demás casos, cualquier medida preventiva implica el menoscabo a la libertad de pensamiento y de expresión.¹⁵ Es decir, censura previa prohibida por la Convención, en tanto impide al público conocer la expresión en lugar de determinarse tiempo después si existió responsabilidad por esas expresiones.

En este sentido, se advierte que el art. 11.2 de la Convención Americana protege al individuo frente a la posible interferencia arbitraria o abusiva del Estado. Sin embargo, eso no significa que el Estado cumpla sus obligaciones convencionales con el solo hecho de abstenerse de realizar tales interferencias. Además, el art. 11.3 de la Convención impone a los Estados el deber de brindar la protección de la ley contra aquellas injerencias. En consecuencia, el Estado tiene la obligación de garantizar el derecho a la vida privada mediante acciones positivas, lo cual puede implicar, en ciertos casos, la adopción de medidas dirigidas a asegurar dicho derecho protegiéndolo de las interferencias de las autoridades públicas así como también de las personas o instituciones privadas, incluyendo los medios de comunicación.¹⁶

¹² Principio 5, Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión; Relatoría Especial para la Libertad de Expresión » Antecedentes e Interpretación de la Declaración de Principios, <http://www.oas.org/ES/CIDH/EXPRESION/showarticle.asp?artID=132&lid=2>.

¹³ Punto 13, Observación general N° 34, Comité de Derechos Humanos, 2011.

¹⁴ Punto 7, Observación general N° 34, Comité de Derechos Humanos, 2011.

¹⁵ Caso “La Última Tentación de Cristo” -Olmedo Bustos y otros- Vs. Chile, 05/02/2001.

¹⁶ “Fontevecchia y D’Amico v. Argentina”, sentencia del 29 de noviembre de 2011 (Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 49, citando TEDH, “Von Hannover v. Germany”, sentencia del 24 de junio de 2004, párrafo 57.

En este contexto, la Corte debe encontrar un equilibrio entre la vida privada y la libertad de expresión que, sin ser absolutos, son dos derechos fundamentales garantizados en la Convención Americana y de la mayor importancia en una sociedad democrática. El Tribunal recuerda que el ejercicio de cada derecho fundamental tiene que hacerse con respeto y salvaguarda de los demás derechos fundamentales.¹⁷

En definitiva, frente al derecho a la libertad de expresión, solo son admisibles restricciones en el orden de las responsabilidades posteriores por conductas definidas legalmente, y no a través de controles previos al ejercicio de ese derecho.

¿El honor, la intimidad, y en general los derechos inherentes a una persona, o la sola invocación de la prevención del daño, permiten cercenar la libertad de expresión?

Por supuesto que podría ser posible la acción resarcitoria si se llegase a producir un daño que no deba ser soportado, pero ¿corresponde aplicar la función preventiva sin más para tutelar los derechos personalísimos, afectando el derecho constitucional y fundamental de libre expresión? ¿Existe un caso que debe ser especialmente protegido?

Si bien la “no censura previa” no es una garantía absoluta, toda vez que pueden admitirse excepciones, como a la protección de la infancia y la adolescencia, a la publicidad belicista o discriminatoria, o por espectáculos que degraden la condición humana, etc.¹⁸, no considero que invocando el derecho a la privacidad, se pueda cercenar la libertad de expresión.

E incluso la acción preventiva debe aplicarse en estos casos, con un criterio eminentemente restrictivo y con suma prudencia “en cuestiones que involucren la libertad de prensa de los medios de comunicación, a fin de no ingresar en el terreno de la censura previa.”¹⁹

VI. CONCLUSIÓN

Luego de analizar la privacidad en la Constitución Nacional y en los tratados internacionales de derechos humanos, su regulación en el derecho interno, para finalizar con un breve análisis de la privacidad en su tensión con la libertad de expresión, puedo concluir que los derechos que pertenecen al conjunto

¹⁷ Fallo citado en la nota anterior, citado por Pablo Larsen en la obra citada en el punto iv.

¹⁸ Conf. Rosatti, Horacio, Tratado de Derecho Constitucional, Tº 1,Ed. Rubinzal Culzzoni, pág. 405 y ss.

¹⁹ Calvo Costa, La función preventiva de la responsabilidad civil, 2015; el destacado e pertenece.

de derechos civiles fundamentales reconocidos por nuestra Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos de los que la Argentina es parte, deben ser armonizados, considerando que debe prevalecer la libertad de prensa y la prohibición de censura previa tal como aparecen consagradas en la Constitución Nacional y diversos tratados incorporados a ella en la última reforma.

Sin perjuicio de ratificar nuevamente que si las publicaciones son perjudiciales a los derechos personalísimos de una persona y con ellas se difama o injuria causando injusto perjuicios, existirá la posibilidad de ejercer la acción resarcitoria.

En definitiva, en el marco de sus compromisos internacionales asumidos por el Estado Argentino, no se debe interferir con la libertad de expresión, que se trata del ejercicio de un derecho esencial para la sociedad, y debe impedir la censura previa dando lugar a las responsabilidad ulteriores, y que las restricciones a dicho derecho son restrictivas y se presumen inconstitucionales, y por último, que cabe un criterio restrictivo en la acción preventiva frente a la libertad de prensa.

LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHOS PERSONALÍSIMOS EN INTERNET

Eduardo Molina Quiroga - ARGENTINA

RESUMEN

La utilización masiva de Internet, especialmente en el uso de los denominados buscadores, revela un conflicto entre los derechos a la libertad de expresión e información por un lado y, por el otro, al honor, intimidad e imagen. El tema se intenta resolver con legislaciones locales, que no son muy abundantes y tampoco resuelven el fenómeno de la globalidad de la red. También existen diferentes interpretaciones sobre cuando nace la responsabilidad de los buscadores, en los casos en que resulten lesionados derechos personalísimos. Se trata de armonizar el pleno ejercicio de derechos de rango convencional equivalente.

RESUMO

Na utilização massiva da Internet, especialmente no uso dos chamados motores de busca, nota-se, por um lado, um conflito entre os direitos à liberdade de expressão e de informação e, por outro lado, à honra, à intimidade e à imagem. Tenta-se resolver o assunto com legislações locais, que não são abundantes e que também não resolvem o fenômeno da globalidade da rede. Também, existem diferentes interpretações sobre quando começa a responsabilidade dos motores de busca, nos casos em que os direitos personalíssimos resultem lesionados. Trata-se de harmonizar o pleno exercício de direitos de alcance convencional equivalente.

ABSTRACT

In relation to the massive use of Internet, especially with regard to the use of the so-called browsers, a conflict between the rights to freedom of speech and information, on the one hand, and to honor, privacy and image, on the other hand, can be observed. Local legislation, which is not plentiful and does not solve the global aspect of the network, tries to be the solution to this issue. There are also different interpretations about the moment when the liability of the browsers starts, in those cases in which personal rights are affected. The full exercise of rights with an equivalent conventional rank tries to be harmonized.

I. INTRODUCCIÓN

En el contexto de la denominada Sociedad de la Información, la utilización masiva de Internet y, sobre todo, por la amplia difusión de los denominados buscadores, que son sujetos intermediarios entre los generadores de contenidos publicados en la red y los usuarios que utilizan los procedimientos de búsqueda para acceder a los sitios web donde se encuentran los referidos contenidos, entre otros efectos, se advierte el conflicto suscitado entre los derechos a la libertad de expresión e información por un lado y, por el otro, al honor, intimidad e imagen.

En esta materia es importante tener en cuenta que se encuentran en una tensión permanente derechos humanos de rango equivalente, y el desafío es encontrar un punto de convergencia que permita respetar los segundos sin desmedro de los primeros.

Este aspecto no es el único ni más novedoso que se plantea con motivo de la irrupción de Internet, pero nos ocuparemos de ello en estas líneas porque la importancia que en las sociedades modernas tiene el servicio de internet reside en que es una herramienta válida para que toda la ciudadanía pueda tener acceso a información sin censura, a enviar y recibir información y en especial a expresar sus opiniones en todo tipo de temas: políticos, religiosos, económicos, sociales, culturales, etc.

Por ese motivo realizaremos una breve reseña de los orígenes y respaldo normativo tanto de la libertad de información y expresión como de los derechos a la intimidad y a la protección de datos personales.

II. LIBERTAD DE EXPRESIÓN

La libertad de pensamiento y expresión, definida en el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos¹, comprende el derecho de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo y sin ningún tipo de fronteras. Este derecho comprende la expresión artística, escrita, oral, impresa o por cualquier otro medio de comunicación. Las reglas para imponer limitaciones a este derecho se encuentran en los incisos 2 al 5 de dicho artículo. Dentro de dichas reglas se destaca que no podrá existir censura previa, si no la imposición de responsabilidad con posterioridad a que se realice la expresión. Y entre las causales que menciona la norma nos interesa destacar que el único supuesto de censura previa autorizado es que los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia. Tam-

¹ Incorporada por la reforma de 1994 a la Constitución Nacional (art. 75 inc.22). También ha sido recogida por la ley 26.032.

bién debe estar prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyen incitaciones a la violencia o cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

Bajo la garantía de la “libertad de expresión” universalmente se comprenden la libertad de emitir opinión y el derecho de dar o recibir informaciones o ideas, sin censura previa o sin injerencia de autoridades. Se la considera como una de las garantías fundamentales de las sociedades democráticas; y cualquier persona puede reivindicar que se le respete el ejercicio de esta garantía.

Por ello la encontramos en casi todos los tratados internacionales de Derechos Humanos, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 19); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 19); Convenio de Roma de 1950 (art. 10); Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de Estrasburgo, 2007 (art. 11); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Bogotá, 1948; Convención Americana sobre Derechos Humanos; Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, Nairobi, 1981 (art. 9º); Convención sobre los Derechos del Niño (art. 13). También aparece en constituciones como la de España (art. 20), entre otras.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que la “libertad de expresión”, en un sentido amplio, es el derecho sustancial de dar y recibir información que asiste a todos los individuos en tanto “habitantes” de un Estado democrático.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos es el sistema internacional que ha brindado un mayor alcance a la libertad de pensamiento y expresión. Esto ha sido posible bajo un marco jurídico que busca reducir las restricciones a la libre circulación de informaciones, opiniones e ideas. De acuerdo con los instrumentos interamericanos, la libertad de expresión es la “piedra angular” de las sociedades democráticas, además de ser fundamental para el avance de los objetivos del desarrollo y una herramienta para el ejercicio de otros derechos humanos. La CIDH ha destacado tres funciones principales que cumple la libertad de expresión en los sistemas democráticos: a) Es un derecho individual que refleja la virtud de pensar el mundo de una forma propia y comunicarse entre sí; b) Como medio para deliberar de forma abierta y desinhibida sobre temas que sean de interés público; c) Como instrumento para el ejercicio de otros derechos, como la participación política, la libertad religiosa, la cultura, la educación, la igualdad, entre otros. Complementariamente, tanto la CIDH como la Corte Interamericana han reconocido que la libertad de expresión cuenta con una dimensión individual y una social, interrelacionadas entre sí. La garantía de ambas dimensiones debe ser plena y simultánea.

El Sistema Interamericano también otorga una protección amplia al tono de las expresiones. En este sentido, las expresiones inofensivas o indiferentes son protegidas al igual que aquellas que “ofenden, chocan, inquietan, resultan ingratas o perturban al Estado o a cualquier sector de la población”. Adicionalmente, la emisión de discursos erróneos, equivocados y falsos, sin perjuicio de las responsabilidades que se impongan con posterioridad, son protegidos por la libertad de expresión en el Sistema Interamericano. A su vez, los Estados deben mantener una posición neutral frente a los contenidos de las expresiones, de forma que no existan exclusiones de personas, grupos, ideas o medios de expresión. La jurisprudencia ha reconocido la existencia de tres tipos de expresiones que, dado su valor dentro del sistema democrático, deben tener una mayor protección: a) el discurso político y sobre asuntos de interés público; b) el discurso sobre funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones y sobre candidatos a ocupar cargos públicos; y c) el discurso que configura un elemento de la identidad o la dignidad personales de quien se expresa. Con relación a las limitaciones permisibles a la libertad de expresión, la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha desarrollado un “test tripartito” fundamentado en el artículo 13 de la Convención Americana. Esta prueba exige 1) Que la limitación a imponerse esté definida de forma clara y precisa en una ley formal y material que esté orientada a lograr objetivos imperiosos que estén autorizados por la Convención; 2) que la limitación cumpla con unos requisitos de necesidad e idoneidad para lograr esos objetivos y; 3) que la limitación sea estrictamente proporcional a la finalidad que se persigue. Por último, las responsabilidades que se establezcan con posterioridad a las expresiones siempre deben ser ordenadas por un juez o autoridad jurisdiccional independiente e imparcial, junto con las garantías del debido proceso. Como efecto de lo anterior, la Relatoría Especial para la libertad de expresión ha enfatizado que el desarrollo de políticas públicas y las actuaciones de los particulares deben adecuarse a los principios de acceso a Internet en igualdad de condiciones, la promoción del pluralismo, la no discriminación y la privacidad, así como la neutralidad de la red y la gobernanza multisectorial como componentes transversales de estos principios.

Aun cuando todas las normas internacionales e internas de los Estados reconocen y consagran la garantía de la libertad de expresión, se admite que es un derecho sujeto a restricciones, generalmente fundadas en razones de orden público, tales como la concesión de licencias de radiodifusión que administra la autoridad pertinente, o cuyo ejercicio puede originar responsabilidades derivadas de su mal uso, como cuando con ocasión del ejercicio de la libertad de expresión se atenta contra otros derechos tales como el honor, la intimidad de las personas o la protección de los datos personales. Reiteramos

que el principio es no admitir la censura previa, pero en determinados casos, procede la responsabilidad por los perjuicios ocasionados.

Se ha sostenido que la libertad de expresión se aplica a Internet del mismo modo que a todos los medios de comunicación y que los Estados tienen la obligación de promover el acceso universal a Internet para garantizar el disfrute efectivo del derecho a la libertad de expresión. El acceso a Internet también es necesario para asegurar el respeto de otros derechos, como el derecho a la educación, la atención de la salud y el trabajo, el derecho de reunión y asociación, y el derecho a elecciones libres".²

III. EL DERECHO A LA INTIMIDAD O VIDA PRIVADA

Lo que se denomina privacidad puede referirse a una esfera separada del gobierno, un dominio inadecuado de la interferencia gubernamental, acceso o conocimiento vedado a ciertos ámbitos, la soledad para ciertos actos, el acceso restringido a ciertos aspectos, etc.

El reconocimiento del llamado derecho a la intimidad, como bien susceptible de tutela jurídica, se ubica a fines del siglo XIX, ya que hasta ese momento era considerado exclusivamente como un hecho resultante de la costumbre social o bien del denominado respeto moral debido a la persona.³

Con motivo de los inconvenientes que le estaban ocasionando determinadas publicaciones periodísticas, un joven abogado de Boston, Samuel D.Warren⁴ en colaboración con Luis D.Brandeis⁵ publican el trabajo titulado "The right to Privacy" en la "Harvard Law Review"⁶, ensayo en que los autores plantean que

² "Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet", 1º de junio de 2011, puntos 1.a y 6.a, respectivamente conforme cita de CSJN, 28/10/2014, Rodriguez, Maria Belen vs. Google y otra s/daños y perjuicios. R. 522. XLIX.

³ Frossini, Vittorio, "Informática y Derecho", Ed.Themis, Bogotá, Colombia, 1988, p. 65 y otros; Rivera, Julio, ob.cit y en "Derecho Civil, Parte General, Temas". Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1987; Fernández Sessarego, Carlos, "El Derecho a la Identidad Personal y otras figuras", Ed. Astrea, Bs. As., 1992, p.153; v.adde: Díaz Molina, Iván M., "El derecho a la vida privada. Una urgente necesidad", LA LEY, 126-981; Leonanti, María Antonia, " El derecho a la intimidad en la Argentina ", LA LEY, 1975-B-1319.

⁴ Egües, Alberto J., "El "right to privacy" y el "Habeas data" comercial", LA LEY, 2000-C, 1272, donde se brindan otros interesantes detalles de este antecedente. También Puente de la Mora, Ximena, "Privacidad de la información personal y su protección legal en Estados Unidos", Revista Derecho Informático Alfa Redi N° 097, agosto 2006.

⁵ Brandeis luego llegó a ser Juez de la Corte Suprema de los EE.UU.

⁶ Harvard Law Review, vol. IV, No.5, 1890, pág. 193/220. También Warren, Samuel y Brandeis, Louis, "El derecho a la intimidad", Civitas, 1995, Madrid.

todo individuo tiene derecho a “ser dejado en paz”, o a “ser dejado tranquilo”, o a “que lo dejen solo”, o a “no ser importunado”⁷, es decir plantean la necesidad del reconocimiento de la existencia de una vida íntima, requiriendo el arbitrio de los medios adecuados para protegerla al modo en que se protege la propiedad privada. En ese trabajo se afirmaba que el Common Law reconocía un derecho general a la privacy, que podía extraerse, a su criterio, de distintos precedentes sobre violaciones de la propiedad (breach of property), violaciones de la confianza (breach of confidence), violaciones del derecho de autor (breach of copyright) y también de difamación (defamation), concluyendo con la existencia de un “general right to privacy” irradiando protección jurídica a la vida privada, que se articulaba en caso de transgresión producida por medio de la prensa.

Se menciona también, investigando los orígenes, que Kohler, en Alemania, se había referido ya en 1880 a un “derecho individual que protege el secreto de la vida íntima de la publicidad no autorizada”⁸.

Pero en nuestro medio es común señalar que fue el trabajo de Warren y Brandeis aquél que por primera vez reunió y analizó una serie de casos de los cuales podía concluirse la existencia de un derecho más amplio que protegía a los individuos, frente a lo que calificarían como crecientes excesos de la prensa. Este texto tiene como antecedente directo la publicación del Juez norteamericano Thomas A. Cooley, quien en 1873 editaría su obra “The elements of Torts”, y cuya trascendencia se debe a la definición que el autor dio a la palabra “intimidación”, entendida ésta como “the right to be let alone”, concepto que la doctrina tradicionalmente entiende en castellano como “el derecho a ser dejado en paz”, o “el derecho a ser dejado a solas”⁹.

Se ha sostenido que el desarrollo del concepto de Derecho a la intimidad y a la vida privada, en el marco ideológico liberal se presenta como un derecho a la libertad, en cuanto derecho del individuo a hacer lo que le parece, esto es, a estar sólo, a no ser incomodado, a tomar decisiones en la esfera privada sin la intervención estatal. Esta no injerencia incluye, entre otras, las decisiones referidas a la libertad sexual, la libertad de actuar libremente en el interior del propio domicilio, la libertad de revelar o no las conductas íntimas y la libertad a la identidad. Esta concepción se desarrolla a fines del siglo XVIII al calor de

⁷ Leonanti, María, op.cit. supra.

⁸ Fernández Sessarego, op.cit., p.153 y ss.

⁹ Colley, Thomas, “The elements of Torts”, 2a edición, 1988, p. 29. Proser y Keeton, “The Law of Torts”; p. 849, 5^a edición, West Publishing, St. Paul, USA, 1984, citados por Egües, ob.cit. supra. Ver también, Cerda Silva, Alberto, “Autodeterminación informativa y leyes de protección de datos”, Revista chilena de Derecho Informático N° 3 diciembre 2003, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, [http://www.derechoinformatico.uchile.cl/CDA/der_informatico_completo/...](http://www.derechoinformatico.uchile.cl/CDA/der_informatico_completo/)

un marco ideológico en el cual el Estado llega a ser visto como un “enemigo”. El concepto de libertad tiene un sentido negativo (libertad negativa) que significa no sufrir interferencias de otros (un derecho pasivo), y cuanto más amplia es el área de no-interferencia, más amplia es la libertad. Aun cuando se admite que la libre acción de los hombres debe ser limitada por la ley, debe preservarse un área mínima de libertad personal que no debe ser violada, a fin de preservar el desarrollo mínimo de sus facultades naturales. Ello explica la necesidad de trazar una frontera entre el área de la vida privada y la de la autoridad.¹⁰

Otra fuente mencionada del artículo de Warren y Brandeis Warren es un artículo escrito también en 1890 por Edwin Lawrence Godkin, un famoso comentarista social de la época, en el que se afirmaba que: “la privacidad es un producto moderno, uno de los lujos de la civilización, el cual no sólo pasaba desapercibido, sino que era desconocido en las sociedades primitivas... el principal enemigo de la privacidad en la vida moderna es el interés de la gente de conocer los asuntos personales que días después los periódicos divulgaran como chisme...” agrega Godkin que “mientras que la comunicación fue solamente oral se divulgaban los hechos únicamente de persona a persona, sobre un área pequeña y eran divulgados solamente en el círculo inmediato de conocidos... mientras que ahora la comunicación acerca de la privacidad es impresa, y fabrica una víctima con todos los defectos, mismos que son conocidos cientos de miles de millas de su lugar de origen, llevando la información con todos los detalles de una persona”.¹¹

La característica saliente de este “derecho a la intimidad”, según la descripción original que del mismo efectuaran Warren y Brandeis, consistía en que no se trataba de un derecho reconocido al individuo frente al poder público estatal, sino de un derecho reconocido a los individuos frente a otros individuos particulares conformados, sustancialmente, por los medios de prensa a través de los cuales se producía la “invasión a la intimidad”.

Se trataba de un derecho individual de naturaleza infraconstitucional cuya infracción por otro particular y sustancialmente por la prensa, daba derecho a reclamar el resarcimiento de los “daños y perjuicios” (“torts”) cuya existencia sólo podía considerarse tal, en la medida que no hubiese mediado un previo “consentimiento” del damnificado por la publicación.

¹⁰ Riande Juárez, Noé Adolfo, “La desprotección de los Datos Personales”, Centro de Información Documental, Infoleg: Derecho y Nuevas Tecnologías, <http://infoleg.mecon.gov.ar/default1.htm/>

¹¹ Véase Adams Elbridge, L., “The Right to Privacy and its Relation to the Law of Libel”, 39 American Law Review, 37, January – February 1905. y págs. 37 a 58, citado por Puente de la Mora, ob.cit. supra.

No se trataba, desde luego, de la posibilidad de impedir una publicación que no contara con el “consentimiento” de aquellos a quienes la misma se refería, sino que la ausencia de tal recaudo hacía presumir la existencia de una invasión a la intimidad en los supuestos de haberse utilizado el nombre o el retrato de una persona, con fines comerciales y “sin su consentimiento escrito”¹².

Esta limitada forma de reconocimiento del derecho a la intimidad, como un derecho individual a obtener un resarcimiento respecto de aquellos individuos particulares que no respetaran el “derecho a ser dejado a solas”, fue adoptada por la ley del Estado de Nueva York en 1903¹³ y, con similares restricciones, fue seguida por leyes de los restantes estados norteamericanos¹⁴.

La Constitución de Estados Unidos no utiliza en ninguno de sus artículos ni enmiendas, la palabra “privacy”, que se emplea en el derecho de ese país para definir el derecho en cuestión. Sin embargo y en palabras del propio Louis Brandeis cuando ya integraba la Corte Suprema norteamericana, este “derecho a ser dejado a solas, es el más comprensivo de los derechos y el más valioso para los hombres civilizados”¹⁵. O, como se dijo en otro fallo, el concepto conlleva el “hecho moral de que una persona se pertenece a sí mismo y no a otros, ni a la sociedad como un todo”¹⁶. El enfoque de raigambre constitucional del derecho a la intimidad que denotan tales expresiones se vincula históricamente con el principio de la inviolabilidad del “domicilio” basado en el principio inglés según el cual “la casa de un hombre es su castillo”. Quizás la mejor versión de ese principio de derecho inglés pueda atribuirse a William Pitt, cuando proclamara que “el hombre más pobre puede, en su casa, enfrentar a todas las fuerzas del Rey. Su casa puede ser frágil; su piso puede temblar; el viento puede soplar a su través; la tormenta puede entrar; la lluvia puede entrar, pero el Rey de Inglaterra no puede entrar y todas sus fuerzas no pueden cruzar el umbral de esa casa en ruinas”¹⁷.

¹² Egües, ob.cit, supra.

¹³ NW York Sesiones Las 1903, ch.132, && 1-2. Actualmente enmendada en 1921 (Cfr., Egües, ob.cit. supra).

¹⁴ Se ha dicho que, hasta 1980, el único estado norteamericano que no lo reconocía era Rhode Island. Note, “Tort Recovery for Invasion of Privacy”, 1980, 59 Neb. L. Rev. 808. (Cfr., Egües, ob.cit.supra).

¹⁵ Brandeis, Louis, en su disidencia en “Olmstead vs. United States”, 277 US 438, 478 (1928). <http://supreme.justia.com/us/389/347/case.html>.

¹⁶ “Thorburg vs. American College of Obstetricians & Gynecologists” 106 S.Ct 2169, 2187 n.5 (1986). <http://supreme.justia.com/us/389/347/case.html>.

¹⁷ Discurso pronunciado en 1763, en el Parlamento, según Lasson, Nelson B., “The History and Development of the Fourth Amendment to the United States Constitution”, Baltimore; John Hopkins University Press, 1937, ps. 49-50. El autor aclara

Se afirma que la primera persona en vincular el principio de la intimidad de la casa de un hombre con el principio de su inviolabilidad habría sido un miembro del Consejo Privado del Rey, en 1589, quien basándose en la Carta Magna sostuvo que era un símbolo de la libertad frente a cualquier autoridad, sujeta por igual al imperio de la ley¹⁸. El principio “la casa de un hombre es su castillo” fue invocado por los líderes de la revolución norteamericana como opuesto a una ley impositiva de Massachussets de 1754 por la que, en forma genérica, se autorizaban los allanamientos indiscriminados (“general warrants”) y el interrogatorio de personas acerca de “la cantidad de rhum, vino y otras bebidas alcohólicas que hubiese consumido en su casa el año anterior, gravando ese consumo por galón”¹⁹. Este notorio exceso tributario, habría sido el origen de la resistencia de los colonos que, en el ámbito de cada Estado, adoptaron sucesivas “Declaraciones de Derechos” reflejadas finalmente en la Cuarta Enmienda de la Constitución norteamericana, ratificada en 1791, según la cual “el derecho del pueblo a estar seguro en sus personas, domicilios, papeles y efectos contra pesquisas y aprehensiones arbitrarias será inviolable y no se expedirán al efecto mandamientos que no se apoyen en un motivo probable, estén corroborados mediante juramento y describan con particularidad el lugar que deba ser registrado y las personas o cosas que han de ser detenidas o embargadas”²⁰.

Sin embargo, la expansión de la concepción del derecho a la intimidad desde el ámbito del derecho privado hacia su interpretación como un derecho subjetivo de índole constitucional, no se produjo sino hasta la finalización de la Segunda Guerra Mundial.

Hasta allí, la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana había sido pacífica en sostener que “la seguridad proporcionada por la enmienda cuarta contra pesquisas y aprehensiones irrazonables sólo se aplica a la acción

que existen numerosas versiones de la expresión y que su fecha no es segura. La traducción transcripta es de Egües, en el artículo que venimos citando. Una versión similar brinda González, Joaquín V. “Manual de la Constitución Argentina”, actualizado por Quiroga Lavié, Humberto, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2001. atribuyendo la expresión a Lord Chattam.

¹⁸ Levy, Leonard W., “Origins of the Fourth Amendment”; Political Science Quarterly, Vol. 114, N° 1, p. 84, Academy of Political Science, New York, 1999, citado por Egües, ob.cit.supra.

¹⁹ Levy, Leonard W., ob.cit.

²⁰ El texto literal expresa: “The right of the people to be secure in their persons, houses, papers and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation and particularly describing the place to be searched and the persons or things to be seized”. La traducción corresponde a Egües, ob.cit.supra.

gubernativa²¹ en tanto “no es invadida por actos ilegales de individuos en los cuales el gobierno no tiene parte”²².

La cuestión fue explícitamente considerada por la Suprema Corte norteamericana al resolver en 1967 el precedente “Katz”²³, donde señaló que la cuarta Enmienda de la Constitución norteamericana, relativa a la inviolabilidad del domicilio, debía ser interpretada como destinada a “proteger personas y no lugares”, lo que configuró una sustancial expansión del derecho a la intimidad del ámbito del derecho privado hacia un universo más vasto en el que arraigaba una “área constitucional protegida”²⁴ de intimidad individual.

Aprehender la noción de intimidad no resulta simple por la multiplicidad de definiciones o descripciones que la doctrina ha efectuado sobre este derecho sujeto²⁵. Se lo denomina igualmente derecho a la vida privada y aún derecho a la privacidad.

La doctrina ha concebido al derecho a la intimidad de diversas formas, unas más amplias y acordes con la evolución tecnológica de nuestros días y otras más restringidas.

El derecho a la intimidad ha ido evolucionando en su concepción, acorde con los cambios tecnológicos que se han producido en la humanidad, de tal forma que su concepción inicial de restringir el acceso de los terceros a una determinada parte de la vida de las personas, que era una posición negativa, un no hacer por parte de la sociedad ha cambiado por la concepción actual que, básicamente, consiste en el derecho de controlar la información que en relación a una persona existe en el medio.

La Corte Suprema de Justicia argentina sostuvo que “el derecho a la intimidad protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituido por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y, en

²¹ “Smith vs. Maryland”, 18 How, 71,76 (1855) Traducción de Amadeo, Mario, en “La Constitución de los Estados Unidos de América Anotada con Jurisprudencia”, Ed. Kraft, Buenos Aires, 1949. El traductor utilizó la expresión “perquisiciones y secuestros” que se sustituyó por “pesquisas y aprehensiones” por entenderla más apropiada. (Conf. Egües, ob.cit).

²² “Burdeau vs. McDowell”, 256 US 298, 465 (1921), <http://supreme.justia.com/us/256/465/case.html/>

²³ “Katz vs. United States”; 389 US 347,351 (1967), <http://supreme.justia.com/us/389/347/case.html>.

²⁴ Conf. Egües, ob.cit.supra.

²⁵ Kemelmajer de Carlucci, Aída R., en Belluscio, Augusto C. (Director) – Zannoni, Eduardo A. (Coordinador), “Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado”, tomo 5, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1994, p.72.

suma, las acciones, hechos o 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.”²⁶

La moderna concepción del derecho a la intimidad tiene una íntima relación con los avances tecnológicos que han permitido recopilar datos, que pertenecen a la esfera privada de las personas, en las distintas actividades propias de la vida económica actual. Así por ejemplo, los médicos tienen información íntima respecto de la salud de los pacientes, los abogados respecto de problemas que pueden corresponder a aquello que las personas desean mantener fuera del conocimiento de otras, entre otros ejemplos. Estas últimas situaciones permiten afirmar que existe una relación entre el derecho a la intimidad y la figura del secreto profesional, pero también para otros tipos como el “secreto bancario”, puesto que a través de la información que las instituciones del sistema financiero logran obtener de sus clientes tienen elementos suficientes para conocer aspectos personalísimos de ellos como sus ingresos con la determinación de sus fuentes, egresos con el detalle de los principales conceptos por los que se producen éstos, situación familiar, sociedades de bienes, direcciones domiciliarias, números telefónicos, direcciones electrónicas, etc.

En materia de los denominados “secretos” también se considera al derecho a la intimidad como uno de los fundamentos del secreto a las comunicaciones, que actualmente, con el crecimiento de las telecomunicaciones ha hecho que este concepto se expanda y se pueda atacar la intimidad de las personas mediante la violación de cualquiera de las formas de comunicación que actualmente existen en el mundo, entre las que resaltan la telefonía digital, telefonía celular, comunicaciones electrónicas, los intercambios por Internet, entre otros.

Un tema fundamental que resulta de la tecnología en materia de intimidad es el de los denominados “bancos de datos” que van formándose tanto en instituciones públicas como privadas, e incluso en oficinas de profesionales, a través del ejercicio de sus actividades cotidianas. El derecho a la intimidad tiene una relación muy cercana con la libertad de expresión y la libertad de prensa, de hecho, como indicamos en los antecedentes este derecho surge como consecuencia de la intromisión de los medios de prensa escrita en la esfera personalísima de los ciudadanos.

²⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 13/02/1996, Estado nacional (D.G.I.) c. Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, La Ley1996-B, 35 Cita Online: AR/JUR/1843/1996

La Declaración Universal de los Derechos del Hombre de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1948, estableció que “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio, o su correspondencia, ni de ataques a su honra o su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques” (art. 12).

La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Europea de Salvaguarda de los Derechos del Hombre y las Libertades Fundamentales, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reconocieron este derecho a la intimidad o a la vida privada. Más recientemente lo ha receptado la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. También deben mencionarse la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, entre otros.

También consagran el respeto del derecho a la vida privada instrumentos más específicos, como el Convenio sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina, también conocido como el Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina²⁷, o la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 1997/33, sobre Protección de los derechos humanos de las personas infectadas con el virus de inmunodeficiencia humana (VIH) y con el síndrome de inmunodeficiencia, especialmente en su Directriz quinta²⁸, entre muchos otros.

En el Derecho argentino podemos citar el artículo 19 de la Constitución Nacional, que consagra el denominado “principio de reserva”, el artículo 18, que garantiza la inviolabilidad del domicilio, la correspondencia y los papeles privados, y el artículo 33 que reconoce los llamados “derechos implícitos”.

Más específicamente citamos leyes tales como la N° 23.798 de lucha contra el SIDA, (art. 2º); la ley 24.819, que crea la “Comisión Nacional Antidoping en el Deporte”, cuyo art. 5 inc. I), al enumerar las facultades de la misma, establece que al dictar las normas que deberán seguir las entidades comprendidas en dicha ley se tendrá como objetivo “...que las sustancias que dieren positivo en los respectivos análisis, sean de conocimiento exclusivo de las partes intervinientes; preservando el derecho a la intimidad del deportista”; entre otras.

El Código Civil y Comercial de la Nación lo ha reconocido expresamente en el art. 52, como derecho personalísimo: “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

²⁷ Oviedo, 4-04-1997 (Art. 10).

²⁸ <http://www1.umn.edu/humanrts/instree/spanish/SHIV-AIDS.htm>

reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos, conforme a lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1”.

Sin agotar las normas que lo mencionan, la ley 26.529, de Derechos del Paciente, también reconoce expresamente el derecho a la intimidad en el artículo 2º.²⁹

IV. PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

Los problemas derivados del tratamiento automatizado de información de carácter personal se han vinculado en nuestro medio, casi con exclusividad, con la protección del derecho a la intimidad, o en su versión más amplia, con el derecho a la privacidad³⁰, aun cuando también se emplee el concepto de “autodeterminación informativa”³¹, y sin perjuicio de destacar la preocupación de algunos autores por incorporar una nueva categoría o especie de derecho personalísimo, el derecho a los datos personales³².

²⁹ Artículo 2º.

³⁰ Ver al respecto Altmark, Daniel R. y Molina Quiroga, Eduardo, “Habeas Data y reforma constitucional”, I Congreso Internacional de Informática y Derecho, Mérida; España 1995, en Informática y Derecho, UNED, Dir. Valentín Carrascosa López, vol. 11 y 12, Idem: “Habeas Data”, en LA LEY 1996-A, 1554. Cf. Bergel, Salvador D. “El habeas data: instrumento protector de la privacidad”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal Culzoni N°7, Derecho Privado en la reforma constitucional, Santa Fe, 1994; Nuestras ponencias: El derecho a la intimidad y las bases de datos personales... (Primeras Jornadas de Derecho Civil, Morón, 1994; Campanella de Rizzi Elena M. y Stodart de Sasim, María, “Derecho a la Intimidad e Informática, LA LEY 1984-B-667; Beckerman, Jorge, “Banco de Datos y responsabilidad objetiva”, (Congreso Internacional de Informática y Derecho, AABA-ADIJ, Bs.As., octubre 1990, p.390), etc.

³¹ ver Molina Quiroga, Eduardo “Autodeterminación informativa y Habeas Data”, en J.A. separata 2-4-97; y entre otras, nuestra ponencia “El derecho a la autodeterminación informativa. La protección de los datos personales”, en IV Congreso International de Daños, AABA, 1995; “La protección de datos personales o autodeterminación informativa”, V Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho, La Habana, Cuba, 1996), etc. Es interesante también la doctrina de la Corte Constitucional de Colombia, en el mismo sentido (sentencia de unificación jurisprudencial SU-082 del 1-1-95)

³² Habíamos anticipado una posición similar en “La protección de datos personales o autodeterminación informativa”, V Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho, La Habana, Cuba, 1996. Ver particularmente Cifuentes, Santos: “Protección inmediata de los datos privados de la persona. Habeas data operativo”, LA LEY 1995-E, 193; “Derecho personalísimo a los datos personales”, LA LEY 1997-E, 1323; “Acciones procesales del art. 43 de la Constitución Nacional”, LA LEY 1999-A, 258; y especialmente: CNCiv., sala D, 23-2-99, “Lascano Quintana, Guillermo V. c. Veraz S.Á”, LA LEY 15/9/99, fallo 99.300, donde se recoge explícitamente esta corriente.

El almacenamiento y recopilación de datos de carácter personal no es una actividad que haya surgido con la irrupción de la informática. Por el contrario, ya la existencia de los ficheros manuales con datos de carácter personal auguraba los riesgos de datos incompletos, falsos o utilizados para un propósito diferente para el cual se habían recogido, pero la preocupación ha crecido a partir del tratamiento automatizado de esta información personal³³.

La información es un concepto complejo, que se integra con “datos”. El dato es el “antecedente necesario para llegar al conocimiento exacto de una cosa”, y la información puede definirse como el proceso de adquisición de conocimientos que permiten precisar o ampliar los que ya se tenían sobre una realidad. Cuando el segmento de la realidad que es objeto de información es una persona, estamos frente a datos de carácter personal.

La irrupción de la informática obligó a un replanteo del derecho a la intimidad, por la estructuración de grandes bancos de datos de carácter personal, y la posibilidad del entrecruzamiento de la información contenida en los mismos³⁴. La toma de conciencia sobre esta circunstancia nos llevó a sostener, hace un tiempo, que el derecho a la intimidad no podía seguir considerándose simplemente la ausencia de información acerca de nosotros en la mente de los demás (el “déjenme solo”), sino que debía adquirir el carácter de un control sobre la información que nos concerniera, o sea la facultad del sujeto de controlar la información personal que sobre él figurara en los bancos de datos, concepto también receptado por importante jurisprudencia nacional.³⁵

En el contexto de la información procesada o tratada automatizadamente, el “fichero” o “banco de datos” es un lugar (físico o virtual), archivo u oficina donde se asientan datos. Los datos por sí mismos no nos permiten la adopción de la decisión más conveniente porque no aportan los conocimientos necesarios. Hay que adicionar, combinar, excluir, comparar, estos datos para obtener un resultado que nos sea útil. Es lo que denominamos procesamiento de datos. La “información” es el resultado de esta transformación (procesamiento) de los datos.

Los datos registrados pueden pertenecer a una persona o a una cosa, o a la relación de ambas. Los registros de datos pueden clasificarse de diversas ma-

³³ Cf. Sagués, Néstor Pedro “El Hábeas Data: alcances y problemática” en “El Derecho Público actual”, Ed. De palma, p.179 y ss., entre otros.

³⁴ Altmark, Daniel R. y Molina Quiroga, E, obras citadas ut supra; Cf. Campanella de Rizzi Elena M. y Stodart de Sasim, María, ob.cit; Beckerman, Jorge, ob.cit., etc.

³⁵ CSJN, 13-12-96 “DGI c/CPACF” LA LEY 1996-B-35; SCJMdza, 15-4-99, “Huertas Juan M. c/ CO.DE.ME” LA LEY Gran Cuyo 1999, 600 y Suplemento Derecho Constitucional noviembre 1999.

neras³⁶, pero a los efectos de este trabajo, nos preocupa especialmente poner énfasis en los datos personales contenidos y procesados en bancos de datos. Por tal, entendemos a todo conjunto estructurado de datos (en este caso, personales), centralizados o repartidos en diversos emplazamientos y accesibles con arreglo a criterios determinados, que tengan por objeto o efecto facilitar la utilización o el cotejo de datos relativos a los interesados³⁷.

La norma trasnacional más reciente, el Reglamento Europeo³⁸, en sus fundamentos, señala que “Los principios de la protección de datos deben aplicarse a toda la información relativa a una persona física identificada o identificable. Los datos personales seudonimizados, que cabría atribuir a una persona física mediante la utilización de información adicional, deben considerarse información sobre una persona física identifiable. Para determinar si una persona física es identifiable, deben tenerse en cuenta todos los medios, como la singularización, que razonablemente pueda utilizar el responsable del tratamiento o cualquier otra persona para identificar directa o indirectamente a la persona física. Para determinar si existe una probabilidad razonable de que se utilicen medios para identificar a una persona física, deben tenerse en cuenta todos los factores objetivos, como los costes y el tiempo necesarios para la identificación, teniendo en cuenta tanto la tecnología disponible en el momento del tratamiento como los avances tecnológicos. Por lo tanto, los principios de protección de datos no deben aplicarse a la información anónima, es decir información que no guarda relación con una persona física identificada o identifiable, ni a los datos convertidos en anónimos de forma que el interesado no sea identifiable, o deje de serlo. En consecuencia, el presente Reglamento no afecta al tratamiento de dicha información anónima, inclusive con fines estadísticos o de investigación.”

En rigor se denominan datos personales aquellos que permiten identificar a la persona a que pertenecen³⁹, en cambio no se consideran tales los que se

³⁶ Falcón, Enrique M., “Hábeas Data, concepto y procedimiento”, Abeledo Perrot, Bs. As., 1996.

³⁷ Es la definición que adopta la Directiva 95/46/CE, del Parlamento y Consejo Europeo.

³⁸ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo y del Consejo, del 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). Entró en vigencia en mayo de 2018.

³⁹ La Directiva 95/46/CE define “datos personales” como “toda información sobre una persona física identificada o identifiable (“el interesado”); se considerará identifiable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, mediante un número de identificación o uno o varios elementos específicos, característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social”.

refieren a personas indeterminadas. El nombre y apellido es un dato personal (nominativo), la cantidad de personas de género femenino o masculino que concurren a un curso es un dato general⁴⁰.

Dentro del género “datos personales” se denominan “sensibles” los referidos a determinadas facetas o aspectos de una persona, tales como el culto que profesa, su pertenencia racial, su ideología política, y en general la información que permite determinar su fisonomía moral e ideológica. La preocupación esencial que rodea el tratamiento de estos datos, además de la tutela del derecho a la intimidad, o vida privada, es sin duda, la posibilidad de discriminación⁴¹.

El Reglamento se refiere a estos datos en estos términos: “Especial protección merecen los datos personales que, por su naturaleza, son particularmente sensibles en relación con los derechos y las libertades fundamentales, ya que el contexto de su tratamiento podría entrañar importantes riesgos para los derechos y las libertades fundamentales. Debe incluirse entre tales datos personales los datos de carácter personal que revelen el origen racial o étnico, entendiéndose que el uso del término «origen racial» en el presente Reglamento no implica la aceptación por parte de la Unión (Europea) de teorías que traten de determinar la existencia de razas humanas separadas. El tratamiento de fotografías no debe considerarse sistemáticamente tratamiento de categorías especiales de datos personales, pues únicamente se encuentran comprendidas en la definición de datos biométricos cuando el hecho de ser tratadas con medios técnicos específicos permita la identificación o la autenticación unívocas de una persona física. Tales datos personales no deben ser tratados, a menos que se permita su tratamiento en situaciones específicas contempladas en el presente Reglamento, habida cuenta de que los Estados miembros pueden establecer disposiciones específicas sobre protección de datos con objeto de adaptar la aplicación de las normas del presente Reglamento al cumplimiento de una obligación legal o al cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento. Además de los requisitos específicos de ese tratamiento, deben aplicarse los principios generales y otras normas del presente Reglamento,

⁴⁰ La mencionada Directiva establece que “No se considerarán de carácter personal los datos reunidos en estadística de tal modo que los interesados dejan de ser razonablemente identificables”

⁴¹ Cf.: Directiva 95/46 (art. 8) establece que: “Los Estados miembros prohibirán el tratamiento de datos personales que revelen el origen racial o étnico, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos, así como el tratamiento de los datos relativos a la salud o a la sexualidad”. En similar sentido, Convenio 108, y leyes de España, Hungría, Bélgica, Dinamarca, Francia, Italia (art. 22.1 ley 675), Gran Bretaña, etc.

sobre todo en lo que se refiere a las condiciones de licitud del tratamiento. Se deben establecer de forma explícita excepciones a la prohibición general de tratamiento de esas categorías especiales de datos personales, entre otras cosas cuando el interesado dé su consentimiento explícito o tratándose de necesidades específicas, en particular cuando el tratamiento sea realizado en el marco de actividades legítimas por determinadas asociaciones o fundaciones cuyo objetivo sea permitir el ejercicio de las libertades fundamentales.”

Con la difusión del fenómeno informático, empieza a hablarse de “protección de datos personales”, y se ha dicho que la noción de protección de datos puede conducir a falsas apariencias respecto de su contenido, ya que no va destinada a proteger a los datos per se, sino a una parte del derecho a la intimidad personal, es decir, la que se refiere a la información individual, definiéndosela como “aquella parte de la legislación que protege el derecho fundamental de libertad, en particular del derecho individual a la intimidad, respecto del procesamiento manual o automático de datos”⁴².

Sin embargo, un mayor análisis de la cuestión nos revela que este enfoque tiene limitaciones, y nos parece evidente que la categoría de “protección de datos” ha surgido para aplicarse a nuevas realidades jurídicas, que sólo parcialmente, pueden ser descriptas o fundamentadas a través de la noción tradicional de “intimidad”, y que incluso el encuadre como “derecho personalísimo” genera restricciones⁴³. El derecho a la “protección de datos” pertenece al contexto de la era informática, y cada día es más dudoso afirmar que esta compleja disciplina legal estuviera ya implícita en las referencias generales al derecho a la intimidad insertas en cuerpos normativos del ámbito nacional o internacional de la era preinformática⁴⁴.

La fundamentación jurídica del derecho a la protección de datos personales, sin duda puede y debe relacionarse con el tradicional derecho a la intimidad, pero lo excede ya que refleja más que una idea individualista de protección a la intimidad, también una tutela a los intereses de un grupo social contra el procesamiento, almacenamiento y recolección de información, especialmente si

⁴² Estadella Yuste, Olga, “La protección de la intimidad frente a la transmisión internacional de datos personales”, Ed. Tecnos, Centre d’Investigació de la Comunicació Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1995.

⁴³ Basándose en que es un derecho “personalísimo”, el Supremo Tribunal Federal de Brasil negó legitimación a la madre de un preso político, asesinado en las prisiones militares (cit. Por Mercedes de Urioste, en “Protección de datos personales”, Investigaciones 1 (1998) p.148, Subsecretaría de investigación en derecho comparado de la CSJN).

⁴⁴ Cf.:Estadella Yuste, Olga, ob.cit.

advertimos la vinculación con prácticas discriminatorias⁴⁵, aun cuando dicho derecho esté entrelazado con una parte importante del derecho individual a la intimidad, que es la que hace referencia a la protección de los datos personales de la esfera privada⁴⁶.

El control de la información personal está relacionado con el concepto de autonomía individual para decidir, hasta cierto límite, cuándo y qué información referida a una persona, puede ser objeto de procesamiento automatizado, por lo que también se ha denominado a la protección del dato personal, autodeterminación informativa, e incluso libertad informática⁴⁷.

Por otro lado, la protección de los datos personales no se plantea exclusivamente a consecuencia de problemas individuales, sino que también expresa conflictos que incluyen a todos los individuos de la comunidad internacional, problema que es analizado bajo la óptica del flujo internacional de datos. Es preciso advertir que el tratamiento automatizado de datos personales se ha convertido en un arma estratégica de manipulación de conductas individuales, y la aplicación de avanzados métodos telemáticos a la información de carácter personal ha dejado de ser la excepción para convertirse en una rutina diaria.⁴⁸ Prueba de ello es que el foro internacional se ha hecho eco de tal evolución señalando que la protección de los datos de carácter personal no es un problema que exista sólo dentro de las fronteras nacionales, sino que también repercute en las relaciones internacionales⁴⁹.

⁴⁵ La Ley 23.798 de Lucha contra el SIDA, en su art. 2º inc. e) establece que no puede individualizarse a las personas a través de fichas, registros o almacenamiento de datos, los cuales a tales efectos deben llevarse en forma codificada (BO 20-9-90)

⁴⁶ Estadella Yuste, ob. cit

⁴⁷ Expresión acuñada a partir de los fallos del Tribunal Constitucional alemán (sentencia del 15-12-1983 sobre censo general de población) Hemos usado últimamente esta terminología en nuestros trabajos. Cf. Bazán, Víctor “Hábeas Data, Registros de cumplimiento o incumplimiento de obligaciones patrimoniales y saneamiento del crédito: la copia medio llena o medio vacía”, nota fallo de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, en LA LEY Suplemento de Derecho Constitucional, noviembre 1999.

⁴⁸ Cf., entre otros: Correa, Carlos y otros, “Informática, Libertad y Derechos Humanos”; Giannantonio, Ettore, “Introduzione all’informatica giuridica” citado en: “Impacto de la Informática en la sociedad” (Protección de datos personales. Derecho a la intimidad); Stiglitz, Rosana M., LA LEY 1987-E-859; Carrascosa López, Valentín, en “Derecho a la Intimidad e Informática”, en Informática y Derecho UNED, 1-1992, pag. 23, etc.

⁴⁹ Concretamente la gran diferencia entre el Convenio 108 y la Directiva 95/46 CE es que esta última establece como requisito para autorizar la transferencia de datos personales a otros países que exista allí una “protección adecuada” (principio de protección equivalente).

En el ámbito europeo la “Convención para la protección de los individuos con relación al procesamiento automático de datos personales”, conocida como la Convención de Estrasburgo y suscripto por veintiún estados europeos (el 21/1/81) ha constituido el antecedente más importante en la materia⁵⁰. Al compás de este movimiento los países fundamentalmente europeos sancionaron una serie de leyes desde la primera, del Land de Hesse de la ex-República Federal de Alemania (7-10-70), la ley federal alemana de 1977 (Federal Data Protection Law)⁵¹; la ley sueca sancionada el 11-5-1973⁵²; la ley francesa sobre “Informática, ficheros y libertades” (6-1-78), la ley federal de Austria sobre Protección de Datos Informáticos de Indole personal (18-10-78); las leyes de Dinamarca, “Public Authorities Register Act” (1991) para el sector público y “Private Registers Act” (1987) para el sector privado; la legislación de Noruega (1978); Finlandia (ley 471/87) hasta las más recientes de Portugal (ley 10/91 del 9-4-91); Hungría (1992); Bélgica (8-12-92); España Ley N° 5/92 denominada “Ley Orgánica de Regulación del Tratamiento de Datos” (LORTAD)⁵³, Italia (1996), Grecia (1997), Gran Bretaña (Data Protection Act, 1998), entre muchas otras. Luego de la entrada en vigencia del RGPD, España ha sancionado la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales⁵⁴.

También se puede observar una normativa constitucional en Portugal, España, Brasil, Perú, Colombia, Paraguay, así como en Albania (1991), Antigua (1981), Azerbaiyán (1995), Bielorrusia (1994) Bosnia-Herzegovina (1992) Botswana (1966) Bulgaria (1991) Cabo Verde (1992), Croacia (1990), Eslovaquia (1991) Eslovenia (1991), Estonia (1992), Fiji (1990), Gabón (1991), Holanda (1983) República Checa (1992), Rusia (1993), Sudáfrica (1996), etc⁵⁵.

Las características del derecho anglosajón han determinado que no exista en los EE.UU. una ley de carácter general que regule la protección de datos personales, pero sí normas específicas para determinados sectores y cuestiones. En 1970 se aprobó el Fair Reporting Act cuyo objeto es protección al cliente de los establecimientos de crédito contra la violación de su privacidad por parte de

⁵⁰ Hemos reproducido su texto en Altmark, Daniel R. y Molina Quiroga, Eduardo, “Régimen Jurídico de los Bancos de Datos” (Informática y Derecho, Vol. 6, Editorial De Palma, 1998).

⁵¹ Sustituida en 1990 por la “Federal Data Protection Act”.

⁵² Modificada luego parcialmente en 1979.

⁵³ Modificada posteriormente por la ley 15/1999.

⁵⁴ BOE, núm. 294, de 6 de diciembre de 2018.

⁵⁵ Hemos tomado como fuente el estudio de Mercedes de Urioste, “Protección de datos personales”, en Investigaciones (1998) 1.

las agencias de información. En 1974 se sanciona la “Privacy Act”, que otorga a todo ciudadano protección de su vida privada y se aplica a las informaciones de tal carácter referidas a personas físicas y contenidas en registros del gobierno federal⁵⁶. Se exige el consentimiento expreso del interesado para poder proceder a la difusión de los datos personales registrados⁵⁷.

Esta preocupación por la protección del dato personal también se encuentra en las más modernas reformas constitucionales de diversos Estados provinciales en la República Argentina, algunas de las cuales, con buen criterio incorporan expresamente, el denominado derecho de acceso, refiriéndose otras específicamente al impacto de la informática en la materia, como las de Jujuy, La Rioja, San Juan Córdoba, San Luis, Río Negro, Tierra del Fuego, Buenos Aires, Chubut, Chaco y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

V. LA RED INTERNET

Como hemos intentado destacar en los párrafos precedentes, libertad de expresión e intimidad son derechos humanos fundamentales, con reconocimiento universal, pero que pueden entrar -y de hecho esto ocurre frecuentemente- en colisión, como resultado de una tecnología desconocida cuando fueron consagrados normativamente.

El acceso a Internet se ha convertido en un poderoso instrumento para socializar el conocimiento y favorecer la comunicación entre personas y grupos sociales.

La gran cantidad de información almacenada en la red no tendría la virtualidad que tiene hoy en día si no contara con un sistema de comunicación tan eficaz como el que tiene. Esta modalidad de comunicación y acceso a la información, lejos de ser una cuestión pasajera o de moda, constituye un verdadero nuevo patrón de lo que serán las formas de interrelación de ahora en más. La cultura de las relaciones cara a cara ha sido cabalmente desplazada por la cultura de las telecomunicaciones, y en cuanto al modo de comunicarse con los demás, lo que décadas atrás era la excepción (comunicarse a través de telegramas, télex, teléfonos) ha pasado a ser una verdadera regla. Qué decir de la experiencia que nos revela la pandemia del Covid19 y las medidas de aislamiento social. Lo que antes era conducta de sectores en cierto modo

⁵⁶ El derecho de acceso tiene limitaciones en el caso de los registros llevados por la CIA, el FBI, los servicios de inmigraciones y los registros llevados debido a la lucha contra el tráfico de drogas.

⁵⁷ Se exceptúa requerir el consentimiento cuando la difusión responda a los fines para los cuales se recogió la información; o cuando se trate de información con destino a los tribunales, el congreso, los archivos nacionales, servicios de estadística o relativos a infracciones de tránsito.

minoritarios, actualmente es la regla casi generalizada, para fines laborales, educativos, comerciales, creativos, etc.

Como toda tecnología, Internet es una creación cultural, que refleja los principios y valores de sus inventores, que también fueron sus primeros usuarios y experimentadores⁵⁸.

Es más, al ser una tecnología de comunicación interactiva con fuerte capacidad de retroacción, los usos de Internet se plasman en su desarrollo como red y en el tipo de aplicaciones tecnológicas que van surgiendo.

Los valores libertarios de quienes crearon y desarrollaron Internet, a saber, los investigadores académicos informáticos, los hackers, las redes comunitarias contraculturales y los emprendedores de la nueva economía, determinaron una arquitectura abierta y de difícil control.

Al mismo tiempo, cuando la sociedad se dio cuenta de la extraordinaria capacidad que representa Internet, los valores encarnados en la red se difundieron en el conjunto de la vida social, particularmente entre las jóvenes generaciones. Internet y libertad se hicieron para mucha gente sinónimos en todo el mundo.⁵⁹

En el estudio denominado “Internet y las redes numéricas”⁶⁰, elaborado por la Asamblea General del Consejo de Estado Francés el 2 de julio de 1998, por pedido del Primer Ministro, también se decía que “Internet y las redes numéricas, son antes que todo un nuevo espacio de expresión humana, un espacio internacional que trasciende las fronteras, un espacio descentralizado que ningún operador ni ningún Estado domina por completo, un espacio heterogéneo donde cada uno puede actuar, expresarse y trabajar, un espacio prendado de libertad. Este espacio no es naturalmente el del derecho. Este, de aplicación territorial, se apoya sobre comportamientos, categorías homogéneas y estables, elementos todos que faltan en el caso de la Internet. Este antagonismo con el derecho, según algunos habría favorecido el progreso inicial de la red, libre de todas las obligaciones, excepción hecha de las fijadas por la comunidad de investigadores que participaron en su creación. Sin embargo, esta situación no puede perdurar más tiempo”.

En este orden de ideas, más adelante, al explicar la filosofía general del informe, señala: ... “contrariamente a lo que se oye a veces, el conjunto de la

⁵⁸ ver “La historia de Internet” en www.maccare.com.ar/lanzamiento.htm

⁵⁹ Castells, Manuel, “Internet, libertad y sociedad: una perspectiva analítica”, Lección inaugural del curso académico 2001-2002 de la UOC, www.uoc.edu.

⁶⁰ «Internet et les réseaux numériques: étude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'Etat le 2 juillet 1998», Conseil d'Etat, Francia, Sección du rapport et des études, Paris: La Documentation Française, 1998. Citado en el Capítulo “Internet y Nombres de Dominio”.

legislación existente se aplica a los actores de la Internet, principalmente las reglas de protección del consumidor y las que garantizan el respeto del orden público. No existe y no hay ninguna necesidad de un derecho específico de la Internet y de las redes: éstas son espacios en los cuales cualquier tipo de actividad puede practicarse y todas las reglas que regulan un dominio particular (publicidad, fiscalidad, propiedad intelectual.....) tienen vocación de aplicarse» . (Destacado entre comillas está en cursiva en el texto original).

No resulta ajeno a lo que estamos comentando, vincular las expresiones de aterritorialidad, interconectividad, accesibilidad, heterogeneidad de contenidos, entre otras, con el marco jurídico que rige a la red mundial Internet cuando se procura el establecimiento de limitaciones o restricciones, en orden a evitar que a través de esta se lleven a cabo conductas que controvirtan el orden social. La característica de aterritorialidad deriva de la apertura a nivel global de la red y por ser abierta o pública tiene por característica que consiste en que nadie puede ser impedido de acceder a ella. La red Internet permite hoy en día el intercambio de datos entre los cinco continentes, posibilitando el acceso a toda clase de contenidos, así como su transmisión, entre cualquier usuario del mundo conectado a la red”.⁶¹

Como ha señalado Lorenzetti, entre otros, “Existe un nuevo espacio: el cibernético (“cyberespacio”), distinto del espacio físico, con una arquitectura caracterizada por su maleabilidad, puesto que cualquiera puede redefinir códigos e interactuar, lo que lo convierte en un objeto inasible y renuente a las reglas legales sobre jurisdicción.” Este panorama se agudizó por la irrupción de la web 2.0, que entre otras características involucró a los usuarios en la producción de contenidos.

Sostenía también Lorenzetti que “semejante mudanza de los presupuestos hace pensar que lo mismo debería ocurrir en el Derecho, con nuevas herramientas y nuevos conceptos. Hasta ahora el fenómeno no se ha producido, puesto que el “cyberlaw”⁶² es examinado con las categorías conceptuales del derecho común, y sus conflictos son similares: regulación o flexibilidad, protección de la propiedad, del consumidor, de la privacidad. Las categorías analíticas y metodológicas proceden por analogía, y a pesar de que nos fas-

⁶¹ Thomson, Federico G., “Daños causados a través de buscadores de Internet.”, LA LEY 2010-B, 448.

⁶² Podemos traducir esta expresión como “Ciber Ley”, que sería el dominio en la intersección de la tecnología, el riesgo y la ley.

cinan los nuevos términos, los examinamos mediante una asimilación a los fenómenos conocidos.”⁶³

La tecnología informática no sólo contribuye con el aumento de la velocidad de los procesos de circulación de imágenes, sino que también facilita el copiado y almacenamiento de estas (a través de los “escaneos” de fotografías). También es común encontrar trocamientos de imágenes por métodos digitales que, hace muy poco tiempo, hubiesen requerido de una gran técnica y pericia para su realización. Por lo general, afectan a personas famosas y de gran popularidad, pero también pueden ser víctimas de estas conductas personas carentes de exposición pública, cuyas imágenes han sido “captadas” por algún fotógrafo indiscreto.⁶⁴

Sin agotar la enumeración se pueden mencionar como problemas que Internet ha suscitado, la falta de control de contenidos, que se ha considerado consecuencia de una apertura anárquica que permitió la propagación no sólo de información útil y enriquecedora, sino también de mensajes discriminatorios, propagandas terroristas, difamación de personajes públicos, etcétera; difusión de imágenes que se hacen circular por la red en abierta violación a ciertos derechos personalísimos tales como la intimidad, el honor y la imagen; reproducción de información sensible; exhibición de imágenes que pertenecen a la esfera de la intimidad de las personas.⁶⁵

Se han consignado como actividades delictivas o ilícitas realizadas mediante internet, entre otras, y ampliamente, las siguientes: a) la difusión de instrucciones sobre preparación de bombas, las actividades terroristas, la producción y tráfico de drogas y el activismo político, lo que atenta contra la seguridad nacional y mundial; b) la oferta de servicios sexuales y pornografía relacionada con niños (pedofilia), lo que requiere velar por la protección de menores; c) el envío de mensajes que incitan al odio y la discriminación racial o religiosa, lo que atenta contra la dignidad humana; d) las conductas de hurto y destrucción de datos que realizan los hackers, que atentan contra la seguridad y confidencialidad de la información; e) los delitos de “pirateo” de software, que vulneran la propiedad intelectual; f) la recolección, procesamiento y transmisión no autorizada de datos personales, lo que requiere proteger legalmente la privacidad o intimidad de las personas; g) el envío de mensajes difamatorios

⁶³ Lorenzetti, Ricardo, “Comercio electrónico y defensa del consumidor”, La Ley, 2000-D, 1003

⁶⁴ Vibes, Federico P., “Internet y privacidad. La difusión en Internet de imágenes lesivas de la intimidad, el honor y otros derechos personalísimos”, LA LEY 2000-D, 1013.

⁶⁵ Vibes, Federico P., ob.cit.

o injuriantes, lo que atenta contra la honra y dignidad de las personas; etc. Frente al tema de la difusión o distribución de información de contenidos ilícitos cada uno de los Estados en que estén instalados los servidores respectivos puede aplicar su legislación interna, pero ello tropieza con la dificultad de no tener jurisdicción más allá de sus límites territoriales, salvo casos excepcionales, como por ejemplo en materia de genocidio y delitos contra los derechos humanos.

A este panorama deberíamos sumar la preocupación de organizaciones especializadas en garantizar principios, estándares y medidas específicas para establecer formas de co-regulación y de regulación pública que limiten el poder de las grandes plataformas en Internet (tales como redes sociales y motores de búsqueda) para proteger la libertad de expresión de sus usuarios y garantizar una Internet libre y abierta.⁶⁶

CONCLUSIONES

Las nuevas tecnologías digitales de la información y la comunicación plantean nuevos retos a la hora de “constitucionalizar” derechos fundamentales, como la libertad de expresión, el derecho a la intimidad y la denominada autodeterminación informativa (protección de datos personales). La “difusión de información de toda índole” a través de internet debe ser interpretada en armonía con la protección de estos últimos dos derechos, la privacidad y la autodeterminación informativa, y es tarea de los jueces que la síntesis se realice desde una perspectiva pro homine.

La sanción legal de la difusión en internet de información ilícita (datos, documentos e imágenes) debería acordarse por la vía de un tratado internacional, para evitar prácticas de censura o atentados locales contra la libertad de expresión, teniendo en cuenta además que determinados contenidos pueden estar instalados en un servidor ubicado en un país en que ellos no sean ilícitos conforme al ordenamiento jurídico local⁶⁷. Otros temas que indefectiblemente tienen distinta valoración en el mundo son, por ejemplo, los trabajos de arte y literatura con descripciones de nudismo y conductas sexuales; la información histórica sobre crímenes aberrantes; el consumo de drogas blandas; etc. En síntesis, previa definición legal, sujetas a criterios de razonabilidad y pluralismo, los contenidos ilegales sólo podrían ser perseguidos con todas

⁶⁶ Pallero, Javier y otros, Aportes para una regulación democrática de las grandes plataformas que garanticé la libertad de expresión en Internet. <https://www.observacom.org/wp-content/uploads/2019/08/Libertad-de-Expresion-CC81n-y-Grandes-Plataformas-de-Internet-Aportes-para-una-regulacion-CC81n-democra%C81tica.pdf>

⁶⁷ Así ocurre, por ejemplo, con el tema de la pornografía en los Países Bajos

las garantías legales que establecen, generalmente, las Constituciones democráticas. Dicho en pocas palabras, son los jueces quienes deben ordenar el secuestro, la clausura o la detención de publicaciones, contenidos o personas que hayan incurrido, presuntamente, en un delito de difusión de contenidos ilegales.

CONSIDERACIONES SOBRE EL DERECHO AL OLVIDO LA VERDAD Y EL HONOR COMO LÍMITES A LA LIBERTAD

**Pedro Montano – URUGUAY
Ignacio Tasende – URUGUAY**

RESUMEN

A través de este artículo se buscará, mediante la delimitación del alcance del derecho a la libertad de expresión, y el derecho al olvido, proporcionar un marco adecuado, que sirva como guía certera al momento de tener que decidir casos en los que se necesite ponderar entre ambos derechos. De igual forma, se abordarán algunas desventajas que representan los avances de las nuevas tecnologías, en particular, por la masiva difusión en redes sociales de *fake news*, y su vinculación con el honor, siendo estas hipótesis motivos legítimamente fundantes del ejercicio del derecho al olvido.

ABSTRACT

Throughout this article, by setting the limits of the scope of the right to freedom of expression and the right to be forgotten, we will try to provide an adequate framework that may be used as an accurate guideline when ruling upon cases in which both rights must be considered. Moreover, some disadvantages that the progress in new technologies represent will be addressed, specially due to the mass spreading in social networks of fake news, and its relation to honor, being these hypotheses legally founding reasons for the exercise of the right to be forgotten.

INTRODUCCIÓN

La existencia de información vinculada a personas que desean que la misma sea eliminada por transgresiones a su honor o intimidad, existió históricamente. Sin embargo, con el auge de las nuevas tecnologías, y la circulación de cantidades masivas de datos por la *web* (así como la propagación de *fake news*), la potencialidad de afectación de derechos aumentó considerablemente.

Ante esa realidad, se plantea la necesidad de lograr un equilibrio entre el derecho a la libertad de expresión y comunicación de información, junto con el derecho a la protección de datos personales, vinculado al derecho a la intimidad o privacidad. Los indiscutibles beneficios que representa la democratización del acceso a servicios digitales tienen, como contracara, una esfera negativa, representada en una mayor exposición a riesgos, cuyo acaecimiento puede derivar en transgresiones al derecho a la privacidad e intimidad de las personas.

El derecho al olvido nace, precisamente, como una expresión o modo particular de manifestarse el derecho a la protección de datos. Deriva de la necesidad de las personas de ver tutelado su interés por mantener limpia su reputación en Internet. Esa información, tiene singularidades que la diferencian de la que se conserva o divulga a través de medios tradicionales.

En efecto, la información contenida en un diario impreso, afecta a su titular en la medida en que la gente compre dicho diario, el cual probablemente esté disponible sólo dentro de un período muy limitado, volviéndose, posteriormente, obsoleta. Por el contrario, la información que está presente en la *web*, puede permanecer almacenada durante mucho tiempo, y basta con que un sujeto busque el nombre de una persona, para que la misma salga a la luz, con la posibilidad de que se vea afectada su imagen y honor, con las consecuencias que ello puede aparejar (ofertas laborales o educativas truncadas, por ejemplo).

Esta información se caracteriza, entonces, por la inmediatez en su obtención, así como por la rapidez y masiva posibilidad de difusión, lo que deriva en una probabilidad de daño a sus titulares, bastante alta.

La situación descrita constituye el contexto que da lugar a la necesidad de los individuos de lograr una extensión de la protección a su privacidad y honor, que alcance, también, y por sobre todo, al mundo digital.

En función de los mencionados antecedentes, a través de este artículo se buscará, mediante la delimitación del alcance del derecho a la libertad de expresión, y el derecho al olvido, proporcionar un marco adecuado, que sirva como guía certera al momento de tener que decidir casos en los que se necesite ponderar entre ambos derechos. De igual forma, se abordarán algunas desventajas que representan los avances de las nuevas tecnologías, en particular,

por la masiva difusión en redes sociales de *fake news*, y su vinculación con el honor, siendo estas hipótesis, motivos legítimamente fundantes del ejercicio del derecho al olvido.

PRIMERAS APROXIMACIONES AL DERECHO AL OLVIDO

La noción de derecho al olvido, está íntimamente vinculada con la idea de que la privacidad es un derecho de la personalidad, basado en la dignidad humana (Eltis, 2011).

El derecho al olvido tiene sus orígenes en la acción iniciada por un ciudadano español, Mario Costeja, contra Google España y el diario La Vanguardia, en la que ejerció su derecho de cancelación u oposición al tratamiento de sus datos personales. Sin embargo, una de las primeras menciones al derecho al olvido es adjudicada a un jurista que vaticinaba la posibilidad de que masivas cantidades de información fluyan, con las respectivas consecuencias perjudiciales que, eventualmente, podrían aparejar para la privacidad de las personas (O'Callaghan, 1991).

En ese sentido, fruto de la aparición de quejas por parte de los ciudadanos europeos, quienes reclamaban a las autoridades la posibilidad de que se elimine la información personal digital, en 2012, la Comisionado de Justicia, Derechos Fundamentales y Ciudadanía europea, Viviane Reading, incluyó en el debate, el derecho al olvido. Explicó que se trataría de un derecho, y no una mera posibilidad, a retirar el consentimiento para el tratamiento de los datos personales, siempre que no haya una legítima razón para la conservación de los mismos (Reading, 2012). Así, no sólo le otorgó la naturaleza de "derecho", sino también, estableció que se trata de un derecho que no es absoluto, en la medida en que puede chocar con otros derechos de igual jerarquía, como la libertad de expresión o información.

Tiempo después, el derecho al olvido culminó por insertarse en uno de los instrumentos más importantes del mundo, en relación a la protección de datos, como lo es el Reglamento General de Protección de Datos ("RGPD"), de la Unión Europea¹. En este contexto, y a través de un lento proceso, la jurisprudencia española comenzó a aceptar el derecho al olvido, sin perjuicio de existir una gran preocupación por ponderarlo con otros derechos de similar jerarquía, en casos de colisión. Si bien la evaluación varía caso a caso, en términos generales, hay consenso en que debe primar el derecho a la privacidad,

¹ Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf>. Véase también: Consolidated Treaty on the Functioning of the European Union (art. 16), European Convention for Human Rights (arts. 1, 7 y 8), Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data (arts. 5, 6, 8 y 9), y 1995, European Union Data Protection Directive (Privacy Directive).

cuando la divulgación de la información personal ha perdido su relevancia o razón de ser, así como en los casos en que el mantenimiento de la misma sea ilegítimo, y no haya un interés público en su conservación.

Cabe destacar, por su parte, que los propios motores de búsqueda atienden solicitudes de eliminación de datos personales, sin perjuicio de la legislación o jurisprudencia existente. Naturalmente, la infinidad de solicitudes imposibilita una atención adecuada y que abarque a todos los reclamantes. No obstante, buscadores como Google cuentan con comités de expertos en protección de datos, que asesoran a las empresas en la toma de decisiones relativas al derecho al olvido.

Algunos autores se han cuestionado si, legalmente, el derecho al olvido constituye un derecho autónomo e independiente del derecho a la protección de datos personales, o se trata, por el contrario, de una aplicación específica del derecho de cancelación y oposición, universalmente reconocidos, con una forma particular de exteriorizarse, por su estrecha vinculación con el entorno virtual. La segunda opción, sin embargo, es la más reconocida (Clímaco, 2012) en virtud de las notorias semejanzas con el típico derecho de cancelación y supresión, cuyo ejercicio puede efectivizarse ante quienes realizan tratamiento de datos.

El derecho al olvido, está íntimamente vinculado con el derecho a la intimidad, que históricamente, nace como un medio de protección, que tiene la finalidad de obstaculizar e impedir la configuración de eventuales intromisiones en la esfera privada de las personas, funcionando de forma similar a una libertad negativa.

En definitiva, el derecho al olvido puede definirse como el derecho de las personas, a que "*determinada información personal que la hace identificable (datos personales, datos sensibles, datos laborales, datos financieros, datos de salud, entre otros) no permanezca en forma permanente y de manera indefinida en internet las 24 horas del día y los 365 días del año; información a la cual se accede fácilmente y sin ninguna restricción a través de buscadores o motores de búsqueda en plataformas digitales, sin mediar consentimiento ni notificación alguna al titular de los datos*" (Schiavi, 2017).

MARCO NORMATIVO DEL DERECHO AL OLVIDO

1. EL DERECHO AL OLVIDO EN LATINOAMÉRICA

En Latinoamérica, no existe, en términos generales, un marco legal que regule el derecho al olvido expresamente, como sí ocurre en Europa.

En el caso de Chile, el derecho al olvido está reconocido, pero no como un derecho autónomo o específico, sino como una expresión del derecho a la supresión de datos, integrante del derecho a la protección de datos personales. Allí, este derecho que tiene raigambre constitucional, habilita a las personas cuya información personal aparece en motores de búsqueda, a solicitarle al

administrador del sitio web emisor de la misma, su supresión o desindexación (eliminación del nombre de la persona implicada en los resultados de un motor de búsqueda, sin que necesariamente se elimine la información).

En Perú, por su parte, la Ley N° 29.733 del 2011 (Ley de Protección de Datos Personales) establece, en su art. 20, el derecho de las personas a actualizar, incluir, rectificar y suprimir datos personales, cuando sean “*parcial o totalmente inexactos, incompletos, cuando se hubiere advertido omisión, error o falsedad, cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes a la finalidad para la cual hayan sido recopilados o cuando hubiera vencido el plazo establecido para su tratamiento*”. Nuevamente, el derecho al olvido se manifiesta como una extensión del derecho a la protección de datos personales.

La situación en México es similar, y con la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares, del 2010, se establece el derecho de acceso, rectificación, oposición y cancelación. Este último, habilita al titular, en todo momento, a solicitar la cancelación, excepto en hipótesis de existencia de un interés público, obstaculización de actuaciones judiciales o administrativas, tratamiento de datos hecho por disposición legal, entre otras.

En Colombia, por su parte, la Ley Estatutaria N° 1.581 de 17.10.2012, mediante su art. 8, lit. e), otorga a los titulares de datos, el derecho a revocar la autorización del tratamiento, o la supresión del dato, si no se respetaren los principios, derechos y garantías constitucionales y legales.

Argentina, en esta misma línea, cuenta con la Ley de Protección de los Datos Personales N° 25.326 de octubre de 2000, que dispone en su art. 16 los derechos de rectificación, actualización o supresión. Este último, no procederá “*cuando pudiese causar perjuicios a derechos o intereses legítimos de terceros, o cuando existiera una obligación legal de conservar los datos*”.

La situación en Uruguay es similar. Sin perjuicio de que el gobierno que asumió en 2020, introdujo el debate sobre el derecho al olvido dentro de un anteproyecto de Ley de Urgente Consideración, la disposición fue eliminada luego de ser cuestionada por organizaciones que entendieron que atentaba contra el derecho a la libertad de expresión. La Ley N° 18.331, sin embargo, establece en su art. 15 que “*Toda persona física o jurídica tendrá derecho a solicitar la rectificación, actualización, inclusión o supresión de los datos personales que le corresponda incluidos en una base de datos, al constatarse error o falsedad o exclusión en la información de la que es titular*”. La supresión, procederá en hipótesis de “*A) Perjuicios a los derechos e intereses legítimos de terceros. B) Notorio error. C) Contravención a lo establecido por una obligación legal*”.

En definitiva, a grandes rasgos, la legislación analizada no presenta un reconocimiento expreso sobre el derecho al olvido, siendo posible, sin embargo, que éste se manifieste como una proyección particular del derecho a

la protección de datos personales, con la característica de estar vinculado al mundo digital.

2. EL DERECHO AL OLVIDO EN EUROPA

A diferencia de lo que sucede en Latinoamérica, el Reglamento de la Unión Europea 2016/679², consagra en su art. 17, el derecho al olvido, de forma expresa.

Allí, establece la posibilidad del interesado de que “*sin dilación indebida*” (considerando los graves daños que implica la demora en un entorno virtual), obtenga la supresión de sus datos personales. La obligación queda a cargo del responsable del tratamiento de los datos en cuestión, y se configura en virtud de la innecesidad del tratamiento de los datos, de acuerdo a los fines que motivaron el mismo (a); del retiro del consentimiento por parte del interesado (b); la oposición del interesado al tratamiento, en ausencia de otros motivos legítimos que lo justifiquen (c); la ilicitud en el trato (d); el deber de supresión de los datos a efectos de que se ejecute una obligación legal comunitaria aplicable al responsable del tratamiento (e); y cuando los datos “*se hayan obtenido en relación con la oferta de servicios de la sociedad de la información mencionados en el artículo 8, apartado 1*” (vinculado al consentimiento de los niños).

Pese a la regulación expresa del derecho al olvido, ello no obsta a que se siga considerando como una proyección de derechos existentes, puesto que el propio Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) lo incluye dentro del “Derecho de Supresión”.

3. RESPONSABILIDAD DE LOS MOTORES DE BÚSQUEDA Y DERECHO A LA NO INDEXACIÓN

Al momento de plantearse la interrogante sobre la posibilidad de lograr la efectividad del derecho al olvido, las personas, naturalmente, se cuestionan hacia quién deben dirigirse las acciones tendientes a la consecución de dicho fin.

Como se mencionó, el derecho al olvido no importa estrictamente la eliminación de la información, sino la desindexación del nombre del titular de los datos, de tal forma en que la información no salga a la luz por la introducción del nombre del sujeto en un buscador.

En ese sentido, el rol que detenta un buscador web, no coincide con el de un sitio web que publica la información, en virtud de que el primero cuenta con una capacidad de entrega universal de la información contenida en el segundo. Pese a que los buscadores “*han reivindicado para sí el papel de ‘intermediarios neutrales’ entre los editores de las páginas web y los usuarios de la red, realizando únicamente una actividad técnica que favorece la accesibilidad y el hallazgo de contenidos*” (Mieres, 2014), la realidad es que, precisamente, su rol es fundamental para la propagación masiva de información que afecta a la intimidad y el honor de las personas,

² Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf>.

lo que justifica su legitimación en acciones que buscan obtener el olvido de dichos datos (desindexación).

Asimismo, los reclamos pueden dirigirse hacia el medio digital que publicó la información, lo que es menos usual.

Esta información, si bien puede haber sido publicada por un tercero (por ejemplo, en virtud de un hecho de interés público que involucró al titular, así como fruto de una divulgación con fines difamatorios), también puede haber sido brindada por su propio titular, al crearse una cuenta o registrarse en un sitio que requiere brindar datos personales, o con la mera publicación en una red social, de opiniones o anécdotas cuya difusión, en el futuro, desea eliminar, no contando el titular, sin embargo, con datos de acceso que le permitan dicha supresión. La casuística, sin dudas, es enorme.

En estos casos, la acción puede ser ejercida ante la red social, en virtud de cumplir un papel similar al del buscador.

Con el derecho al olvido no se logra la eliminación de la información. Esta, por el contrario, permanece en la web. Lo que con la efectividad del derecho al olvido se posibilita es la afectación de los resultados obtenidos a través de motores de búsqueda en los que se incluye el nombre de una persona (la información contenida en la página web, sin embargo, no necesariamente debe ser eliminada, en atención al balance que debe efectuarse con el derecho a la libertad de expresión e información). Por estos motivos, resulta más técnico y conveniente denominar este derecho como el “derecho a la no indexación”.

EL DERECHO AL OLVIDO DESDE LA PERSPECTIVA DE UN CASO

Google v. Agencia Española de Protección de Datos³, constituye un *leading case* en la materia, en tanto consolida el derecho al olvido. Mario Costeja, un ciudadano español, pasó a ser tapa de todos los diarios, cuando el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), falló a su favor, obligando a Google a eliminar información personal contenida en sus bases de datos.

En 1998, un periódico español publicó anuncios relativos a una subasta de inmuebles, en virtud de la existencia de un embargo producto de deudas a la Seguridad Social, a cargo de Mario Costeja, que aparecía como propietario de los inmuebles. Varios años más tarde, se creó una versión online del periódico, en la que estaban disponibles estos anuncios. Ello provocó que el ciudadano solicite al periódico la eliminación de los anuncios, pues, cuando buscaba su nombre en el buscador de Google, los mismos aparecían. Afirmó que el em-

³ Supremo Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Google Spain y Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos y Mario Costeja González, 2014.

bargo ya había sido resuelto desde hace tiempo, desapareciendo, entonces, la relevancia de mantener la información.

La negativa del diario, motivó que el individuo efectúe la solicitud ante Google Spain, que lo remitió a Google Inc. (California). Posteriormente, realizó el reclamo ante la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), la que, en 2010, instó a Google Spain y Google Inc. a retirar los datos relativos al individuo, e imposibilitar el acceso a los mismos (no acogió, por su parte, el reclamo contra el periódico, por considerar que la publicación de los datos estaba legitimada). Google Spain y Google Inc. recurrieron ante la justicia española, la que, por su parte, consultó al TJUE al respecto.

No obstante, la información cuya eliminación pretendía Mario Costeja, a efectos de evitar ver su imagen afectada, pasó de ser casi imperceptible, a ser de público conocimiento a nivel mundial (Castellón y Jaramillo, 2017). Esto se conoce como "Efecto Streisand"⁴, en virtud de un hecho ocurrido en 2003 con la cantante y actriz norteamericana Barbra Streisand, quien denunció a un fotógrafo, así como a una página web, exigiendo una fortuna como compensación, fruto de que en dicha página se subió una foto aérea de su casa, en virtud de una publicidad que contenía imágenes de la costa de California. El argumento utilizado fue el derecho a la privacidad. Sin embargo, la pretensión de Streisand fue contraproducente, puesto que el hecho pasó de ser casi desconocido, a adquirir notoriedad.

Volviendo al caso, los magistrados se pronunciaron de forma favorable a la pretensión de Costeja. En primer lugar, consideraron que existía un "tratamiento de datos personales" a cargo de los buscadores, en tanto recopilan datos, los organizan e indexan, conservándolos en sus servidores, posibilitando así que cada usuario pueda acceder a los mismos. En la medida en que la información contiene datos personales, dichas circunstancias se adecúan a la Directiva 95/46/CE, art. 2, letra b), y los buscadores son responsables del tratamiento de los datos.

Asimismo, se establece una serie de consideraciones trascendentales a efectos de delimitar el derecho al olvido. En primer lugar, se dispuso que el mantenimiento de los datos personales está limitado por la existencia de un fin que amerite su conservación, que debe ser el mismo fin que motivó que, en un primer momento, esos datos sean recogidos o tratados. En segundo lugar, se determinó que las personas tienen derecho a que la información personal se desligue de su nombre, de forma tal que no se acceda a la misma mediante

⁴ <https://www.economist.com/the-economist-explains/2013/04/15/what-is-the-streisand-effect>.

la búsqueda del nombre de la persona (el derecho al olvido como un derecho a la “no indexación”).

Sin embargo, el Tribunal concluyó que el derecho al olvido no puede primar en hipótesis donde los datos tengan un interés público que justifiquen su mantenimiento.

En el caso, se estimó la ausencia de responsabilidad de la editorial en la que los datos estaban contenidos, en virtud de considerarse legítimo el tratamiento de datos con fines periodísticos⁵.

Por el contrario, se consideró que el interesado podía accionar contra el gestor del motor de búsqueda, obteniendo del mismo una desindexación, es decir, la imposibilidad de acceder a la información mediante la introducción del nombre del titular de los datos, pese a que la información continúe vigente en el sitio web.

EL NECESARIO EJERCICIO DE PONDERACIÓN

La aplicación del derecho al olvido, en aras de contemplar la vigencia del derecho a la intimidad y el honor de los titulares de datos personales, conlleva la posibilidad de que se afecten otros derechos de similar importancia, como el derecho a la libertad de expresión. En efecto, pese a que las tecnologías representan una innumerable cantidad de beneficios, también involucran muchos riesgos. Por ello, es fundamental “lograr que los desarrollos tecnológicos no menoscaben ni se alcancen a costa de libertades cívicas” (Pérez Luño, 2006).

Como se ha señalado, existe “una importante tensión entre dos grandes valores: libertad de información y protección de la intimidad y demás derechos y libertades fundamentales frente a ella, sobre todo cuando se dispone de datos muy abundantes sobre las personas, gracias a los sistemas informáticos, y se emplean a fondo las posibilidades que éstos dan, en cuanto a interconexión de ficheros” (Suñé Llinás, 2002).

En relación al derecho a la intimidad y el honor, estos son tutelados por múltiples instrumentos internacionales. En el ámbito regional, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), establece en su art. 12 que “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”. En ese mismo orden, la Convención Americana sobre Derechos Humanos / Pacto de San José de Costa Rica (CADH), dispone, en su art. 11: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y

⁵ En efecto, la Directiva 95/46/CE, establece en su art. 9 la siguiente excepción: “en lo referente al tratamiento de datos personales con fines exclusivamente periodísticos o de expresión artística o literaria, los Estados miembros establecerán exenciones y excepciones sólo en la medida en que resulten necesarias para conciliar el derecho a la intimidad con las normas que rigen la libertad de expresión”.

al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”. De igual forma, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADH), establece en su art. V que “*Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar*”.

Idéntica solución se encuentra a nivel internacional, en el art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).

Con el mismo criterio, en Europa, el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) señala que “*Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia*”. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) presenta una solución similar, en su art. 7.

Naturalmente, la subjetividad a la que el término “intimidad” está circunscrito, determina que sea necesario buscar otros factores que permitan explicar el derecho al olvido. Asimismo, el derecho al olvido comprende la facultad del titular de datos personales, de que estos sean desindexados, sin que se requiera, exclusivamente, que dichos datos refieran a la intimidad de la persona.

Así, distintas autoridades han señalado que, como derivado de este derecho a la privacidad o intimidad, en el entorno virtual debemos hablar, en todo caso, de un “derecho a la autodeterminación informativa”. En este sentido, “*el concepto tradicional que manifestaba una faz negativa del derecho, en cuanto imponía límites a la injerencia de terceros respecto de su titular, por motivo y obra de la informática ha develado una faceta positiva, en cuanto confiere a su titular un haz de facultades para controlar la información que respecto de los datos personales que le conciernen pueden ser albergados, procesados o suministrados informáticamente*” (Cerda Silva, 2012).

Sin embargo, pese al universal reconocimiento del derecho a la intimidad o privacidad (cuya ideal proyección para ejercer el derecho al olvido, es el derecho a la autodeterminación informativa), los instrumentos mencionados, a la vez, regulan otros derechos que pueden ser afectados con el reconocimiento del derecho al olvido. El derecho a la libertad de opinión y expresión, que comprende el derecho a la comunicación o difusión, está reconocido en el art. 19 de la DUDH, en el art. 13 de la CADH y en el art. IV de la DADH. En igual sentido, en el art. 19 del PIDCP, art. 10 del CEDH y art. 11 de la CDFUE.

El derecho a la libertad de expresión, es tan importante como el derecho al olvido. Al respecto, se ha señalado que tiene una dimensión individual, y social. La dimensión individual “*no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios*

(...) En su dimensión social la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones y para la comunicación masiva entre los seres humanos. Implica el derecho de todos a conocer opiniones y noticias" (García Ramírez y Gonza, 2007). Ambas dimensiones pueden ser afectadas con el derecho al olvido, en la medida en que, por un lado, la desindexación del nombre de una persona implica limitar lo que el autor de una publicación (con excepción de que haya sido el titular quien la publicó) quiso escribir. Además, el nombre del involucrado en la información puede constituir el único activo relevante de una noticia a efectos de atraer público, lo que afecta a la dimensión social de la libertad de expresión.

La legislación estadounidense, a diferencia de lo que ocurre en la Unión Europea, tiende a dotar de un mayor grado de relevancia al derecho a la libertad de expresión (Tene y Polonetsky, 2012).

En el ámbito europeo, el Reglamento Europeo de Protección de Datos establece, en su art. 17, varias excepciones a la procedencia del derecho al olvido. En ese orden, el derecho al olvido no procederá si el tratamiento de datos es necesario "a) para ejercer el derecho a la libertad de expresión e información; b) para el cumplimiento de una obligación legal (...) o para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable; c) por razones de interés público en el ámbito de la salud pública (...); d) con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos (...); e) para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones".

En definitiva, ni la libertad de expresión, ni el derecho al olvido, son derechos absolutos. Por ello, admiten limitaciones. La libertad de expresión es un límite para el ejercicio del derecho al olvido, y viceversa. Lo expresado, evidencia la necesidad de establecer un marco adecuado, que permita una justa ponderación de derechos, en casos en que ambos entren en conflicto.

EL TEST APPLICABLE CRITERIO GENERAL

Como se ha señalado, el derecho al olvido "surge como respuesta natural a una situación de conflicto entre dos pretensiones incompatibles" (Leturia, 2016). La aplicación del derecho al olvido, depende de un ejercicio que debe realizarse caso a caso, y que "no se puede establecer mediante una jerarquización o una preferencia absoluta de unos derechos sobre otros, sino mediante una adecuada ponderación atendiendo a las circunstancias del caso concreto" (Alegría, 2006).

El ejercicio de la ponderación importa, entonces, la convivencia de ambos derechos, sin perjuicio de que, el ámbito de protección de uno de ellos, será extendido. En ningún caso, se estará ante la primacía o jerarquización de uno sobre otro.

La ponderación, desde la teoría del jurista Robert Alexy, implica un triple ejercicio. En primer lugar, debe cumplirse con un mandato de adecuación,

consistente en la tutela de un derecho como requisito para la limitación de otro. En segundo lugar, debe satisfacerse un mandato de necesidad, traducido en la necesidad de limitación de un derecho como forma de efectivizar otro. Finalmente, debe cumplirse un mandato de proporcionalidad en sentido estricto, cuya lógica implica que la magnitud de insatisfacción de un principio debe estar justificada por el grado de satisfacción de otro. En otras palabras, este último criterio significa determinar “si el grado de satisfacción de la protección de datos compensa la lesión o menoscabo del derecho a la información” (Manzanero y Pérez, 2015).

Bajo esta perspectiva, la vigencia del derecho al olvido dependerá de que, en primer lugar, sea la medida necesaria a efectos de salvaguardar el legítimo interés del titular de los datos cuya divulgación o mera existencia en un sitio web lo perjudican. En segundo lugar, la tutela pretendida con el ejercicio del derecho al olvido, debe involucrar un grado de satisfacción mayor al grado de afectación al derecho a la libertad de expresión.

2. PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO

A efectos de resolver el conflicto entre los diversos derechos en juego, es menester recordar que el derecho al olvido, no implica estrictamente el olvido de la información. Por el contrario, implica que dicha información, que continuará vigente, no sea obtenida por medio de la búsqueda del nombre de un individuo, cuando esto sea inadecuado, irrelevante (o haya sido relevante pero ya no lo sea), o excesivo.

Expertos en la materia, establecieron criterios cuya aplicación puede colaborar con el arribo a una justa solución, respecto de las peticiones relativas al tratamiento de datos (Advisory Council, 2015)⁶.

2.A. PAPEL DEL TITULAR DE LOS DATOS EN LA VIDA PÚBLICA

El rol en la sociedad del titular de los datos cuyo tratamiento se objeta, es un elemento a ponderar a la hora de tomar la decisión. Sin perjuicio de no ser un criterio determinante, debe ser tenido en cuenta. En ese orden, el sujeto puede tener un importante rol en la vida pública, por ser, por ejemplo, un político, empresario, deportista o celebridad. Este tipo de solicitudes son menos probables de prosperar, dada la existencia de un interés público en hallar información relativa a esas personas mediante la búsqueda de sus nombres.

Asimismo, respecto de las personas socialmente desconocidas, las solicitudes tienen mayor probabilidad de progreso.

⁶ Disponible en: <https://static.googleusercontent.com/media/archive.google.com/es/advisorycouncil/advisement/advisory-report.pdf>.

Los casos grises suelen presentarse con las personas que, pese a no tener un rol tan marcado en la sociedad, sí tienen un papel específico, como ocurre con los directores de centros de estudios, determinados empleados públicos, o personas trascendentales en una comunidad determinada.

V.2.B. NATURALEZA DE LA INFORMACIÓN

En otro orden, determinada información suele apreciarse como dotada de un gran interés privado, con lo cual, las pretensiones esgrimidas contra su tratamiento suelen estimarse a favor de los titulares de dichos datos.

Ello ocurre, por ejemplo, con información relativa a la vida sexual de las personas, su situación financiera, datos de contacto, raza, etnia, opinión política, religión, estado de salud, información relativa a menores de edad. Lógicamente, el rol de la persona en la vida pública puede inclinar la balanza a favor de la extensión de la tutela del interés público, como podría ocurrir, por ejemplo, respecto de información financiera de un político. La calidad de persona pública no obsta, sin embargo, a que se oponga al tratamiento de datos que revelen cuestiones personalísimas, tal como la orientación sexual o su vida íntima.

De igual forma, tratándose de noticias falsas (*fake news*), aunque la persona sea una celebridad, no hay interés en la preservación de la información cuyo contenido es ilegítimo.

Suele primar la proyección del interés público, por el contrario, tratándose de información relativa a discursos políticos o políticas de gobierno, puesto que, naturalmente, la población está más que interesada en conocer las ideas y decisiones que eventualmente tomarían los candidatos a ocupar un cargo de gobierno, así como las opiniones vertidas por quienes ya ocupan esos cargos.

V.2.C. FUENTE DE LA INFORMACIÓN

La fuente respecto de la que proviene la información incide, por su parte, en el juicio de ponderación. En efecto, cuanto más legitimada esté la fuente por la que se obtuvieron los datos, así como quien los publica, habrá mayor grado de probabilidad en que se amplíe la protección del interés público en el acceso a la información.

V.2.D. ASPECTO TEMPORAL

Otro criterio de importancia es que, lo que en un principio pudo ser trascendente y legítimo, puede devenir irrelevante, y su conservación, por tanto, resultar ilegítima, por verse alteradas las circunstancias que en un principio ameritaron el tratamiento de esos datos. En efecto, que el sujeto haya perdido

su calidad de persona pública, o que ya no haya interés público en la conservación de información, inclusive tratándose de crímenes (naturalmente, cuanto más graves los crímenes, menores son las posibilidades de que prospere una pretensión de derecho al olvido), pueden incidir en que prime el derecho a la protección de datos y a la intimidad.

FAKE NEWS Y DERECHO AL OLVIDO: LA VERDAD COMO LÍMITE A LA LIBERTAD

La libertad de expresión está en la base de todo Estado democrático de derecho. Pero cuando se habla de ella no puede quedar ajena la noción de responsabilidad en caso de abuso. El derecho a la buena fama, así como también el derecho a la verdad forman parte de la dignidad de la persona. Aunque no esté expresamente previsto el derecho a la verdad, surge implícito del art. 72⁷ de la Constitución uruguaya, porque es inherente a nuestra personalidad humana. La verdad es el objeto y fin de la inteligencia humana, y el honor hace al respeto que se le debe a la persona.

La libertad no es meramente el hacer aquello que yo quiero. Eso puede llegar a ser libertinaje. La noción de libertad es atributo esencial del ser humano, de carácter constructivo para sí mismo y, por lo tanto, para los demás. Se trata de un concepto normativo, con cuyo abuso se puede causar daño a su propio titular, así como a los demás. Y es precisamente ese carácter el que hace que, como se ha mencionado, no sea un derecho absoluto, sino que necesariamente reconoce límites en su propia naturaleza, así como en la de los demás, porque no significa irresponsabilidad.

Es también universalmente aceptado que el ordenamiento jurídico del Estado debe reconocer a todo ciudadano el derecho de ser protegido de las agresiones a la propia personalidad moral, sea en razón de los importantes intereses privados que están en juego, sea en virtud del interés público de la convivencia civil⁸.

El honor puede definirse, por su parte, desde un punto de vista subjetivo, como la idea que cada persona tiene de su propia dignidad y valor. Desde una dimensión social, implica el reconocimiento del valor de una persona por el cual se la honra o deshonra, según nuestras actitudes signifiquen el reconoci-

⁷ Art. 72 de la Constitución de la República Oriental del Uruguay: “*La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno*”.

⁸ Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 12; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 17; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 5; Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), art. 11; Convención de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales (Roma 1950), art. 10 nº 2.

miento o la negación del valor de la persona que tenemos delante (Rodríguez Luño, 2015).

En el *common law* la libertad de expresión tiene un carácter preponderante. Es como si existiera una presunción a su favor, frente al derecho al honor. El fundamento radica en la necesidad de acceder a la verdad que tiene todo ser humano. Para eso, es menester que existan muchas opiniones, de cuyo contraste resultará la verdad. Asistimos a un verdadero “mercado de ideas” potenciado, hoy en día, por el alcance de Internet.

Esta posición puede criticarse en cuanto a que la verdad parecería una cuestión de números: si hay más opiniones que dicen una cosa, es porque debe ser verdad.

Sin embargo, la verdad es aquello que concuerda con la realidad, el ser de las cosas, el *esse*, *-adecuatio rei ad intellectum-* y por lo tanto es algo objetivo que puede imponerse aún, a una mayoría de opiniones. Lo que es verdadero no deja de existir porque la mayoría de las opiniones lo traten como falso. La libertad de expresión es una forma de autorrealización personal y, por lo tanto, permite crecer en dignidad en la medida que, como toda libertad, se use para el bien. En este sentido, la CADH reconoce la prioridad de la reputación o derechos de los demás⁹.

Sin embargo, en ocasiones el derecho al honor cede ante la libertad de expresión, siempre que se satisfaga un test de veracidad, intencionalidad, relevancia, proporción y respeto. En este sentido, “*La difusión de una información que lesionara materialmente el derecho al honor y a la fama de una o más personas puede justificarse éticamente sólo si tal información es relevante para el interés público (bien común), y si existe una adecuada proporción entre el bien que se persigue o se protege y el mal que queriendo o sin querer se inflige a una o más personas, siempre que quien informa no tenga otro medio para perseguir el bien que no implique una lesión material del derecho al honor y la fama*” (Rodríguez Luño, 2016).

Por lo expresado, si el derecho al olvido puede ser ejercido en hipótesis de información cierta sobre una persona, con más razón corresponde su procedencia tratándose de noticias falsas (*fake news*), cuyo contenido no se ajusta a la verdad.

El *boom* de las noticias falsas es un fenómeno que va muy unido a la denominada “era de la posverdad”, en la que los hechos objetivos influyen menos a la hora de modelar la opinión pública, que los llamamientos a la emoción y a la creencia personal. Mientras que construir y difundir una mentira es algo rápido, verificar un hecho requiere tiempo.

⁹ “*El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente (libertad de pensamiento y expresión) no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) El respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas*”, art. 13, nº 2, Convención Americana de Derechos Humanos.

Los *media online* se caracterizan por su ubicuidad de acceso a través de *smartphones* y otros dispositivos móviles; por su velocidad instantánea; por la concisión típica del mensaje como en el caso de Twitter (140 caracteres); por la combinación de contenidos audiovisuales y texto, y también por su interactividad con el público que tiene la posibilidad de agregar sus propios contenidos. Si bien siempre existieron posibilidades de mentir en la prensa, o de ofender a otros a través de ella, la innovación de Internet consiste en la amplitud del fenómeno. Se habla de la “caja de resonancia” de Internet, y de sus redes sociales en particular. Los “*like*”, “compartir”, “click-baiting¹⁰” y otros “*links*” permiten crear una “viralidad” sin precedentes.

Los “perfiles” de los usuarios son utilizados por los operadores de la red para optimizar su servicio, que tiene principalmente una finalidad comercial y publicitaria. Hoy en día asistimos al cambio de modelo de negocio a base de suscripción, al de publicidad online y a la venta de los datos de los usuarios, de la cual es un buen ejemplo el escándalo de [Facebook y Cambridge Analytica](#).

Además, las noticias aumentan en número y velocidad de transmisión y pueden ser consultadas de forma continua, ya que no desaparecen prácticamente nunca de Internet. Por eso hay una gran preocupación por la pérdida de terreno de los medios de información convencionales, frente a un crecimiento exponencial de los medios que no se rigen por la normativa periodística profesional, tanto sea desde el punto de vista ético como jurídico. No suele existir una revisión editorial de lo que se va a publicar como noticia, o son co-producidas, con agregación de opiniones personales, a veces generadas por otros y después reproducidas.

En ese orden, las *fake news* constituyen, en la actualidad, la forma de afectación más común del honor de las personas. No es posible alegar la existencia de un interés público en la conservación de noticias falsas. Por ello el derecho al olvido, pasa a constituir una herramienta necesaria para el fortalecimiento democrático, para la vigencia del Estado de Derecho y para la realización de los derechos y libertades de las personas.

CONCLUSIONES

El derecho al olvido no implica un ejercicio caprichoso y discrecional. Es un instrumento necesario para los tiempos en que vivimos, donde basta un “click” para dañar gravemente la imagen de una persona.

¹⁰ Significa “clicar en el cebo”. Consiste en utilizar títulos capciosos que inducen al lector, que está entretenido con otra cosa en la red, a abrir el artículo que contiene una noticia sustancialmente verdadera. En tal caso la mentira consiste en la falta de correspondencia entre el título y el contenido, y la finalidad es lucrar gracias a los pop-ups y banners publicitarios presentes al abrir la noticia.

Significa la posibilidad de las personas de que su pasado quede en el olvido, a través de la desindexación de su nombre en la web. Así, la afectación del derecho a la libertad de expresión es leve, puesto que la información continuará vigente. No obstante, no podrá accederse a ella mediante la búsqueda del titular de los datos.

Es un medio idóneo, además, para combatir la divulgación de noticias falsas, moneda corriente en la actualidad.

En ocasiones, sin embargo, es menester efectuar un ejercicio de ponderación de derechos, porque pueden existir intereses que legitimen la preservación de la información. Tal es el caso, por ejemplo, de la existencia de un interés público en conservarla, en razón del papel en la sociedad del titular de los datos cuya desindexación se pretende.

Sin perjuicio de ello, es posible delimitar criterios justos y razonables para determinar una extensión de la tutela a alguno de los derechos en juego. Por ejemplo, y tal como se mencionó, el ejercicio del derecho al olvido encuentra un fundamento más que legítimo, cuando sobre la información no exista un interés vigente que amerite su conservación. Del mismo modo, e incluso con más claridad, el ejercicio del derecho al olvido está justificado respecto de la información que, por su falsedad, daña el honor de una persona. El mayor reto lo constituye la masiva y rápida difusión de estas noticias en redes sociales.

En definitiva, el derecho al olvido constituye un derecho fundamental, necesario para que las personas puedan verse protegidas ante la gran amenaza que constituye, para su reputación, la divulgación de información en un entorno virtual. Como tal, sin embargo, no es absoluto, y su ejercicio no debe ser irrestrictivo y en detrimento de otros derechos y libertades.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, R. (2009). “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 11, enero-junio 2009. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25294.pdf>.
- CASTELLON, L. Y JARAMILLO, O. (2017). “El derecho al olvido en internet y el efecto Streisand: aplicabilidad y soluciones”, en Labrador, María José (2017), *Google: Derecho al olvido y sus desafíos éticos en el escenario mediático digital*, Santiago: Ril Editores. Disponible en: <https://oscarjaramillo.cl/wp-content/uploads/2018/04/El-derecho-al-olvido-y-el-efecto-St.-libro-derecho-al-olvido.pdf>.
- CERDA SILVA, A. (2012). “Legislación sobre protección de las personas frente al tratamiento de datos personales”, Santiago: Centro de Estudios en Derecho Informático.
- CLÍMACO VALIENTE, J. (2012). “Génesis histórico normativa del derecho a la protección de los datos personales desde el derecho comparado, a propósito de su fundamento”, en *Instituto de derechos humanos Bartolomé de las Casas*.

- Casas, Universidad Carlos III: Madrid. Disponible en: https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/18785/TFM_MEADH_Ernesto_Climaco.pdf?sequence=1&isAllowed=y.
- ELTIS, K. (2011). "Breaking Through the 'Tower of Babel': A 'Right to be Forgotten' and How Trans-Systemic Thinking Can Help Re-Conceptualize Privacy Harm in the Age of Analytics", en *Fordham Intellectual Property Media e-Entertainment Law Journal*, v. 22, n. 1. Disponible en: <https://ir.lawnet.fordham.edu/iplj/vol22/iss1/9>.
- GARCÍA RAMÍREZ, S. y GONZA, A. (2007). "La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Corte Interamericana de Derechos Humanos*, San José, Costa Rica. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/libertad-expresion.pdf>.
- LETURIA, F. (2016). "Fundamentos Jurídicos del derecho al olvido", en *Revista chilena de Derecho*, v. 43, no. 1. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372016000100005.
- MAGDALENO ALEGRÍA, A. (2006). "Los límites de las libertades de expresión e información en el Estado social y democrático de Derecho", Madrid: Congreso de los Diputados.
- MANZANERO JIMÉNEZ, L. y PÉREZ GARCÍA-FERRERÍA, J. (2015). "Sobre el derecho al olvido digital: una solución al conflicto entre la libertad de información y el derecho de protección de datos personales en los motores de búsqueda", en *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, no. 32. Disponible en: <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/6443>.
- MIERES, L. (2014). "El derecho al olvido digital", Fundación Alternativas. Disponible en: https://www.fundacionalternativas.org/public/storage/laboratorio_documentos_archivos/e0d97e985163d78a27d6d7c23366767a.pdf.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (1991). "Libertad de expresión y sus límites, honor, intimidad e imagen", Editoriales de Derecho Reunidas, EDERSA.
- PÉREZ LUÑO, A. (2006). "La Tercera Generación de Derechos Humanos", Thomson-Aranzadi, Cizur Menor.
- REDING, V. (2012). "Making Europe the Standard Setter for Modern Data Protection Rules in the Digital Age", *Innovation Conference Digital, Life, Design*, Munich. Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_12_26.
- RODRÍGUEZ LUÑO, Á. (2015). "La Difamación", Ediciones Rialp SA: Madrid.
- SCHIAVI, P. (2017). "El derecho al olvido y a la protección de datos personales en Uruguay", en *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, Año XVI, N° 31. Disponible en: <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2017/09/SCHIAVI-Pablo-El-derecho-al-olvido-y-a-la-proteccion-de-datos-personales-en-Uruguay.pdf>.

- SUÑÉ LLINÁS, E. (2002). “Tratado de Derecho Informático”, Vol. 1, Madrid: Universidad Complutense Madrid.
- TENE, O. y POLONETSKY, J. (2012). “Privacy in the Age of Big Data. A Time for Big Decisions”, en *Stanford Law Review Online*, Vol. 64. Disponible en: <https://www.stanfordlawreview.org/online/privacy-paradox-privacy-and-big-data/>.

DERECHO AL OLVIDO. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A RAÍZ DEL USO DE INTERNET

Alejandra Mpolás Andreadis - ARGENTINA
Mariano Nicolás Rivas Baloira - ARGENTINA

RESUMEN

En Internet, por medio de “buscadores”, se puede acceder al total de publicaciones vinculadas al nombre de una persona, tanto recientes como antiguas, actualizadas como desactualizadas. El derecho al olvido se relaciona con la restricción de información otrora pública y que ahora no debería poder recuperarse, a fin de proteger el derecho al libre desarrollo de la personalidad del afectado. En este trabajo se analizarán algunos problemas que su aplicación podría suscitar en nuestro país, la pertinencia de una regulación específica y el alcance de la elección del método para proteger el derecho a la autodeterminación personal digital.

ABSTRACT

On the Internet, by means of “search engines”, it is possible to access the total number of publications linked to a person’s name, both recent and old, updated and outdated. The right to be forgotten is related to the restriction of information that was once public and that now should not be able to be recovered, in order to protect the right to free development of the affected person’s personality. This work will analyze some problems that its application could raise in our country, the relevance of a specific regulation and the scope of the choice of the method to protect the right to digital personal self-determination.

RESUMO

Na Internet, através dos “motores de busca”, pode aceder ao número total de publicações associadas ao nome de uma pessoa, tanto recentes como antigas, actualizadas e desatualizadas. O direito ao esquecimento está relacionado à restrição de informações que antes eram públicas e agora não deveriam ser recuperadas, a fim de resguardar o direito ao livre desenvolvimento da personalidade da pessoa afetada. Este trabalho analisará alguns problemas que a sua aplicação pode suscitar no nosso país, a relevância de um regulamento específico e o âmbito da escolha do método de proteção do direito à autodeterminação pessoal digital.

“La libertad es la esclavitud”

GEORGE ORWELL¹

INTRODUCCIÓN, DEFINICIÓN Y ANTECEDENTES

Con el surgimiento de las nuevas tecnologías de la comunicación y de la información, es necesario detenernos a analizar y revisar conceptos jurídicos que hasta hace unos años eran prácticamente incuestionables.

El derecho a la privacidad, al honor, a la dignidad, a la información, a la libertad de expresión, aparecía absolutamente consolidado como resultado de una larga trayectoria doctrinaria y jurisprudencial al respecto, además de encontrarse plasmados en normativas nacionales e internacionales y, en la mayoría de los casos, gozando de la más elevada jerarquía.

La masificación del uso de internet, en especial de buscadores y redes sociales, provocó que las líneas divisorias se esfumaran y los límites que aseguraban la protección de los derechos antes enumerados, se permeabilizaran.

Así, tenemos derecho a expresarnos, a difundir nuestras ideas en las redes sociales y en infinidad de nuevos recursos destinados a la comunicación, y también a informarnos.

Los medios de comunicación encontraron en internet un instrumento para ampliar la difusión de sus dispositivos. Es decir, antes el contenido de un diario o periódico era conocido por el adquirente de ese producto, o por algún comentario de alguien que lo haya leído. Lo mismo sucedía con un programa de radio o televisión.

Si alguien quería acceder a una noticia pasada en particular, debía realizar un arduo trabajo de investigación y concurrir a hemerotecas y archivos.

En la actualidad, con sólo ingresar el nombre de una persona en un buscador de internet, se puede acceder a la totalidad de publicaciones y datos en donde esté vinculado ese nombre.

“Internet posee la condición de la eterna eficiencia de la memoria electrónica y la enorme precisión de los buscadores para recuperar datos a través de cualquier búsqueda, por sencilla que esta sea, integrando los resultados en un producto final que se parece a la vida completa de una persona, como si fuera el espejo que la refleja y la vuelva a dotar de identidad. Es entonces necesario considerar que el ser humano no es siempre el mismo a lo largo de su vida,

¹ ORWELL, George, 1984, Ediciones Destino (Barcelona), 5ta. edición (primera edición 1952), editado en Buenos Aires por Booket, 2005, p. 10.

sino que se modifica, se transforma en otro a medida que crece, asume roles diferentes, y, como tal y eventualmente, también se equivoca".²

Estos buscadores -motores de búsqueda o searchengines- son los encargados de organizar y distribuir la información recopilada en los servidores web, indexando los archivos almacenados en internet mediante "arañas" -crawlers-, y elaborando páginas de resultados a las que los usuarios acceden al ingresar las palabras clave que deseen buscar. Esos resultados serán vínculos a páginas web en donde aparezca esa palabra o información vinculada a ellas.³

A través de este mecanismo, que permite el acceso a datos recientes y antiguos, actualizados o desactualizados, correctos o erróneos, cualquier noticia publicada incluso en un medio de comunicación, que solía ser recordada por un breve lapso hasta desaparecer de la memoria colectiva, en la actualidad permanece al alcance de cualquier usuario de forma indefinida.

Esto provoca que ciertas informaciones que cuando fueron publicadas podían ser de interés público y eran de carácter "noticiable", con el paso del tiempo pudieron haberse transformado en irrelevantes. Pero al ser un constante recordatorio de hechos pasados -aunque en su momento hubieran sido ciertos y públicos-, pueden luego de un cierto lapso suponer una vulneración al derecho a la protección de datos personales y a la intimidad de sus protagonistas.⁴

El derecho a la intimidad, a la privacidad, o "a que lo dejen en paz"⁵ fue consagrado por primera vez en la doctrina norteamericana, por el célebre artículo de Warren y Brandeis publicado en la Harvard LawReview en 1890, en donde los autores denuncian que "las fotografías instantáneas y las empresas de periódicos, han invadido los recintos sagrados de la vida privada y doméstica; y numerosos dispositivos mecánicos amenazan con cumplir la predicción de que 'lo que se susurra en el armario se proclamará desde los techos de las casas'. Durante años ha existido la sensación de que la ley debe ofrecer algún remedio para la circulación no autorizada de retratos de personas privadas...El diseño de la ley

² SILBERLEIB, Laura, "El Derecho al olvido y la persistencia de la memoria", Información, Cultura y Sociedad, diciembre 2016, p. 130 publicada en ResearchGate: <https://www.researchgate.net/publication/317530367>, recuperado el 20/8/20.

³ MAYORGA BAEZA, María, "El Derecho al olvido en Internet". <https://www.academia.edu/search?utf8=&q=el+derecho+al+olvido+en+internet>, recuperado el 17/8/20.

⁴ MORENO BOBADILLA, Ángela. (2019). "El derecho al olvido digital: una brecha entre Europa y Estados Unidos". Revista De Comunicación, 18(1), p. 261. <https://doi.org/10.26441/RC18.1-2019-A13>, recuperado el 20/8/20.5 "the right to be let alone", WARREN, Samuel D., BRANDEIS, Louis D.;

⁵ "The Right to Privacy", Harvard Law Review, Vol. 4, No. 5. (Dec. 15, 1890), p. 195. Stable URL: <http://links.jstor.org/sici?doi=0017811X%2818901215%294%3A5%3C193%3ATRTP%3E2.0.CO%3B2-C>, recuperado el 22/8/20.

debe ser proteger a aquellas personas con cuyos asuntos la comunidad no tiene un interés legítimo, de ser arrastradas a una publicidad indeseable e indeseada, y proteger a todas las personas, sea cual fuere su cargo o posición, por tener asuntos que propiamente preferirían mantener privados, devenidos en públicos contra su voluntad. Es la invasión injustificada de la privacidad individual lo que se reprende y, en la medida de lo posible, lo que se debe prevenir".⁶

Sin dejar de tener en cuenta su origen, es posible distinguir este derecho a la privacidad del derecho al olvido. El primero se refiere a una información que nunca se había dado a conocer públicamente, mientras que el derecho al olvido trata de información que alguna vez fue pública y que ahora no debería poder recuperarse mediante rastreo.

Esto se debe tener en cuenta porque fue lo que trajo algunas discusiones sobre la definición y/o límites del concepto.

La vulneración del derecho al olvido, significa el menoscabo del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad del afectado. Ello, por cuanto se afecta su derecho de llevar una vida alejada de limitaciones, señalamientos o estigmatizaciones, que conlleven a la vulneración de adicionales derechos: de trabajar, a la no discriminación, al honor, a la dignidad, entre otros.

Desde la jurisprudencia, se suele citar como antecedente más remoto del derecho al olvido, el caso *Melvin v. Reid*, de 1931, resuelto por la Suprema Corte de California. Se trataba de un asunto en el que la accionante, tras un pasado como prostituta y haber sido acusada de homicidio, había conseguido rehacer su vida. Años más tarde, una película, realizada y exhibida por el demandado, bajo el título "The Red Kimono", en la cual se utilizó el nombre real de la actora, develó su pasado y le ocasionó graves daños y perjuicios. La Corte californiana consideró que se había producido una lesión en su privacidad, al traer de nuevo a la actualidad aspectos de la vida pasada de la demandante, que ya habían quedado olvidados.⁷

⁶ Traducción del inglés por los autores. Original: "Instantaneous photographs and newspaper enterprise have invaded the sacred precincts of private and domestic life; and numerous mechanical devices threaten to make good the prediction that 'what is whispered in the closet shall be proclaimed from the house-tops'. For years there has been a feeling that the law must afford some remedy for the unauthorized circulation of portraits of private persons... The design of the law must be to protect those persons with whose affairs the community has no legitimate concern, from being dragged into an undesirable and undesired publicity and to protect all persons, whatsoever; their position or station, from having matters which they may properly prefer to keep private, made public against their will. It is the unwarranted invasion of individual privacy which is reprehended, and to be, so far as possible, prevented.".WARREN, Samuel D., BRANDEIS, Louis D., op. cit., pp. 195, 214-215.

⁷ ORZA LINARES, Ramón M., "La regulación del "derecho al olvido" en la Unión Europea. Aspectos críticos", abril 2018, <https://www.researchgate.net/publica->

Aunque el derecho al olvido existe en la legislación de varios países, sobre todo a fin de proteger datos personales de información crediticia, se empezó a aplicar a los datos extraídos de internet, por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en 2014, y tomamos este punto como trascendental en la protección de este derecho, ya que se equiparó a la categoría e importancia de los derechos humanos.

Este fallo tuvo su punto de partida en España, en la denuncia presentada por el Sr. Mario Costeja, que había solicitado a Google el retiro de un anuncio de subasta por una deuda que tenía en el año 1998.

Este ciudadano español denunció que un periódico, “La Vanguardia”, había publicado dos anuncios relativos a una subasta de inmuebles relacionada con un embargo ocasionado por una deuda contraída con la Seguridad Social. Tras digitalizarse la página, el denunciante pidió al diario que retirara la información, al alegar que una vez introducido su nombre en el buscador aparecía una referencia a estos anuncios y, atento a que la deuda contraída ya estaba resuelta, carecía de relevancia y le causaba un grave daño a su reputación.

El caso llegó hasta el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que se expidió en el Asunto C131/12⁸, y consideró, en primer lugar, que los sistemas de tratamiento de datos deben estar al servicio del hombre, es decir, respetar las libertades y derechos fundamentales de las personas físicas -en particular la intimidad-, y contribuir al bienestar de los individuos.

Al analizar la actividad del gestor de los motores de búsqueda, determinó que, por aplicación del art. 2, inc. d), de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo -dictada el 24 de octubre de 1995-, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de esos datos, al ser el gestor del motor de búsqueda quien determina los fines y los medios de la actividad de tratamiento de datos personales, debe considerarse responsable de dicho tratamiento, aunque no sea quien ejerce control sobre el contenido de las publicaciones en las páginas web de terceros.

Puso de manifiesto que el tratamiento de datos personales llevado a cabo en el marco de una actividad de un motor de búsqueda, se distingue del efectuado por los editores de sitios de internet -que consiste en hacer figurar esos datos en una página web-, y se añade a él, desempeñando un papel decisivo en la difusión global de dichos datos, en la medida en que facilita su acceso a todo internauta que lleva a cabo una búsqueda a partir del nombre de una persona

⁸ <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=152065&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=15793623>, recuperado el 22/8/20.

determinada, que de no ser por el buscador, no habrían encontrado la página web en la que se publican esos datos.

Además, la organización y la agregación de la información publicada en internet que realizan los motores de búsqueda para facilitar a sus usuarios el acceso a ella, puede conducir, cuando la búsqueda se realiza a partir del nombre de una persona, que se obtenga mediante la lista de resultados, una visión estructurada de la información relativa a esa persona.

Por ello consideró el Tribunal que la actividad de un motor de búsqueda puede afectar, significativamente y de modo adicional a la de los editores de sitios web, a los derechos fundamentales a la privacidad y a la protección de datos personales, toda permite a cualquier internauta obtener mediante la lista de resultados una visión estructurada de la información relativa a esta persona que puede hallarse en Internet, que afecta potencialmente a una multitud de aspectos de su vida privada, que, sin dicho motor, no se habrían interconectado, o sólo podrían haberlo sido muy difícilmente, y que le permite de este modo establecer un perfil más o menos detallado de la persona de que se trate. Además, el efecto de la injerencia en dichos derechos del interesado se multiplica debido al importante papel que desempeñan Internet y los motores de búsqueda en la sociedad moderna, que confieren a la información contenida en tal lista de resultados.

Asimismo, señaló que, conforme el art. 6de la Directiva 95/46/CE ya citada, incumbe al responsable del tratamiento garantizar que los datos personales sean tratados de manera “leal y lícita”, que sean recogidos con fines determinados y no sean tratados posteriormente de manera incompatible con dichos fines, que sean adecuados, pertinentes y no excesivos con relación a los fines para los que se recaben y para los que se traten posteriormente, que sean exactos y actualizados, y -por último- que sean conservados en una forma que permita la identificación de los interesados durante un período de tiempo determinado. Y cabe al responsable adoptar todas las medidas razonables para que los datos que no responden a los requisitos de esta disposición, sean suprimidos o rectificados.

Arribó a la conclusión de que el afectado puede solicitar que la información sobre su persona ya no se ponga a disposición del público en general, mediante la supresión de vínculos de la lista de resultados. Este derecho debe prevalecer tanto por sobre el interés económico del buscador, como sobre el legítimo de los internautas potencialmente interesados en acceder a la información. El equilibrio entre esta colisión de derechos puede depender, según el caso, de la naturaleza de la información de que se trate, del carácter sensible para la vida privada del involucrado, y del interés público en disponer de esa información -que varía conforme el papel de la persona en la vida pública-.

Con base en este punto de partida, en lo que sigue intentaremos analizar algunas de las problemáticas que la aplicación de esta figura puede suscitar en nuestro país, aunque con seguridad de que muchas de las conclusiones que aquí se esbozen, puedan ser trasladables a otros sistemas jurídicos -con los ajustes necesarios, en cada caso-.

Nos dedicaremos, entonces, a analizar la pertinencia de una regulación específica en la materia, la justificación argumental de su procedencia y, finalizaremos, con un breve planteo relativo al alcance que tiene la elección del método que se brinde a la ciudadanía para proteger su derecho a la autodeterminación personal digital, dado los demás derechos en juego. Los interrogantes aquí planteados no pretenden, en modo alguno, agotar la totalidad de los que puede traer el “derecho al olvido”, sino circunscribir la discusión a los temas señalados.

DERECHO AL OLVIDO: ¿RESULTA NECESARIA UNA REGULACIÓN ESPECÍFICA?

Las distintas innovaciones introducidas por las tecnologías de la información y de las comunicaciones (TICS) y las consecuencias lesivas que pueden producir en los derechos de los ciudadanos, trae aparejado, necesariamente, un planteo en cuanto a la aplicabilidad de las reglas que el derecho nos brinda para solucionar situaciones similares y su suficiencia, o bien, la pregunta respecto a la necesidad de que la ley aborde el tema con atención a ciertas cuestiones de índole técnica que requieren, no ya precisiones para adaptar institutos tradicionales, sino la creación de una norma específica que las contemple.

Esta es una disyuntiva con la que se enfrentan en la práctica los distintos operadores jurídicos, de acuerdo a los enfoques que guían las pautas de actuación de cada uno de ellos, al aproximarse a los problemas que genera este mundo digital en permanente y vertiginoso progreso. Es tanto propia de los abogados -que tienen que encausar los reclamos de los ciudadanos que acuden a sus servicios-, del cuerpo académico y, sin lugar a dudas, de la magistratura llamada a resolver este tipo de casos, con el agravante aquí de tener la obligación de expedirse aún cuando la situación no se encuentre contemplada por el ordenamiento positivo.

En la base de la dificultad que genera el particular modo en que circula información de diversa índole en la actualidad, gracias al progreso de las telecomunicaciones, se encuentra la ciudadanía en general, quien debería tener un acceso sencillo a mecanismos que le permitan proteger su identidad digital. Ahora bien, la cuestión no es tan sencilla como una primera mirada apresurada pareciera indicarnos, tan pronto como reparemos en los demás derechos que se encuentran en juego cuando se debate el derecho al olvido. Volveremos sobre este punto más adelante, al tratar sobre la justificación de este instituto.

Pues bien, la forma en que circulan datos relativos a las personas en el contexto de la era tecnológica no escapa ciertamente a este planteo general, que encuentra explicación en los distintos tiempos propios de cada actividad. Mientras la tecnología se encuentra en una carrera permanente por lograr avances, la estabilidad es un rasgo al que se le otorga más valor en el campo del derecho, aspecto generalmente relacionado a la previsibilidad con que se espera que un sistema jurídico dado responda ante situaciones similares. Este rasgo, propio de cualquier sistema normativo en todo tiempo y lugar que se precie de tal, actualmente se conoce con el nombre de “seguridad jurídica”.

Quizá por este último argumento es que el operador jurídico busque, en primer lugar, en las normas vigentes, una respuesta que permita subsumir estas nuevas situaciones en otras para las que aquellas leyes fueron pensadas, con los problemas que esa adaptación provoca. Inconvenientes que pueden generarse no sólo con relación a las imprecisiones por tratarse de soluciones previstas para otro tipo de supuestos y la complicación que las particularidades técnicas revisten en estas cuestiones, sino también a que la aplicación por analogía de las normas tiene un defecto intrínseco, consistente en que esa no es la solución adoptada por el “legislador” (que es, en definitiva, el representante a través del cual el pueblo media las decisiones), ya que no tomó una postura concreta relativa al modo en que pretende que ese tipo de cuestiones se solucionen.

Este defecto que podríamos denominar “déficit democrático” encuentra muchas veces solución en las normas de jerarquía constitucional –ya sea que se encuentren de manera directa en el plexo normativo de nuestra carta magna o, de modo indirecto, a través de la jerarquización constitucional de los tratados sobre derechos humanos suscriptos por nuestro Estado, a los que se le otorgó idéntico grado de prelación normativa-, que deben servir de guía para solucionar este tipo de entuertos.

EL DERECHO AL OLVIDO. ANTECEDENTES Y ALCANCES DE LA LEGISLACIÓN EN ARGENTINA

Sin pretender agotar la cuestión, creemos pertinente contextualizar, aunque de modo breve, el nacimiento de los que pueden considerarse los precedentes normativos en la materia.

En nuestro país, la reforma constitucional de 1994 incorporó en el tercer párrafo del artículo 43 de nuestra Carta Magna el derecho de toda persona para tomar conocimiento de todos los datos referidos a ella que consten en registros o bancos de datos, ya sean públicos o privados, como así también de la finalidad para la cual fueron registrados. En consecuencia, en caso de

que esa información fuera falsa o discriminatoria, otorgó a la ciudadanía el derecho de exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización del dato de que se trate. Se incluyó así una garantía con jerarquía constitucional para proteger la autodeterminación personal, al identificar las posibles consecuencias negativas que podría tener en el derecho a la privacidad de la ciudadanía, el contexto de proliferación de entidades dedicadas a recabar, seleccionar y registrar datos de toda índole ya por entonces existente, reconociendo los efectos nocivos que la registración automática de datos de diversa índole puede generar.

La doctrina desde hace bastante tiempo atrás caracterizó a la acción de habeas data allí establecida como “un mecanismo de defensa frente al “poder informático”, que permite un avance sobre el derecho a la privacidad reconocido en el artículo 19 de nuestra Constitución”.⁹

Esta garantía tuvo consagración normativa específica a partir del dictado de la ley 25.326 de Protección de Datos Personales y Hábeas Data, que amplía el objeto a la protección integral de los datos personales, para garantizar, además del derecho a la intimidad, el derecho al honor, así como el acceso a la información conforme a lo establecido en la Constitución Nacional.¹⁰

En lo que aquí nos interesa, el art. 26 inc. 4 de esa norma, introdujo el “derecho al olvido” en materia crediticia al establecer que “sólo se podrán archivar, registrar o ceder los datos personales que sean significativos para evaluar la solvencia económico-financiera de los afectados durante los últimos cinco años. Dicho plazo se reducirá a dos años cuando el deudor cancele o de otro modo extinga la obligación, debiéndose hacer constar dicho hecho”. Así, cualquier dato que excediese el plazo establecido para cada supuesto, debería ser excluido automáticamente por los registros y, en caso de que esto no sucediera, el usuario se encontraría facultado a pedir la supresión del dato en cuestión.

En definitiva, para esclarecer el panorama resulta útil intentar una clasificación de las distintas situaciones que pueden producirse respecto a los datos que los buscadores indexan, y analizar cuál es el posible impacto que ello tiene frente a los datos personales que allí se incluyen -y es el objeto de nuestro trabajo-, sin soslayar el carácter de responsables por el tratamiento de aquéllos datos que revisten los motores de búsqueda, de acuerdo a lo decidido

⁹ SAB SAY, Daniel A. y ONAINDIA, José, La Constitución de los Argentinos. Análisis y comentario de su texto luego de la reforma de 1994, Editorial Errepar, Buenos Aires, 1998, p. 163.

¹⁰ ALTMARK, Daniel Ricardo y MOLINA QUIROGA, Eduardo, Tratado de Derecho Informático, Tomo II, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2012, p. 484.

por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el fallo “Costeja”, que desarrolláramos con anterioridad.

Así, distinguiremos los casos en que el dato que arroja el resultado de una búsqueda cualquiera: 1) se trate de información que sea falsa, 2) que esa información sea discriminatoria y 3) que la información haya perdido relevancia en función del tiempo transcurrido.

A su vez, dentro de este último supuesto, cabe diferenciar si el dato en cuestión se refiere a personas públicas o privadas.

Como veremos, la cuestión no es menor y tiene varias y posibles ramificaciones de importancia, con incidencia negativa en la libertad de expresión y, en particular, en la libertad de información.

Los dos primeros casos no presentan mayores dificultades. Si consideramos que los buscadores actúan como bancos de datos al momento de indexar el contenido de los propietarios de los sitios –aspecto que ha quedado suficientemente establecido a esta altura–, la persona afectada cuenta con una herramienta procesal específica de jerarquía constitucional para procurar la supresión del dato de que se trate, o bien su rectificación si se trata de información falsa. La acción de habeas data luce como la vía más apta y adecuada, aunque sin lugar a dudas se cuenta también con las herramientas generales que prevé la demás normativa. Nos referimos concretamente a la función preventiva de la responsabilidad, tal como se encuentra legislada en la Sección 2º del Capítulo I, del Título V del Código Civil y Comercial¹¹.

También contará el afectado con la posibilidad de acudir a los instrumentos previstos en las normas adjetivas, en particular las medidas precautorias, y la de hacer uso de los distintos desarrollos jurisprudenciales de lo que se ha dado a conocer como “tutela preventiva”, con las discusiones que ello genera en torno al anticipo de jurisdicción que pueden implicar, aspecto que excede por mucho el acotado campo de este trabajo.

La primera dificultad se encuentra, precisamente, en el último supuesto. No sólo porque no contamos con una legislación específica, lo que no sería óbice para su procedencia bajo el “paraguas” constitucional, sino porque el instituto del habeas data, tal como está previsto en nuestra constitución, nos lleva a concluir que ese supuesto no se encuentra allí contemplado. No estamos frente a un dato falso, ni discriminatorio –respecto de quien lo hubiera pronunciado–, por lo menos en el momento en que fue generado. En todo caso, nos encontramos frente a un dato que fue cierto pero que devino irrelevante en función del tiempo transcurrido o, desde la visión más amplia del derecho al

¹¹ Nos referimos al desarrollo de este instituto en: MPOLÁS ANDREADIS, Alejandra, “Deber de prevención del daño y acción preventiva”, Doctrina Judicial, Editorial La Ley, año XXXI, número 52, 30/12/15, pp. 1/5.

olvido, de un dato que, simplemente, la persona ya no tiene voluntad o deseo de compartir con los demás.

Lo expuesto en el párrafo que antecede no implica sostener que la persona afectada no cuente con otras herramientas legales que protejan su honor, su derecho a la imagen y, en definitiva, su derecho a la autodeterminación digital. De hecho, podríamos acudir a la función preventiva de la responsabilidad a la que ya hicimos referencia o a las herramientas procesales a las que también aludimos, para buscar la protección de la persona agraviada. Sin embargo, el señalamiento efectuado nos lleva a reflexionar a favor de una legislación que contemple específicamente el “derecho al olvido”, por dos motivos que en parte fueron ya apuntados como relevantes en la materia.

Primero, por el aspecto técnico involucrado y la dificultad que genera, no sólo en los aspectos vinculados a la efectiva puesta en marcha del sistema que se elija, sino para poder contar con un conocimiento adecuado sobre el tema, que nos permita tener un verdadero panorama de modo de conocer en profundidad las capacidades de los motores de búsqueda para la realización de lo que se pretenda.

No podemos obviar aquí, que muchos de los reparos técnicos esgrimidos para llevar adelante este tipo de medidas, muestran luego no ser tales en la práctica. Pueden ser difíciles o costosos, pero no necesariamente imposibles. El factor económico tampoco puede ser dejado de lado de plano, ya que puede actuar como un desincentivo, en un área de particular importancia para la libre difusión de ideas.

En segundo lugar, debido a que se encuentra en juego la libertad de expresión y una medida que permita restringirla, por mínima que sea -en definitiva el derecho al olvido, por más justificado que nos parezca, tiene ese efecto-, no puede ser sino decidida con el más amplio debate parlamentario que un aspecto tan delicado amerita, ya que afecta el punto neurálgico más sensible de nuestro sistema democrático, al limitar la libre circulación de ideas, que es un requisito mínimo indispensable que permite su correcto funcionamiento.

Si esos argumentos no fueran del todo convincentes, podríamos agregar un tercero. Al carecer de una pauta legislativa concreta, dejamos estas cuestiones tan sensibles sometidas a la más amplia y libre apreciación de la magistratura que, aunque cuente con guías interpretativas en la constitución federal y en los tratados sobre derechos humanos incluidos, puede decidir dentro de una gama demasiado amplia de opciones, lo que nunca es recomendable, poniendo en riesgo todo principio de generalidad -característica básica de la ley- y uniformidad en la respuesta -ante la ausencia de una norma, puede haber tantas soluciones como jueces-.

Tampoco podemos dejar la cuestión sometida a la influencia de las modas de los precedentes extranjeros, por más valiosos que estos nos resulten, ya que

fueron pensados para sociedades muchas veces con otra idiosincrasia, y que podrían no adaptarse en forma óptima o pacífica en la nuestra.

En suma, por los motivos expresados, entendemos que no sólo es recomendable, sino estrictamente necesario, que el “derecho al olvido” sea discutido en el ámbito legislativo y delimitado correctamente el instituto en una ley que contemple el escenario que aquí intentamos plantear.

En lo que sigue, intentaremos primero profundizar un poco la cuestión relativa a la argumentación, lo que necesariamente nos llevará a anunciar algunos puntos relevantes de la discusión, dados los derechos que pueden verse afectados.

Algo similar ocurrirá en el último tema a analizar, donde veremos las distintas modalidades en que puede implementarse, aspecto de forma que tendrá necesariamente en este caso una gravitación de enorme importancia en la discusión de fondo y, podríamos decir, quizás sea recomendable arrancar el debate por allí. Nos referimos concretamente a quién debe ser el encargado de implementar el pedido del usuario en la práctica. Sea como fuere, ambos temas -la discusión del derecho en sí y de los/as encargado/as de llevarlo a cabo-, se retroalimentan.

EL DERECHO AL OLVIDO COMO UNA RESTRICCIÓN JUSTIFICADA A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. PROBLEMAS Y ALCANCES DE LA CUESTIÓN.

Comenzaremos aquí por señalar que la disquisición relativa a la forma en que opera un buscador, esto es, indexando contenido subido a la web por otros -los verdaderos titulares del contenido de que se trata-, que sirve como sustento para argumentar que si excluimos determinados resultados de una búsqueda eso no constituye una afectación a la libertad de expresión, no se trata más que de una forma de eludir la discusión que, además, luce un tanto trampa.

A esta altura, pocos pueden dudar que una persona accede a la información mayormente a partir de la utilización de motores de búsqueda de contenidos. Para verificar esta afirmación sólo basta una sencilla exploración a través de “<https://trends.google.com>”. Además, ese rol quedó indiscutiblemente confirmado durante la particular época de confinamiento parcial implementada en muchos Estados en virtud de la pandemia provocada por el COVID-19.

Esto no quiere decir que, en el caso concreto, no deba primar el derecho a la autodeterminación digital, sino que el argumento para justificar este tipo de medidas es pobre y parece ampararse en un presupuesto de hecho falso, al omitir el rol que en la actualidad tienen los buscadores en la libre circulación de ideas.

En esas condiciones, apelar a un tecnicismo, obviando que esa información no estará a disposición de los usuarios en el principal “mercado” de circulación

de ideas, que no son otros que los propios buscadores, es una argumentación que proponemos no atender.

Ahora bien, puesto que a esta altura resulta claro que se trata de una cuestión en la que se encuentra involucrada la libertad de expresión, ¿cuánto tiempo tiene que haber transcurrido desde que sucedió el dato al que se refiere la información, para que se torne aplicable “el derecho al olvido”?; ¿es más aconsejable fijar una duración específica, un tiempo aproximado como pauta de interpretación y dejar un cierto margen de apreciación a quien esté llamado a decidir?, ¿o ningún tiempo en especial y dejarlo a su libre discreción?; ¿no pareciera más razonable dejar esa decisión al afectado?; ¿puede exigírsela a éste que espere un tiempo determinado o tiene un derecho automático a la remoción del dato de que se trate?

Por otro lado, ¿qué hace que una información no sea relevante?, ¿deberíamos distinguir el caso de una persona pública?, ¿tiene alguna influencia que el dato sea sensible, es decir, que sea la expresión de una opinión discriminatoria, racista o xenófoba? ¿Tienen los terceros, posibles receptores de esa información, algún derecho a tener conocimiento de ella? Si respondiéramos de modo negativo, ¿habría acaso alguna excepción?, ¿no tendrían estos terceros, derecho a contar con información para decidir con quién trabajar, comerciar o, en definitiva, con quién relacionarse, en una era en que lo que hacemos en el mundo digital, representa una parte significativa de nuestra personalidad y las relaciones interpersonales que establecemos?

Como vemos, los interrogantes son demasiados como para no tener una ley que regule la materia. Y son precisamente estas numerosas preguntas las que de algún modo nos servirán de hoja de ruta para intentar delimitar algunas pautas que debieran encontrarse en cualquier ley específica sobre el tema.

Aquí nos encontramos, entonces, en la primera gran encrucijada que nos plantea el tema ¿Existe un derecho automático del usuario a pedir la supresión del dato o debe acaso ello ser sometido a discusión?

“Conforme la recomendación unánime aprobada por la Comisión número diez de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bahía Blanca, 2015): ‘El derecho al olvido es un derecho relacionado con la protección de datos personales. Se puede definir como el derecho que tiene el titular de un dato personal a borrar, bloquear o suprimir información personal que se considere obsoleta por el transcurso del tiempo, o que de alguna manera afecte el libre desarrollo de algunos de sus derechos fundamentales, salvo que en el caso concreto prevalezca el interés público’”.¹²

¹² Citado en: PIZZARRO, Ramón Daniel, VALLESPINOS, Carlos Gustavo, Tratado de Responsabilidad Civil, Tomo III, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2018, p. 423.

Por lo pronto, la definición apuntada –que hacemos propia– nos lleva a proponer que cualquier legislación sobre el tema debe contemplar el efecto del transcurso del tiempo. No creemos adecuado que el derecho al olvido deba implicar la facultad de acceder a una especie de reinicio constante, que pueda reconfigurar la personalidad digital del individuo o, si se quiere, el trayecto que las personas construyen por el modo en que utilizan internet en general, o las distintas herramientas que provee para comunicarse y expresarse –desde las redes sociales a los foros, o cualquier otro tipo de aplicación que permita ello–; como tampoco es posible pretender que alguien en el “mundo real” olvide de modo instantáneo algo que dijimos, por más que no creamos que ello refleje nuestro verdadero pensamiento o forma de sentir, es decir, que no sea una representación adecuada de lo que nosotros creemos que es nuestra personalidad.

El tiempo concreto que habilite el ejercicio del derecho al olvido, debería entonces evaluar un aspecto tan difícil de materializar como el relativo al transcurso necesario para que ese dato ya no sea representativo de quiénes somos. Por ello, la decisión legislativa sobre el punto siempre estará teñida de cierto grado de discrecionalidad. Ese problema, de todos modos, es un rasgo que esta temática comparte con cualquier otra medida en que se pretenda establecer una regla general, lo que obliga hasta un punto, a abstraerse de las distintas variantes que pueda presentar un caso particular.

La regla que proponemos no debe ser necesariamente distinta si se trata de una persona pública. La intensidad de la forma en que una persona se exponga frente a los demás, no debe ser óbice para que tengan acceso a ese derecho. Creemos que el único distingo realmente valioso a formular se relaciona con las personas que ejercen cargos públicos o que pretenden someterse al escrutinio público a esos fines.

De más está decir que, en consecuencia, cualquier persona que decide someterse a ese proceso, dejaría de estar comprendida en esa garantía e, incluso, debería perder cualquier amparo en que hubiera quedado incluida por ejercer el derecho al olvido, es decir, deberían poder reindexarse los datos involucrados.

Esta última apreciación, si bien puede resultar un tanto polémica, no es más que una consecuencia lógica y necesaria del proceso de selección democrático de nuestras autoridades y de todas aquellas personas que ejercen un cargo público, aunque éste no resulte electivo. Es que, aun cuando podamos no compartirlo, lo cierto es que los ciudadanos no eligen a sus representantes con base en criterios sustentados únicamente en su idoneidad.

Sus preferencias incluyen aspectos tan heterogéneos como su trayectoria política, sus opiniones personales a lo largo de su vida, algunos rasgos de personalidad, su vida personal y familiar, etc. En ese contexto, aunque po-

damos no compartir algunas o la totalidad de las opciones del amplio menú reseñado –seguramente, muchas otras son posibles-, lo cierto es que no existen argumentos de peso para quitarle a los votantes el derecho al acceso a esa información, de manera que puedan tomar una decisión informada, de acuerdo a las variables que consideran valiosas para ello.

Claro está, que cuando nos referimos a estas cuestiones estamos haciendo alusión a la información que el propio individuo proporciona de sí, y que un análisis muy distinto debe hacerse cuando el dato no es un producto de nuestra libre decisión de compartirlo con el resto. En esos casos, la publicación de esos datos, en tanto afecte el honor, la imagen o de cualquier otra manera a la persona afectada, debe ser protegida sin necesidad de evaluar el tiempo transcurrido desde la producción de ese contenido o el tiempo que haya permanecido disponible para los demás, sino del modo más inmediato posible para evitar que la lesión sea aún más gravosa, en una era donde la viralización de contenidos, permite el crecimiento exponencial de la afectación de derechos de personas que, previo ello, podían resultar, incluso, completamente anónimas.

Nuevamente aquí la garantía será mucho más restringida cuando hablamos de funcionarios públicos o políticos y se trate de un tema de interés público, sin perjuicio de que deben dejarse específicamente a salvo en este tipo de supuestos la totalidad de las garantías de libertad de prensa y protección de las fuentes periodísticas.

Proponemos ahora detenernos en otro aspecto polémico: ¿cabe hacer algún tipo de distinción en orden al tipo de dato al que se refiera la información de que se trate?

Nuestra postura aquí es contundente. Debe hacerse, necesariamente, un análisis del tipo de dato de que se trate, pero sólo en tanto y en cuanto se refiera a determinado tipo de categorías.

En cuanto a las opiniones xenófobas, discriminatorias, racistas, la apología del delito de genocidio, es decir, los discursos del odio en general, más allá de su necesaria complementación con los delitos que ello pueda constituir y las consecuencias que implique su registración pública, creemos que debe encontrarse, o bien excluido del ejercicio del derecho al olvido, o cuanto menos, diferenciados en el tiempo que debe mantenerse en los buscadores la relación entre esa persona y el dato referido, lo que resulta una forma de desalentar esa conducta.

En caso contrario, estaríamos avalando la posibilidad de proferir contenido de cualquier especie, sin que los responsables de ello tengan que hacerse cargo de las consecuencias legales, o bien, de la repercusión social negativa que ello trae como consecuencia.

EL PROCESO DE DESINDEXACIÓN. POSIBLES CONSECUENCIAS PERNICIOSAS DE OTORGAR ESA FACULTAD A PRIVADOS.

Aun cuando adoptemos la postura expuesta con anterioridad, el debate no se agota allí. Si bien en el apartado precedente hemos fijado algunas pautas de importancia, todavía queda otro aspecto fundamental que tratar, por las consecuencias que ello puede tener en la libertad de expresión, y no es otro que el relativo al encargado de decidir sobre la procedencia de desindexación de contenido.

Las variantes que pueden aplicarse aquí tienen diferencias sustanciales. Podríamos pensar en atribuir esta decisión a algún organismo administrativo -incluso uno sometido a pautas de control por parte de distintos actores de la organización civil-, al poder judicial o a los propios buscadores. Dentro de esta última alternativa, podemos encontrar el modelo notice and takedown -notificación y retiro-, que “exige al usuario que considera que un contenido es ilegal que notifique al intermediario, para que éste, luego filtre el contenido... este modelo es el que se aplica en el fallo de la justicia europea sobre ‘el derecho al olvido’”. En cambio, en el modelo notice and notice -notificación y notificación-, el usuario notifica al intermediario de la existencia de contenido ilegal, y éste a su vez deberá notificarlo a quien generó el contenido.”

Las variantes que pueden aplicarse aquí tienen diferencias sustanciales. Podríamos pensar en atribuir esta decisión a algún organismo administrativo -incluso uno sometido a pautas de control por parte de distintos actores de la organización civil-, al poder judicial o a los propios buscadores. Dentro de esta última alternativa, podemos encontrar “el modelo *notice and takedown* -notificación y retiro- exige al usuario que considera que un contenido es ilegal que notifique al intermediario, para que éste, luego filtre el contenido...este modelo es el que se aplica en el fallo de la justicia europea sobre “el derecho al olvido”. En cambio, en el modelo notice and notice -notificación y notificación-, el usuario notifica al intermediario de la existencia de contenido ilegal, y éste a su vez deberá notificarlo a quien generó el contenido.”¹³

Creemos que otorgar a los buscadores la facultad para desindexar el contenido a simple pedido de los usuarios no sólo tiene problemas en la libertad de expresión. Si bien podría llegar a ser beneficioso para el afectado, dar acceso a una herramienta que, en principio, pensaríamos, es ágil y más beneficiosa para él, otorga a un actor privado facultades que son demasiado importantes

¹³ FERRARI, Verónica y SCHNIDRIG, Daniela, “Responsabilidad de Intermediarios y derecho al olvido. Aportes para la discusión legislativa en Argentina”, Publicación del Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información (CELE), disponible en: https://www.palermo.edu/cele/pdf/Policy_Paper_Derecho_al_Olvido.pdf, consultado el 30/08/2020.

y tienen una incidencia por demás relevante en la libre circulación de ideas, como para que puedan ser así decididas.

Sostenemos por ello, que al ser el derecho al olvido una restricción justificada a la libertad de expresión, cualquier petición en ese sentido debe ser sometida a decisión, o cuanto menos, control judicial. Descartamos así, de este modo, que el Estado intervenga por medio de una autoridad de aplicación administrativa.

Seguramente se pueden esgrimir argumentos contrarios en cuanto a la rapidez, eficiencia y el costo que ello puede implicar -dada la obligatoriedad de acudir a los estrados judiciales con representación letrada-. Pese a ello, entendemos que debido a los derechos en juego, esos argumentos no resultan suficientes para evitar la necesaria intervención judicial en el tema, sin perjuicio de que, en todo caso, deberán administrarse desde el propio Estado los recursos necesarios para que la necesidad de representación por medio de abogado no se constituya en un impedimento para acceder a esta garantía y, por otro lado, la forma de implementación más adecuada en función de la estructura judicial y del tipo de proceso a elegir, para asegurar la mayor celeridad posible, al margen de las medidas precautorias que puedan decidirse para asegurar el resultado final.

CONSIDERACIONES FINALES

Como fuimos señalando a lo largo del presente aporte, es menester subrayar que la internet y sus buscadores en particular, resultan ser herramientas anárquicas jurídicamente, por un lado con un potencial lesivo y, por el otro, merecedoras de lealtad por parte de los/as ciudadanos/as, que pueden verse compelidos a reclamar contra ellas pero, por otra parte, las han incorporado a su realidad cotidiana con carácter de imprescindibles.

Estas dicotomías aparecen muy a menudo con el desarrollo de nuevas tecnologías, y otrora nos vimos en encrucijadas similares con el surgimiento de la imprenta, la masificación de las publicaciones y el ascenso en importancia de la prensa.

Desde Warren y Brandeis, ya citados, surgió la necesidad de limitar o dar un marco regulatorio a ciertas actividades derivadas de libertades fundamentales, bases y sostenes del modelo de Estado liberal norteamericano y que nuestra Constitución copió -como ser la libertad de expresión y la libertad de prensa-, cuando estas garantías colisionaban con ciertos derechos inalienables, como el de ser dejado en paz, o a la privacidad.

Luego de la segunda guerra mundial como contexto político a nivel global, se incrementó la necesidad de erigir Estados sociales como modelos superadores del Estado liberal clásico, y desde la Declaración Universal de los Dere-

chos Humanos (ONU, 1948), fue preocupación y tarea de las naciones hacer hincapié en estos derechos subjetivos individuales y derivados del carácter de persona humana que, al entrar en colisión unos con otros, se estableció como deber del Estado el de brindar las herramientas para dirimir los conflictos.

La ley es, desde ya, el instrumento democrático por excelencia, creada por el poder del Estado que representa a los/as ciudadanos/as, el Poder Legislativo, que es quien debería, a nivel general, tomar en cuenta las necesidades de la sociedad y, a partir de ello, establecer los lineamientos que se requieren en materia de protección de derechos.

No dejamos de meritarn el crecimiento exponencial de internet y el embelesamiento de los usuarios, que incluso en muchos casos han decidido exponer su propia identidad personal, volcar datos de forma inconsciente, o asumir riesgos en las redes, sin tener en cuenta siquiera las consecuencias previsibles.

Sin perjuicio de ello, vale poner de relieve los derechos protegidos ante un perjuicio por una divulgación no autorizada, por el paso del tiempo que hace la información irrelevante, o por usarse el contenido para fines discriminatorios o lesivos de otros derechos protegidos por el plexo normativo de raigambre constitucional.

Es nuestra opinión que para poder hacer valer el derecho al olvido en nuestro país, con la consecuente supresión de datos personales, es necesario e ineludible articular un entramado legal que le dé cobertura, así como los medios tecnológicos suficientes que permitan su concreción. Ello sin dejar de lado que también es primordial regular el funcionamiento de internet y de sus buscadores, establecer límites, reglas de juego claras y, sobre todo, enfatizar en el deber de información a los usuarios, en relación a los datos que vuelcan, como por ejemplo solicitar consentimiento como previo a que los datos ingresados perduren en el tiempo, o a qué universo de usuarios quieren llegar, y eliminar el uso y perdurabilidad ilimitados “por defecto”.

Consideramos, en definitiva, que las nuevas tecnologías deben estar al servicio de la sociedad y no al revés, y para ello es requisito un sistema de reglas claras, con base democrática, así como la educación e información de los usuarios, para discernir con libertad sobre los contenidos que quieren divulgar y cuál sería la contraprestación, cuál va ser su uso a lo largo del tiempo y que, de ningún modo, se vean vulnerados en su seguridad, en su privacidad o, menos aun, en su dignidad.

EL USO DE LAS REDES SOCIALES EN INTERNET Y EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN

Liliana V. Siede - ARGENTINA

Irene Carreras - ARGENTINA

Stella Borgeat - ARGENTINA

Guillermo Márquez - ARGENTINA

Patricia Nisenbaum - ARGENTINA

Gustavo Wasilewski - ARGENTINA

Agustín Almeyra - ARGENTINA

Ana María Manrique - ARGENTINA

RESUMEN

Este trabajo reflexiona sobre los riesgos que pueden generar las redes sociales y los nuevos desafíos éticos. Los ciudadanos digitales participan en un espacio online donde las relaciones de cooperación propias de la red se basan en la confianza, ignorando el alcance de los riesgos de daño que se pueden producir. Frente a los nuevos retos tecno-científicos, se propone el principio de precaución de la ética convergente.

ABSTRACT

This work reflects on the risks that social networks can generate and the new ethical challenges. Digital citizens participate in an online space where the network's own cooperative relationships are based on trust, ignoring the scope of the risks of damage that may occur. Faced with the new techno-scientific challenges, the precautionary principle of convergent ethics is proposed.

RESUMO

Este trabalho reflete sobre os riscos que as redes sociais podem gerar e os novos desafios éticos. Os cidadãos digitais participam de um espaço online onde as próprias relações de cooperação da rede são baseadas na confiança, ignorando a abrangência dos riscos de danos que podem ocorrer. Diante dos novos desafios técnico-científicos, propõe-se o princípio da precaução da ética convergente.

LAS REDES SOCIALES, LA REALIDAD VIRTUAL

En la década del treinta del siglo pasado, se hablaba de la necesidad de las redes sociales a partir del estudio de personas y sus relaciones interpersonales, unidad de estudio que se denominó átomo social, el cual funciona en un proceso de interacción. En su definición, las redes son consideradas como un recurso a priori de prácticas y un modo de movilizar recursos e información incorporando a los individuos que participan, en torno a objetivos estratégicos e interesados. (Gonzalez B., 2017)

El presente trabajo trata de redes sociales en el espacio online que refieren al uso de sitios web dedicadas a interactuar con otras personas que tienen los mismos intereses o se relacionan con individuos de otros círculos, o conforman grupos o comunidades.(Lalanda, 2017) Cabe destacar que el origen de red desde el significado de la teoría de redes sociales, ha cambiado al término que hoy se utiliza tomando en cuenta fundamentalmente sus objetivos, si bien algunas de sus prácticas pueden ser compartidas.

Las redes sociales son la base de una sociedad que en esta era de alta velocidad de transmisión de datos, ha evolucionado a través de Internet constituyendo un espacio con otras formas de comunicación. Los sitios de redes (SRS) pueden incluir hacer un perfil, encontrar personas con intereses mutuos, compartir información con sus círculos o grupos, interactuar con determinados individuos y obtener la información compartida por otros.

Frente al avance de esta nueva tecnología, estos escenarios requieren ser considerados desde una perspectiva ética que proteja los derechos no solo de los usuarios sino de toda la ciudadanía digital. Esta actividad tecnológica se basa en la capacidad de crear la ilusión de simular el espacio real, a través de medios digitales (Pellisa L., 2015) en un contexto generado por gráficos computacionales con el que se puede interactuar con otros, desde un usuario que se encuentra inmerso de un modo poli-sensorial en tiempo real.

Cadóz dice “*la realidad virtual no es accesible sino por su representación, pero la realidad de una representación no siempre representa la realidad*”. Se asiste en este caso a un nuevo tipo de ficción que simula esa realidad. (Pellisa L., 2015) Cuando las imágenes migran al espacio digital este actúa como un poderoso disolvente en el cual se produce la sensación de inmersión, interacción e imaginación donde el usuario siente que se encuentra en la realidad que percibe.

La interacción que se produce en las redes sociales, constituye uno de los aportes de la informática que supone la interdependencia entre el sistema informático y el usuario que también puede generar entornos de inmersión tridimensional, sin posibilidad de intercambio con otros si así no lo desea, navegar por el espacio digital como, manipular el entorno sin moverse de su dispositivo.

Con relación a la imaginación del usuario, la inmersión en el espacio digital se basa en la creación de la ilusión de realidad en la cual los objetos simulados pueden ser reales o ficticios pero requieren de un entorno verosímil para que produzcan credibilidad. Finalmente, la tercera característica del espacio digital es la simulación, la cual puede generar imágenes sintéticas en tiempo real que surgen como respuesta a la interacción del usuario.

Hoy en día esa interacción de los usuarios en las redes sociales es dinámica dando al usuario un rol activo, convirtiéndolo así, al mismo tiempo, en protagonista de la comunicación y en engranaje de la tecnología.

DILEMAS ÉTICOS EN REDES SOCIALES

En este contexto se analizan dilemas éticos que pueden surgir del uso de las redes sociales constituidas en internet. En este análisis se profundizará en el riesgo de los alcances de la información en las redes sociales, entre lo privado y lo público como la invasión de la privacidad.

ENTRE LO PRIVADO Y LO PÚBLICO, EL RIESGO DE LOS ALCANCES DE LA INFORMACIÓN

El uso de redes sociales parte de una comunicación de carácter privado sin reparar que una vez que el usuario edita o transmite una imagen o información esta se transforma en pública, la cual se puede viralizar, *entendiendo por este término, la posibilidad que la información se reproduzca en forma exponencial. De allí su origen vinculado a la emulación de un virus por la capacidad rápida e indiscriminada de reproducción.* (Enciclopedia, 2013)

Se interpreta que dicha persona al exponerla voluntariamente, esta consintiendo la acción, lo cual puede producir situaciones que generen riesgos de daño como estigmatización, discriminación, acoso o cyberbullying. Por otro lado se borran las fronteras entre la vida personal, laboral y política cuando las opiniones se expresan a través de las redes sociales (ya sea en un perfil personal o en un foro en línea).

Respecto del uso de la información de las personas, tomada de bases de datos, que tienen como fuentes las redes sociales en las que participa, produce interrogantes cuando es utilizada para propuestas empresariales que intentan orientar el comportamiento de los usuarios hacia sus productos.

Los anunciantes rastrean la orientación de la conducta de los individuos en temas de interés como por ejemplo la compra de productos, viajes, entre otros, construyendo patrones que usan dicha información para implementar campañas de reorientación de sus intereses.

El punto positivo es que los usuarios pueden apreciar la relevancia del material que se anuncia, pero esto constituye un modo de invasión de la privacidad en donde los datos del usuario están siendo usados sin su autorización.

Otra situación similar ocurre cuando se venden bases de datos como listas de email a empresas para utilizar la característica de la audiencia para fines comerciales o políticos.

LA INVASIÓN DE LA PRIVACIDAD

Se refiere a aquellas acciones que violan los términos de privacidad de los usuarios de una red social perjudicando su credibilidad personal o profesional.

Esto refiere a la exposición o como se utiliza actualmente, la viralización de la información personal de los individuos que puede perjudicarlo o afectarlo en su vida personal y social que se realiza sin su consentimiento o autorización. (Khan, 2017).

Muchas veces las personas no son conscientes del alcance de la información o el uso de imágenes que ellas proveen en sus espacios digitales ya que el acceso a esa información es pública y pueden ser utilizadas por personas que no están autorizadas a su reproducción. Tal es el caso que se comenta en el punto anterior, que realizan empresas con fines comerciales. Es así que el ciudadano digital se transforma de protagonista como comunicador social en producto, parte del engranaje de la misma tecnología.

PENSAR EL NUEVO ESCENARIO GLOBAL

El presente trabajo profundiza en los significados desde los nuevos paradigmas del pensamiento contemporáneo analizando dilemas éticos que surgen en el uso de redes sociales. Pensar en términos de red permite pensar en la construcción de una estructura social en donde los aprendizajes se realizan y se pueden potenciar cuando son socialmente compartidos. El cambio es producto de la propia acción y requiere reflexionar sobre ella. La red social abre la apropiación de su historia y la propia vida de las personas. (Dabas, 1993)

En el mundo actual, los cambios se relacionan con la profundidad con que afectan a las prácticas sociales y las formas de actuar anteriores. Los acontecimientos se suceden en forma independiente del accionar de las personas reemplazando la mirada y la conversación por mensajes, números, claves entre otros. Giddens afirma que en las formaciones premodernas la separación del tiempo y el espacio se conectaban mediante la representación del lugar. El comportamiento de la sociedad que representa el cuándo si se hallaba conectado con el dónde, incluía la ética, el ethos, la cultura de la sociedad. (Giddens, 1997)

Actualmente el tiempo y el espacio se confunden en una dimensión diferente. Cuando se habla de tiempo real se habla de la instantaneidad, aludiendo a un sistema que es capaz de responder y procesar la información al ritmo en que esta se inserta, el instante.

Las organizaciones suponen el funcionamiento coordinado de personas ausentes físicamente que se conectan en un espacio sin fronteras. Hay un desprendimiento en las relaciones de los contextos locales que se combinan a través de distancias indefinidas en el espacio-temporal. Esto implica un cambio con un valor estandarizado e intercambiable en una pluralidad de contextos que posee validez independientemente de sus ejecutantes. La organización se transforma así en amplia e impersonal. (Cubillo V., 2017)

LOS RIESGOS EN LA BIO-TECNOCIENCIA, UN ENFOQUE DE LA ÉTICA

El riesgo particular de la bio-tecnociencia para la humanidad, sostiene Maliandi está en que se inauguran contextos inéditos en la vida humana, que muchas veces entran en crisis ante la emergencia de situaciones nuevas, donde no existen normas aún, y muchas veces se carece de criterios suficientes para elaborar las requeridas regulaciones (Maliandi R. , Ética: conceptos y problemas, 2009).

A veces, agrega, se aplican normas obsoletas que terminan produciendo el descreimiento y la pérdida de valores de la población, generando dilemas en la relación entre el ser y el deber ser, sobre todo cuando se trata de implicancias tecnológicas.

En tanto revolución técnica y cultural, la ética tiene que ponerse en funcionamiento o renovar radicalmente los modos de intervención a fin de evitar nuevos desequilibrios, o cuando el desequilibrio se instala tratar de que se genere una compensación. Esta situación requiere dos actitudes afirma, que se corresponden con las dimensiones de la razón, la voluntad de minimizar los conflictos, evitando, resolviendo o regulando, y la actitud de reconocer que lo social es estructuralmente conflictivo.

LA ÉTICA CONVERGENTE

La ética convergente, es una teoría se que desarrolla en el campo de la biotecnociencia. Propone evitar los nuevos desequilibrios, minimizando evitando, resolviendo o regulando los conflictos o dilemas éticos en la relación entre los desarrollos científico-tecnológicos y la población protegiendo los derechos de las personas. (Maliandi, 2009)

Propone regular los conflictos, encontrando en la razón la instancia anticonflictiva por excelencia. Parte de considerar el carácter esencialmente conflictivo de las interrelaciones sociales que se encuentran en el ethos, en donde busca establecer un equilibrio entre las contrapuestas funciones de la razón, por un lado la conflictividad, y por el otro la fundamentación.

La ética convergente se basa en la teoría de los valores de Nicolai Hartmann y la ética discursiva de Karl Otto Apel, reconociendo en Hartmann la forma de abordar la estructura conflictiva del ethos en que derivan los conflictos; y

encuentra en la pragmática trascendental de Apel un criterio de fundamentación plausible, en el cual el principio a priori se encuentra sostenido en la dimensión pragmática del lenguaje. (Maliandi, 2009)

La convergencia, entonces, dice el autor, puede entenderse en un doble sentido, como una aproximación entre la ética material de los valores y la ética del discurso, con lo cual admite lo inevitable de los conflictos y propone una fundamentación fuerte a priori, como rasgo básico de una ética que busca, a partir de reconocer una pluralidad de principios, resolver las situaciones conflictivas, maximizando la armonía entre ellos. Estos principios son los que rigen las decisiones y acciones moralmente cualificables, dice Maliandi, los cuales ordenados en dos pares conforman las estructuras del pensamiento convergente, la estructura sincrónica en la que participan los principios de universalidad - individualidad, y la estructura diacrónica en la que se encuentran los llamados principios de conservación y el principio de realización. (Maliandi, 2009)

El conflicto sincrónico, dice el autor, está presente de modo potencial como contraposición entre la tendencia a lo universal y la tendencia a lo individual, perspectivas que van del hombre en general al hombre en particular. En cambio, en el conflicto diacrónico juega un papel decisivo la temporalidad, en donde los conflictos están caracterizados por la contraposición entre el cambio y la permanencia. En esta diáada parte el principio que se gesta pensando en la bio-tecnociencia, el principio de precaución (conservación) que se desarrolla como propuesta en este trabajo que se contrapone con el principio de exploración (el cambio). Hartmann, llama a este conflicto antinomia ética fundamental (Maliandi, Damiani, & Lariguet, 2013), que tiene que ver con la relación inversa que existe entre la altura y la fuerza que poseen los valores. Ambas estructuras representan los espacios donde se vinculan los principios que entre sí, aparecen como contradictorios.

Ninguno de estos principios puede cumplirse plenamente, afirma, sin incidir en la transgresión de alguno de los otros, lo que la ética convergente expresa como “incomposibilidad de los óptimos”. Falta mencionar, finalmente un quinto principio, llamado metaprincipio o principio de la convergencia, representado por la búsqueda de maximizar un equilibrio posible entre los cuatro principios mencionados anteriormente, que es el que intenta finalmente, llegar a la resolución del conflicto.

En el presente trabajo se tomará el principio de precaución para pensar las redes sociales en línea desde donde afrontar los dilemas planteados.

EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN

La idea de precaución se basa en la teoría de la “ética de la responsabilidad” de Hans Jonas, que incorpora la cuestión de la valoración de las consecuencias y

de los derechos de las generaciones futuras, asumiendo que, actuar en contextos de incertidumbre, obliga a extremar la precaución para no provocar daños mayores. (Cecchetto, 2015)

El principio de precaución es entendido como una especificación y eco del clásico principio de no-maleficencia, y, por lo tanto, del principio cardinal de conservación propuesto en la teoría de la ética convergente . Pretende elevar el nivel de protección de las personas mediante la toma de decisiones preventivas en caso de riesgos, proponiendo la gestión responsable del riesgo tecno-científico a través de una acción ‘anticipativa’.

El principio de precaución se fortaleció en los noventa, entre otras razones, a partir del documento elaborado por la Comisión de la Unión Europea, en el cual se alude a, “*la necesaria reducción de los riesgos que implican las nuevas tecnologías incluyendo las generaciones futuras; pero a la vez propone expresamente la búsqueda de consensos generales, para la mejor evaluación posible de los riesgos, gestión e información de la población a fin de que se puedan tomar mejores decisiones*”. (Maliandi R., 2010)

El concepto de este principio exige una clara conciencia de la responsabilidad, en todas y cada una de las fases del proceso tecno-científico, donde la transparencia es la condición que hace posible una evaluación racional de los riesgos. Desde la perspectiva de la ética convergente, el principio de precaución, representa uno de los extremos del eje diacrónico, encontrándose en el otro extremo de ese eje, el “principio de exploración”. (Maliandi R. , 2009)

A MODO DE CONCLUSIÓN

Pensar en una perspectiva ética en el uso de redes sociales implica conocer y profundizar sobre la herramienta tecnológica y el alcance de sus beneficios y riesgos. El término de red social se ha naturalizado en la sociedad y en las ciencias sociales desde el sentido común mediante el empleo del concepto de red, carente de reflexión crítica y teórica, en lo cual, influye la importación del término desde otras disciplinas científicas.

Los usuarios, llamados también internautas, participan en un espacio online en donde las relaciones de cooperación propias de la red se fundan en la confianza desconociéndose aun los alcances de los perjuicios que pueden afectarlo. De allí la importancia de la comprensión del uso de las redes sociales como herramienta tecnológica y la percepción de riesgo lo cual puede favorecer que se promuevan conductas de protección.

La propuesta del principio de precaución proveniente de la teoría de la ética convergente exige una clara conciencia de la responsabilidad, en todas y cada una de las fases del proceso tecnológico incorporando la valoración de las consecuencias e impacto, en este caso de las redes sociales online, que potencie las prácticas preventivas que protejan a los usuarios de ser vulnerados. Las

redes sociales ofrecen beneficios como también presentan un creciente desafío de las cuestiones éticas que se están produciendo y que aún no cuentan con suficiente protección por parte de los Estados.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- APEL, O. (2007) *La globalización y una ética de la responsabilidad. Reflexiones filosóficas acerca de la globalización*. Buenos Aires: Prometeo.
- BECK, U. (2002) *La sociedad de riesgo global*. España, Siglo XXI.
- CASTELLS, M. (1999). *La era de la información: economía, sociedad y cultura*, Tomo I México: Siglo XXI Editores.
- DABAS, E. (1993) *Red de redes. Las prácticas de intervención en redes sociales*. Buenos Aires: PAIDOS.
- ECHEVERRÍA, J. (2004). *La revolución tecnocientífica*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2004.
- HABERMAS, J. *Ciencia y Técnica como Ideología*. Madrid: Editorial Tecnos, 1986
- HOTTOIS, G. *Bioética y biotecnología en la perspectiva CTS*. En: COLECCIÓN BIOS Y ETHOS, número 22. Bogotá, Colombia: Universidad El Bosque, 2004.
- JONAS, H. (1975). *El principio de responsabilidad: ensayo de una ética para la civilización tecnológica*. Barcelona: Ed. original, 1973, trad. cast. Herder, Barcelona.
- MALIANDI, R.(2010). *Actas de las Jornadas Nacionales de Ética 2009 Conflictividad*. Tomo I. Buenos Aires: Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales.
- _____. (2009) *Concepto y alcances de la ética del discurso*. Editorial Biblos.
- _____. (2009) *Ética: conceptos y problemas*. Buenos Aires: Editorial Biblos.
- _____. (2000) *Dilemas y convergencias*. Editorial Biblos.
- MURKHERJEE, S. (2017) *El gen una historia personal*. Barcelona: Debate.
- RIFKIN, J. (2000) *La era del acceso, la revolución de la nueva economía*. Argentina: Paidós, 2000.
- REYNOSO, C. *Redes sociales y complejidad*. (2011) Buenos Aires: Paidós.
- ULTRIA, R. (2003) *El desarrollo científico y tecnológico y su planificación. Un enfoque conceptual*. Documento de Asesoría. Bogotá, Colombia: Colciencias.

PUBLICACIONES ELECTRÓNICAS

- BECK, U. *Modernización reflexiva*. Disponible en www.criterios.es/pdf/archplus-beckmoder.pdf
- _____. *La sociedad del riesgo global*. Disponible en www.um.es/.../Beck%20Ulric%20La%20Sociedad%20Del%20Rie...
- CASTELLS, M. *La revolución de la tecnología de la información. ¿Cuál revolución?* Disponible www.hipersociologia.org.ar/catedra/material/Castells

- CECCHETTO, S. (2010) *Ética, responsabilidad y medio ambiente, claves de derechos humanos.* <http://www.bioetica.org/umsa/produccion/ceccchetto-jonas.htm>.
- CUBILLOS VARGA, J. (2017) Ponencia OSPLAD. *Perspectivas éticas en el uso de las redes sociales: de lo privado a lo público.* Ponencia Laboratorio de Bioética y Derechos Humanos, CBE y CEI OSPLAD. WWW. Osplad.org.ar
- DIÉZ, L. (2013) *La gobernanza del sistema español de ciencia, tecnología e innovación.* Revista de Bioética y Derecho. Número 28 – Mayo 2013. Disponible en <http://www.ub.edu/fildt/revista/>
- EACHEVERRÍA, J. (2005) *La agenda educativa europea y las TIC: 2* Revista Española de Educación Comparada, 16, 75-104. Disponible En www.uned.es/reec/pdfs/162010/05_echeverria.pdf.
- _____ *La revolución tecnocientífica.* Disponible en www.juan-carlos-garcia-cruz.yolasite.com/.../LaRevolucionTecnocientifica_Jav
- _____ *Ética y sociedades tecnológicas.* Disponible isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article
- FERNÁNDEZ MARTINEZ, J. *Ética y redes sociales un principio moral.* www.lasalle.mx/hoy-lasalle.mx/docs/2015/redes_sociales_etica.pdf
- GONZÁLEZ BUILES, N. *La teoría de redes sociales y las políticas públicas. Una aproximación al debate teórico y a las posibilidades de intervención en realidades sociales.* Forum Revista Departamento de Ciencia Política <https://revistas.unal.edu.co/index.php/forum/article/view/52968>
- KHAN, A. *Ethical Issues in Online Social Networking.* GIFT University Gujranwala. <https://www.researchgate.net/publication/282701876>
- LALANDA, M. (2013). Usos prácticos y dilemas éticos sobre las redes sociales, en la Cátedra de Profesionalismo y Ética Médica. Cátedra de Profesionalismo y Ética clínica de la Universidad de Zaragoza. www.medicosypacientes.com/.../usos-practicos-y-dilemas-eticos-sobre-las-redes-social...

DERECHOS HUMANOS Y PRIVACIDAD DE LA INFORMACIÓN: HACIA UNA TOMA DE CONCIENCIA EN EL SIGLO XXI

Antonio Aguilar Guzmán - ECUADOR
Roberto García Sánchez - ECUADOR

RESUMEN

Con fundamento en el pensamiento liberal, en este artículo se abordan aspectos generales de los derechos humanos, estableciendo el origen y la importancia del derecho a la privacidad.

Abordando la obra de Thomas Hobbes, John Locke e Immanuel Kant, este trabajo busca encontrar fundamentos y explicaciones del actual marco jurídico en torno a los derechos individuales y su relación con la privacidad.

Una educación integral que incluya la cultura de los derechos humanos podría contribuir a que la protección de los datos y el respeto a la privacidad surtan sus frutos a corto y largo plazo.

ABSTRACT

Founded on the liberal thought, this paper covers general aspects of human's rights, establishing the origin and importance of the right to privacy.

Addressing the work of Thomas Hobbes, John Locke and Immanuel Kant, this article aims to find foundations and explanations for the current legal framework around individual rights and its connection to privacy.

A holistic education approach that includes the culture of human rights could help contribute to ensure that data protection and respect for privacy bear fruit in the short and long term.

RESUMO

Com base no pensamento liberal, este artigo aborda aspectos gerais dos direitos humanos, estabelecendo a origem e a importância do direito à privacidade.

Abordando o trabalho de Thomas Hobbes, John Locke e Immanuel Kant, este trabalho procura encontrar fundamentos e explicações sobre o atual enquadramento legal em torno dos direitos individuais e da sua relação com a privacidade.

Uma educação abrangente, que inclua uma cultura de direitos humanos, poderia ajudar a garantir que a proteção de dados e o respeito pela privacidade dêem frutos a curto e a longo prazo.

EL PENSAMIENTO LIBERAL EN TORNO A LOS DERECHOS HUMANOS Y LA PRIVACIDAD

Vivimos tiempos en donde se habla de derechos, privacidad e intimidad. A toda hora flanqueamos esas barreras entre lo público y lo privado, centralmente a través de redes sociales y aplicaciones de comunicación. Nuestras comidas, tiempos recreativos y espacios de trabajo se vuelven públicos. Esta frágil distinción entre lo público y lo privado, entre lo que entendemos que es de todos y aquello que pertenece a nuestra esfera más íntima, es mermada y transitada a cada hora, minuto y segundo.

Múltiples dispositivos tecnológicos toman capturas de la más diversa índole respecto a lo que hacemos y dejamos de hacer; lo empaquetan, lo comercializan, lo publican, en un proceso que acaba lejos de nuestros propios cuerpos y mentes. Ante esta situación, nos vemos obligados a preguntarnos por el origen de aquel punto de quiebre, en el que comenzamos a entender lo público y lo privado como esferas separadas; qué le corresponde a cada una; quiénes deciden lo que es adjudicable o propio del mundo íntimo del individuo y lo que es “de todos”, y en dónde residen las reglas que establecen aquellos límites.

DERECHO NATURAL Y SEGURIDAD: THOMAS HOBBES

A la hora de pensar la naturaleza del hombre, sus derechos, y la formación del poder soberano y la autoridad política, es indispensable tener en cuenta lo pensado y escrito por el filósofo inglés Thomas Hobbes (1588-1679). El mismo establece dos leyes; la primera dice que todo hombre debiera esforzarse por la paz, en la medida en que espere obtenerla, y que cuando no pueda conseguirla, puede entonces buscar y usar toda la ayuda y las ventajas de la guerra, mientras que la segunda ley de la naturaleza dice que un hombre debe estar dispuesto, cuando los otros también lo estén tanto como él, a renunciar a su derecho a toda cosa en pro de la paz y defensa propia que considere necesaria, y se contente con tanta libertad frente a otros hombres como consentiría a otros frente a sí mismo. Hobbes formula hasta diecinueve leyes naturales, las cuales se resumen en el principio “no hagas con los demás lo que no quisieras que te hicieran a ti”. Estas leyes tienen una validez sustantiva, un trato de respeto y protección de nuevas sociedades y culturas. Así, nuestra naturaleza sería un pleno derecho que solo encuentra límite en tanto el derecho de todos a todo engendra la violencia de la guerra. Ante esta situación es que Hobbes propone, por primera vez, que el origen del Estado sea un pacto entre todos los ciudadanos, negando así el origen divino del poder, defendido por el absolutismo de la escolástica medieval. Dado que “La condición del hombre (...) es una condición de guerra de todos contra todos, en la cual cada uno está gobernado por su propia razón (...) Y, por consiguiente, mientras persiste ese derecho natural de

cada uno con respecto a todas las cosas no puede haber seguridad para nadie (...) El único camino para erigir semejante poder común, capaz de defenderlos contra la invasión de los extranjeros y contra las ofensas ajenas (...) es conferir todo su poder a un hombre (...) Porque en virtud de esa autoridad que se le confiere por cada hombre particular el Estado posee y utiliza tanto poder y fortaleza que por el terror que inspira es capaz de conformar las voluntades de todos ellos para la paz en su propio país y para la mutua ayuda contra sus enemigos en el extranjero" (Amnistía Internacional, s/f). Llega así Hobbes a la conformación de lo público como una autoridad capaz de garantizar la seguridad de aquellos que conforman el contrato que da forma al soberano. En Hobbes, la violencia que engendra el derecho de todos a todo termina siendo la pre-condición para la seguridad que solo es capaz de garantizar el soberano. La razón de Estado se transforma en eje central de la organización social, quedando relegado en un segundo orden lo correspondiente a la esfera del derecho individual.

La idea de que hay un estado de naturaleza, y que en él existe el derecho a preservar la propia naturaleza y el deber moral de hacerlo, es un lugar común en la teoría política de los siglos XVII y XVIII. Para Hobbes esta ley obliga a proteger la propia vida, incluso a costa del cuerpo de los demás.

Hobbes plantea la ecuación básica de la constitución del poder y la autoridad: renuncia a derechos y libertades a cambio de un orden político que garantice seguridad. Este es, por cierto, el debate de nuestros días, porque precisamente el argumento de la seguridad es el que permite sacrificar libertades, y destaca además una serie de prerrogativas que tienen que ver con el control de las doctrinas y con el "manejo de la privacidad de la información". Hobbes manifiesta que uno de los males del Estado, de los que él llama enfermedades del Leviatán, consiste en permitir que aparezcan doctrinas distintas a la sostenida por el Estado; es decir, la obligación del Estado es censurar toda doctrina que vaya en contra de su propia versión de los hechos. Por extensión podemos inferir que desde Hobbes el espacio íntimo y privado es secundario en relación a la seguridad que pueda garantizar el orden político. Público y privado son esferas en donde prima la noción de orden que garantice la vida, siendo el hombre naturalmente conflictivo. Lo privado es un espacio de libertad limitada y supeditada al orden político. Esto no quiere decir que no haya esfera privada o espacio íntimo, sino que el mismo es posible en tanto no contradiga el interés de la autoridad que garantice el orden entre los hombres.

EL DERECHO A LA VIDA, INFORMACIÓN Y PRIVACIDAD: JOHN LOCKE

Para el filósofo y médico inglés John Locke (1632-1704), el derecho a la información es un resultado de la forma liberal de concebir a la política y al Estado.

En ese sentido, al ser el liberalismo político una doctrina construida contra el modelo absolutista del Estado, mismo que había engendrado la ideología de la razón de Estado, puede sostenerse que el derecho a la información moderno surge como una respuesta prácticamente directa contra la razón de Estado y todas sus implicaciones en el ámbito del control de la información pública. Este liberalismo político moderno nació en el siglo XVII, específicamente en 1688 con la publicación de una obra de John Locke, titulado Segundo tratado sobre el gobierno civil. Locke consideraba que los ciudadanos poseen unos derechos a los que no pueden renunciar. Mientras que la teoría de Hobbes pretendía reforzar el papel del Estado, Locke tenía a disminuirlo mediante dos recursos: el refuerzo de los derechos individuales y el establecimiento de la separación de los poderes legislativo y judicial (anticipándose en esto a Montesquieu).

Las ideas de Locke ejercieron una gran influencia en la redacción de las grandes declaraciones de derechos humanos de finales del siglo XVIII. Sostuvo que el estado natural del hombre es el de una “perfecta libertad” (Locke, 1990, p. 269) y que el gobierno civil es una construcción voluntaria y contractualmente acordada de los seres humanos cuyo propósito es la salvaguarda de los derechos naturales como la privacidad, libertad, la igualdad y la propiedad. Manifiesta que la primera ley natural es el “derecho a la vida”; de ese derecho deriva otro: el derecho a la “salud”, es decir, a la integridad física, a que nadie atente con la integridad corporal y la salud de los demás. Lo mismo cabe decir de las “posesiones”, ya que lo que uno ha adquirido con su trabajo es de algún modo, prolongación de su propio cuerpo. Así mismo, todos los seres humanos tienen también derecho natural a conservar su privacidad, su propia “libertad”, ya que ella es la base de la propia autonomía.

Manifiesta Locke que el derecho a la vida, la salud, la integridad física, la libertad, la privacidad y la propiedad se denominan derechos humanos “individuales”, porque su realización depende única y exclusivamente de la iniciativa de los individuos, como sucede en los actos de pensar, rezar, hablar, escribir, reunirse o asociarse, y “negativos”, porque obligan a todos aún antes de que haya ninguna ley positiva que los expidite. De esta forma estos derechos son del individuo y su sola existencia obliga a todos a respetarlos.

El primer aporte de Locke a la construcción del modelo liberal o constitucional que está en la base del derecho a la información es el argumento de la existencia incondicionada de una serie de derechos propios e inalienables del individuo. Estos no sólo no son creados o concedidos por el Estado, sino que marcan los límites objetivos para la acción de los poderes públicos de éste. Conforme a este argumento, el derecho de los gobernados a conocer la información de las cuestiones del Estado es un derecho individual no sujeto a

concesiones ni regateos. Este derecho natural del hombre garantiza la libertad, por ejemplo: de conciencia y de pensamiento, la libertad de palabra y de reunión, de asociación y, sobre todo, la libertad religiosa y moral; es decir, la libertad de conciencia. Finalmente, está el derecho de propiedad. Además del derecho común de la propiedad de la tierra, está el derecho particular que surge como consecuencia del trabajo, siempre y cuando este segundo derecho no anule el primero.

Locke fue consciente de que con su teoría de los derechos humanos había asentado un golpe contundente al paternalismo y a las teorías absolutistas del estado. Hay un derecho paternal legítimo, el de los padres a cuidar el cuerpo de sus hijos para que se haga vigoroso y sano, y educar su alma para que adquiera energía y rectitud. El poder paterno es, por tanto, pasajero, y finaliza con la mayoría de edad. Cuando se perpetúa más allá de esos límites, surge el paternalismo. Para Locke, eso es lo que pasó en la antigüedad, y tal es la razón de que los padres se convirtieran en sobreprotectores y transmitieran su poder a su descendencia (Dahrendorf, 1983).

Es así como el derecho centrado y fundante en el individuo es garantía suficiente para el despliegue de aquello que es de cada sujeto y debe ser respetado por todos los demás, principalmente por aquellas figuras paternalistas del poder, como son el Estado o los poderes concentrados. A diferencia de Hobbes, que teorizaba sobre la seguridad por sobre la libertad, encontramos en Locke un defensor del individuo ante el poder organizado. La privacidad en uno existe en tanto no perjudique la Razón de Estado a la que han llegado los individuos por medio de la formación de un poder que garantiza su vida (Hobbes), mientras que para otro la privacidad es ese espacio inviolable del desarrollo de los plenos derechos naturales del individuo, y que el rol del poder organizado está limitado en tanto no puede inmiscuirse en ese lugar propio del individuo (Locke).

En esta línea de pensamiento, Alberto Sánchez Rojo sostiene que “la privacidad como derecho está relacionada con la admisión de cierta inmunidad de las personas, con una aceptación de que estas son, ante todo, seres singulares, individuos” (2017, pág.160). Esto concuerda con el pensamiento liberal de Locke, para quien el derecho humano a la privacidad no respondía sino a la necesidad intrínseca de cada ser humano de controlar sus propios asuntos.

EL RESPETO A LAS IDEAS: IMMANUEL KANT

“Mientras que para Locke el papel del reconocimiento de la privacidad en tanto que derecho natural respondía a la necesidad de asegurar el libre desarrollo de cada individuo en aquel espacio que le era propio, para Kant se trataba más bien de garantizar que dicho desarrollo cumplía con los criterios que racio-

nalmente exigía la categoría de ser humano. Esto conllevaba el compromiso de uno no solo consigo mismo, sino también con los demás" (ibid.). El filósofo alemán Immanuel Kant (1724-1804) se dedicó estrictamente a la reflexión filosófica con especial interés en el papel de la Razón. No obstante, su aportación al progreso de la causa de los derechos humanos es fundamental. Se caracterizó por la búsqueda de una ética basada en la razón y con el carácter de universalidad que posee la ciencia. Definió la razón teórica como aquella que formula juicios (la razón propia de los sistemas éticos anteriores a él), frente a la razón práctica, que formula imperativos. Su visión ética universal la concretó en lo que llamó Imperativo Categórico: "Obra sólo según una máxima tal que puedas querer al mismo tiempo que esta máxima se torne en ley universal". De hecho, el Imperativo Categórico es una actualización, racionalizada filosóficamente, de la antigua Regla de Oro presente en muchas culturas: Trata a los demás como te gustaría que te trataran a ti. Kant es claro al indicar que es posible reducir todos los actos del entendimiento a juicios, por lo que el conocimiento mismo vendría siendo la capacidad de juzgar que tiene el sujeto. Con el Imperativo categórico Kant se refería a que la conducta y los valores morales son siempre principios de la ley natural y universal de todo ser humano (Allison, 1990).

La consecuencia a nivel político de la propuesta kantiana es la tolerancia y el respeto a las ideas, de ahí que surja su valor para la discusión en torno a los derechos de las personas, su principio y garantía. Siempre que se pretenda fundamentar filosóficamente los principios rectores de los derechos humanos es imperioso recurrir al pensamiento kantiano. Su filosofía y ética nos permiten entender el valor de los derechos de los individuos. Además, en una de sus últimas obras (*La paz perpetua*, 1795), Kant propone una Federación de Estados Libres, unidos mediante un Convenio cuyo objetivo sería la prevención de la guerra, avanzando así la idea de lo que, 125 años después, tras la Primera Guerra Mundial, se concretaría en la creación de la Sociedad de Naciones (y tras la Segunda Guerra Mundial, en las Naciones Unidas) (Rawls, 1980).

Immanuel Kant enfatiza también la distinción de dos tipos de deberes; aquellos del derecho, que representan la idea de una metafísica de las costumbres, y los deberes de virtud o éticos que pertenece a la esfera de la moralidad. Refiere así a que la naturaleza opera como tipo de categorías de la libertad y en el caso de la ley universal como derecho legal. Si bien es cierto que Kant no menciona la privacidad como un mandato a cumplir a través de la ley, identifica las acciones correspondientes a la "fidelidad como la promesa contractual" tanto dentro del campo jurídico como moral. (Guyer, 2002)

DERECHOS HUMANOS Y TOMA DE CONCIENCIA EN EL SIGLO XXI. PROUESTA PARA UNA NUEVA AGENDA BIOÉTICA

LA PRIVACIDAD COMO DERECHO HUMANO

La ética autonomista liberal distingue dos ámbitos distintos: el de la moral privada y el de la moral pública; el ámbito de la privacidad es una conquista de la modernidad, que en la Edad Media se hallaba reducida. Como afirma el historiador francés Philippe Ariés, pionero de la vida privada, en esa época se encontraba al individuo encerrado en un ambiente de las solidaridades colectivas y comunitarias, en un mundo que no es ni privado ni público; esto quiere decir que el hombre medieval vivió en un amplio dominio de lo público, exactamente en total diferencia de lo que sucede en el siglo XIX, en el cual la sociedad se fue convirtiendo en una población anónima de gente desconocida, polarizada en actividades públicas (como el trabajo) y la privada (la vida en familia); y es en esta última donde puede elegir con libertad, su forma de vida y su identidad personal.

A partir de la modernidad lo privado pasa a ser el ámbito de lo individual, autónomo, sagrado, cerrado y de género. Lo público en cambio, es heterónomo; representa la propiedad colectiva, social y económica. En esta línea, desde la ética de la razón Max Weber define lo privado en éticamente positivo y lo público, en éticamente negativo. Lo privado está basado en principios deontológicos morales de la convicción (los derechos humanos), en cambio lo público se rige por criterios teleológicos y por ello es una moral de la responsabilidad colectiva y social.

Siguiendo el pensamiento liberal clásico, lo privado se erige como espacio del pleno desarrollo de la libertad individual, aquella que lo colectivo (Estado) no puede ni debe inmiscuirse. Son estos pensadores, en especial Locke y Kant, los que dan fundamento al derecho individual y su debida protección y garantía.

Es a partir de estas reflexiones que podemos encontrar los orígenes de los fundamentos para la institución legal de los derechos humanos. En febrero de 1947 Eleanor Roosevelt, Pen Chun Chang y Charles Melik, con la asistencia de la Secretaría de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), formularon un borrador de declaratoria de los derechos humanos, el 27 de marzo de 1947; se agregaron miembros de Estados Unidos de Norteamérica, Reino Unido, Australia, China, Chile, Francia, Líbano y Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS). El 10 de diciembre de 1948, en París, la Asamblea General de las Naciones Unidas, proclamó el Acta 217, con treinta artículos, conteniendo la Declaración Universal de los Derechos Humanos, como respuesta a las barbaries para la conciencia de la humanidad acaecidas durante la segunda

guerra Mundial. En la misma, establece en su programa 21 capítulo 36, el fomento a la educación, la capacitación y la toma de conciencia como base principal dentro de un sistema de información multisectorial hacia un desarrollo sostenible. (Naciones Unidas, s/f).

CONCLUSIONES

Estos avances significativos a la hora de regular y resguardar el espacio íntimo de las personas han sido de mucha utilidad el pasado siglo, pero con la llegada de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (TIC), sumado a la creciente concentración de las mismas por parte de unos pocos actores del mundo empresarial, nos encontramos con nuevas disyuntivas que el pensamiento liberal clásico no tenía en cuenta. ¿Qué sucede cuando no es la autoridad soberana o la razón de Estado quien concentra la capacidad de inmiscuirse en nuestras vidas privadas? Si pensamos que la gran mayoría de los dispositivos tecnológicos que llevamos en nuestros bolsillos o tenemos en nuestras casas son fabricaciones privadas con aplicaciones que generan datos que son transmitidos y almacenados por grandes empresas, qué lugar cabe para pensar el derecho a la privacidad. Ya no es solo el Estado a quien debemos limitar su abuso sobre la esfera íntima de las personas, sino que son otros privados los que hacen uso y abuso de nuestro espacio más personal. Sumado a esto nos encontramos en tiempos tan veloces que nadie se toma el trabajo de resguardar su información. El acceso por parte de estas empresas a nuestra información es casi total, desde redes sociales (que no son otra cosa que empresas de gestión de datos privados para marketing y publicidad) hasta aplicaciones y videojuegos, o empresas de telecomunicaciones que saben cuánto, cómo, y con quién nos comunicamos.

Este nuevo escenario pone de relieve la importancia de repensar los límites a la intromisión de otros en la intimidad, de ahí que lo pensado por autores como Hobbes, Locke y Kant cobre tamaño relieve. Su pensamiento sigue siendo un puntal para reflexionar y tomar acciones en nuestro actual contexto, solo que debemos repensar ya no solo el poder en tanto entidad pública sino también el lugar que ocupa el poder concentrado en manos privadas. Tanto desde las políticas públicas, las normas y leyes que pueda llevar adelante un Estado, como de las organizaciones y actores de la sociedad civil es imperioso retomar el legado liberal-moderno y actualizarlo a los requisitos actuales en términos de preservación de los derechos humanos y la privacidad de las personas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMNISTÍA INTERNACIONAL (s/f). *Historia de los Derechos Humanos, Siglos XVII y XVIII, Las grandes declaraciones*. Recuperado de <http://www.amnistiacatalunya.org/edu/es/historia/inf-s18.html>
- ALLISON, H. (1993). *Kant's Theory of Freedom*. Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9781139172295>
- GALLO, E. (1984). *Notas sobre el Liberalismo Clásico*. Ediciones Macchi. Buenos Aires.
- GUYER, P. (2002). *Kant's Deductions of the Principles of Right*. Timmins.
- LOCKE, J. (1990). *Two treatises of Government*. Cambridge University Press.
- NACIONES UNIDAS. (s/f). Programa 21: Capítulo 36. Naciones Unidas. Disponible en: <https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/agenda21sp-chapter36.htm>.
- RAWLS, J. (1980). *Kantian Constructivism in Moral Theory*. The Journal of Philosophy, 77(9), 515-572. <https://doi.org/10.2307/2025790>

OTRA BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- PÉREZ LUÑO, A. (2006). *La tercera generación de derechos*, Thomson, Navarra.
- SÁNCHEZ PACHÓN, J. (2015). *Adela Cortina: El reto de la ética cordial*. BROCAR.
- SÁNCHEZ ROJO, A. (2017). *El derecho humano a la privacidad desde el enfoque de las capacidades: una reflexión educativa*. Edetania (51) [Julio 2017]157-170. ISSN: 0214-8560
- TURÉGANO MANSILLA, I. (2020) *Los valores detrás de la privacidad*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (43),

LA PRIVACIDAD: UN DERECHO HUMANO Y UN PRINCIPIO CIUDADANO

Gladys Inés Bustamante Cabrera - BOLIVIA

César Lara Álvarez - MÉXICO

Mónica Vazquez Larsson - ARGENTINA

Paula Putallaz - ARGENTINA

Dirce Bellezi Guilhem - BRASIL

Agueda Muñoz del Carpio Toia - PERÚ

RESUMEN

Este artículo pretende establecer pautas de análisis sobre la forma de inclusión de la educación de los derechos humanos en diferentes niveles del saber, integrando la formación en bioética, como claves fundamentales en el desarrollo de una vida digna, inclusiva y participativa. Del mismo modo, plantea reconocer la importancia del reconocimiento de la privacidad como derecho humano, dentro de la formación de las personas y de la comunidad, en la que se proteja y sancione su vulneración. Consecuentemente, luego de una crítica analítica y constructiva, las propuestas, darán lugar a cambios en los paradigmas individuales relacionados con el tema.

ABSTRACT

This article aims to establish analysis guidelines on the form of inclusion of human rights education at different levels of knowledge, integrating training in bioethics, as fundamental keys in the development of a dignified, inclusive and participatory life. In the same way, it proposes to recognize the importance of the recognition of privacy as a human right, within the formation of people and the community, in which its violation is protected and punished. Consequently, and after an analytical and constructive criticism, the proposals lead to changes in the individual paradigms related to the subject.

DERECHOS HUMANOS, EDUCACIÓN Y PRIVACIDAD

La privacidad cumple un rol fundamental en la formación de la persona como “sujeto político y moral” (Sánchez Rojo, 2016) siendo necesario que, desde las primeras etapas de la vida, la población adquiera competencias sobre la importancia de la preservación de la privacidad para la protección de datos y prevención de toda discriminación como parte de los derechos humanos individuales y colectivos.

Esto se muestra particularmente importante considerándose que la “... revolución tecnológica ha causado grandes cambios en la forma de convivencia de los individuos, lo que implica que debe haber una restructuración en la forma de ver al hombre y la cultura dentro de la sociedad; aunque siempre está la posibilidad, como ocurre en la actualidad, de que las relaciones humanas corran grandes riesgos y cambie la forma de convivencia, ya que serían cada vez más opacas y la invasión de la privacidad crecería a pasas agigantados”.(Díaz, Buck, 2013, pp.127).

La inserción de tecnologías de la información y recolección de datos personales, en centros educativos, financieros, cursos en línea y redes sociales ha puesto en peligro la privacidad de los sujetos, al exponer de forma pública algunos datos personales que son accesados por miembros a los cuales nunca se dio permiso explícito de su uso. Por supuesto que desde la perspectiva del comercio electrónico, esta información se constituye invaluable para incrementar ventas y acceder con marketing a potenciales usuarios.

La legislación relacionada al tema es escasa y debiera estar orientada a la protección de la información entregada en buena fe y que la misma no pueda ser usada con fines poco nobles, como sucede en la información trucada que se aplica con filtros en redes sociales, en la que la imagen de cualquier ciudadano es utilizada para la creación de memes, noticias falsas e incluso difamatorias, sin que exista regulación sobre esta difusión de imágenes.

Por otro lado, las leyes deben contemplar hechos donde los solicitantes de datos, especifiquen la finalidad y el tratamiento de los mismos, existiendo prohibición expresa de la divulgación de cualquier tipo de información, evitando la discriminación de todo tipo, de tal forma que se regulen de manera coherente las opiniones violentas sobre creencias religiosas, políticas, sexuales, etcétera.

El manejo de datos personales y no personales, es responsabilidad de todos, requiere prevenir la ruptura de la confidencialidad, debido a que expone a riesgos a la persona individual, pero también para la comunidad a la que representa, sobre todo en el campo de la salud y derechos humanos. Cada vez es más difícil, preservar ilimitadamente la información, con estrategias como la “anonimización de datos” ya que, en los últimos años, existe evidencia del

debilitamiento de esta estrategia, con incremento de la reidentificación de bases de datos previamente anonimizadas, a través del análisis de distintas fuentes de datos personales parciales y datos no personales, gracias al acceso en redes y ciberespacio. (Gil, 2016).

“El límite entre lo real y lo virtual tiende a desaparecer porque lo real es cada vez más virtual y lo virtual es cada vez más real. El mundo virtual se metió en nuestras vidas y nuestras vidas se desarrollan cada vez más en entornos virtuales. La presencialidad es cada vez menos necesaria para realizar diversas acciones y para mantener distintos tipos de relaciones sociales. La educación no es una excepción; también progresó en esa dirección. De tal forma que no solo tiende a asumirse la obviedad de que lo virtual es parte de la realidad, sino a usarse tecnologías digitales de comunicación para acciones de la vida cotidiana” (Dabat citado en Sepúlveda y cols. 2016, p.12).

Es necesario entonces que todos los que acceden a información de usuarios y todos los usuarios deben conocer los riesgos a los que se exponen al entregar libremente información que puede ser utilizada en cualquier medio, de tal forma que la educación en ciudadanía digital, debe estar apoyada por normas jurídicas que respalden el resguardo de la información y la privacidad del individuo, quien además se hace dueño de su propia seguridad.

Paralelamente a la educación para la ciudadanía digital las personas deben ser preparadas por medios de la alfabetización digital para que puedan adquirir habilidades para localizar, investigar y analizar información usando la tecnología, lo que les permitiría utilizar las redes de forma crítica y protegerse individual y colectivamente, especialmente en lo que se refiere a la protección de datos personales (Cani, 2015).

Pérez Luño apunta que “la tecnología nos está acostumbrando, con una sucesión de inventos (...), que hacen que vaya perdiendo su dimensión sobre-humana la realización de actividades inalcanzables para todas las generaciones precedentes. Pero la secuencia del cambio tecnológico es tan rápida que el hombre común, e incluso el experto, tienen que hacer un esfuerzo constante de adaptación ante esta avalancha de innovaciones” (Diaz, Buck, 2013).

Es por todo ello, que se debe tomar conciencia de la importancia de la privacidad y del empoderamiento de la población a través de la educación, para proteger la privacidad de sus datos y los datos de los demás, sancionado cualquier intento de su vulneración.

Cabero (2007) citado en Domínguez; Jaén & Ceballos, M.J (2017) , hace mención a que la implantación de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, están produciendo cambios en la manera en que las personas crean, archivan, transfieren e intercambian la información, de manera que lo importante está dejando de ser la tecnología en sí misma, para centrarse en

otros aspectos como son su uso, generalización social, y creación de entornos específicos para la formación, el desarrollo profesional y ocupacional.

DERECHOS HUMANOS Y POLÍTICAS EDUCATIVAS

Como menciona Caride (2007) sobre los derechos humanos “son las reglas y los procedimientos que no pueden ser eliminados sin incoherencia ni contradicción” (Caride pp.314) ya que se constituyen en los referentes democráticos de un país, vinculados al reconocimiento explícito de los gobernantes a que su existencia se relacione con una sociedad pluralista respetuosa de la convivencia pacífica, institucionalizada en la existencia de leyes que protegen a los ciudadanos.

Estos derechos que determinan las conductas morales de los individuos, deberán estar regulados por normas consensuadas entre los actores políticos y de los ciudadanos que son representados por los primeros, evitando que la precariedad de sus extensiones prive de seguridad a uno o muchos de sus habitantes. Es decir, que la elaboración, ejecución, prosecución y/o modificación de normas relacionadas a estos ámbitos, estarán fomentadas básicamente por la moral individual y colectiva de los ciudadanos, de tal forma que el éxito o fracaso de la implementación de políticas que fomenten la educación y el valor de los derechos humanos, no dependa de la existencia de leyes o documentos que aprueben la ejecución de programas, sino de la capacidad de los ejecutores y receptores del proceso, de asimilar las conductas morales y diferenciarlas en efectos propositivos para su sociedad.

En muchas circunstancias, la gama de información que se localiza en Internet resulta beneficiosa para conocer y difundir cualquier dato que sea de interés. “Asimismo, los usuarios encuentran una constante entrada y salida de conocimiento, que les permite obtener nuevas experiencias de vida a través de un espacio en el que se sienten con la confianza o seguridad de poder experimentar algo nuevo en su vida, sin valorar por completo las consecuencias de sus actos” como lo comparte el autor Hernández Ramírez (2018, pp.7) en su investigación acerca de la protección de datos personales de menores que utilizan redes sociales.

En tal sentido, sensibilizar y generar conciencia respecto del uso de información personal con base en datos poblacionales es primordial a fin de evitar que se incurra en el manejo discrecional de información, violando el derecho a la privacidad de los habitantes. A tal fin, el uso racional de información privada debe regularse desde el momento en que se ingresa información a la web, estableciendo programas de civilidad informática, con el fin de proteger al sujeto y a la información proporcionada por el mismo en las redes. No se debe olvidar en este contexto el respeto a las personas y poblaciones en situación de

vulnerabilidad a efectos de evitar su exposición pública con fines fotográficos, sensacionalistas, científicos o académicos.

El documento publicado por Clark; Zaror & Mejía (2020) a través del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) acerca de la temática asociada a los marcos legales y estadísticos en América Latina para la implementación de mejores prácticas se destacan algunas conclusiones vinculadas a la importancia de que las legislaciones de los diferentes países mantengan atribuciones relativas a la formación y capacitación de capital humano en materia estadística ya que es un mecanismo para explicar al resto de la sociedad cómo opera la actividad estadística y sus lineamientos, como así también para promover, facilitar y monitorear el avance de los países hacia un desarrollo inclusivo y sostenible, coherente con la Agenda 2030, con los Objetivos de Desarrollo Sostenibles (ODS) y las políticas públicas, las cuales deben necesariamente basarse en evidencia, en datos oportunos y de calidad, propiciando una gestión en base a resultados.

Por otro lado, hacen mención los autores a la importancia de generar conciencia sobre el valor público de las estadísticas, promoviendo políticas adecuadas de difusión y uso, impulsando a la toma de decisiones en base a evidencia. Este aporte es de gran importancia especialmente en los tiempos actuales donde abundan bases de datos de volumen y calidad diversos, donde es necesario que el fortalecimiento y la mayor capacidad estadística de los sistemas informáticos incorporen elementos de calidad, en la recolección, mantenimiento y emisión de información con una lógica coordinación, acceso y uso de fuentes alternativas de datos, así como la autonomía técnica y financiera de los centros responsables, apoyados por los avances tecnológicos disponibles. (Clark, X., Zaror, D., & Mejía, J.A. pp.20)

A través del tiempo y el desarrollo de la tecnología en asociación con los valores se van renovando, pero deben prevalecer los principios establecidos previamente en las Declaraciones universales como un instrumento de respeto a los seres humanos, que guíen los mecanismos jurídicos y políticos para garantizar el respeto a los derechos fundamentales.

La educación en base a contenidos actitudinales y de valoraciones concretas sólo es posible con la aplicación de métodos de intervención ético - pedagógicos que consideren o no la enseñanza de los sistemas éticos, pero utilicen diversas técnicas didácticas (Trillas, 1992. Citado en Andreu de Bennato, 2009). Además la autora hace referencia a la incorporación de otras técnicas didácticas que permitan la imitación de modelos valiosos (donde ocupa un lugar especial la narración expresada en obras de teatro, cine o videos), el análisis de casos y la asignación de roles, que permitan la identificación de los alumnos con los problemas y dilemas que deberán enfrentar en la vida cotidiana y profesional. (Andreu de Bennato pp.4). Es interesante a la rele-

vancia que hace en cuanto a que no es suficiente, aunque si necesario que se incorpore como una asignatura en el plan de estudios, destacando que lo ideal sería que atravesie transversalmente a modo de intervención en cada materia como contenidos actitudinales complementando a los procedimentales y conceptuales.

Es una realidad que, como todos los servicios, el mal uso de las tecnologías presenta un elemento de riesgo potencial con mayor fuerza en niños y adolescentes. Se han clasificado 4 categorías de riesgos (García Giménez, 2010, pp.75 citado en (Díaz, Buck, 2013):

1. “Contenido ilegal” (imágenes de abuso infantil y lenguaje ilegal y de odio)
2. “Contenido inapropiado para la edad” (pornografía o contenido sexual, violencia u otro contenido para adultos que es inapropiado para menores)
3. “Contactos” (se relaciona con tener contactos inapropiados de adultos con intereses sexuales en niños)
4. “Conducta” (como se comportan los menores en línea, incluye bullying o victimización, comportamientos que son riesgos potenciales, divulgar información personal, postear fotografías sexualmente provocativas, mentir sobre la edad o proponer verse cara a cara con alguien que se conoció en la red)

Son muchos los ejemplos que se pueden mencionar relacionados a estos puntos, como las sanciones pecuniarias establecidas en los tribunales de La Palmas- España, donde se estableció un pago de 5000 euros al padre de un menor que subió una foto ofensiva a una red social, haciendo énfasis en la vigilancia que debía tener el menor por parte de sus padres. (Noain, A 2010) o las solicitudes que aparecen en las redes sociales, donde alguien se apropiá de la identidad virtual de una persona, ingresa a su perfil, accede a sus contactos, a quienes solicita el envío de dinero, por encontrarse en una aparente situación complicada en otro lado del mundo. En ocasiones el dueño verdadero del perfil es bloqueado y su imagen es utilizada con fines ilícitos.

Cabe reflexionar que las medidas que se han tomado no son suficientes, se necesita de un mayor esfuerzo por parte de la sociedad y de las autoridades para poder subsanar los excesivos riesgos y peligros que están vulnerando los derechos de intimidad, privacidad y protección de datos, para que pueda existir esa armonía entre las nuevas tecnologías y la sociedad (Díaz, Buck, 2013 pp.131). Así mismo, es necesario tomar en cuenta que la forma de brindar esa educación en derechos humanos y en valores, requiere ser actualizada y acorde al manejo

de las nuevas tecnologías de la comunicación e información, ya que son “el nuevo universo de nuestros jóvenes, marcado por tres rasgos: la numerización, como la posibilidad de reducir el lenguaje, la imagen y el sonido a algoritmos que podemos reproducir y transmitir. La virtualidad que no es otra cosa que hacer posible un mundo que no es real, en el que podemos navegar, explorar.

Vale la pena mencionar que el proceso educativo, se ha introducido sistemas de vigilancia para aquellos estudiantes que cursan formación en línea de tal forma, que las estructuras reguladoras de algunos modelos evaluativos, insertaron cámaras de registro del ambiente donde el estudiante desarrolla sus actividades académicas y evaluativas, que en un momento dado, se pensó que sería una forma muy fácil de control docente en la enseñanza remota. Sin embargo, en la Universidad de Córdoba en mayo de 2020, un estudiante recurrió a tribunales, denunciando la violación a la privacidad, misma que se encuentra en proceso de deliberación, desaconsejando la grabación de sesiones de videoconferencias programadas con los estudiantes, a no ser un caso estrictamente necesario.

La inmediatez cuyo eslogan es «todo, enseguida, para todos». La información ya no obedece a un lugar ni espacios concretos” (Domínguez Fernández; Martínez & Ceballos, 2017 pp.197), muchos estudiantes y profesionales adquieren además competencias sobre derechos humanos y sobre ética en base a la enseñanza-autoaprendizaje de la ética en los diversos Comités de Ética de hospitales, centros de investigación y centros de salud, siendo necesario entre las estrategias de enseñanza, el acceso a estos espacios de formación, pero tomando en cuenta la búsqueda del aprendizaje de comportamientos éticos y de defensa de los derechos humanos y no solo la imitación de las actitudes de nuestro entorno social más próximo, por lo tanto, requiere del análisis de la propia praxis y de las estructuradas de los hábitos actitudinales aprendidos (Andreu de Bennato p.5).

La educación sistemática y continuada en el área de derechos humanos desarrollada por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, Ciencia y Cultura (UNESCO) está orientada por el Programa Mundial para la Educación en Derechos Humanos que incluye temas entre los cuales están valores como la paz, no discriminación, igualdad, justicia, no estigmatización tolerancia y respeto por la dignidad humana. Estos temas son intersectoriales e indican que los gobiernos deben adoptar estrategias y programas nacionales sostenibles para que las personas puedan acceder a los conceptos y marcos estructurales relacionados a este asunto, lo que contribuiría para la construcción de una sociedad más justa, inclusiva y respetuosa (UNESCO, 2014).

Pero, más allá del plano declamativo y “más allá de lo que las normativas establezcan, sin el fortalecimiento de habilidades y de actitudes (orientadas

a establecer vínculos de «confianza» interpersonal así como a comprender con claridad cuál es el sentido de «guardar secretos» de índole «confidencial») no será posible evitar que se siga vulnerando a las personas, a través de la comisión de «errores» en el manejo de sus datos personales y sensibles” (Sorokin, 2013, p. 84).

CONCLUSIONES

La educación en Derechos Humanos, debe ser coherente con su discurso y con su praxis, (Freire, 1986) y debe contener: la integralidad e indivisibilidad, así como la participación social para la comprensión y aprendizaje mutuo y la responsabilidad de los Estados de asumir la función de protección de los derechos humanos, siendo la privacidad de la información de todas las personas (no solamente de las personas vulnerables), un reto a asumir.

En virtud de ello, el presente trabajo gira en torno de dos grandes categorías de análisis: a) los Derechos Humanos como gran paraguas convocante y b) la privacidad como derecho humano, en tanto práctica cotidiana y no mera declamación de principios.

BIBLIOGRAFÍA

- ALVARADO, L., & GARCÍA, M. (2008). Características más relevantes del paradigma socio-crítico: Su aplicación en investigaciones de educación ambiental y de enseñanza de las ciencias realizadas en el Doctorado de Educación del Instituto Pedagógico de Caracas. *Sapiens. Revista Universitaria de Investigación*, 9(2), 187-202.
- BELTRÁN GAOS, M. (2009). La importancia de la educación en los Derechos Humanos. Especial referencia a América Latina. *Revista Latinoamericana de derechos humanos*, 15, 37-48.
- ANDREU DE BENNATO, M. (2009). La enseñanza de la ética y la educación en valores. *Nuevo Itinerario Revista Digital de Filosofía*. ISSN 1850-3578. Recuperado de <https://revistas.unne.edu.ar/index.php/nit/article/view/3200/2865>
- BLAS-LAHITTE, H., & SÁNCHEZ-VÁSQUEZ, M. J. (2011). Aportes para una bioética medioambiental y la cohabitabilidad humana desde una visión relacional. *Persona y Bioética*, 15(1), 40-51. Doi: 10.5294/pebi.2011.15.1.3
- BUSTAMANTE DONAS, J. (2001). Hacia la cuarta generación de Derechos Humanos: Repensando la condición humana en la sociedad tecnológica. *Revista Iberoamericana de Ciencia, Tecnología, Sociedad e Innovación*, 1, 3-5.
- CANI, JB. LETRAMENTO DIGITAL: competências e habilidades para navegação em rede. Texto Livre. Universidade, EAD e Software Livre. LabSEMIOTEC/FALE/UFMG. Belo Horizonte: 2015. 1-5.
- CASADO GONZÁLES, M. (2011). Bioética y educación. *rev.latinoam.bioet*, 11(2), 62-71.

- CLARK, X; ZAROR, D. & MEJIA, J.A. (2020). Marcos Legales Estadísticos en América Latina. Realidades, mejores prácticas y recomendaciones. Banco Interamericano de Desarrollo (BID). Washington DC. Recuperado de <https://publications.iadb.org/es/publications/spanish/document/Marcos-legales-estadisticos-en-America-Latina-Realidades-mejores-practicas-y-recomendaciones.pdf>
- COBOS CAMPOS, A.M. (2013). El contenido del derecho a la intimidad. *Cuestiones constitucionales*, 29, 46-81.
- DÍAZ BUCK, A.V. (2013). La autorregulación en redes sociales como forma de garantizar los derechos de intimidad, privacidad y protección de datos personales. *Derecom*. No. 13. (mar-may). ISSN-e: 1988-2629. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4330473>
- DOMÍNGUEZ FERNÁNDEZ, G., MARTÍNEZ JAÉN, A. y CEBALLOS GARCÍA, M.J. (2017). Educar la virtualidad. *Pixel-Bit. Revista de Medios y Educación*, 50, 187-199. *Píxel-Bit. Revista de Medios y Educación*. N° 50 Enero 2017. ISSN: 1133-8482. e-ISSN: 2171-7966. Doi: 10.12795/pixelbit.2017.i50.13
- FREIRE, P. (1986). Reflexión crítica sobre las virtudes de la educadora o el educador. Paulo Freire | Taller Libre de Proyecto Social. Recuperado de <http://www.tlps.com.ar/reflexion-critica-sobre-las-virtudes-de-la-educadora-o-el-educador-paulo-freire/>
- GARFÍAS, M. E. L. (2009). Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos humanos. Derechos Humanos México. *Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*, 1(12), Article 12. Recuperado de <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/derechos-humanos-cndh/article/view/5684>
- GIL, E. (2016). Big data, privacidad y protección de datos. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Agencia Española de datos.
- GÓMEZ, J. A. C. (2007). Derechos humanos y políticas educativas. *Bordón. Revista de Pedagogía*, 59(2 y 3), 313-334.
- HERNÁNDEZ RAMÍREZ, S. (2018). "La protección de datos personales de menores en redes sociales: desafíos y recomendaciones". INFOTEC Centro de Investigación e Innovación en Tecnologías de la Información y Comunicación, Ciudad de México.
- KUBLI-GARCÍA, F. (2017). Componentes del derecho a la privacidad. *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, 7, 26-26. Doi: 10.22201/fder.26831783e.2019.7.109
- MIHR, A. (2004). Educación en derechos humanos en el ámbito universitario. *Tarbiya*, 35, 29-42.
- MOSQUERA CARO, L. J. (2016). Prácticas discursivas en torno a la interculturalidad como propuesta frente a la discriminación racial. Universidad

- Pedagógica Nacional, Facultad en Educación Maestría en Educación, Bogotá, D.C. Recuperado de <http://repositorio.pedagogica.edu.co/bitstream/handle/20.500.12209/974/TO-19909.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- NACIONES UNIDAS. (2010). Proyecto de plan de acción para la segunda etapa (2010-2014) del Programa Mundial para la educación en derechos humanos. Naciones Unidas. Recuperado de https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/15session/A.HRC.15.28_sp.pdf
- NACIONES UNIDAS. (2014). PROGRAMA MUNDIAL PARA LA EDUCACIÓN EN DERECHOS HUMANOS (Naciones Unidas Derechos humanos). Naciones Unidas. Recuperado de https://www.ohchr.org/Documents/Publications/ThirdPhaseWPHREducation_SP.pdf
- NACIONES UNIDAS. (2015). Declaración Universal de Derechos humanos (Naciones Unidas). Recuperado de https://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR_booklet_SP_web.pdf
- NACIONES UNIDAS. (1966) Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos. (1966). Recuperado de https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/ccpr_SP.pdf
- NOAIN, A. 2010. “Un Hombre Pagará 5.000 Euros Porque Su Hijo Subió Una Foto Ofensiva a Tuenti | España | Elmundo.Es.” Tribunales. Retrieved February 19, 2021 (<https://www.elmundo.es/elmundo/2010/11/17/espana/1290016976.html>).
- RUFFINI, M. L., & RUFFINI, M. L. (2017). El enfoque epistemológico de la teoría crítica y su actualidad. Cinta de moebio, 60, 306-315. Doi: 10.4067/S0717-554X2017000300306
- SÁNCHEZ GÓMEZ, N., SANDÓVAL VALERO, E. M., GOYENECHE, R., GALLEGOS QUINCENO, E., & ARISTIBAL MUÑOZ, L. Y. (2018). La pedagogía crítica desde la perspectiva de Freire, Giroux, y McLaren: Su pertinencia en el contexto de Colombia y América Latina. Espacios, 39(10), 41-44.
- SÁNCHEZ Rojo, A. (2016). Educación y derecho a la privacidad en la sociedad del conocimiento Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Educación, Departamento de Teoría e Historia de la Educación. Recuperado de <https://eprints.ucm.es/36514/>
- SEPÚLVEDA, P. (COMP.) (2016). Trayectorias reales en tiempos virtuales: estudiantes y docentes universitarios desde una mirada inclusiva 1a Ed. - Libro digital, EPUB. Bernal: Universidad Virtual de Quilmes – Argentina
- SOROKIN, P. (2013) El resguardo de la intimidad “es necesario para mantener una calidad mínima de vida” en A. Gil Domínguez (dir.) Muerte Digna. La Ley. Buenos Aires, p. 84.
- UNESCO. (1975). Records of the General Conference, 18th session, Paris, 17 October to 23 November 1974, v. 1: Resolutions (UNESCO). UNESCO. Recuperado de <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000114040.page=144>

VIDA PRIVADA, PANDEMIA Y DERECHOS HUMANOS

María Angélica Sotomayor Saavedra - CHILE
Luis Manuel López Dávila - GUATEMALA

RESUMEN

En pleno periodo de pandemia de COVID-19 se ha necesitado de la medida de confinamiento, que para los sectores marginales de la sociedad se ha concretado en un encierro en condiciones durísimas e incluso infráhumanas, donde la privacidad como espacio vital, se encuentra invadido por medidas de protección impuestas por la autoridad. En cuanto se observa esta realidad, se hace visible la desigualdad de oportunidades sociales para recrear los derechos a la vida privada, aún más en la emergencia sanitaria. La orientación legislativa para proteger y promover el derecho a la vida privada tal y como lo indican los instrumentos internacionales atinentes a la privacidad, se convierten en retos de lucha social.

ABSTRACT

In the middle of the COVID-19 pandemic period, the lockdown measure has been necessary, which for the marginal sectors of society has meant a confinement in extremely hard and even subhuman conditions, where privacy in relation to the vital space is invaded by the protective measures imposed by the authority. As soon as this reality is observed, the inequality of social opportunities to recreate rights to private life becomes visible, even more in the health emergency. The legislative orientation to protect and promote the right to private life as indicated in the international instruments regarding privacy become social struggle challenges.

PREÁMBULO: EL DERECHO INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS

La Carta de las Naciones Unidas en su Prólogo “reafirma la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas...” Más adelante en el artículo 55 establece el compromiso de promover el “respeto universal de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades.” Este documento esculpe en piedra por primera vez la universalidad de los Derechos Humanos, principio que será refirmado por prácticamente todos los instrumentos de derechos humanos posteriores. Fue aprobado por consenso, con 8 votos de abstención no por oposición, por la ausencia en su texto de los derechos colectivos o de los pueblos.

El basamento en la dignidad humana, está claramente destacada en la Declaración Universal de Derechos Humanos, al señalar entre los considerandos que “...la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.”

Con la Declaración Universal nace una época en que los Derechos Humanos se hacen universales y positivos, es decir se convierten en leyes para los Estados Miembros de la ONU; ya no van a proteger a los habitantes de un Estado sino a todos los seres humanos, también son positivos porque ponen en marcha un proceso en el cual, los Derechos Humanos van a ser protegidos, incluso, contra el propio Estado que los viole.

Pese a ser obvia la importancia de tales instrumentos éticos y jurídicos, su virtud al establecer un catálogo de derechos humanos, ha sido gravitante, siendo la Declaración Universal el documento que más ha influido a nivel histórico, en el desarrollo ético social de la humanidad en la protección de la dignidad; y, sus normas han sido incorporadas a prácticamente todas las Constituciones Políticas del mundo y sus valores vigentes e inmanentes rigen la vida de la humanidad.

En los años transcurridos desde el hito que marcó la Declaración, se ha conformado un importante tejido ético - jurídico que conforma el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que se origina en la ratificación o adhesión voluntaria de los Estados a los tratados y sus protocolos facultativos, asumiendo su cumplimiento. Los tratados y protocolos son supervisados por Naciones Unidas, a través de informes periódicos sobre la situación de determinados derechos en un Estado parte y de las comunicaciones particulares. A modo ejemplar, los convenios, pactos o tratados surgidos en el sistema de Naciones Unidas, corresponden a: la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965); el Pacto

Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) y su Protocolo Facultativo (2008); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), su Protocolo Facultativo de 1966; y su Segundo Protocolo Facultativo destinado a abolir la pena de muerte (1989); la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979) y su Protocolo Facultativo (1999); la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), su Protocolo Facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (2000), su Protocolo Facultativo relativo a la participación de niños en los conflictos armados (2000) y su Protocolo Facultativo relativo a un procedimiento de comunicaciones (2011); la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984) y su Protocolo Facultativo (2002); la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (1990); la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (2006) y su Protocolo Facultativo (2006); y la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (2006).

DERECHO A LA INTIMIDAD, LA VIDA PRIVADA

Entre los derechos reconocidos en la Declaración Universal, se consagra en el Artículo 12 el derecho a la vida privada “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.”

En el propósito de tomar las primeras medidas adecuadas para asegurar la garantía colectiva de algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal, los países miembros del Consejo de Europa acordaron en Roma (1950) el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, cuyo artículo octavo reitera y reconoce el derecho al respeto a la vida privada y familiar: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.”

En el propósito de dar fuerza, ahora coercitiva o jurídica a la Declaración Universal, en el año 1966 la Asamblea General de la ONU aprobó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el que consagra esta norma en el artículo 17 en los términos siguientes:

1. “1. 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.
2. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”

Siempre en el espíritu de la Declaración Universal, el Consejo de Europa aprobó en el año 1997 el Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, que reconoce en el Artículo 10 (Vida privada y derecho a la información) “1. Toda persona tendrá derecho a que se respete su vida privada cuando se trate de informaciones relativas a su salud. 2. Toda persona tendrá derecho a conocer toda información obtenida respecto a su salud. No obstante, deberá respetarse la voluntad de una persona a no ser informada. 3. De modo excepcional, la ley podrá establecer restricciones, en interés del paciente, con respecto al ejercicio de los derechos mencionados en el apartado 2.”

Al derecho a la vida privada, concluyendo con la privacidad en el escenario de la salud, se centrará el presente trabajo.

DERECHO A LA PRIVACIDAD Y DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

La privacidad ha sido conceptualizada según Corral Talciani (como citó Anguita, 1994) como “la posición de una persona (o entidad colectiva personal) en virtud de la cual se encuentra libre de intromisiones o difusiones cognoscitivas de hechos que pertenecen a su interioridad corporal y psicológica o a las relaciones que ella mantiene o ha mantenido con otros, por parte de agentes externos que, sobre la base de una valoración media razonable, son ajenos al contenido y finalidad de dicha interioridad o relaciones” (327).

En el ámbito anglosajón, el derecho a la vida privada, a la privacidad, ha sufrido cambios y transformaciones con el paso del tiempo. Así, ha pasado por el *right of privacy* o derecho a estar solo, hacia un derecho a la protección de la información que atañe al sujeto, haciendo más evidente la evolución, precisamente por haberse desarrollado en el hemisferio norte el sistema informático que ha facilitado el tratamiento y comercio de datos, que ha requerido la protección de los sujetos. La protección de la información que atañe al sujeto, se expresa en datos y lleva a la configuración de un derecho a la protección de datos personales frente a terceros que puedan atentar contra ellos.

La evolución anotada ha llevado a identificar la protección de datos personales como un derecho autónomo claramente vinculado al derecho a la privacidad, que requiere protección, respecto a cuyas medidas o restricciones no se ha logrado consenso universal. Más aún, existen en el sistema interna-

cional de derechos humanos, disparidades en el reconocimiento del derecho a la protección de datos personales y en la búsqueda de consensos para el fortalecimiento de la protección de la persona respecto del tratamiento de su información; y en la obligación de evitar injerencias indebidas, que incidan en una vulneración de la privacidad (Maqueo, Moreno & Recio, 2017).

La privacidad es un concepto que contiene elementos del derecho a la vida privada, de tal forma que se expresa socialmente en formas diversas por ejemplo, en el manejo de información que consideramos forma parte de la vida privada, la moral que soporta nuestra toma de decisiones frente a hechos controversiales de la vida moral, que individualmente construimos como la intimidad de la persona, corresponde a nociones no generalizadas pero que en grupos morales forma ciertas tendencias que son aceptadas y compartidas. La vida en sociedad ha generado valores conectados a la vida privada, la confidencialidad como un dispositivo de garantía del resguardo de información de un tercero, la confianza que se construye en las relaciones interpersonales donde se devela información con la finalidad de alcanzar un objetivo individual para el emisor.

Indefectiblemente, la vida en sociedad que acompaña la socialización individual se conecta con los valores referidos dependiendo del entorno cultural, social, económico y político, de allí que la privacidad de acuerdo con el conjunto moral de pertenencia pueda dotar de conceptos más amplios con respecto a quienes se perciban vulnerados en su derecho a la vida privada.

En pleno periodo de la pandemia de Covid-19 se ha necesitado de la medida de confinamiento, que para los sectores marginales de la sociedad se ha concretado en un encierro en condiciones infrahumanas, donde la privacidad en cuanto al espacio vital se encuentra invadido por las medidas de protección. En cuanto se observa esta realidad, se hace visible la desigualdad de oportunidades sociales para recrear los derechos a la vida privada, aún más en la emergencia sanitaria.

La orientación legislativa para proteger y promover el derecho a la vida privada tal y como lo indican los instrumentos internacionales atinentes a la privacidad, se convierten en retos de lucha social. La tensión entre los países con mayores avances en materia legislativa, muestra una orientación con respecto a los países donde las luchas sociales no han incursionado con la intensidad necesaria, ya fuese por la indiferencia del sistema político y económico, que se sirve de la desigualdad social en la región de América Latina (Comisión Económica para América Latina y el Caribe, CEPAL, 2016) para privilegiar a unos pocos. Las garantías que en materia legislativa se deben alcanzar para promover los derechos a la vida privada desde el campo de la Bioética como disciplina, aplica al derecho a la privacidad como una herramienta de gestión individual y colectiva, frente a los abusos que se han sucedido por la ausencia o fragilidad que muestran los sistemas judiciales (CEPAL, 2014).

TECNOLOGÍA, GOBERNANZA Y PRIVACIDAD

Los desafíos tecnológicos de la vida en la actualidad, en que resulta difícil y a veces imposible alcanzar algunos bienes sociales sin el apoyo de los medios electrónicos y el Internet, ha llevado a plantear el acceso a este medio como un derecho humano. Naciones Unidas (2016), ha observado “la importancia de generar confianza en Internet, en particular en lo que respecta a la libertad de expresión, la privacidad y otros derechos humanos, para que (Internet) alcance su potencial como, entre otras cosas, (sea) facilitador del desarrollo y la innovación, mediante la plena cooperación de los gobiernos, la sociedad civil, el sector privado, la comunidad técnica y el mundo académico” (p.2) ... y concluye... “seguir examinando la promoción, la protección y el disfrute de los derechos humanos, incluido el derecho a la libertad de expresión, en Internet y en otras tecnologías de la información y las comunicaciones, así como la forma en que Internet puede ser una importante herramienta para fomentar la participación ciudadana y de la sociedad civil y para lograr el desarrollo en cada comunidad y el ejercicio de los derechos humanos, de conformidad con su programa de trabajo.” (p. 4). Así lo han reconocido ya varios países si bien en instancias diversas, entre éstos Francia, Grecia, Costa Rica, Estonia, Finlandia y España.

La vida en sociedad ha incorporado diversos servicios de atención pública sobre la base de la tecnología como una fuente de organización en el registro de datos personales, lo que permite la generación de grandes bases de datos. El efecto de crecimiento poblacional y la alta demanda de servicios, ha requerido que los avances tecnológicos computacionales se incorporen como una herramienta en la prestación de servicios. Los efectos de la incorporación de este tipo de tecnología son diversos, siendo importante centrar la discusión en el manejo de los datos privados de las personas, que corresponden a datos sensibles, en contextos sociales donde no siempre existen marcos legislativos (o estos son débiles), que controlen el accionar del uso de dichas herramientas tecnológicas.

La tecnología computacional aplicada a diversos campos del accionar de los servicios públicos, no ha llegado acompañada de un manual que refleje los puntos de controversia en el manejo de la información de carácter privado o sensible (Sorokin, 2019). Las deficiencias en el orden y en el manejo de la información, ha puesto en evidencia la falta de regulación entre los actores sociales que se relacionan para la construcción de los registros de datos privados.

La interacción de la fuente de información primaria como es el sujeto, se desvincula del dato personal, en tanto, se integran los datos privados en las grandes bases de datos. Esa falta de conexión entre el dato privado de una persona, pasa a conformar de manera despersonalizada la información cuyo valor y fuente de su origen es totalmente personal. Al integrarse con otras bases de datos, los intereses de uso son variables en cuanto puede generar información

para investigaciones, toma de decisiones políticas, inversión de recursos tecnológicos y proyectos de intervención, por mencionar los usos más frecuentes.

A modo ejemplar, con la llegada de la pandemia de Covid-19 se generó en el aeropuerto de Guatemala¹ un listado de los pasajeros que habían ingresado al país en torno a la fecha en que el gobierno inició el cierre de los aeropuertos a nivel nacional. La lista se encabeza con el texto “Gobierno de Guatemala, Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, Personas con aislamiento domiciliar Covid-19. Actualizado hasta 16-03-2020 hasta 18:40 horas”, el documento en sus columnas tiene: “nombre completo, dirección domiciliar, número telefónico, fecha de ingreso al país, tiempo de escala en el país, Localizado (Si, No), País de Origen, País(es) a donde viajó en los últimos 30 días, DAS² a la que pertenece, Observaciones”³. La lista según el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social tenía como objetivo ubicar a los pasajeros para adoptar medidas de prevención por la pandemia de Covid-19 aún no identificada en el país hasta ese momento. La lista que contiene 506 nombres fue filtrada en las redes de mensajes masivos, situación que motivó la noticia en los medios de comunicación. Ante tal hecho el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social en su comunicado No. 37 de fecha 18 de marzo del año 2020 extiende “una disculpa pública a las personas que actualmente se encuentran en cuarentena en sus hogares...” agrega el comunicado que se “realiza las investigaciones correspondientes en este caso y al momento de encontrarse a la persona involucrada, se deducirán responsabilidades administrativas o de otra índole en los órganos jurisdiccionales competentes.”⁴

El caso antes citado muestra que el uso de la tecnología en contextos donde la regulación no se ha previsto, es una fuente de violación de la vida privada, al develar información que puede servir para diversos fines, considerando que el país tiene un entorno conocido por secuestros y extorsiones. La ausencia de regulación en el uso del recurso tecnológico de la era digital, puede ser lesivo

¹ En el medio escrito de Prensa Libre con fecha 18 de marzo de 2020 se da a conocer la noticia: “Coronavirus: cuestionan a Ministerio de Salud por filtración de casos en cuarentena.” Recuperado en 26 de agosto de 2020 de <https://www.prenslibre.com/guatemala/comunitario/coronavirus-cuestionan-a-ministerio-de-salud-por-filtracion-de-casos-en-cuarentena/>

² DAS siglas de la Dirección de Área de Salud.

³ El texto entrecomillado corresponde a la lista que circulo en redes sociales.

⁴ El comunicado No. 37 del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social presenta una disculpa a los agraviados y promete hacer una investigación para deducir responsabilidades. Recuperado en 26 de agosto de 2020 de <https://www.mspas.gob.gt/noticias/comunicados/1-comunicados/780-el-ministerio-de-salud-publica-y-asistencia-social-mspas-informa-a-la-poblacion-en-general.html>

al interés individual cuando no se han llevado a la discusión pública y legislativa las implicaciones que tiene, frente al derecho a la vida privada. Además, conlleva la apertura de información de los sistemas que integran el registro de los datos. La discrecionalidad de quien tiene acceso al uso de los registros informáticos se convierte en un potencial riesgo, que únicamente implica la conducta moral del actor con acceso al registro para resguardar o no, los datos de la vida privada de las personas.

La deducción de responsabilidades en los actores que resguardan los datos, atiende a normas insuficientemente conocidas que se generan en marcos institucionales de poco alcance, dado que los funcionarios de la información en los sistemas nacionales, pueden no operar dentro del marco de normas específicas que se hayan diseñado para sus funciones, al carecer de un marco legislativo que genere dispositivos de control frente a las infracciones que se suceden con el manejo indiscriminado de la información privada. Asimismo, las directivas para el acceso a los datos en las fichas epidemiológicas de enfermedades contagiosas como la trasmisión del SARS-Cov-2, son administradas por funcionarios que tienen el resguardo del acceso a los datos, sin que dicha tutela y dispositivos de acceso a los mismos, se regule bajo ordenanzas que privilegien la reserva de los datos privados. Esto se sucede en situaciones donde las circunstancias en torno al privilegio de acceder a tales datos, suponen un mejor control del contagio de la enfermedad, la producción de investigación y la toma de decisiones, entre otras.

DEMOCRACIA, LEGISLACIÓN Y PRIVACIDAD

La vida en democracia con base al respeto de los derechos humanos en la región de América Latina y el Caribe, tiene diversas caracterizaciones, desde los países con mayor auge en la implementación de dispositivos legislativos, hasta los países con procesos incipientes. Después de la ola de represión que se vivió en la región de América Latina (Galeano, 1971) los marcos legislativos han apuntado a la vida en democracia, condición política que la ciudadanía no alcanza a comprender a profundidad, dadas las brechas de desigualdad de conocimiento. El marco de la Declaración Universal de Derechos Humanos conforma un contenido del cual poco se conoce en la población postergada en el desarrollo de condiciones de vida que le permitan un desarrollo pleno. Cabe citar a los pueblos originarios los cuales por indicadores socioeconómicos se encuentran en proporciones importantes, viviendo en pobreza y extrema pobreza (Grupo Banco Mundial, 2015).

El ideario de la vida en democracia, ha conformado la organización política de los países de la región, sin que los instrumentos legislativos acompañen en la medida indispensable el avance en desarrollo jurídico y legislativo de la vida en democracia. De esa cuenta, se tienen países en la región con mayores avances en

materia legislativa que procuran por un mejor equilibrio en términos de acceso al Derecho, como una herramienta de convivencia social, cuyos alcances se centran en las grandes ideas que se contienen en la citada Declaración Universal. El respeto a la vida privada ha sido atropellado, por citar algunas situaciones en nuestros países, con los programas populistas de dotación de las “bolsas solidarias” “bonos de la paz” y las “transferencias condicionadas” que han tenido como denominador común la incidencia en la población más desprotegida. Estos programas han requerido la conformación de grandes bases de datos, que reúnen información que da fe de la condición de pertenecer al grupo de exclusión social con la apertura de información privada que le permite legitimar su estatus social (de vivir en pobreza o extrema pobreza). Los grupos políticos y la sociedad exigen que los recursos destinados a la población desposeída, se otorguen en procesos abiertos que transparenten la ejecución de los fondos de ayuda social. Tales programas sin cuestionamiento alguno, exigen la apertura de información privada y preferentemente sensible, que dé cuenta de la condición económica de las personas, ya vulneradas por el devenir de su posición en la sociedad. Cómo revindicar en los valores de la población históricamente vulnerable, el derecho a la vida privada, si la sociedad les ha exigido que entregue de forma habitual la información, que en otros estratos de la sociedad se construye bajo un blindaje que connota la vida privada.

Se usurpa de forma reiterada el uso de la información privada para ser integrado a las bases de datos que contienen a los excluidos del desarrollo. Aún más, con la llegada de la pandemia de Covid-19, en diversos países de la región^{5, 6} se han implementado programas de ayuda económica y alimentaria para paliar el resabio de las desigualdades económicas y sociales, desigualdades que se han construido en las sociedades donde no se armoniza el contenido esencial de los derechos humanos. La debacle social y política que pone en evidencia la falta de oportunidades de acceso al desarrollo, se acompaña con la debilidad que tienen los sistemas legislativos en pro del respeto del derecho a la vida privada.

RETOS PARA LA VIDA PRIVADA EN EL MARCO DE LOS DERECHOS HUMANOS

El derecho a la vida privada reconocido en la Declaración Universal, se ha fundamentado además de la dignidad, sobre la base de la democracia, ideario

⁵ Para ampliar información sobre los programas en la región de América Latina se puede ver: “COVID-2019 Observatory for Latin America and the Caribbean: measures by country” Recuperado en 26 de agosto 2020 de <https://drive.google.com/file/d/1P01nbnjEfurE-F1ERfbnXSHvhNpeDOS/view>

⁶ Para ampliar información sobre los programas vigentes ante el Covid-19 en Guatemala se puede ver en: Nómada, (2020) Estos son los 10 programas de ayuda económica (y los requisitos para optar a ellos). Recuperado en 26 de agosto de 2020 de <https://nomada.gt/pais/entender-la-politica/estos-son-los-10-programas-de-ayuda-economica-y-los-requisitos-para-optar-a-ellos/>

que muchas generaciones no han logrado vivir. El sistema político y social en la región y en la actualidad el sistema económico, más aún con la llegada del Covid-19, enfrenta retos en cuanto a la sostenibilidad de procesos sociales que permitan el desarrollo humano integral. La falta de acceso a las fuentes de trabajo es uno de los problemas esenciales y la vida en sociedad como se había construido hasta antes de la llegada de los primeros contagios, está provocando un cambio de la vida social, sin precedente alguno. El sistema económico capitalista se ha tensado con el freno de la economía de mercado, el distanciamiento social y el cierre de los negocios, que ha generado grandes contingentes de población en desempleo, aspectos éstos que limitan vivir en plenitud el derecho a la vida privada.

Han transcurrido 62 años de la promulgación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, periodo en el cual en diversos países de la región se sucedieron violaciones que han consternado a la sociedad internacional, por ejemplo, los grandes contingentes de población que han vivido como refugiados en el sur de México. En la memoria de los repatriados está presente el sufrimiento ante la impunidad que marcó las décadas de la guerra. La noción de construir una sociedad fundada en el respeto a los derechos, tiene desafíos que dadas las fuerzas económicas del sistema capitalista, no parecieran ser alcanzables por los indicadores de desarrollo social que se han presentado en publicaciones, que sitúan a la desigualdad social como un reto para alcanzar los derechos humanos (PNUD, 2019; CEPAL, 2018).

La impunidad de actos de violencia en contra de los más desprotegidos, ha sido el denominador común del sistema de persecución judicial, se ha naturalizado la corrupción y las formas de abuso que existen en contra del más desprotegido. La posibilidad de construir el valor moral del derecho a la vida privada, constituye una noción poco conocida en el sentido más profundo de lo que representa, precisamente por la falta de práctica en la vida en sociedad. Al hacer una revisión del contenido en los instrumentos que contienen aspectos referentes al derecho a la vida privada, se observan retos profundos para el entramado social y cultural, mostrando un desafío a la formulación de leyes que articulen y armonicen en su contenido, los dispositivos de orden procedural que den viabilidad al derecho a la vida privada.

VIDA PRIVADA, ESTRATEGIA DE PODER Y SALUD, EL CASO DEL INTERMEDIADOR CULTURAL O INTÉPRETE

El Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio de Oviedo, 1996), enfrenta el derecho a la vida privada y el derecho a la información obtenida respecto a salud. La ausencia de un recurso esencial en los

términos que consagra el citado Convenio, se traduce en ciertas sociedades de América en una indiferencia al significado y contenido que la vida privada tiene en la sociedad. Una lectura de esa indiferencia se acompaña de una historia donde la impunidad y actos de lesa humanidad han estado presente en el ejercicio de la vida política y social en general.

En tal escenario, a modo ejemplar, Guatemala representa desde el periodo de la contra revolución de 1954 (Shelesinger & Kinzer, 1982) la instauración de sistemas de inteligencia militar en que, bajo la excusa de la protección del Estado, violó de forma sistemática la vida privada de los ciudadanos, con el objeto de establecer un sistema de control y represión dirigido a líderes estudiantiles, trabajadores sindicalizados y miembros de partidos políticos de pensamiento opuesto a los que ejercían el poder. El resabio de ese sistema de represión sistemático, se basó fundamentalmente en la violación del derecho a vida privada (Carmack, 1991). Éste, tensionado por la vigilancia represiva durante décadas, ha sido una experiencia compartida entre países de Europa y América Latina. El despertar a la vida en tutela de los derechos humanos como un estandarte de posibilidades de la vida en democracia, no ha sido uniforme. Las brechas de desigualdad que se observan en materia legislativa, se traducen en diversos niveles de vulneración de derechos a la vida privada.

El respeto a la vida privada, el fomento de este tipo de principio y recurso de contenido moral, parecen estar en un nivel de pensamiento que no alcanza a conectar con las formas en que se ha construido, en las sociedades sometidas a extensos periodos de violación al mismo, como un recurso de convivencia social.

En los países de América Latina el paso de la vida colonialista, se forjó sobre la base de sectores económicos y políticos que sostuvieron las desigualdades sociales, políticas, económicas y de acceso al Derecho, como un recurso para la construcción de ciudadanos de distintas clases sociales, a quienes de igual forma se les aplica el peso de la ley por la comprensión de las normas coercitivas y por los medios que tienen para la defensa de sus derechos. Los pueblos originarios de la región de América Latina han tenido que revindicar su posición de lucha de igualdad de derechos, frente a los abusos que sistemáticamente se dieron desde la usurpación del suelo, hasta la reducción de los pueblos que transitaron, desde el despojo de sus tierras a la vida en privación de acceso a la igualdad de derechos y oportunidades que ofrece la vida moderna, acceso a la educación en sus propios idiomas con fundamentos de su construcción cultural, como ha ocurrido por ejemplo con la civilización maya.

Así, el contenido del discurso de la subjetividad para expresar las emociones, tiene una intrincada dificultad dado que, en las poblaciones originarias sometidas a intensos periodos de represión, los daños en la salud mental no se encuentran en los registros de salud de la época, ni en las localidades donde se

implantó la estrategia de “tierra arrasada” (Falla, 1992). Inclusive, el hecho de abrir el espacio de la vida privada en la comunicación en el que un tercero que es el intérprete actúa, se supone el rol de un observador externo al interés del paciente, donde la desconfianza del papel que el intérprete tiene, puede ser considerado como un “espía”. Ello, dado que el daño en los sobrevivientes de las zonas con mayor represión, se debe al propio embate de la guerra de guerrillas y al sistema de vida instaurado, que le sucedió como estrategia de control social.

La desigualdad de oportunidades de contar con un espacio para abrir la vida privada a profesionales externos, no goza de la protección fundamental que resguarde con el silencio los aspectos íntimos de aquello que ha sido con mayor intensidad, afectado por actos hoy conocidos de lesa humanidad, esclavitud, violación sexual y represión militar, entre otros.

Existen elementos de contenido humano superiores al derecho a la vida privada, en tanto, el racismo ocupa un espacio en los prestadores de servicios de salud. Cómo poder aplicar la privacidad en una comunidad cuyo lenguaje de pueblo originario requiere un traductor o intermediador intercultural. El controvertido papel de un traductor se sucede en escenarios donde las comunidades no tienen entre sus pobladores personas con la formación profesional para prestar tales servicios. El dicho que dice: “secretos a voces” borra el contenido del derecho a la vida privada con la cual se puede investir el acto de comunicación entre el médico tratante y el paciente que requiere atención sin el concurso de un tercero que hace la traducción.

La intimidad que requiere el acto médico de comunicación de hechos privados, sucumbe ante la realidad de la desigualdad, por las propias condiciones que hacen que el tratante debe migrar a sitios donde la comunicación solo ocurre con un intérprete. Los temas de la vida privada, en el escenario antes expuesto, sitúa a grandes contingentes de población con limitaciones de expresar en libertad asuntos de la vida íntima. El plano legislativo se ha centrado con mayor preocupación en asuntos de la vida financiera y en el uso de datos sensibles de la vida privada, en cuanto se conforman las grandes bases de datos (Andreau et al., 2018).

Situaciones controversiales de falta de respeto al derecho a la vida privada corresponden a la cotidianidad que irrumpen con el rol del intérprete en la relación médico-paciente. Este hecho de tipo histórico-cultural se encuentra atado a elementos de tipo económico, en tanto las oportunidades del desarrollo en cuanto al acceso al derecho a la educación, no forman parte de un proyecto

⁷ Fueron acciones militares registradas en localidades de población campesina que correspondían en muchos casos a grupos étnicos de origen maya, los actos de violencia fueron registrados por Ricardo Falla en la obra “Masacres de la selva” donde se registran las experiencias de los sobrevivientes refugiados en el sur de México.

de nación, donde los pueblos originarios puedan acceder a la formación profesional en diversos campos.

DERECHO A LA PRIVACIDAD, REGULACIÓN Y JURISPRUDENCIA

El legislador de la República de Chile, no ha regulado especialmente el derecho a la vida privada, salvo en lo que se refiere al tratamiento de los datos y de las bases de datos, en la llamada Ley de Protección de la vida Privada (Ministerio Secretaría General de la Presidencia, 1999). En la Constitución Política de 1980 (Ministerio Secretaría General de la Presidencia, 2005) fue incorporada como un derecho fundamental, junto también con el recurso de protección de garantías constitucionales o Recurso de Protección. Esta es la vía por la cual las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema han conocido diversas intromisiones indebidas a dicho derecho. En lo penal, la regulación es inadecuada y parcial y en materia civil inexistente (Anguita, 2016).

Se ha intentado centrar este trabajo en la privacidad como derecho humano, en los términos a que aluden los diversos instrumentos internacionales. Sin embargo, hay múltiples derechos o áreas vinculadas e identificadas especialmente en sede jurisdiccional, en el presente caso, a través del citado recurso cautelar de garantías constitucionales. En el análisis jurisprudencial de éstos, según Rodríguez Pinto (citado por Anguita, 2016) ha distinguido los de: Vida privada - honra: datos comerciales o información patrimonial de la persona; Vida privada - intimidad: propia imagen - propio cuerpo - propio nombre; Vida privada - privacidad: construcciones que amagan la privacidad de las personas; Vida privada - honra: medidas disciplinarias de jurisdicciones domésticas (colegios profesionales, clubes deportivos, y otras); Vida privada - inviolabilidad de documentos privados: secreto bancario, secreto profesional.

DIGNIDAD DE LA PERSONA, DERECHOS HUMANOS Y ATENCIÓN SANITARIA

En Chile, la ley de Derechos y deberes de las personas en su atención de salud (Ministerio de Salud, 2012), surge luego de varios años de discusión parlamentaria, como epílogo también de un proceso de reforma al sector salud. La historia de la ley da cuenta de las bases doctrinarias tenidas a la vista, fundadas especialmente en la dignidad inherente a la condición humana. La entiende como fuente y explicación de los derechos humanos y como base permanente en la doctrina sobre la fundamentación de éstos. Así, el valor especial y único de cada miembro de la sociedad, constituye a las personas en el fin de toda norma y estructura social.

Los avances de la Medicina en el siglo XX y la enorme tecnologización que ésta ha logrado y que sigue en desarrollo, han mediatizado la relación médico paciente, lo que es particularmente llamativo en el escenario de la autonomía

del paciente, protagonismo también acentuado en la misma época y que se confronta con el tradicional paternalismo médico, proveniente de la Medicina Hipocrática. La mediatización de la relación sea por los medios usados o por los protagonistas y su enfoque autonomista, ha mostrado la necesidad de re humanizar la medicina. Los sistemas de salud han debido reaccionar concretando normas en el reconocimiento del paciente como otro, merecedor de consideración y respeto por su dignidad intrínseca, con sus derechos también como paciente; que no se agotan en estos, ya que, al asentarse en el reconocimiento de la dignidad humana intrínseca, abre mayores posibilidades a la necesidad de incluir a cualquier tipo de abusos en la relación sanitaria.

El legislador chileno reconociendo que el valor especial y único de cada miembro de la sociedad, constituye a las personas en el fin de toda norma y estructura social, ha planteado precisamente la necesidad de re humanizar la atención sanitaria (Ministerio de Salud, 2012).

DERECHO A LA INTIMIDAD, DERECHO A LA IMAGEN EN EL CONTEXTO SANITARIO

Según Truyoly Serra (como se citó en Nogueira, 2007) “Decir que hay derechos humanos... equivale a afirmar que existen derechos fundamentales que el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad; derechos que le son inherentes y que, lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser por ésta consagrados y garantizados” (p. 252). En este contexto, el derecho a la imagen podría tener una entidad propia fundada en la dignidad y no ser parte necesariamente del derecho a la privacidad.

El enfrentamiento doctrinario del reconocimiento del derecho a la imagen, plantea diversos escenarios: si éste emana directamente de la dignidad inherente o si forma parte del derecho a la privacidad o de otros. El camino seguido por el legislador chileno desde la perspectiva de la atención sanitaria, ha sido tratarlos conjuntamente.

Así, la ley sobre Derechos y Deberes de los Pacientes en Atención de Salud en el artículo 5º, ha establecido dentro de los derechos a un trato digno de los pacientes, el deber de los prestadores de “c) Respetar y proteger la vida privada y la honra de la persona durante su atención de salud.” En este contexto señala el deber de “...asegurar estos derechos en relación con la toma de fotografías, grabaciones o filmaciones, cualquiera que sea su fin o uso.” El mismo artículo agrega que “para la toma de fotografías, grabaciones o filmaciones para usos o fines periodísticos o publicitarios exige autorización escrita del paciente o de su representante legal.” (Ministerio de Salud, 2012, Art. 5 letra c)

Así entonces el derecho a la imagen puede ser concebido como parte del derecho a la vida privada, como parte de la visión externa de la figura humana, de las esferas de autonomía y control de lo que la persona es, con sus

atributos característicos: la identidad y la voz. En esta mirada, la protección de la imagen de la persona dice relación con el respeto a la intimidad y según Bidart Campos (como citó Nogueira, 1994) "el poder de decisión sobre los fines a los que hayan de aplicarse las manifestaciones de la persona a través de su imagen, su identidad o su voz".

Un caso jurisprudencial de violación de la intimidad corporal ocurre el año 1992 (Corte de Apelaciones de Santiago, 1992) en un establecimiento asistencial de la ciudad de Santiago (Clínica Alemana) cuando la paciente estaba siendo objeto de un examen de rectoscopia, respecto del cual había dado su consentimiento informado. En un momento, personal extraño al procedimiento, ingresó al recinto del examen con la autorización del médico tratante, pero sin el consentimiento de la paciente. Se trataba de personal de una empresa contratada por la Clínica para efectos de grabar la acción médica, con el objeto de elaborar un archivo para docencia del establecimiento. Si bien, el rostro de la paciente estaba cubierto y por lo tanto no fue identificada, ella alegó en sede judicial que tal hecho hizo "denigrante un análisis de suyo denigrante para ella". La Clínica reconoció el ingreso de personas extrañas, alegando que el rostro de la paciente siempre estuvo cubierto y que no hubo oposición de ella. La Corte de Apelaciones estableció en la sentencia que hubo vulneración a los derechos de la paciente "al respeto y protección de la vida privada de una persona, más aún teniéndose en consideración que conforme a los cánones de la cultura a la cual pertenecemos, ciertas partes del cuerpo humano, entre ellas, aquella que fue objeto de la filmación, no deben ni pueden exhibirse a menos que la propia persona implicada lo autorice de modo expreso, lo que no consta...". Agregó que "... el solo hecho de no haberse obtenido la debida autorización para que personal ajeno a las necesidades del examen que se ejecutaba, ingresara al recinto donde se practicaba y se haya filmado este y la parte del cuerpo señalado, implica una acción ilícita, pues contraviene el derecho de toda persona a que se le respete y proteja su privacidad". La Corte acogió el recurso de Protección, ordenando la destrucción de la grabación y el pago de las costas. Apelada la sentencia, fue confirmada por la Corte Suprema.

Si bien esta sentencia es anterior a la dictación de la Ley de Derechos y Deberes de los pacientes N° 20.584, los hechos y sus presupuestos coinciden con el espíritu y la norma considerada en el artº 5 de la ley referida, encontrándose así esta jurisprudencia plenamente vigente.

A MODO DE CONCLUSIÓN

Las redes sociales con el empleo de Internet permiten una hiper conectividad que transciende a las fronteras de países, regiones y continentes, determinantes que tensan la capacidad que tienen los dispositivos legales en contextos geopolíticos.

ticos diversos donde no hay convenios sobre el manejo de los datos privados. Los instrumentos universales en materia de derechos humanos son la vanguardia de un ideario de agenda política para las Parlamentos que en diversos países de la región de América Latina no logran marcos legislativos acordes al desarrollo de la tecnología digital, donde se observa una brecha de desigualdad marcada por la vulnerabilidad individual y colectiva, acentuada en los países con marcos legislativos debilitados dado el contexto de un poder legislativo cuya agenda doméstica no permite divisar los marcos internacionales.

Cobra relevancia la reflexión ética en materia de privacidad, protección de datos y derechos humanos, dado que la expansión del uso de los recursos de la tecnología digital en la comunicación, como ha sucedido en las últimas décadas, tiene un ritmo acelerado en concordancia con el sistema económico de las grandes transnacionales de comercio. Desde los cónclaves de académicos de Ética, se están formulando reflexiones sobre los problemas éticos en el marco global actual, cómo en este periodo de pandemia el flujo vertiginoso de información proveniente de investigaciones biomédicas ha generado la aceleración de procesos de discusión, con el objeto de aprobar investigaciones cuya fuente de información deviene de la vida privada y de datos personales, que sin lugar a dudas son fundamentales para el desarrollo de la búsqueda de respuestas a la pandemia. La problemática se sucede en tanto que los rigores de protección en el uso datos privados tienen marcos de protección mejor elaborados en países cuya economía y proceso de desarrollo incluido el regulatorio, les sitúa en situación de ventaja con respecto a otros países donde las legislaciones presentan desarrollos incipientes.

La pandemia y la urgencia de generación de conocimiento, ha puesto en evidencia la desigualdad en materia de derechos humanos y de marcos legislativos de protección, en especial a la vida privada.

Según la Declaración Universal de Derechos Humanos, la búsqueda de la libertad, la justicia y la paz en el mundo, tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana. El respeto a los derechos humanos y los esfuerzos para protegerlos y promoverlos, en especial el derecho a la vida privada en los términos contenidos en los instrumentos internacionales, es aún una tarea pendiente de los Estados y la sociedad toda, convirtiéndose en retos permanentes de la ética y de la lucha política y social.

BIBLIOGRAFÍA

- ANDREAU DE B., M.; SOTOMAYOR, M.; DURO, E.; GUBERT, I.; NIÑO M., R.; CARDOZO DE M., C.; QUIRÓZ M., E.; BENITES E., E.; LÓPEZ D., L. y; SOROKIN, P. Historia clínica y datos sensibles: Mitos, retos y riesgos de su divulgación en tiempos de Big Data. (jul-dic. 2018) Revista Redbioética/UNESCO, Año 9, 2 (18): 11-24, ISSN 2077-9445.
- ANGUITA, P. (2016) Jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la propia imagen y la vida privada en Chile (1981-2004): Un intento de sistematización. Disponible en: <https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/5228/jurisprudenciainstitucional.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- CARMACK, R. (Compilador), (1991). Guatemala, cosecha de violencias. FLACSO. San José, Costa Rica.
- CEPAL, (2014) Los pueblos indígenas en América Latina. Avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos. Naciones Unidas. Santiago. Chile.
- CEPAL, (2016) La matriz de la desigualdad social en América Latina. Naciones Unidas. Santiago. Chile.
- CEPAL. (2018) Panorama Social de América Latina. Naciones Unidas. Santiago. Chile.
- CONVENIO DE OVIEDO. (19 de noviembre de 1996). Disponible en: <http://www.bioeticanet.info/documentos/Oviedo1997.pdf>
- CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. (Sep-dic. 1992) Sentencia confirmada por la Corte Suprema, 16 de diciembre de 1992, Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo LXXXIX, N° 3, sec. 5^a, pág. 345. Artículo N° 19 N° 4, CPE.
- FALLA, R. (1992). Masacres de la selva. Editorial Universitaria, Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala.
- GALEANO, E. (2004). Las venas abiertas de América Latina. Siglo Veintiuno. México.
- GRUPO BANCO MUNDIAL. (2015) Latinoamérica Indígena en el Siglo XXI. Primera década. Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento/Banco Mundial.
- MAQUEO R., M. S, MORENO G., J. & RECIO G., M. (2017). Data Protection, Privacy and Private Life: The Challenging Search of a Needed Global Balance. Revista de derecho (Valdivia), 30(1), 77-96. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502017000100004>
- MINISTERIO DE SALUD. (24 de abril de 2012) Ley 20.584 Regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1039348>

MINISTERIO SECRETARÍA GENERAL DE LA PRESIDENCIA. (28 de agosto de 1999) Ley N° 19.628 de Protección de la Vida. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=141599>

MINISTERIO SECRETARÍA GENERAL DE LA PRESIDENCIA. (22 de septiembre de 2005) Decreto N° 100 Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la constitución política de la República de Chile. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302>

NACIONES UNIDAS (26 de junio de 1945) Carta de las Naciones Unidas. Disponible en: <https://www.un.org/es/charter-united-nations/>

NACIONES UNIDAS (10 de diciembre de 1948) Declaración Universal de Derechos Humanos. Disponible en: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf

NACIONES UNIDAS (2014) Los principales tratados internacionales de derechos humanos. Disponible en: https://acnudh.org/load/2014/12/CoreInternationalHumanRightsTreaties_sp.pdf

NACIONES UNIDAS (27 de junio de 2016) Consejo de Derechos Humanos 32º período de sesiones Tema 3 del programa Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. Disponible en: https://ap.ohchr.org/documents/S/HRC/d_res_dec/A_HRC_32_L20.pdf

NOCUEIRA, H. (2017) El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito. Fundamentación y caracterización. Revista IUS ET PRAXIS, año 13 No. 2. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122007000200011

PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (2019) Panorama general. Informe sobre Desarrollo Humano 2019. Más allá del ingreso, más allá de los promedios, más allá del presente: Desigualdad del desarrollo humano en el siglo XXI. PNUD.

SCHLESINGER, S. & KINZER, S. (1982) Fruta amarga. La CIA en Guatemala. Siglo Veintiuno. México.

SOROKIN, P.; SOTOMAYOR, M.; MPOLÁS A., A.; SÁNCHEZ P., H.; LEDESMA, F.; VERGÈS, C.; ANDREAU DE B., M.; BENITES E., E.; DURO, E.; MUÑOZ DEL C., A.; GARRA, M.; RUEDA C., L.; SCRIGNI, A.; ÁLVAREZ D., J.; LÓPEZ D., L.; TORRES, F.; RUBÍN DE C., V.; LIFSHITZ, V.; CARDOZO DE M., C.; CUDEIRO, P.; NIÑO M., R.; DURO, A.; QUIROZ M., E.; MÉSTOLA, M. Y GUBERT, I. C. (2019) Big Data, Genómica y los grandes retos de la Sociedad de la Información. En E. Tiñant (dir.) Anuario Bioética y Derechos Humanos 2019. Consejo de Bioética del Instituto Internacional de Derechos Humanos (IIDH) Capítulo para las Américas. Amazon Kindle.

Esta edición de
*La privacidad como derecho humano. Constituciones para
la promoción de una nueva agenda bioética,*
se editó en enero de 2022,
en la Dirección de Publicaciones de la
Universidad Católica de Santiago de Guayaquil
en la ciudad de Guayaquil, Ecuador.

Para su composición se emplearon las tipografías
PF Din Text Pro
-en sus variantes DISPLAY, CONDENSED Y COMPRESSED-,
del diseñador griego Panos Vassiliou,
Fedra Serif B Pro
-en sus variantes BOOK, MEDIUM Y BOLD-,
del holandés Peter Bilak;
y Wingding -en su variante REGULAR-
de los norteamericanos Kris Holmes y Charles Bigelow.



Los derechos humanos al constituirse en prerrogativas, facultades, libertades que tiene la persona, por el hecho de serlo, tienen como fundamento la dignidad humana; deben ser reconocidos y garantizados por los Estados y ordenamientos jurídicos.

Mucho se ha dicho, pero poco se ha hecho en el contexto de su ejecutividad y transparencia. Pero no todo es sombrío; esta obra insigne contribuye a construir un mundo mejor frente al embate del quemelimportismo y la falta de una globalización justa.

La Universidad Católica de Santiago de Guayaquil se engalana al publicar, con lenguaje fluido y consternado, reflexiones y propuestas para la promoción de una nueva agenda bioética en materia de privacidad.

**Ing. Walter Mera Ortiz, Ph.D.
Rector Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Ecuador**

ISBN: 978-9942-825-41-4



9 789942 825414