



Universidad Empresarial Siglo 21

CARRERA DE ABOGACÍA
TRABAJO FINAL DE GRADO (PÍA)

*PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD Y EL USO
DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS*

Di Muzio, Lucía.

Córdoba, 2013.

RESUMEN EJECUTIVO

Este Trabajo Final de Graduación está referido al impacto que tiene la utilización de las nuevas tecnologías en la difusión de información y a las posibles consecuencias que esto puede generar en la afectación del derecho a la Dignidad de la persona, a la Privacidad y a su Identidad.

En Argentina, la falta de una normativa integral que regule estas situaciones dificulta en gran medida la protección de estos derechos. Los jueces deben, entonces, echar mano a distintas herramientas que les permitan a los particulares afectados algún tipo de solución a sus reclamos. Es por eso que mediante el desarrollo de este trabajo se pretende concientizar acerca de la pronta necesidad de contar con una regulación de fondo.

ABSTRACT

This Final Paper of Graduation is referred to the impact of use of new technologies in the dissemination of information and the potential consequences that it can generate in the involvement of the right to the Dignity, Privacy, Identity of a person.

In Argentina, the lack of a comprehensive legislation to regulate these situations makes it difficult to protect these rights to a large extent. The Judges must, then, lay their hands on various tools to be able to solve the claims of individuals affected in some way. That is why it is intended through the development of this work, to raise awareness about the early need for regulation.

ÍNDICE DEL TFG

Resumen ejecutivo- Abstract.....	Pág. 2
Introducción.....	Pág. 5
Capítulo I: EL DERECHO A LA INTIMIDAD.....	Pág. 8
1) Privacidad e Intimidad.....	Pág. 8
a) Conceptualización.....	Pág. 8
b) Titular del Derecho a la Intimidad.....	Pág. 9
c) Límites.....	Pág. 11
2) Antecedentes y su consagración en normas legales.....	Pág. 12
Capítulo II: LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS.....	Pág. 19
1) Concepto.....	Pág. 19
2) Internet.....	Pág. 20
3) Límites.....	Pág. 24
Capítulo III: RELACIÓN ENTRE EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS.....	Pág. 26
1) Análisis de las normas del Código Civil: el artículo 1071 bis.....	Pág. 26
2) La protección de los datos personales: la Ley 25.326.....	Pág. 28
3) Los delitos informáticos: la Ley 26.338.....	Pág. 35
4) Antecedentes jurisprudenciales.....	Pág. 39
Capítulo IV: RESPONSABILIDAD DE LOS MEDIOS MASIVOS DE COMUNICACIÓN POR LAS VIOLACIONES AL DERECHO A LA INTIMIDAD.....	Pág. 50
1) Aspectos generales del Derecho de Daños.....	Pág. 50
a) La antijuridicidad.....	Pág. 50
b) El daño.....	Pág. 50
c) El nexo causal.....	Pág. 51
d) El factor de atribución.....	Pág. 51
2) Responsabilidad de los medios masivos de comunicación: la mirada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.....	Pág. 53
3) Responsabilidad de los sitios de Internet.....	Pág. 56
a) El daño informático.....	Pág. 57
b) Factor de atribución.....	Pág. 57

I) Doctrina que afirma la falta de responsabilidad y/o la responsabilidad subjetiva a partir de una orden judicial.....	Pág. 58
II) Doctrina que reconoce la posible configuración de responsabilidad subjetiva sin previa orden judicial de bloqueo.....	Pág. 60
III) Doctrina que sostiene la responsabilidad objetiva.....	Pág. 63
4) Acerca de la responsabilidad subjetiva de los medios de comunicación: la doctrina de la “real malicia”.....	Pág. 65
a) aspectos generales.....	Pág. 65
b) la doctrina de la real malicia en la CSJN y en la doctrina.....	Pág. 67
5) Ley de Defensa del consumidor.....	Pág. 69
6) Proyección actual: Propuesta del Proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación.....	Pág. 71

Capítulo V: HERRAMIENTAS PARA LA DEFENSA DEL DERECHO A LA INTIMIDAD.....	Pág. 73
1) Amparo y Habeas data.....	Pág. 73
2) Las medidas cautelares.....	Pág. 76
3) El derecho al olvido.....	Pág. 77

Capítulo VI: CONCLUSIÓN.....	Pág. 80
-------------------------------------	----------------

LISTADO DE BIBLIOGRAFÍA.....	Pág. 85
1) Doctrina.....	Pág. 85
2) Internet.....	Pág. 90
3) Jurisprudencia.....	Pág. 91
4) Legislación.....	Pág. 92

INTRODUCCIÓN

Nos encontramos sumergidos en la era de la globalización de la información y del conocimiento. Las nuevas tecnologías vienen causando un gran impacto en nuestra sociedad provocando el fenómeno conocido como sociedad de la información, que se caracteriza por la aplicación de la informática a nuestras relaciones habituales; ya sean profesionales, financieras o de comunicación.

Si bien, la ciencia y las tecnologías modernas han producido la unidad del mundo, en distintos aspectos, ya sea acortando las distancias y acercando los conocimientos; nos permite concluir transacciones con empresas y consumidores situados en cualquier parte del mundo, agilizan la comunicación entre personas, etc.

Pero, debemos saber, que la web al estar abierta al público en general y al no garantizar la filtración de información privada, plantea graves problemas; por lo que, se presenta como necesario contar con una regulación que otorgue herramientas útiles y ágiles para las diferentes situaciones que se puedan plantear.

Es por ello, que en el siguiente trabajo, se analizara de qué manera las nuevas tecnologías pueden incidir en el derecho a la intimidad de las personas. Para ello, se propone examinar la importancia y trascendencia que tiene el derecho a la intimidad para el desarrollo de la persona humana, como así también precisar los límites tanto del derecho a la intimidad como de las nuevas tecnologías, definiendo ambos conceptos. Se buscará también, definir los modos en que el derecho a la intimidad puede ser afectado por las nuevas tecnologías y se examinará, cuáles son los instrumentos procesales que pueden ser empleados para la defensa de la intimidad; sin dejar de lado, las repercusiones jurídicas ante la violación de dicho derecho a través de Internet.

Se tendrá en cuenta el estudio de legislación, doctrina y jurisprudencia tanto del ámbito nacional como internacional, así como también las opiniones de ciertos autores nacionales y de otros países en la temática.

El TFG comprenderá tres partes fundamentales. En la primera de ellas, se abordará el derecho a la intimidad y las nuevas tecnologías, ambos conceptos por separado, abarcando el Capítulo II el derecho a la intimidad: así, se explicarán los conceptos de intimidad y privacidad y sus límites, la consagración en las normas del derecho a la intimidad y su fundamento constitucional. En el Capítulo III se expondrá todo lo referido a las nuevas tecnologías, a la aparición de Internet con sus ventajas, desventajas y límites

En la segunda parte -en la que se incluyen los Capítulos IV y V-, se analizarán ambas variables, comenzando por la relación entre el derecho a la intimidad y las nuevas tecnologías, siguiendo con la responsabilidad civil por las violaciones al derecho a la intimidad. En este capítulo se realizará un análisis de algunos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación- como el fallo de “Ponzetti de Balbín” y el caso “Campillay”,- los que resultan de trascendental importancia ya que fijan pautas para la difusión de información y marcan con exactitud criterios de prudencia por los cuales deben regirse los medios de comunicación para no incurrir en responsabilidad por sus publicaciones. De mayor actualidad y referido específicamente a las prácticas de Internet que vulneran la dignidad de las personas, expondremos los fundamentos expuestos en el fallo de Cámara en el reciente caso “Krum c/ Yahoo de Argentina S.R.L. y Otros s/ daños y perjuicios” del año 2012, en ocasión de atribuir la responsabilidad a los buscadores de Internet. Finalmente, se hará mención a las distintas herramientas que pueden ser utilizadas para defender el derecho a la intimidad contra los ataques que pudieran producirse por el uso de las nuevas tecnologías: el amparo, el hábeas data y el derecho al olvido.

Por último, en la tercera parte que comprende el Capítulo VI, se expondrán las reflexiones y conclusiones de este trabajo de investigación, manifestando una postura personal para la resolución de estos casos que carecen de regulación hasta nuestros días.

La intención de este trabajo es que a través del análisis de todo el desarrollo del mismo pueda crearse conciencia acerca de la imperiosa necesidad de una pronta regulación integral del tratamiento de las prácticas de Internet que protejan los

derechos individuales de los particulares frente a la difusión casi ilimitada y constante de información, datos e imágenes que pueden dañar la intimidad de las personas.

Por ahora, sólo podemos contar con la buena voluntad y la prudencia de todos aquellos que intervienen en el proceso de difusión y creación de contenidos que se difunden a través del uso de nuevas tecnologías. Pero cuando ello no es así, y sus prácticas producen un perjuicio, los jueces deben extremar al máximo su capacidad para conocer sobre un campo que a veces resulta enteramente nuevo y cuya evolución es muy acelerada, como lo es el campo de las nuevas tecnologías. La falta de regulación de estas situaciones hace que a veces deban aplicar la analogía y otras veces deban acudir a la lógica de su razonamiento para poder resolver los conflictos generados por la afectación de los derechos personalísimos a través de éstos medios.

CAPÍTULO I: “EI DERECHO A LA INTIMIDAD”

1-PRIVACIDAD E INTIMIDAD

a) Conceptualización

Un tópico importante es tratar de deslindar los términos intimidad y privacidad; para ello debemos exponer las definiciones brindadas por el Diccionario de la Lengua Española (2005), el que indica que la *Intimidad* debe entenderse como una "zona espiritual íntima reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia". Según la misma fuente, *Privacidad* es el "ámbito de la vida privada que se tiene derecho a proteger de cualquier intromisión".

Intentando distinguir ambos conceptos, podemos decir que la intimidad es el ámbito personal al cual los terceros no tienen acceso. En cambio, la privacidad es la posibilidad que tiene toda persona de mantener en privado aquellas acciones que de por sí son públicas; es decir, que estas acciones son “privadas” no por su naturaleza sino que es la autonomía de la voluntad propia de cada sujeto que las hace tal. Sin embargo, se debe señalar que existe un elemento que es común tanto en el concepto de intimidad como en el de privacidad: el tratamiento de la información personal.

Coincido con Nino (2002), cuando expresa que en el mundo del Derecho, tanto nacional como internacional y en el ámbito jurisprudencial y legislativo existe una tendencia a confundir los conceptos de “derecho a la intimidad” y “derecho a la privacidad” debido a que son tomados como sinónimos.

Igualmente, ante un caso en que se plantee la violación a la vida privada o a la intimidad, es al tribunal competente a quien le toca decidir si afectó o no el derecho a la intimidad. Y en tal caso, cabe advertir, que la interferencia debe basarse en daños a terceros y estos daños deben ser sustanciales; por lo que es necesario apreciar el daño en confrontación con el plan de vida elegido por la persona, cualquiera sea el valor de ese plan (Nino, 2002).

El derecho a la intimidad forma parte de los derechos personalísimos, es decir todos aquellos que la persona humana tiene por el mismo hecho de existir y de los

cuales no puede ser privado (Borda, 1999). Así, por ejemplo, el derecho a la vida, al honor, a la libertad, a la integridad física.

Abarca por lo menos, los siguientes aspectos: el cuerpo humano y su imagen, pensamientos y emociones, circunstancias vividas y hechos relacionados con su vida o la de su familia, conversaciones en forma directa o por medios técnicos, correspondencia, domicilio, datos sobre su situación económica, etcétera. Por lo tanto, las violaciones a la intimidad pueden ser producidas de diferentes formas, por ejemplo: apertura de correspondencia, interceptación de comunicaciones telefónicas, inspección de cuentas bancarias, toma de fotografías no consentidas y difusión no consentida de dichas fotografías, divulgación de hábitos sexuales de la persona, etcétera.

Esta es la postura que fuera tomada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso Ponzetti de Balbín:

En relación directa con la libertad individual, se protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física, y, en suma, las acciones, los hechos o actos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por los extraños significa un peligro real o potencial para la intimidad.

En cuanto al derecho a la privacidad, comprende no sólo la esfera doméstica, el círculo familiar y de amistad, sino otros aspectos de la personalidad espiritual y física y nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona, no violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello, y solo por ley podrá justificarse la intromisión, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución de un crimen.¹

b) Titulares de la protección

Otra problemática que se presenta a la hora de otorgar protección a la intimidad y al ámbito privado de las personas, es determinar quiénes son los titulares de dicho derecho.

¹C.S.J.N, “*Ponzetti de Balbín Indalia c/ Editorial Atlanta S.A*”, Fallos: 306: 1892 (1984).

Así, encontramos que la mayoría de la doctrina y legislación internacional le niega la posibilidad de ser titulares del derecho a la intimidad a las personas jurídicas, en razón de que las mismas no pueden sufrir daños morales como consecuencia de las violaciones a la intimidad o privacidad (Olivares, 2000). Idéntica postura siguen Pizarro y Vallespinos (2008), al entender que sólo las personas de existencia visible son titulares del derecho a la intimidad, sean las mismas capaces o incapaces.

Pero no es la posición que ha seguido nuestra legislación nacional; que entiende al igual que en caso de no otorgarse protección a las mismas se le podría ocasionar un perjuicio a las empresas, sobre todo en los ámbitos de inviolabilidad de correspondencia, secreto bancario y derecho tributario.

Así, en Argentina, diversas leyes otorgan protección a las mismas; la ley de entidades financieras 21.526, en su artículo 39, reconoce el deber de las mismas a no revelar las operaciones que realicen, ni las informaciones que reciban de sus clientes. Por su parte, la ley 26.338 sobre delitos informáticos, ampara a los usuarios, empresas y demás organismos.

La ley 24.766, “Ley de confidencialidad sobre información y productos que estén legítimamente bajo control de una persona y se divulguen indebidamente de manera contraria a los usos comerciales honestos”, les otorga en su artículo 1º a las personas físicas y jurídicas la posibilidad de impedir que la información que esté legítimamente bajo su control se divulgue a terceros o sea adquirida o utilizada por terceros sin su consentimiento de manera contraria a los usos comerciales honestos, mientras la información cumpla una serie de requisitos expresados en dicho artículo.

También, la reforma constitucional argentina de 1994 incorporó en el artículo 43 párrafo tercero, el reconocimiento de la protección de los datos personales; sancionándose, posteriormente la ley 25.326 de Protección de Datos Personales que regula su ejercicio. La misma en el artículo 2, al definir qué se entiende por dato personal, otorga la facultad de controlar los mismos tanto a las personas físicas como a las personas jurídicas.

Reflexiono que para poder determinar si las personas jurídicas son titulares del derecho a la intimidad debemos remitirnos en primer lugar a qué aspectos quedan comprendidos dentro del mismo. Así, en determinados supuestos estará legitimada para ejercer la titularidad y en otros constará de limitaciones propias de su naturaleza.

Por lo que se puede afirmar que dentro de los aspectos que alcanza el derecho a la intimidad de las personas jurídicas se comprenden: la inviolabilidad del domicilio y correspondencia, el secreto en las comunicaciones, el secreto bancario y tributario.

Por su parte, entre de las personas físicas, existe una doctrina que está teniendo un gran impulso en el derecho comparado, en especial en los Estados Unidos. Esta doctrina entiende que la vida privada de las personas que son conocidas públicamente por desarrollar cualquier tipo de actividad (política, artística, literaria, deportiva, etc.) tienen derecho a la intimidad, pero la tutela del mismo se ve disminuida dado que existen “intereses superiores” que autorizan el ingreso en el ámbito de la intimidad. (Pizarro y Vallespinos, 2008). Al respecto, se expondrá en el Capítulo V la “doctrina de la real malicia” que se vincula directamente con este tema.

c) Límites

Por último, cabe aclarar, que el derecho a la intimidad no es absoluto, está sujeto a las limitaciones que surgen de la necesidad de proteger los intereses fundamentales de la sociedad en su conjunto y los derechos fundamentales de otras personas en particular.(Fuster, 2010). La limitación al mismo, tiene estrecha relación con un momento histórico específico, un espacio y un tiempo determinados (Pizarro-Vallespinos, 2008).

En primer lugar podemos distinguir entre *limitaciones de carácter general*, aplicables a todas las personas, como la seguridad del Estado, el bienestar de la comunidad, el ejercicio de derechos por parte de terceros y la libertad de información; y *limitaciones personales* fundadas en la condición particular de algunas personas, por ejemplo el carácter de persona pública o el consentimiento del propio interesado (Olivares, 2000).

Dentro de las limitaciones del tipo general, debe destacarse que el derecho a la intimidad no protege la conducta criminal, por lo que ninguna persona puede excusarse en la intimidad con respecto a actuaciones ilegales suyas (Fuster, 2010).

2- ANTECEDENTES Y CONSAGRACION EN LAS NORMAS LEGALES

En la Argentina, el derecho a la intimidad tiene antecedentes en los primeros presupuestos constitucionales, así: el decreto de seguridad individual de 1811 protegía, en su art. 3 los papeles privados de un ciudadano y en su art. 4 proclamaba que la casa de un ciudadano es “un sagrado”. Lo mismo se repetía en la Constitución de 1819, la que además protegía los papeles y correspondencia (Nino, 2002).

En la Constitución Nacional de la República Argentina de 1853-60, el derecho a la intimidad encuentra protección en el artículo 18, cuando establece que “el domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación”. Pero, su fundamento constitucional se encuentra consagrado en el artículo 19 de la C.N., que establece: “las acciones privadas de los hombres, que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados”.

Una primera lectura de la norma que establece el artículo 19, parece llevar a la conclusión que el mundo privado de toda persona es una zona extraña al derecho, donde nada tiene que ver la ley (Sagúes, 2007). Sin embargo, el resguardo de la intimidad tiene dos puntos de protección: por un lado, la inviolabilidad del domicilio y de los papeles privados (C.N., artículo 18); y por otro lado, el interés público como límite a la injerencia en la vida privada de las personas (C.N., artículo 19) disposición esta última que protege, sin duda alguna, el derecho de las personas a la autonomía, a conducirse libremente en todo aquello que no afecte el interés social (Fornari, M.J y Lavallo Cobos, J., 2007).

En efecto, el principio de autonomía de la voluntad se ve reflejado en los artículos 4º y 5º de la Declaración del Hombre y del Ciudadano cuando establece “la

libertad consiste en hacer todo lo que no daña a los demás y la ley no puede prohibir más que las acciones dañosas a terceros”. La Declaración se encuentra relacionada con la última parte del art. 19 de la C.N, que sienta el principio de que “lo que no está prohibido está permitido”.

Con relación a los derechos de la personalidad del individuo y fundamentalmente los ataques a su intimidad personal, en la celebración de la Conferencia Internacional de Derechos Humanos de 1968 organizada por Naciones Unidas en Teherán para conmemorar el XX aniversario de la Declaración Universal de Derechos humanos se dictó una Resolución en torno a los peligros que pueden derivarse del uso de las nuevas tecnologías y la protección de los derechos fundamentales, tales como el honor y la intimidad (Castillo- Jimenez, s.d).

La asamblea parlamentaria de dicha conferencia se recomendó al Consejo de Ministros estudiar los peligros que el uso de los equipos tecnológicos y científicos representa para los Derechos Humanos. Además se inició el debate sobre la incidencia del uso de la electrónica en los derechos individuales, discutiéndose, ya entonces, cuáles eran los límites que una sociedad democrática debía establecer para proteger dichos derechos.

Luego, en Noviembre de 1969, se llevó a cabo la Conferencia de San José de Costa Rica, durante la cual se aprobó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica que en su artículo 11 establece:

1º- Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

2º- 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.

3º- Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

Los diferentes Estados que tienen incorporados Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, deben garantizar que los mismos no sean violados y, en los casos que se requiera, crear las medidas necesarias para subsanar dicha violación, como por ejemplo, la creación de organismos, comisiones e instituciones a fin de que persigan dichos objetivos.

Así mismo, unos años antes, en la “Declaración Universal de Derechos Humanos” de 1948, en su artículo 12, ya se establecía 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”.

En Argentina, la reforma de la Constitución Nacional en el año 1994 otorgó jerarquía constitucional a estos Tratados. La misma ha conferido al derecho a la intimidad el rango de libertad constitucionalmente garantizada.

Posteriormente, y con el propósito de hacer más efectiva la protección del derecho a la intimidad, se dictó en Argentina la ley 20.889, cuya tramitación adoleció de serios defectos y que originó algunas críticas en su redacción. Ello motivó su derogación y remplazo por la ley 21.173, que dispone incorporar al Código Civil, como artículo 1071 bis, el siguiente:

El que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otros en sus costumbres o sentimientos o perturbando de cualquier modo su intimidad, 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 fijara equitativamente el juez, de acuerdo 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.

Además se dictó la ley 25.326 sobre protección de datos personales y la regulación del ejercicio del habeas data, que garantiza la posibilidad de controlar los datos al titular de los mismos.

Por su parte, la Ley de Entidades Financieras 21.526 establece que las mismas no podrán revelar las operaciones que realicen, ni las informaciones que reciban de sus clientes (art. 39).

En el ámbito penal, el Código Penal, regula la violación del domicilio (arts. 151 y ss.) y violación de secretos (arts. 153 a 157). Luego, gracias a la ley 26.338, que introdujo modificaciones en el Código Penal Argentino, quedó establecido el e-mail como una extensión de la intimidad y, por ende, como un delito cualquier violación a esa manifestación de un derecho personalísimo.

Sin embargo, y con la salvedad de la protección del e-mail, la legislación hoy vigente en Argentina, carece de una protección penal específica, que exprese el bien “jurídico intimidad”, ante los abusos informáticos. Quizá nuestro legislador deba despenalizar conductas irrelevantes, a la vez que tender a una nueva jerarquización de los bienes jurídicos del sistema penal, como el caso de la protección de la intimidad ante el uso ilícito de la informática, de los medios de comunicación masivos (tv, radio, periódicos), hasta ahora no amparados penalmente.

A nivel internacional, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas consagra la prohibición de entrometerse en forma arbitraria e ilegal en la vida privada de otra persona o de sus intereses estableciendo que es responsabilidad de la ley otorgar protección contra los distintos tipos de ataques que se puedan producir. Un texto semejante fue incorporado a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su art. 11, inc.2°.

En Europa, existen varias normas de protección a la intimidad que hacen referencia a los invasores más peligrosos, que son el gobierno y la prensa (Nino, 2002). Esto se debe, a que en los países de la Unión Europea son partidarios de una regulación estatal sumamente rigurosa, con sanciones para aquellas organizaciones que incumplan las normas establecidas (postura “hardlaw”)(Gómez Vieites, 2011).

Siguiendo la exposición de este autor, se puede decir que los países pertenecientes al bloque de la Unión Europea, fundaron diferentes organismos de autoridades independientes y con funciones de control, como las Agencias de Protección de Datos en España de tipo ejecutivas, normativas y de consulta. En

Francia existe un organismo similar con fines preventivos, la “*comisión de informática y libertades públicas*”, creada por ley 78/17 del 6 de Enero de 1978; y En la República Federal Alemana, el 27 de Enero de 1977 se dictó una ley sobre la protección de los datos personales, que como resultado de la misma se creó una “*comisión para la protección de datos personales a través de la informática*”. (Nino, 2002).

Por su parte, en España el art. 18 de la Constitución de 1978 establece:

- 1º inc: se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen.
- 2º inc: el domicilio es inviolable.
- 3º inc: garantiza el secreto de las comunicaciones postales, telegráficas, telefónicas, excepto resolución judicial.
- 4º inc: 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 (Nino, 2002).

Este art. 18 fue agregado y desarrollado por la ley orgánica del 5 de mayo de 1982 de protección civil del derecho al honor, a la intimidad familiar y personal y a la propia imagen, donde se establecen remedios civiles para la protección de estos derechos y se estipula su carácter irrenunciable (Nino,2002).

Ampliando el ámbito normativo para la protección de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas y, especialmente, de su honor personal y familiar; en España, el 13 de diciembre de 1999, se dicta la Ley Orgánica sobre Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD) con su respectivo reglamento (Real Decreto 1720/2007) (Gómez Vieites, 2011).

En cambio otros países, como Estados Unidos, son muchos más permisivos con las actuaciones de las empresas, y abogan por una autorregulación y la elaboración de códigos éticos de conducta, sin la intervención por parte de los Estados (postura “softlaw”) (Gómez Vieites, 2011). Y a esto se debe a que en la Constitución de EE. UU. no existe ninguna norma que recepte el derecho a la

intimidad en forma directa y explícita. Sin embargo, sí existe una ley de “privacidad” sancionada el 31 de diciembre de 1974, cuyo objetivo es proteger a sus habitantes contra la registración arbitraria e irracional de datos personales, permitiéndoles el acceso y rectificación (Nino, 2002). Así mismo, esta ley parece haber sido dejada de lado.

En una reciente publicación en el diario Hoy Día Córdoba², redactada por la escritora Amy Goodman, se informaba y se demostraba que en Estados Unidos, tres ciudadanos habían sido objeto de vigilancia; un funcionario de inteligencia de gobierno, una cineasta y un hacker. Lo sorprendente es que ninguno de ellos había sido acusado de cometer ningún delito. El funcionario de inteligencia William Binney, quien trabajó durante más de 40 años en la Agencia de Seguridad Nacional (NSA, por sus siglas en Inglés) relata que en la década de los 90, la NSA desarrolló un amplio sistema de escuchas telefónicas y que, según afirma Binney, respetaba la protección de la privacidad de los ciudadanos. Pero que después del ataque terrorista del 11 de septiembre, la NSA abandonó el respeto por la privacidad; de modo que comenzaron a recopilar información a través de una empresa comercial. Por otro lado, el hacker Jacob Appelbaum trabaja como investigador de seguridad informática y ha desarrollado un programa de software llamado Tor Project. En realidad el programa fue creado por la Armada de dicho país y ahora Appelbaum y sus colegas lo desarrollan y mantienen. Él mismo manifiesta que ha sido detenido numerosas veces en aeropuertos con el objeto de hacerle preguntas intimidantes sobre sus opiniones personales.

Por último, la cineasta Laura Poitras es una documentalista nominada a los premios Oscar. Uno de su más reciente documental es “My Country, my country”, que trata la ocupación de Estados Unidos en Irak. La misma, manifiesta que siente que no puede hablar del trabajo ni en su propia casa y mucho menos en el lugar de trabajo, por ningún medio. Declarando que “el efecto intimidante es muy grande”.

Desde ya, esta nota periodística demuestra la repercusión caótica que puede llegar a producir en la vida y en los sentimientos propios de los habitantes de un país

²Goodman, A. (03/05/2012). Espiar al vecino. La Agencia de seguridad Nacional te está vigilando. *Diario hoy día Córdoba*, pág. 2-3.

cuando no se vela por los derechos de sus habitantes. Es lamentable que la Constitución y las leyes de Estados Unidos se hayan convertido en la excepción a la regla. La República Argentina debe huir de este obstáculo.

Cabe agregar, que además, en EE.UU. los servicios de venta de datos personales como “Us Search” (www.ussearch.com), son legales (Gómez Vieites, 2011). Así mismo, existen otros elementos que atentan contra la protección de datos personales en ese país, a saber:

La proliferación de la tecnología GPS en ese país para el seguimiento de personas; los servicios de “pone-tracking” o rastreo del teléfono móvil, que permiten saber en todo momento dónde se encuentra una persona (la operadora Nextel comenzó a ofrecer este servicio en 2005 por 15 dólares al mes); la recopilación de información sobre hábitos y motivos de compra por parte de empresas como Amazon, que incluso llegó a patentar en marzo de 2005 un sistema para analizar los regalos que realiza un determinado cliente, para posteriormente recordarle las fechas y ocasiones señaladas y poder sugerirle nuevos productos para la ocasión; la nueva moda de realizar búsquedas en Google sobre la vida privada, el trabajo o los gustos de otras personas; etcétera (Gómez Vieites, 2011,p 682).

CAPÍTULO II: “LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS”

1- CONCEPTO

La comunicación es tan antigua como la humanidad misma. La necesidad de comunicarse determinó la aparición del lenguaje y con él, los medios de comunicación, que son los agentes a través de los cuales se difunde la información y la manera concreta de ver reflejada la libertad de expresión.

Cuando nos comunicamos, estamos compartiendo información. Esta puede ser local o remota. Las primeras son aquellas que se dan entre individuos, cara a cara; mientras que las segundas tienen lugar a través de la distancia. El término telecomunicación, que incluye telefonía, telegrafía y televisión, significa comunicación a la distancia (*tele* significa “lejos” en griego) (Forouzan, 2002).

Cuando se hace uso de la formula “nuevos medios de comunicación”, se está haciendo referencia a un conjunto de diferentes tecnologías electrónicas de variadas aplicaciones y que deben considerarse como medios de comunicación de masas (McQuail, 1994).

A lo largo de la historia han existido diferentes tipos de medios de comunicación, los que han ido evolucionando con el paso de los años y la aparición de diversas tecnologías. Entre ellos encontramos a los libros, el diario, la radio, el correo y hoy en día Internet.

Sin embargo, los nuevos medios de comunicación y las nuevas tecnologías no han aportado nada nuevo para resolver el conflicto de intereses analizado en el capítulo anterior sobre el derecho a la intimidad. Por el contrario, al hacer posible la difusión de diferentes informaciones sin fronteras temporales ni espaciales, han dado nacimiento a la sociedad de la información y los nuevos problemas que con ellas se suscitan, dejando cierto espacio sin protección ni garantía a los derechos fundamentales reconocidos en todas las legislaciones.

El Dr. Emilio del Peso Navarro (2003), considera que el concepto de sociedad de la información no está aún lo suficientemente difundido y que en la práctica cada grupo toma el concepto más adecuado a sus intereses. Así mismo, adopta el concepto dado por el Real Decreto 1289 del 23 de julio de 1999 por el que se crea la Comisión Interministerial de la sociedad de la información y de las Nuevas Tecnologías en España: “ La idea de sociedad de la información engloba un conjunto de actividades industriales y económicas, comportamientos sociales actitudes individuales y formas de organización política y administrativa, de importancia creciente en las naciones situadas en la vanguardia económica y cultural, a lo que no pueden sustraerse los poderes públicos”.

Los servicios de la sociedad de la información han sido definidos en la directiva 98/48/CE, modificatoria de la directiva 98/34/CE, artículo 1, punto 2, como “todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios”.

Es importante dar un concepto de qué se entiende por *nuevas tecnologías de la información y comunicación*. Éstas incluyen tanto al conjunto de herramientas relacionadas con la transmisión, procesamiento y almacenamiento digitalizado de información, como al conjunto de procesos y productos derivados de las nuevas herramientas (hardware y software) (Rico Carrillo, 2007).

Nos referimos a ellas como una serie de nuevos medios que van desde los hipertextos, las multimedias, Internet, la realidad virtual, o la televisión por satélite. Una característica común que las definen, es que estas nuevas tecnologías van cambiando en torno a las telecomunicaciones, la informática y los audiovisuales (Hance, 1996).

2- INTERNET

Internet surgió en EE.UU como un experimento del Departamento de Defensa. Su objetivo era crear una red que no pudiera ser destruida fácilmente, lo que produjo una red descentralizada, sin autoridad central, en la que la información puede viajar por caminos alternativos (Adell, 1994).

Internet constituye una red de redes informáticas interconectadas a través del conjunto de protocolos denominados TCP/IP, por la cual es posible comunicarse entre computadoras que intercambian información (Enciclopedia Temática Escolar, La voz del interior, 1998); en la misma, existen tres tipos básicos de usuarios: los proveedores de información, quienes publican en la red y ponen a disposición del público en general la información sobre distintos temas; los proveedores de conexión, que ofrecen el equipamiento y los conocimientos para que una empresa se conecte, o el espacio de disco para que ésta publique su información y los usuarios en general (Enciclopedia Temática Escolar, La voz del interior, 1998, tomo 1, p. 280).

Una red es un conjunto de dispositivos (a menudo denominados nodos) conectados por enlaces de un medio físico. Un nodo puede ser una computadora, una impresora o cualquier otro dispositivo capaz de enviar y/o recibir datos generados por otros nodos de la red. Los enlaces conectados con los dispositivos se denominan a menudo canales de comunicación (Forouzan, 2002, p.4).

La red de Internet brinda a científicos investigadores y usuarios en general diferentes tipos de información acerca de cualquier tema. Pero no sólo brinda información; sino que también permite entrar, navegar, intercambiar conocimientos, datos e interrelacionarse con usuarios de todas partes del mundo; por lo que se les recomienda ampliamente, a los proveedores de distinta naturaleza y a los usuarios, tomar todas las medidas necesarias antes de divulgar un texto o una imagen que pueda suponer una violación del derecho a la intimidad.

La importancia de la aparición de Internet radica en la existencia de las siguientes características: la *descentralización* debido a que la provisión y la elección ya no se encuentran en manos del proveedor de la comunicación; *elevada capacidad* ya que las entregas por cable o por satélite superan las severas restricciones que impone la transmisión por tierra; *interactividad* dado que el receptor puede seleccionar, responder, intercambiar y permanecer en contacto constante con otros receptores; la *flexibilidad* de la forma, el contenido y el uso (MacQuail, 1994, p. 55). Además de la *rapidez* de repuesta la *precisión* en el envío de la información, etc.

A su vez, es un medio *eficaz* en algunos sectores específicos como noticieros, universidades, organizaciones gubernamentales, empresas prestadoras de servicios a la sociedad, etc.

Pero la problemática del mismo, consiste en que los medios de comunicación - y con ellos las páginas web- se encuentran en gran medida insertos dentro del negocio de producir espectáculos, poniendo énfasis en engendrar beneficios y ganancias personales sin tener en cuenta si se perjudica o no alguno de los derechos personalísimos de los individuos.

Es evidente que el contenido de las noticias llega por muchos y diferentes caminos y formas; de acuerdo con Fishman (1972, p. 219), “lo que los medios saben y pueden saber depende de los recursos para recoger y procesar información” que posean estas corporaciones / agencias de la información. Sumando, además, que las noticias son a menudo la información de lo que la gente dice de los hechos, y no tanto información de los hechos mismos en concreto.

Hay pocas personas cuyos datos personales u opinión e ideología política no pueda rastrearse en alguna fuente de los medios de comunicación y existen muchas dudas sobre el destino de los mismos.

Además, se facilita la comisión de ciertos delitos y el surgimiento de otros nuevos.

Otra de las desventajas que plantea Rifkin (1997) respecto a la aparición de las nuevas tecnologías, es la reducción de empleos. Los economistas sostienen que cuando surge un nuevo invento que es factible para determinada actividad, se despide a un trabajador, y a veces a más de uno. Es decir, el trabajo físico está siendo paulatina y sistemáticamente eliminado.

Aunque no es lo que sucede actualmente, esto aconteció en el siglo XIX con la revolución industrial. La revolución generada por las nuevas tecnologías podría significar un menor número de horas de trabajo, y así mayores beneficios (Rifkin, 1997). Comparto con el autor, que el hecho de que nos espere un futuro de utopías o de distopía depende de cuestiones económicas.

Esta innovación en el campo de la informática se lo debemos agradecer al importante invento del siglo XX: la computadora, la que manipula datos según un conjunto ordenado de instrucciones que se denomina *programa*. Esas instrucciones

deben estar expresadas en un lenguaje especial, comprensible para la computadora. La misma, se compone del *software* que está constituido por el conjunto de datos que permiten hacer funcionar los componentes físicos, y el *hardware* que son los componentes físicos (Enciclopedia Temática Escolar, La voz del interior, 1998).

Podemos hablar de cuatro generaciones de computadoras. En la primera las máquinas se construían con válvulas de vacío (lámparas eléctricas, que se quemaban muy pronto); los costos eran enormes, y sólo las utilizaban las grandes empresas o los organismos estatales.

La segunda generación, en los años `50, se caracterizó por la incorporación del transistor, que redujo los costos y aumentó la velocidad en las operaciones. En 1964 surgió el lenguaje BASIC.

Luego, en los años `70, las computadoras de tercera generación ya eran mucho más pequeñas, económicas y veloces.

En 1977 comenzó la cuarta generación, cuando Steve Jobs y W. Wozniak crearon el primer microcomputador de la empresa Apple, una máquina con inmensas posibilidades operativas.

La conexión de computadoras en red vino más tarde. Se espera que las máquinas del futuro lleven incorporados programas inteligentes, de manera que el operador sólo dé una orden y la computadora encuentre el modo de ejecutarla.

Luego surgió la inteligencia artificial, que permitió programar computadoras que responden según la lógica de los datos almacenados. Un caso llamativo es la computadora Deep Blue que en mayo de 1997 venció al mejor ajedrecista del mundo, el ruso Gary Kasparov, en una revancha por la derrota que éste le había infligido en 1996.

Pero aunque se hable de computadoras inteligentes, nunca se podrá decir que estos instrumentos tienen autonomía absoluta, ya que tanto para ser creados y entrar en funcionamiento como para llevar a cabo complicados programas necesitan del trabajo, la inteligencia y la imaginación del hombre (Enciclopedia Temática Escolar, La voz del interior, 1998, tomo 1, p. 265).

Una revolución similar está ocurriendo con las telecomunicaciones. Como resultado, los servicios han evolucionado para permitir el uso de nuevas tecnologías a los servicios tecnológicos ya existentes; como por ejemplo: conferencias múltiples, llamada en espera, identificación de llamadas, videoconferencias, wi-fi en celulares, e incluso recuperación de información perdida o borrada (Forouzan, 2002). Por lo que actualmente intervienen varios tipos de tecnologías: de transmisión (por cable o vía satélite), de almacenamiento y recuperación de la información, de representación (mediante combinaciones de texto y gráficos) y de control (MacQuail, 1994).

También contamos con la transmisión de datos, que es el intercambio de datos en forma de ceros y unos, ya que en los sistemas de información basados en

computadoras. Los datos se representan con unidades de información binaria (o bits) producidos y consumidos en forma de ceros y unos. Este intercambio, se produce entre dos dispositivos a través de un medio de transmisión (como un cable), pero para que la misma sea posible, los dispositivos de comunicación deben ser parte de un sistema de comunicación formado por hardware y software (Forouzan, 2002).

Los aspectos de seguridad de la red incluyen proteger los datos contra (Forouzan, 2002, p. 6):

- **Accesos no autorizados:** existen diferentes niveles de protección, en el más bajo están los códigos y contraseñas de identificación de los usuarios. A nivel más alto se encuentran las técnicas de cifrado.
- **Virus:** es un código que se introdujo ilícitamente y que genera daños al sistema.

3- LÍMITES AL USO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

La limitación gira en torno a la premisa del interés público o del bienestar general; debido a que los medios de comunicación, generalmente, buscan favorecer o brindar algún tipo de servicio a la sociedad -más allá de su fin de lucro-, contribuyendo a la educación, la cultura y las artes o ya sea, sobre las noticias de lo que sucede en la sociedad misma. Y es aquí, donde surge la controversia en establecer una correcta y justa relación entre los medios de comunicación y la seguridad y autoridad del Estado (MacQuail, 1994).

Si bien la cuestión pareciera favorecer a los medios de comunicación según las garantías constitucionales de libertad de prensa. En general, las autoridades estatales han demostrado en todas partes una inclinación constante en querer controlar las noticias o las informaciones, deteniéndose tan sólo ante la censura (MacQuail, 1994, p. 219).

Dice MacQuail (1994, p. 223), lo que se busca es una conexión entre los factores: *condiciones estructurales* (libertad jurídica para emitir/publicar) y *condiciones operativas* (verdaderas independencia de las presiones económicas y políticas y autonomía de los mismos periodistas en las organizaciones mediáticas).

Nunca se ha resuelto la cuestión de si la libertad de prensa es un fin, un medio para un fin o un derecho absoluto. Por lo que al igual que MacQuail (1994), considero que no debería requerir más desarrollo que una simple declaración, como

la que reza el artículo 14 de nuestra Constitución Nacional, “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos, conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: ... de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa”.

Similar postura a lo anteriormente expresado, manifiesta la primera enmienda a la Constitución Estadounidense: “el Congreso no aprobará ninguna ley...que recorte la libertad de expresión o de la prensa” (MacQuail, 1994).

Otro aspecto que corresponde al control del Estado son las figuras de la pornografía, la criminalidad y la violencia. Al respecto coincido con el autor, MacQuail (1994), en que dicho control ha disminuido frente al cambio social de los valores morales en las distintas sociedades.

CAPÍTULO III: “RELACIÓN ENTRE EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS”

1- ANÁLISIS DE LAS NORMAS DEL CÓDIGO CIVIL

La regulación de la sociedad de la información se hace imprescindible ante la aparición de nuevas actividades en la web, operaciones comerciales, redes sociales, participación en debates y congresos, y cientos más; el problema es que tenemos que regular hechos propios del siglo XXI teniendo en cuenta las instituciones jurídicas del siglo I y algunas de épocas anteriores. El derecho romano es la fuente primera de toda la legislación moderna, en materia de derecho privado (Borda, 1959, p.114).

Por esto mismo, fue necesaria la sanción de la ley 21.173, del año 1975, que incorporó al Código Civil la protección del derecho a la intimidad, quedando la misma plasmada en el artículo 1071 bis:

El que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otros en sus costumbres o sentimientos o perturbando de cualquier modo su intimidad, 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 fijara equitativamente el juez, de acuerdo 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.

Dicho alcance, se había buscado antes con el artículo 32 bis de la ley 20.889 promulgada en el año 1974 y derogado posteriormente por el artículo precedente. El mismo rezaba:

Toda persona tiene derecho a que sea respetada su vida íntima. El que, aun sin dolo ni culpa, y por cualquier medio, se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, divulgando secretos, difundiendo correspondencia, mortificando a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, será obligado a cesar en tales actitudes y a indemnizar al agraviado. Los tribunales, con arreglo a las circunstancias del caso, aplicarán razonablemente estas dos sanciones.

Del análisis de los dos artículos- el actual 1071 bis del C.C. y el derogado art. 32 bis-, coincido con Rabinovich- Berkman (2011), en que se encontraba mejor

redactado el texto originario del artículo 32 bis por su mayor amplitud. Además, de la declaración de *“Toda persona tiene derecho a que sea respetada su vida íntima”* que es óptima ya que, le otorga la posibilidad de protección tanto a las personas físicas como jurídicas; y omite la idea errónea, como se explicó en el capítulo II, acerca de que algunas personas físicas, en razón de sus tareas o funciones carecen de protección al derecho a la intimidad. Por lo que sería recomendable, volver a utilizar dicha expresión.

Por su parte, que *“el hecho no fuere un delito penal”* como lo establece el artículo 1071 bis, nos explica Rabinovich- Berkman (2011) que es incorrecto en razón de que muchas veces una persona prefiere una acción civil en contraposición a la penal, ya que la primera posee menos resonancia y no ventila tantas particularidades por no contar con la exigencia del tipo penal.

Así mismo, es importante la incorporación de la ley 21.173 al artículo 1071 bis, de otorgar la posibilidad de publicar la sentencia, quedando la decisión en manos del agraviado.

El entremetimiento en la esfera de la intimidad puede operar de distintas maneras: por mero conocimiento, por difusión o por conocimiento agravado por difusión (Pizarro-Vallespinos, tomo 4, 2008).

La gravedad de la invasión se acentúa por la presencia de cuatro elementos (Pizarro-Vallespinos, 2008, pág. 386):

1. Posibilidad ilimitada de recolección de datos personales por parte de instituciones públicas y privadas.
2. Rápido acceso a dicha información mediante procedimientos electrónicos.
3. Elevada circulación de esa información a través de los medios masivos de comunicación.
4. Insuficiente esquema normativo, sustancial y procesal, para prevenir daños, hacer cesar actividades dañosas y reparar perjuicios causados.

La problemática está en que en muchos países todavía no existe una regulación específica sobre la utilización de los servicios de Internet. Es por ello, que Argentina no ha querido quedarse atrás y ha buscado adecuarse a estos desafíos y regular las conductas que los avances tecnológicos exigen.

En primer lugar, existen distintas alternativas para la regulación normativa: en algunos casos, se opta por el desarrollo y aprobación de leyes específicas complementarias de Códigos, mientras que otras veces se realiza una modificación y adaptación de la legislación existente; o si no se busca aplicar la legislación vigente y existente en ese momento (Gómez Vieites, 2011).

En nuestro país contamos con ejemplos de cada una de estas alternativas.

2- PROTECCION DE DATOS PERSONALES

La ley 25.326 (en adelante LPDP), sancionada el 4 de Octubre del 2000, es una norma específica y de orden público que protege los datos personales, regula el ejercicio del hábeas data y garantiza al titular de esos datos la posibilidad de controlar su uso. En el artículo 1 define su objeto, estableciendo la protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros, banco de datos, u otros medios técnicos de tratamiento de datos, siendo los mismos públicos o privados; así como también el acceso a la información, que sobre las mismas se registren, de conformidad a lo establecido en el artículo 43, párrafo tercero de la Constitución Nacional.

Se debe aclarar que si bien protege a los titulares de esos datos, sean las mismas personas físicas o jurídicas, no los protege como tales sino a sus datos personales.

Para la protección de los mismos, establece el artículo 3 que la formación de los archivos de datos es lícita cuando:

- 1) Se encuentren debidamente inscriptos en el Registro Nacional de Base de Datos del artículo 21.
- 2) Observen en su operación los principios de la ley.
- 3) No tenga una finalidad contraria a las leyes o a la moral pública.

La obligatoriedad de registro de toda base de dato, primer requisito legal exigido, es una excelente medida de protección al derecho a la intimidad; ya que

están obligados a inscribirse, en la Dirección Nacional de Protección de Datos personales, todas las bases de datos públicas y privadas que no sean para uso exclusivamente personal. Teniendo la misma una vigencia de un año, debiendo ser renovada. Además, establece que la falta de inscripción puede ocasionar sanciones administrativas y penales previstas en los artículos 31 y 32 respectivamente.

Quedan excluidas de la exigencia las bases de datos públicas vinculadas a información sobre la seguridad nacional y las bases de datos privadas para uso estrictamente personal (artículo 23 y 24).

A los fines de definir una base de datos, entiendo que es un conjunto organizado de datos personales, que según el artículo 1 de la normativa, estén destinados a dar informes sin importar si la información es transmitida o no a terceros.

Por su parte, la jurisprudencia³ entiende que una base de datos puede constituirse de un conjunto almacenado de direcciones de e-mail clasificados según la profesión o actividad de su titular.

Cabe reflexionar que toda organización cuenta con algún tipo de base de datos y que la mayoría de la población se encuentra registrada en alguna de ellas. En esto radica la importancia de dicha ley y su acertada exigencia de obligatoriedad de registro de las bases de datos; como así también, la calidad de los datos receptada en el artículo 4 donde se requiere, entre otras cosas que los datos sean exactos, pudiendo ser actualizados.

Dentro de una base de datos pueden existir dos tipos de datos: los *datos personales* y los *datos sensibles*. Los primeros, son información contenida en archivos, registros, bases o bancos de datos, informatizados o manuales sobre personas físicas o jurídicas determinadas o determinables. Los segundos, son datos personales pero que revelan origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud

³Juzgado Federal Civil y Comercial, “Tanús Gustavo Daniel y otro c/ Cosa Carlos Alberto y otro s/ Habeas Data (art. 43 C. N.)”, expte. N° 1.791/2003. Sec. N° 6. (2006).

o a la vida sexual; y su recolección está prohibida, salvo que se autorice por ley o sus titulares no puedan ser identificados (art. 7).

Sin perjuicio de lo dicho anteriormente, la Iglesia Católica, las asociaciones religiosas, las organizaciones políticas y sindicales, los establecimientos sanitarios públicos o privados y los profesionales relacionados con las ciencias de la salud pueden recolectar y tratar los datos personales y sensibles; y también llevar un registro de sus miembros (art. 7 y 8). Pero tienen el deber de guardar respeto sobre los mismos por el secreto profesional receptado en el artículo 10, excepto que medie resolución judicial o razones de seguridad pública, defensa nacional o salud pública.

El responsable o usuario de una base de datos debe informar a sus titulares en forma expresa, clara y sobre la totalidad lo establecido en el artículo 6 de la misma; y, adoptar las medidas necesarias que garanticen la seguridad y confidencialidad de los datos tratados (art. 9).

El 19 de septiembre del año 2006, en Buenos Aires, la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales (en adelante DNPDP), ejerciendo la facultad de Órgano de control de la LPDP, dictó la disposición 11/2006. Por la misma se aprobaron las medidas de seguridad para el tratamiento y conservación de los datos personales contenidos en archivos, registros, bancos y bases de datos públicos no estatales y privados.

Para el cumplimiento del objetivo de la disposición, se establece un “documento de seguridad de datos personales” y se receptan tres niveles de seguridad:

- BÁSICO: todos los archivos, registros, bases y bancos que contengan datos de carácter personal.
- MEDIO: son los datos de las empresas privadas que desarrollen actividades de prestación de servicios públicos y las que deban guardar secreto de su información por disposición especial.
- CRÍTICO: tratamiento de datos sensibles salvo que exista fines administrativos o por obligación legal.

A su vez el titular del dato, acreditando su identidad, cuenta con el derecho de acceso establecido en el artículo 14, que consiste en solicitar y obtener información de sus datos personales, incluidos en alguna base de dato pública o privada.

Esto es un acierto que se relaciona con otro, que es el derecho de rectificación, actualización o supresión, que también le corresponde al titular del dato ante el responsable de la base de datos.

También, toda persona puede solicitar pública y gratuitamente información relativa a la existencia de bases de datos, su finalidad y la identidad de los responsables al organismo de control, la DNPDP. Y para ello no es necesario acreditar interés legítimo o tener intención de rectificar, suprimir o actualizar (art.13).

La afectación de la intimidad, privacidad y aún del honor se produce porque la formación de las bases de datos se realiza sin el previo y expreso conocimiento ni consentimiento del titular (Fornari y Lavalle, 2007).

Es por ello que el consentimiento está incluido en la ley 25.326 en su artículo 5. El mismo debe ser previo, libre, expreso e informado, por escrito u otro medio autorizado por la dirección nacional de protección de datos, como por ejemplo un e-mail. Su ausencia torna ilícito el tratamiento.

Otra de las acciones que causan problemas debido a que se efectúan sin conocimiento ni consentimiento del titular son las transmisiones de las bases de datos (Fornari y Lavalle, 2007). Las mismas se realizan a través del contrato de cesión de datos, donde existe un cedente que trasmite al cesionario, a título gratuito u oneroso, ciertos datos personales que posee en su base de datos para que haga uso de ellos en forma sucesiva sin perder su derecho de usarlos.

La LPDP prevé la cesión en el artículo 11 y dispone como requisitos a cumplimentar para que opere la misma: el cumplimiento de un interés legítimo (objeto) y el previo consentimiento del titular de los datos, a quien se lo debe informar sobre la finalidad de la misma. El consentimiento puede ser revocado y en determinados casos no será exigido.

Además de la cesión ya analizada, se recepta la transferencia internacional en el artículo 12, y se establece como principio que la misma será prohibida a países u organismos que no proporcionen niveles de protección adecuados a los estándares internacionales; excepto:

- Colaboración judicial internacional.
- Datos de carácter médico
- Transferencias bancarias o bursátiles.
- Transferencia acordada por tratados.
- Lucha contra el crimen organizado, el terrorismo y el narcotráfico.

En el año 2003, la Unión Europea ha otorgado a la normativa Argentina la adecuación según los términos establecidos por la directiva N° 95/46/CE, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y la libre circulación de estos. Este reconocimiento internacional es relevante dado que a la Argentina no se le aplican las restricciones para la transferencia de datos personales, permitiendo el libre flujo desde la UE.

Igualmente, este reconocimiento se encuentra propenso a un control permanente que puede ser reevaluado en cualquier momento según su funcionamiento o los cambios que realice la legislación argentina, su interpretación o aplicación.

La directiva 95/46/ CE constituye el marco normativo dentro de la Unión Europea para la protección de datos personales. Tiene similar alcance y objetivo que la ley 25.326, con la diferencia que esta última protege también a las personas jurídicas. Como la Unión europea es un bloque conformado por distintos países, la directiva solicita que cada Estado perteneciente a la misma, cree un organismo nacional independiente encargado de velar por la protección de los datos.

En Argentina, contamos con un organismo similar, que es la Dirección Nacional de protección de Datos Personales (DNDP).

Ante la aparición de las redes sociales, la Comisión Europea se ha planteado como objetivo a futuro la posible modificación de la directiva 95/46/CE del

Parlamento Europeo, referente a la protección de datos personales de las personas físicas y a la libre circulación de los mismos por parte de empresas, Administraciones Públicas y ciudadanos de la Unión Europea. El propósito de modificarla radica en la intención de regular el “derecho al olvido” en las redes sociales, el mismo consiste en que se eliminen completamente y para siempre sus datos del sistema, cuando ellos así lo deseen (Gómez Vieites, 2011).

Con anterioridad, en 1981, el Consejo de Europa, ya había aprobado el convenio para la protección de los Derechos Humanos y libertades fundamentales, que tenía como objetivo la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, que establece los derechos de acceso y rectificación de los datos personales registrados en ficheros (Nino, 2002).

Por su parte, España, ya en el artículo 18.4 de la Constitución contempla la limitación de la informática para proteger y garantizar los derechos personalísimos de sus habitantes (Gómez Vieites, 2011).

Así, El 13 de diciembre de 1999, se publicó en España la Ley Orgánica 15/1999, sobre protección de datos personales (en adelante LOPD) y posteriormente su reglamento de desarrollo (Real Decreto 1720/2007), ambos definen el marco legal de la protección de datos. Tiene por objeto garantizar y proteger, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas y, especialmente, su honor e intimidad personal y familiar (Gómez Vieites, 2011, pág. 686).

Dicha normativa, tiene el mismo enfoque y alcance que la LPDP en Argentina, con la salvedad de una novedad en la normativa española, el artículo 19 otorga el derecho a una indemnización en caso de violación a la misma.

El artículo reza 3 incisos,

- 1- Aquellos que sufran un incumplimiento de la ley por el responsable o el encargado del tratamiento, sufran daño o lesión en sus bienes o derechos, tienen derecho a ser indemnizados.
- 2- Cuando se trate de ficheros de titularidad pública la responsabilidad se exigirá de acuerdo con la legislación reguladora del régimen de responsabilidad de las administraciones públicas.

- 3- En caso de los ficheros de titularidad privada la acción se ejercitará ante los órganos de la jurisdicción ordinaria.

Lo alarmante en España, es que dicha ley fue dictada hace ya más de diez años y a pesar de que afecta un derecho fundamental protegido constitucionalmente, como es el derecho a la intimidad, son pocas las empresas que se han registrado; por más que tal acto sea gratuito, online y no exija un conocimiento profundo de la LOPD ni de la informática.

En Argentina, al igual que en el resto del mundo, un sin número de empresas poseen registros de bases de datos que les permite mejorar su actividad. Pero, muchas de las empresas desconocen que dichos archivos, bancos o bases de datos de carácter personal se encuentran alcanzados por la Ley Nacional 25.326.

En Estados Unidos, en 1996, de cierta forma, se buscó proteger el ámbito de la salud de las personas, a través de la ley federal “*Health Insurance Portability and Accountability Act*” (*HIPAA*). Se contemplan multas de hasta 250.000 dólares y en caso de violaciones más graves de la ley, como por ejemplo: divulgación deliberada de la información de los pacientes con la intención de venderla, transferirla, o utilizarla con ánimo de lucro personal o comercial, se podrá aplicar una pena de prisión de hasta 10 años (Gómez Vieites, 2011).

Esta ley se podría haber considerado un avance hacia una mayor regulación estatal del derecho a la intimidad personal, sino fuera que en 1995 se sancionó la Ley Federal Wetterling, informalmente llamada ley de Megan, por ser el nombre de una niña de apenas 7 años que fue violada y asesinada por un vecino en una ciudad de Nueva Jersey. Esta ley permite crear bases de datos de acceso público de delincuentes sexuales, con el fin de notificar a los habitantes de un barrio que un delincuente desea habitar en él (Mclarin, 1998).

Luego, en el 2004 el entonces gobernador de California, Arnold Schwarzenegger, aprobó una ley autorizando la publicación en Internet de datos personales (información que sólo podría encontrarse antes en lugares como las comisarías) sobre delincuentes sexuales en ese Estado. Dando a los californianos un

mayor acceso a los detalles sobre estas personas: nombre completo, fotografía, domicilio, entre otros (Gómez Vieites, 2011).

3- LEY 26.338 SOBRE DELITOS INFORMATICOS

Dicha ley sancionada el 4 de junio de 2008, no es un ejemplo de una ley específica, sino todo lo contrario, ya que vino a reformar el Código Penal promulgado por el Presidente Hipólito Yrigoyen el 29 de Octubre de 1921 para receptar las modalidades delictivas vinculadas con la informática.

En primer lugar, la ley modifica el artículo 77 del Código Penal incorporando como últimos párrafos de esta norma los siguientes:

El término “*documento*” comprende toda representación de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento, archivo o transmisión.

Los términos “*firma*” y “*suscripción*” comprenden la firma digital, la creación de una firma digital o firmar digitalmente.

Los términos “*instrumentos privados*” y “*certificado*” comprenden el documento digital firmado digitalmente.

Se trata, de definiciones estipulativas, es decir aquellas a las que el legislador recurre para determinar el alcance de los vocablos incluidos en las normas por él sancionadas.

Además, la ley sustituye el artículo 128 de dicho Código Penal, estableciendo una figura delictiva dolosa que se orienta a la protección de la identidad sexual de los menores de 18 años de edad.

Entiendo que la intención del legislador en este tipo penal es reducir los innumerables casos de pornografía infantil, que tienen lugar tanto a nivel internacional como local. Y como es sabido, Internet se ha convertido en la vía principal para que los pedófilos intercambien imágenes y videos de niños, ya que cuentan con la ventaja de evitar las fronteras de los diferentes estados.

Además, la modificación a dicho artículo, permite que Argentina se adecue a los compromisos adoptados al firmar los Tratados Internacionales de rango constitucional, según el artículo 75, inc.22. Como por ejemplo el Protocolo Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía, que contempla la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño realizadas en Nueva York en 1989.

También, sustituye el epígrafe del Capítulo 3, del Título 5, del Libro 2 del Código Penal; que antes aludía a “Violación de Secretos”, y ahora a “Violación de Secretos y de la Privacidad”. Por lo que esta última, se ha convertido en bien jurídico protegido por el Derecho Penal.

Del mismo modo, modifica los artículos 153 y 155 del Código Penal, referentes a los delitos de violación de correspondencia y publicación indebida de la misma respectivamente.

Ambos artículos amplían sus figuras, agregando el término “*comunicación electrónica*” a las ya existentes, resolviéndose el conflicto de la atipicidad de la violación de correspondencia electrónica (e-mail) cuyo caso de mayor resonancia fue el caso “Lanata”⁴.

Dicho fallo, consistió en una querrela penal iniciada en el año 1999, por el señor Edgardo Martolio contra el periodista Jorge Lanata por los delitos de violación de correspondencia y publicidad de la misma con fundamento en los artículos 153 y 155 del Código Penal. Dando lugar a la intervención al Juzgado Nacional N° 6 de la Capital Federal, ante el cual Lanata planteó un incidente de excepción de falta de acción por hecho atípico, el cual el 2 de Agosto del mismo año fue rechazado.

La decisión fue apelada con el mismo fundamento de que los hechos que se le atribuían eran atípicos. Así en Diciembre, la sala VI de Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, confirmó el Auto del Tribunal de instancia inferior que había rechazado la excepción opuesta.

⁴C.N.C.C. de Capital Federal, sala VI, “*Lanata Jorge s/ desestimación*” (1999).

Sin quedarse de brazos cruzados, el querellado interpuso recurso de Casación que fue nuevamente rechazado por la sala interviniente. Planteando recurso de queja, que fue rechazado, por dicha Cámara.

Considero que dicho fallo fue una excelente decisión jurisprudencial ya que equiparó al correo electrónico con la correspondencia tradicional.

Es que la resolución expresaba: "... el correo electrónico posee características de protección de la privacidad más acentuadas que la inveterada vía postal a la que estamos acostumbrados, ya que para su funcionamiento se requiere un prestador de servicios, el nombre del usuario y un código de acceso que impide a terceros extraños la intromisión en los datos que a través del mismo puedan emitirse o archivarse. Sentadas estas bases preliminares, nada se opone para definir al medio de comunicación electrónico como un verdadero correo en versión actualizada. En tal sentido, la correspondencia, goza de la misma protección que quiso darle el legislador al incluir los arts. 153 al 155 en la época de la redacción del código sustantivo, es decir, cuando aún no existían estos avances tecnológicos"⁵

Es decir, cuando hablamos de la violación a la correspondencia tradicional (la carta), estamos haciendo referencia al simple acto de romper un sobre para tener acceso a la misma. En cambio, cuando accedemos al e-mail de otra persona, es porque anteriormente hemos desarrollado y puesto en práctica todo nuestro intelecto y conocimientos, para lograr "hackear" la contraseña que nos permite acceder al mismo.

Además, no debemos dejar de tener en cuenta, que el e-mail nos permite realizar muchas actividades que el correo tradicional no permite.. Así mismo, la diferencia del tiempo que requiere uno en comparación con el otro, es un factor que le juega en contra al correo tradicional.

La ley nacional N° 26.388 añadió al artículo 153 un último párrafo para dar lugar a una figura calificada por la comisión del delito por una persona que es funcionaria pública y abusa de sus funciones deteriorando la confianza pública puesta en el correcto desempeño de las mismas.

⁵C.N.C.C. de Capital Federal, sala VI, "*Lanata Jorge s/ desestimación*" (1999).

También la reforma incorpora el artículo 153 bis, referido al acceso ilegítimo a un sistema informático, protegiendo los sistemas o datos informáticos de acceso restringidos, quedando excluidos los sitios de Internet de acceso público. Además, sustituye el artículo 157 bis para resguardar la seguridad de los bancos de datos personales, por lo que se modifica el artículo 157 para reprimir al funcionario público que revelare hechos, actuaciones, documentos o datos, que por ley deben ser secretos.

En este último artículo, lo único que se reformó en relación con la anterior redacción fue añadir la palabra “*datos*” para proteger la información que está en poder de la administración pública y por ser secreta no debe ser conocida por terceros ajenos.

Se instituye el delito de *fraude informático*, que es incorporado como inciso 16 del artículo 173 del Código Penal. Y el *daño informático* al segundo párrafo del artículo 183 del mismo. Con esta última, parece haberse solucionado el problema generado en la jurisprudencia que se consideraba como atípica la destrucción de datos o programas de ordenador, o incluso la difusión de virus informáticos en redes de computadoras.

Finalmente, se reemplaza el artículo 197 por el siguiente:

“Será reprimido con prisión de seis (6) meses a dos (2) años, el que interrumpiere o entorpeciere la comunicación telegráfica, telefónica o de otra naturaleza o resistiere violentamente el restablecimiento de la comunicación interrumpida”.

En esta nueva redacción, se contempla todas las clases de comunicación, quedando atrapadas tanto las públicas como las privadas, y dentro de estas últimas, el correo electrónico, la voz a través de IP (protocolo usado para la comunicación de datos a través de una red), los mensajes de chat o los mensajes de texto a través de celulares (SMS).

Considero que es de mayor conveniencia legislar a través de una ley específica, y no de una mera modificación del Código; ya que la primera posibilita

que ante el surgimiento de nuevas figuras que hagan a la temática, se incorporen sin volver a discutir una reforma al código con todo lo que ello implica, debido a las sucesivas modificaciones que el mismo viene sufriendo.

Así mismo, la ley 26.388 significó un golpe de suerte para nuestra sociedad ya que si bien se han aprobado marcos legales para limitar, de cierta forma, los usos y abusos realizados por las nuevas tecnologías como por ejemplo la ley de Protección de Datos Personales analizada anteriormente, el Derecho Penal no puede quedarse al margen de los avances tecnológicos. Es más, debería ser el primero en regular con normas adecuadas la realidad actual.

Realizado el análisis de esta realidad, la Secretaría de Comunicaciones del Ministerio de Infraestructura y Vivienda de la Nación, mediante la resolución n° 476/2001⁶, confeccionó el “*Anteproyecto de Ley de Delitos Informáticos*”. Ya había expresado la conveniencia de incluir estos delitos en una ley especial, en lugar de apelar a la introducción de enmiendas al Código Penal, fundamentando que de esta manera no se rompería el equilibrio de su sistemática dado que al ser un bien jurídico novedoso amerita especial protección.

4- ANÁLISIS DE LOS ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES

A continuación procederemos a analizar los distintos fallos de gran relevancia para la evolución del Derecho a la Intimidad y su correspondiente protección constitucional tanto a nivel nacional como internacional.

El fundamento constitucional a la vida privada ha sido expuesto por la Corte Suprema, en 1984, en su anterior composición, en uno de los más destacados sobre el tema en nuestro país. En el caso “Ponzetti de Balbín, Indalia c. Editorial Atlántida S.A.”⁷ originado por una publicación de la revista “Gente y la Actualidad” en la tapa número 842, del 10 de septiembre de 1981, de la Editorial Atlántida cuyos dueños eran Carlos Vigil y Aníbal Vigil, en la cual aparecía una fotografía del doctor

⁶Boletín Oficial de la Nación, 26/11/2001.

⁷C.S.J.N, “Ponzetti de Balbín Indalia c/ Editorial Atlanta S.A”, Fallos: 306:1892 (1984).

Ricardo Balbín tomada antes de su fallecimiento cuando se encontraba internado en la sala de terapia intensiva de la Clínica Ipena de la Ciudad de La Plata, la que provocó sufrimiento y daño a la familia, como así también el malestar y desaprobación por parte de la sociedad en general de dicha violación a la intimidad, por lo que la familia decidió demandar por daños y perjuicios a dicha editorial y a sus dueños, que a su vez eran los directores de la misma.

Así, en primera instancia, la demanda fue admitida favorablemente y los demandados al contestar reconocieron la autenticidad de dichos ejemplares y fotografías. El juez resolvió a favor de la actora, por lo que la accionada ante este pronunciamiento contrario a su posición, apeló. Expresó en sus agravios que el juez había decidido emocionalmente, como parte del público y no con imparcialidad, y que por parte de ellos no existió –conforme al artículo 1071 bis del Código Civil-, un accionar “arbitrario” pues medió una razón periodística referida a un personaje público que por esta razón ha renunciado a su derecho a la intimidad, que el juez no analizó con detenimiento las fotografías, que al presentarse un conflicto entre dos garantías fundamentales - entre la libertad de prensa y el derecho a la intimidad- debe predominar la que resguarda a la libertad de prensa, y que la indemnización prevista por el artículo 1071 bis del Código Civil no tiene carácter sancionatorio.

La sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó el fallo de primera instancia, y entre otros fundamentos manifestó que existió arbitrariedad ya que las fotografías fueron tomadas y publicadas sin el debido consentimiento del enfermo ni de sus familiares.

La demandada interpuso Recurso Extraordinario y continuó afirmando que medió un legítimo y regular ejercicio de la profesión periodística.

Así mismo, el Procurador General de la Nación, Juan Octavio Gauna, en su dictamen del 9 de Abril de 1984, consideró improcedente el recurso extraordinario, porque no cumplir con el requisito indispensable de relación directa entre lo decidido en la causa y las garantías constitucionales.

Afirmó que no estaba en juego la Libertad de Prensa sino el ejercicio pleno de ella, pues las fotografías se publicaron sin ningún tipo de restricción o censura

previa. Por lo que la indemnización fue puesta por violar el derecho a la intimidad receptado por el Código Civil en el artículo 1071 bis.

Finaliza el procurador reflexionando que los apelantes buscan satisfacer sus propios intereses comerciales, mediante el atropello de Derechos Personales.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, consideró procedente dicho recurso, por creer que existe causa federal, no porque la sentencia se basara en el artículo 1071 bis, sino porque el agravio en sí radica en torno a la Libertad de Prensa y el Derecho a la Intimidad consagrados constitucionalmente.

Luego, los tres votos en que se divide esta sentencia van a confirmar la sentencia apelada.

Analizados los hechos que dieron lugar a dicho pronunciamiento me surge el interrogante acerca de si las personas fallecidas tienen o no intimidad. Así, después de diversas investigaciones surge que en Estados Unidos declaran extinguido dicho derecho con la muerte misma de la persona debido al carácter personal del mismo; mientras que en Europa se les otorga idéntica protección a las personas vivas como fallecidas.

Igualmente, este fallo es relevante para la jurisprudencia argentina porque define ciertas cuestiones que hasta ese momento eran inexistentes. Como por ejemplo el considerando N° 9 del voto de los doctores Carrió y Fayt, en el cual expresaron que:

Los personajes célebres cuya vida tiene carácter público o de personajes populares, su actuación pública o privada puede divulgarse en lo que se relacione con la actividad que les confiere, prestigio o notoriedad y siempre que los justifique el interés general. Pero ese avance sobre la intimidad no autoriza a dañar la imagen pública o el honor de estas personas y menos sostener que no tienen un ámbito de vida privada protegido de toda intromisión. Máxime cuando su conducta a lo largo de su vida no ha fomentado las indiscreciones, ni por propia acción autorizado, tácita o expresamente, la invasión de su privacidad y la violación al derecho a su vida privada en cualquiera de sus manifestaciones.

Como observamos, cabe diferenciar a aquella persona que si bien tiene una vida pública, su exposición es conservadora; de aquella que hace uso y abuso del escándalo como algo habitual y profesional.

Por lo que concluido el estudio de dicho fallo, se puede apreciar que el mismo es sumamente enriquecedor y reflexivo en su contenido, justamente, en lo que respecta a la solución y fundamentos dados. Coincido plenamente con cada una de las instancias siendo admirable la reflexión de la corte sobre las personas notorias.

Los fundamentos del Juez abundan en ideas de las que la doctrina y la jurisprudencia posterior, habrán de sacar valiosas conclusiones, se destacan:

a) la vinculación del derecho a la intimidad con la noción de libertad y la estrecha relación entre los derechos de la personalidad y la libertad (Rivera, 1983).

b) Reconocimiento de que el derecho a la intimidad genera una facultad de exclusión, que es la más característica de todas las que son propias al derecho a la intimidad.

Ante el conflicto de derechos planteados en la litis, no cabe duda alguna que ha triunfado la justicia, dado que prevaleció la intimidad; pero la libertad de prensa no fue derrotada, sino que el único condenado fue el ejercicio abusivo del derecho a informar. Abuso que se produce por la ambición desenfrenada por encontrar la “noticia” sin que importe los efectos colaterales. Es por ello, que es digno de admirar el límite que la Corte Suprema puso a las invasiones, divulgaciones, daños, etc. que realiza constantemente la prensa.

Otro fallo de gran relevancia a nivel nacional, es el de “Menem, Carlos S. c/ Editorial Perfil S.A y otros”⁸ en el cual Carlos Saúl Menem habría sufrido una intromisión arbitraria en su vida familiar e íntima por parte de la revista Noticias, en los números del 29 octubre de 1995 y 5 de noviembre de ese mismo año. Por lo que, siendo el entonces Presidente de la Nación en la fecha de los hechos y del inicio de la demanda, promovió acción de daños y perjuicios contra la Editorial Perfil S.A (editora de la revista Noticias), Jorge Fontevecchia (director de la revista) y Héctor

⁸ C.S.J.N, “Menem, Carlos S. c/ Editorial Perfil S.A y otros”, fallos 324: 2895 (2001).

D' Amico (editor) para reparar el daño moral ocasionado pretendiendo la suma de \$1.500.000.

Los hechos se vinculan con la supuesta existencia de un hijo extramatrimonial (Carlos Nahir Meza) no reconocido por presidente con la diputada Martha Meza, y acerca de diferentes aspectos de la vida privada e íntima de éstos.

Al contestar la demanda, uno de los codemandados, Héctor D' Amico solicita la reconvención contra el actor debido a las manifestaciones que este realizó contra la revista "Noticias", pretendiendo el cobro de daño moral de \$10.000.

En la primera instancia se rechaza tanto la demanda como la reconvención y se impone costas. Siendo apelada para llegar a la sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Ciudad de Buenos Aires, la cual rechazó la reconvención y sobre la demanda hizo lugar pero solamente por \$150.000 que deberían pagar los tres demandados al actor por haber violado su derecho a la intimidad más sus intereses, la publicación de la sentencia, y las costas de las instancias.

La Cámara consideró, que no se justificaba tal invasión a la intimidad por no mediar interés público o consentimiento del interesado y mucho menos, la difusión de la vida sentimental de los involucrados y especialmente la posible existencia de un hijo fruto de tal relación.

Pero contra la misma, se interpuso recurso extraordinario que fue admitido, por lo que la Corte dictó sentencia definitiva el 25/09/01. La misma, se divide en un voto común de 3 jueces y dos votos de otros 2 jueces a favor y los otros 4 se abstuvieron de votar. Por lo que no hubo ningún voto en contra.

Los jueces no se pronunciaron sobre la veracidad de la información difundida ya que no era materia de análisis, porque lo que realmente estaba en juego era la tensión entre la libertad de expresión y la protección de la intimidad, dos derechos amparados por la Constitución y los Tratados internacionales firmados por el país.

Llegaron a la conclusión de que hubo una invasión a la vida privada del ex presidente pues “el ejercicio del derecho de expresión de ideas u opiniones no puede extenderse en detrimento de la necesaria armonía con los restantes derechos constitucionales, entre los que se encuentra la integración moral, el honor y la intimidad”. Así mismo, “la difusión de cuestiones familiares íntimas por medio de la palabra escrita y la publicación de fotografía sobre supuestos vínculos familiares configura una intromisión en la zona de reserva del sujeto”.

“Incluso el hombre público, que ve restringida la esfera de su vida privada por su exposición pública, tiene derecho a preservar un ámbito en la esfera de tranquilidad y secreto, que es esencial a todo hombre”.

Sin embargo, los demandados recurren a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la que el 29 de noviembre de 2011 declaró, por unanimidad, que el Estado de Argentina resultó internacionalmente responsable por la violación del derecho a la libertad de expresión de los señores Jorge Fontevecchia y Héctor D’Amico.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró que la decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que confirmó la condena civil por una sala de la Cámara Nacional Civil, no resultó necesario en una sociedad democrática y, por ello, incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La misma, reflexiona que son los funcionarios públicos quienes se exponen voluntariamente al escrutinio de la sociedad, como en el presente caso.

Siguiendo con esta línea, el tribunal manifestó que la información sobre la existencia del hijo no reconocido por Menem, como la relación de este último con el niño y su madre eran parte de la causa principal e inseparable de los hechos que relató la revista Noticias.

Así, lo que hace a las imágenes se estipuló que estaban fundamentalmente dirigidas a respaldar la existencia de la relación entre Menem-Meza y el hijo de ambos, para apoyar la credibilidad de la nota escrita sobre la disposición de sumas cuantiosas y regalos costosos, realizados por el entonces Presidente en beneficio del hijo y de su madre. Por ello, dicha Corte entiende que hubo interés general y no simplemente curiosidad sobre la vida privada del Presidente Menem.

Por último, también consideró el tribunal que no toda publicación de imágenes requiere el consentimiento de la persona retratada, más aún si se refiere al Presidente de un país, dado que no es lógico tener que lograr dicho consentimiento expreso en cada ocasión que se pretenda publicar una imagen del presidente de la nación.

La misma ordenó dejar sin efecto la condena civil impuesta a los señores Fontevecchia y D'Amico, así como todas sus consecuencias y que la sentencia internacional se publique y se difunda por diferentes medios y que se pague determinada suma de reintegro de costas y gastos.

Haciendo un análisis de los sucesos anteriores, considero que la primera instancia no debería haber rechazado la reconvenición debido a las graves injurias del ex presidente hacia la revista, ya que si bien su molestia estaba justificada por los hechos que ésta había manifestado sobre su persona, no utilizó las palabras correctas para expresar su desagrado.

En cuanto a la demanda, opino que fue una correcta decisión hacerle lugar, pero por menor cuantía, ya que el monto que se solicitó era exorbitante y hubiese producido un enriquecimiento sin causa.

Y, en referencia al fallo en general, hubo una invasión a la intimidad como dice la Cámara y la C.S.J.N, pero se encuentra respaldada por diferentes causas de justificación, entre ellas: el interés público al que se refiere la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando dice que el pueblo debía conocer qué fondos se utilizaban y para qué cuando el funcionario público de más alta jerarquía del país ponía a disposición de la Sra. Mazza y su hijo, una importante suma de dinero o le entregaba regalos costosos, entre otras cosas y que por ello fue necesario relacionar esta información con la existencia del hijo no reconocido por el señor Menem y la señora Mazza.

Además de que la información cuestionada, ya había sido difundida por otros medios, tanto en Argentina como en otros países.

Por otro lado, hay un dicho antiguo que dice: “la mujer del César no sólo debe ser honrada, sino parecerlo”. El mismo, fue dado por Julio Cesar cuando se le pidió la revocatoria de su divorcio porque su esposa había asistido como espectadora a una orgía sexual sin cometer un acto deshonesto. Por lo que, parafraseándolo, “no solo hay que ser sino parecer”.

Así, creo que el Presidente de la República debe ser capaz de evitar el escándalo, y que en caso de producirse una duda sobre cualquier cuestión, debe recurrir al diálogo basado en la verdad y la total transparencia; ya que el mínimo descubrimiento por la sociedad de un ocultamiento, genera desconfianza en lo que hace a la credibilidad de él y a la conducción del Estado.

Qué diferente sería el mundo moderno si todos, gobernantes y gobernados, fueran honestos practicantes de la virtud de ser honorables. Es decir, no sólo *ser* honestos sino *parecerlo* ya que la persona que es honesta por convencimiento, lo practica y demuestra en todos los actos públicos y privados de su vida, es consiente que debe dejar constancia de la honorabilidad libre de la menor duda.

Similar reflexión cabe para el fallo de la Corte Europea “Lingens”⁹, en el cual, el 9 de octubre de 1975, cuatro días después de las elecciones generales en Austria, el señor Wiesenthal, Presidente del Centro de Documentación Judía, acusó en una entrevista televisada al señor Friedrich Peter, Presidente del Partido Liberal de Austria, de haber servido durante la Segunda Guerra Mundial en la 1ª Brigada de Infantería de las S.S, que en diversas ocasiones fue autora de matanzas de personas civiles en la retaguardia de las líneas alemanas en Rusia.

El señor Peter no negó su pertenencia a dicha unidad, pero afirmó que no participó en las atrocidades cometidas por ellas. Por su parte, el señor Wiesenthal, refuto que él no lo había acusado de cometer tales atrocidades, simplemente de pertenecer a tal organización.

Así mismo, parecía que Friedrich Peter, formaría parte del gobierno junto al Canciller y Presidente del Partido Socialista Austríaco, Bruno Kreisky, que había resultado ganador de las últimas elecciones.

⁹S.T.E.D.H, “Lingens v. Republica Austria, (1984), N° 131.

Pero en una entrevista televisiva, Kreisky rechazó la posibilidad de coalición y aprovechó la situación para acusar al señor Wiesenthal y a su organización de “mafia Política” y de emplear “métodos mafiosos”.

Tal controversia fue reflejada en dos artículos periodísticos por el señor Peter Michael Lingens, residente de la Ciudad de Viena donde trabajaba de redactor de la revista “Profil”.

A lo largo de dichas notas, Lingens calificaba a Kreisky de “oportunista político”, “inmoral” e “indigno”, entre otras; no sólo por su apoyo al señor Peter, sino también por su generosidad hacia antiguos nazis que actualmente comenzaban a participar en la vida política austríaca. Esto le trajo como consecuencia dos procedimientos penales, promovidos por el Canciller en su contra.

En el primer procedimiento, el Tribunal Regional de Viena, declaró al señor Lingens culpable de difamación. Le impuso una multa de 20.000 Schilling, considerando como circunstancia atenuante el doble hecho de que el acusado había querido formular críticas políticas sobre personalidades políticas y que, en lo que se refiere a éstas, la tolerancia en materia de injurias tenía que ser mayor que en las demás personas. Teniendo en cuenta la buena fe del periodista, no concedió al señor Kreisky ninguna indemnización, pero, atendiendo su petición, ordenó el secuestro de los artículos litigiosos y la publicación del fallo.

Tanto el señor Kreisky como el señor Lingens impugnaron el fallo ante el Tribunal de Apelación de Viena. Con fecha 30 de noviembre de 1979, el Tribunal anuló el fallo, sin entrar en el fondo del asunto, debido a que el Tribunal regional no había investigado suficientemente si el Canciller podía entablar el procedimiento a pesar de lo dispuesto en el artículo 117 del Código Penal. En él, se castigan las injurias a una autoridad mediante una acción pública, promovida con la conformidad del interesado, el cual sólo puede querellarse como persona privada si el Ministerio Fiscal se niega a proceder.

En el segundo procedimiento, el Tribunal regional de Viena -al que el Tribunal de Apelación había devuelto los autos-, falló el caso el 1 de abril de 1981. Después de examinar nuevamente las injurias, el Tribunal llegó a la conclusión de que al

canciller no se lo había criticado como autoridad, sino como jefe de partido y persona particular. En cuanto a la excepción procesal de veracidad, señaló de nuevo que el acusado no había aportado ninguna prueba sobre la utilización de la expresión “el oportunismo peor” y las pruebas aportadas sobre los términos “inmoral” e “indigno” se referían sólo a las alegaciones de colaboración con los nazis.

En efecto, el tribunal confirmó las penas impuestas en el primer fallo y por consiguiente, ambas partes interpusieron reiteradamente Recurso de Apelación. Así, el 29 de octubre de 1981, el Tribunal de Apelación de Viena, rebajó a 15.000 Schilling la multa impuesta al periodista Lingens, pero confirmó todo lo demás.

Así, la sentencia se publicó en la revista *Profil* el 22 de febrero de 1982, en cumplimiento de la pena accesoria impuesta al señor Lingens y a su editor.

El 19 de Abril de 1982, Lingens presenta una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, reclamando por su condena. La misma es admitida con fecha 5 de Octubre de 1983. El demandante considera que como periodista político tenía el deber de opinar sobre las declaraciones del Canciller Kreisky contra Wiesenthal ya que las mismas eran de interés general en la sociedad; y además un político, en su rol de tal, debe esperar críticas más duras que cualquier otra persona.

Por último, en la sentencia del 11 de octubre de 1984, el Tribunal Europeo resolvió por unanimidad, que se había violado el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Según este:

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones e ideas sin que puedan injerirse en ellas las autoridades públicas y sin consideración de fronteras (...).

2. El ejercicio de estas libertades, que implica deberes y responsabilidades, podrá someterse a determinadas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley que sean medidas necesarias en una sociedad democrática para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos

para impedir la divulgación de informaciones reservadas o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del Poder Judicial”.¹⁰

Así mismo, uno de los razonamientos que llevó al Tribunal a fallar de tal manera, es que los miembros del mismo reflexionaron que: “los límites de la crítica aceptable deben ser más amplios con respecto a un político como tal que con relación a un individuo particular. Ya que el primero expone su persona a un escrutinio abierto de sus palabras y actos tanto por la prensa como por el público en general y, en consecuencia, debe demostrar un mayor grado de tolerancia.”¹¹

¹⁰ Convenio Europeo de Derechos Humanos.

¹¹ S.T.E.D.H, “Lingens v. República Austria”, (1986), N° 131.

**CAPÍTULO IV: RESPONSABILIDAD DE LOS MEDIOS MASIVOS DE
COMUNICACIÓN POR LAS VIOLACIONES AL DERECHO A LA
INTIMIDAD**

1-ASPECTOS GENERALES DEL DERECHO DE DAÑOS

La responsabilidad civil se asienta en cuatro pilares básicos que son los presupuestos para su procedencia. Estos cuatro presupuestos son a) la antijuridicidad, b) el daño, c) el factor de atribución y d) el nexo causal.

A continuación se expondrán cada uno de ellos.

a. *La antijuridicidad*: una acción es antijurídica cuando resulta contraria al ordenamiento jurídico integralmente considerado (Pizarro y Vallespinos, 2008).

La antijuridicidad configura el obrar contrario al derecho de modo general, aquella conducta que rompe el principio del *neminem leadere*. La amplia libertad que asiste a la persona en su actuar debe a veces restringirse a través de prohibiciones que reducen su marco de actuación, siendo necesario que el ordenamiento jurídico elabore ámbitos de ilicitudes que limitan ese obrar y hacen posible la vida en las comunidades organizadas.

En relación específica al tema del presente trabajo, debe tenerse en cuenta que la modernidad conlleva al descubrimiento de nuevas ilicitudes, tales como la penetración en la intimidad ajena y las captaciones de imagen, por lo que la tutela debe ampliarse permanentemente a fin de que el derecho corra por caminos similares a la realidad.

b. *El daño*: el daño conforma el “centro de gravedad y primer elemento de la responsabilidad civil” (Zavala de González, 1999, pág. 96).

El daño como presupuesto de la responsabilidad está claramente establecido en el artículo 1067 del Código Civil, el que expresa que: “No habrá acto ilícito para

los efectos de este Código, si no hubiese daño causado, u otro acto exterior que lo pueda causar...”.

El daño puede identificarse con el menoscabo, detrimento, disminución o pérdida experimentada por una persona en su acervo patrimonial o moral. Sin embargo, no todo daño causado a otro es susceptible de ser indemnizado, porque ello llevaría a una convivencia imposible. (Pizarro y Vallespinos, 2008).

Se deberá distinguir entonces entre el daño de hecho y el daño jurídico; sólo el segundo es el resarcible. Este daño indemnizable o resarcible, como se ha dicho, puede ser referido al aspecto patrimonial o no patrimonial, y es la consecuencia perjudicial o menoscabo que se desprende de una lesión a un derecho. Para que el daño tenga repercusiones jurídicas y sea resarcible debe presentar determinadas características. Debe ser cierto, personal, subsistente, serio y derivar de la lesión a un interés patrimonial o extrapatrimonial no ilegítimo del damnificado.

c. El nexa causal: La relación causal es la necesaria conexión fáctica que debe existir entre la acción humana y el resultado dañoso producido (Pizarro y Vallespinos, 2003). Es el presupuesto que permite vincular el daño directamente con el hecho dañoso.

Este análisis de la relación causal supone una relación entre un hecho que sirve como antecedente y el efecto que resulta como consecuencia objetivamente valorada. Es por ello que el juicio que debe hacerse para analizar la relación causal es valorativamente neutro, contrariamente con lo que ocurre con el factor de atribución.

d. El factor de atribución: Una vez que se ha determinado que existe daño, antijuridicidad y relación causal, no se sabe aún si la persona responderá, ya que falta determinar su imputabilidad. El factor de atribución constituye el elemento axiológico que permite imputar las consecuencias dañosas del obrar antijurídico a una determinada persona (Pizarro y Vallespinos, 2003).

El factor de atribución marca la imputabilidad en un sentido amplio, abarcativo tanto de los factores de atribución subjetivos- a título de dolo o culpa- y los factores objetivos- que prescinden de cualquier idea de culpa.

En el *factor subjetivo* resulta necesaria la demostración de un elemento psicológico “que se traduce en la omisión de cierta actitud que el derecho impone a la conducta social” (Adorno, 1991, pág. 152).

El fundamento de un deber resarcitorio basado en un factor subjetivo, exige que la mirada se dirija al autor del hecho, indagando en él la existencia de culpa en su obrar. “La regla ha sido entonces, la responsabilidad subjetiva haciendo concesiones excepcionales a la responsabilidad objetiva” (Junyent Bass de Sandoval, 1997, pág. 179).

Sin embargo, la tendencia actual camina hacia la objetivización del derecho de daños, dado el aumento de las causas probables de los mismos: los accidentes aéreos, automovilísticos, daños causados por la manipulación genética, las nuevas formas de fecundación, los perjuicios consumidor producido a través de los productos de consumo masivo, *los daños informáticos*, etc. La expansión cada vez mayor de la responsabilidad objetiva del derecho de daños provoca una tendencia a la objetivación de la responsabilidad civil, por lo que está dejando de ser considerada una responsabilidad de excepción para ser utilizada como fundamento de varios supuestos relevantes en materia de responsabilidad civil. (Pizarro y Vallespinos, 2008). Aquí sólo basta la demostración del nexo causal entre la conducta y el daño.

En el *factor objetivo* encuentran cabida factores como el riesgo, la equidad, la garantía el exceso en la normal tolerancia entre vecinos, y el abuso del derecho. Pizarro aparece en nuestra doctrina como uno de los grandes defensores de la existencia de este tipo de responsabilidad y propicia su incorporación al Código Civil. Según este autor, “la actividad sería riesgosa cuando por su naturaleza o por las circunstancias de su realización, genera un riesgo o peligro para terceros....El carácter riesgoso de la actividad deviene de circunstancias extrínsecas de persona, tiempo y lugar, que la tornan peligrosa para terceros” (Pizarro, pág. 556, en López Herrera, 2006, pág. 319).

La consecuencia de admitir este tipo de responsabilidad supone que en ciertos ámbitos en cuyo desempeño de sus actividades propias presentan una alta potencialidad dañosa- por ejemplo, el de los medios masivos de comunicación y

específicamente en los daños informáticos- se respondería objetivamente (Pizarro, 1991).

En nuestro ordenamiento jurídico coexisten ambos tipos de responsabilidad - subjetiva y objetiva-. No debe pensarse que la existencia de la responsabilidad objetiva excluye sin más la aplicación de la subjetiva; la víctima tiene la posibilidad de demandar por actividad riesgosa o riesgo y además por culpa, si ésta existe y logra demostrarla.

2- LA RESPONSABILIDAD DE LOS MEDIOS MASIVOS DE COMUNICACIÓN: LA MIRADA DE LA CORTE SUPREMA

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha tenido oportunidad de pronunciarse reiteradamente acerca de la expresión de ideas, de las opiniones agraviantes y de la lesión al derecho de la intimidad. Quizá los fallos más trascendentes sean el caso “*Ponzetti de Balbín*”¹² y el caso “*Campillay*”¹³ ya referidos en capítulos anteriores. Si bien son fallos que se refieran al derecho a la intimidad y a la difusión de noticias a través de los medios de comunicación, su análisis resulta de suma importancia para conocer sobre los fundamentos expuestos por la Corte, los que pueden hacerse extensivos a la lesión del derecho a la intimidad a través de Internet.

El primer fallo constituye uno de los más grandes pronunciamientos de este siglo (Pizarro, 1991). Al llegar a la Corte, esta se pronuncia sobre numerosas cuestiones:

- 1) En primer lugar, proclama que el derecho de publicar ideas por la prensa no es absoluto, ya que puede existir responsabilidad tanto civil como penal a raíz de los abusos producidos en su ejercicio. La libertad de prensa no implica la impunidad de quien utiliza a la prensa como un medio para delinquir. El

¹² CSJN, “*Ponzetti de Balbín, Indalia c/ Editorial Atlántida S.A.*, 10/12/1984. (306:1892). Publicado en “*La Ley*”, t. 1985-B-120.

¹³ CSJN, “*Julio César Campillay c/ La Razón y otros*”, (308:789), 16/5/1986. Publicado en “*La Ley*”, t. 1986-C, pág. 407.

tribunal admite la aplicación de la teoría del abuso del derecho en materia iusinformativa (Pizarro, 1991).

- 2) Que la libertad de intimidad tiene sólido sustento constitucional en el art. 19 de la Constitución Nacional y en Pactos Internacionales.
- 3) Que las personas célebres y los hombres públicos tienen - como todo habitante- el amparo constitucional para su vida privada.
- 4) Acerca de los límites del derecho a la vida privada, como todo derecho constitucional, tampoco es absoluto. Sólo podrá justificarse la intrusión en la intimidad cuando en el caso concreto media un interés superior y siempre que la ley lo disponga (Ekmekdjíán, 1996).

En el segundo fallo la Corte sentó la denominada doctrina del caso “Campillay”.

La importancia del fallo radica en que sentó un precedente que constituye una suerte de reglamentación jurisprudencial del ejercicio abusivo del derecho de informar. La Corte fijó los límites al derecho de dar información y estableció los estándares mínimos para la eximición de responsabilidad por parte de la prensa.

Los hechos que desencadenaron el fallo fueron que la prensa había difundido la participación de una persona en una actividad delictiva, sin indicar la fuente de la noticia, por ser una copia de un comunicado policial distribuido a los órganos de prensa, y sin que aclarara que se trataba de una cuestión que aún no había sido juzgada definitivamente. La absolución posterior del imputado provocó que éste entablara una demanda civil por daños y perjuicios.

La doctrina de la Corte nace admitiendo la responsabilidad derivada de la publicación de una noticia errónea que vinculaba al actor en la perpetración de diversos delitos (Ekmekdjíán, 1996).

"Cuando se trata de publicar noticias que ofenden el honor de una persona, como pueden ser las policiales o judiciales, el órgano o medio de prensa se exime de responsabilidad indicando la fuente de la noticia, usando un tiempo de verbo potencial u omitiendo el nombre de los involucrados ... " (Fayt, 2001 pág. 165).

Este fallo fijó pautas objetivas de *prudencia* que deben observarse cuando se da una información. Entre los fundamentos sentados por el fallo, se encuentra que:

- a) como primera medida, de modo similar que en el fallo anterior, se estableció que el derecho a la libre expresión no es un derecho absoluto; el legislador ha determinado una responsabilidad que nace a raíz de los abusos que pueden producirse en el ejercicio de informar, y ese abuso es siempre condenable, ya sea por la comisión de delitos penales como por los ilícitos civiles. Resulta dable, entonces, decir que la libertad de expresión no implica impunidad.
- b) en segundo lugar, se remarcó que es un principio fundamental respetar la integridad moral y el honor de las personas a la hora de informar. No se puede informar en detrimento de la integridad moral y el honor de las personas.
- c) el fallo fijó, además, reglas de índole alternativa para que el informador quede exonerado de responsabilidad tanto civil como penal son las siguientes:

1- Atribuir directamente la información a la fuente pertinente.

2- Utilizar un tiempo de verbo potencial.

3- Reservar la identidad de los implicados en un hecho ilícito.

Estos son los tres pilares en los que se apoya esta doctrina. El primero de ellos referido a la *f fuente* de información es de suma importancia, ya que la Corte sostuvo que el hecho de que las publicaciones se hayan limitado a transcribir prácticamente un comunicado policial no exime a los editores involucrados, ya que aquellos habían hecho suyas las informaciones contenidas en el mismo, dándolas por ciertas (Ekmekdjian, 1996).

Según este mismo autor, la clave está en citar de manera “clara”, pero sobre todo *identificable*, la fuente de donde se recoge la información, para que aquellos que se vean afectados por la información hecha pública, tengan a quien dirigir sus reclamos. Sin embargo,

“si el editor decide publicar la información amparándose en la confidencialidad de la fuente deberá hacer uso de las otras dos opciones: el modo potencial o dejar en reserva la identidad del involucrado. De lo contrario, es decir, de resultar inexacta la información el editor es solidariamente responsable junto a su fuente” (Ekmekdjian, 1996, pág. 79).

Deben tenerse en cuenta los fundamentos de este fallo, ya que el informador que respeta dichas pautas no resultará responsable por sus publicaciones.

3- RESPONSABILIDAD DE LOS SITIOS DE INTERNET

No cabe duda del impacto que la mayor accesibilidad a Internet ha ocasionado en todos los órdenes a nivel global, y la enorme utilidad del servicio que prestan los motores de búsqueda para localizar la información a la cual el usuario pretende acceder. Pero estos servicios no pueden verse exentos de la responsabilidad que cabría imputar a quienes incorporan los contenidos lesivos a los derechos personalísimos de terceros a distintos sitios. El deber de responder por los actos realizados es una herramienta que se vuelve indispensable para hacer posible y mantener la armonía de la vida en sociedad, lo que se logra instaurando un sistema de controles variados -normas, mandatos y prohibiciones-. Ese pilar sobre el que se asienta la convivencia radica en el ya mencionado principio fundamental del *alterum non laedere*, el que resulta inseparable de la idea de alteridad, y del que se sigue como consecuencia que el derecho no protege a quien causa un daño a otro, sino que nace la obligación de responder por ese daño de modo tal que la víctima quede nuevamente en una situación similar a la que se encontraba antes de sufrirlo (López Herrera, 2006).

Vivimos la denominada “sociedad del riesgo”, en la cual las nuevas tecnologías enfrentan casi permanentemente a los jueces con casos especiales cuya resolución depende de los criterios con los que operan el sistema jurídico y que son piedra de toque para apreciar nítidamente la aptitud y la calidad de los jueces.

En la resolución de estos casos en los cuales se indaga la responsabilidad de los sitios de Internet por el ataque a la intimidad provocado por los contenidos difundidos se plantea para los operadores judiciales el desafío de comprender todo un mundo con su terminología propia, y sin regulación legal específica, en el que no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes (art. 15 del Código Civil), recurriendo a la pauta general establecida en el art. 16 del mismo ordenamiento.

También debe tenerse en cuenta la proyección que indudablemente tendrá la solución a la que se arribe, por cuanto lo que está en juego no sólo es la particular situación de las víctimas, sino un universo de juicios similares que puedan plantearse.

a) *El daño informático*

El daño informático se puede definir como:

“toda lesión o menoscabo causado a un derecho subjetivo o interés legítimo mediante la utilización de medios electrónicos destinados al tratamiento automático de la información, y por responder estructuralmente a todas las características propias del daño genéricamente considerado, lo cual posee la trascendente virtualidad de sujetar la figura en cuestión a la totalidad de los principios comunes y generales del régimen de responsabilidad civil”.
(Calderón - Hiruela, s.f., pág. 375).

La utilización de medios automáticos o electrónicos es el instrumento idóneo para la producción del daño informático. El tratamiento informatizado de datos es propiamente el objeto de la informática, determinando el contenido de las operaciones efectuadas en utilización de sistemas de computación; es la sustancialidad de este aspecto que resulta definitiva de la informaticidad del daño, particularizándolo en relación a otros usos alternativos posibles mediante los mismos medios electrónicos.

b) *Factor de atribución*

Para que se configure la responsabilidad civil, no basta con la presencia de una conducta antijurídica en relación causal con el daño causado, debe existir, además un factor de atribución, subjetivo (dolo o culpa) u objetivo (riesgo creado, garantía, equidad, a los que algunos autores agregan el riesgo de empresa, la actividad económica en sí misma, el abuso del derecho, las relaciones de vecindad y la solidaridad social).

Como se mencionara en el punto anterior (Punto 1. d), los factores objetivos de atribución se caracterizan por fundar la responsabilidad civil con total abstracción de la idea de culpabilidad; de allí que la responsabilidad objetiva sea mucho más que

una mera responsabilidad sin culpa: tiene un elemento positivo, axiológico, que la justifica y determina su procedencia.

La doctrina del riesgo creado aparece nítidamente consagrada en el art. 1113 del Código Civil: quien introduce en el medio social un factor generador de riesgo para terceros debe responder objetivamente, se beneficie o no con el mismo, pues la responsabilidad objetiva deriva de la creación el riesgo y no del posible beneficio que de él se obtenga. Caen bajo esta órbita los daños causados por el riesgo o vicio de la cosa, los derivados de actividades riesgosas entre otros específicamente.

En los últimos años la doctrina ha planteado distintas posiciones en relación con la responsabilidad de los sitios de Internet, que evidencia posiciones antagónicas, las que resultan de la falta de regulación legal específica en la materia, que conduce a encuadrar la cuestión dentro del régimen de nuestro Código Civil.

A continuación se describirán las posturas más importantes: I) Doctrina que afirma la falta de responsabilidad y/o la responsabilidad subjetiva a partir de una orden judicial; II) Doctrina que reconoce la posible configuración de responsabilidad subjetiva sin previa orden judicial de bloqueo; y III) Doctrina que sostiene la responsabilidad objetiva.

Todas ellas han sido expuestas en la fundamentación del voto de la jueza María del Rosario Mattera en ocasión de pronunciarse en el caso “Krum, Andrea Paola c/ Yahoo de Argentina S.R.L. y otro s/ daños y perjuicios”¹⁴.

I) Doctrina que afirma la falta de responsabilidad y/o la responsabilidad subjetiva a partir de una orden judicial.

Quienes se enrolan en la postura señalan la necesidad de un conocimiento efectivo por parte de los buscadores acerca de la existencia de contenidos dañosos. Recién a partir del momento en que exista una decisión judicial, esto es, que un juez haya valorado la cuestión y emitido una orden específica para bloquear el enlace,

¹⁴ Sala “J” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal. Autos: “Krum, Andrea Paola c/ Yahoo de Argentina S. R. L. y otro s/ daños y perjuicios”. 31/8/12. elDial.com – AA794E, publicado el 07/09/2012.

aparece la responsabilidad de los sitios de Internet en caso de que no cumplieran con esta orden.

Ello así, por cuanto lo que se estaría tomando en consideración para juzgar su accionar nada tiene que ver con el servicio que prestan en sí mismo, sino con el incumplimiento de una sentencia judicial, sea ésta interlocutoria o definitiva.

Dentro de esta postura no existe uniformidad en los argumentos, porque aunque si bien todos los autores que participan de ella coinciden en hacer hincapié en la imposibilidad de los proveedores de Internet de controlar los contenidos que indexan, algunos niegan el efecto multiplicador del daño, en tanto que otros lo reconocen.

Gini (2008) afirma que los buscadores no alteran los contenidos de los sitios web, no los crean, de hecho en su grandísima mayoría no los conocen y no los editan, por lo cual no pueden ser responsables de los contenidos que terceros suben a la red, salvo que una autoridad competente ordene dentro de un proceso concreto el bloqueo de un sitio específico donde los derechos de personas se están violando.

En este sentido, afirma Castrillo (2010) que habría que analizar la responsabilidad de los buscadores bajo la doctrina “Campillay”, teniendo en cuenta que éstos solamente se limitaron a reproducir contenidos como índice para permitir su acceso.

Aun reconociendo que el accionar normal de los buscadores de Internet tiene un efecto multiplicador en el daño producido por el ilícito de un particular a través de un sitio web, Eraso Lomaquiz (2012) afirma que ello no debería ser utilizado como fundamento para atribuir responsabilidad a aquel tercero intermediario, sino que, por el contrario, debería ser tenido en cuenta a los efectos de cuantificar el monto de la indemnización por parte de quien incorporó el contenido ilícito a la red.

Sin embargo, el mismo autor reconoce que tampoco puede liberárselos totalmente de responsabilidad, por cuanto existen circunstancias en las cuales es posible sostener que los buscadores cargan con la obligación de retirar las referencias al contenido nocivo.

El momento crucial a la hora de atribuirles responsabilidades es cuando se produce el reclamo. Al tomar conocimiento efectivo de que la información existente es ilícita, y ese conocimiento efectivo se da cuando media una resolución judicial que indique la ilicitud de estos contenidos, aparece la responsabilidad de los buscadores. La falta de acción por parte de los buscadores ante el reclamo fundado en una resolución judicial derivará, conjuntamente con los titulares de las páginas generadoras del evento dañoso, en la responsabilidad de reparar los daños producidos por su omisión.

Lisandro Frene (2012) considera que quien pretenda un resarcimiento de los buscadores debe acreditar la culpa o negligencia de estos últimos; y esa negligencia se verifica si los buscadores incumplen un pedido fehaciente de bloquear determinados sitios de entre sus contenidos.

Ante la violación de sus derechos por parte de un sitio de Internet, el damnificado debe recurrir a la justicia para que en caso de corresponder, sea un juez quien ordene al buscador eliminar de su índice los sitios de Internet cuestionados o adoptar las medidas que correspondan al respecto. Si el buscador incumple la orden judicial, entonces sí habrá culpa y -consecuentemente- responsabilidad del buscador. Esta es la única solución viable que este autor parece encontrar hasta que Argentina cuente con leyes específicas para estos casos, como las de USA o UE.

II) Doctrina que reconoce la posible configuración de responsabilidad subjetiva sin previa orden judicial de bloque

También dentro de este encuadre subjetivo existen opiniones diversas, e incluso algunos autores que sostienen la posibilidad de que deba responderse tanto por factores de atribución subjetivos como objetivos. Por supuesto, no se cuestiona que si se ordena judicialmente al buscador bloquear un contenido determinado, éste debe cumplir la orden; la diferencia con la anterior postura radica en que se admite que pueda existir responsabilidad aún antes de que un juez haya emitido un pronunciamiento, cautelar o definitivo.

Entre quienes sólo admiten responsabilidad subjetiva con posterioridad al anoticiamiento, resulta relevante reseñar la opinión de Fernando Tomeo (2010), para

quien la actividad de los Buscadores de Internet (como Google o Yahoo, entre otros); la de las redes sociales (Facebook.com, Twitter.com, etc.); la de las redes profesionales (LinkedIn.com); la de los grupos de opinión en foros y redes sociales y la intensa actividad de los Blogs, al carecer de una legislación específica, les será de aplicación el régimen general de responsabilidad civil previsto por nuestro Código Civil.

Según este autor, no puede imputarse responsabilidad objetiva al Buscador de Internet, ya que no contribuye a la generación del daño ni como autor ni como editor del contenido. El Buscador no es el creador del contenido dañoso ni tampoco el administrador del sitio donde el mismo se aloja. Ello conforme el criterio adoptado por la normativa americana y europea como así también por la jurisprudencia del Reino Unido.

En Estados Unidos, en el año 1996, a través de la ley de la Communications Decency Act (Ley de Decencia en las Comunicaciones), en la sección 230 quedaba establecido que los distintos proveedores de servicios informáticos interactivos (entre los que se encuentran los buscadores) y los usuarios, no responden ante los reclamos de responsabilidad por la información publicada por terceros en diferentes sitios.

Por lo que no es casualidad que la mayor industria de Internet y los principales servicios de la sociedad de la información se encuentren en dicho país, esto es un efecto directo de una legislación que otorga protección ante reclamos infundados.

Así mismo, esta ley prohibía la difusión de material pornográfico en Internet con pena de hasta dos años de prisión y un máximo de 250.000 dólares de multa. Esto provocó que al año de vigencia, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos la declare inconstitucional por decisión unánime.

En Europa, la cuestión fue resuelta a nivel comunitario, mediante la directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa. La directiva es conocida como de comercio electrónico y establece dos principios fundamentales:

- Principio de mera transmisión: por el cual los prestadores de servicios son irresponsables de los datos transmitidos, alojados o almacenados temporalmente. Siempre que el prestador de servicio no haya originado la transmisión, no haya modificado o seleccionado la información o tenga conocimiento efectivo de la actividad ilícita, fundada en una resolución competente.
- Principio de inexistencia de obligación general de supervisión: consiste en suprimir a los prestadores de servicios de la obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen y de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas.

Estas ideas han sido contempladas dentro de Latinoamérica, en Chile (con el proyecto de Ley 5393, modificatorio de la ley 17336, que establece los dos principios anteriores, la necesidad de una notificación judicial para la eliminación del contenido infractor); y en Argentina estos principios fueron presentados en el proyecto de Ley de Comercio electrónico de Jorge Capitanich (Expediente Número 3812/06).

El sólo hecho de que en la red existan contenidos ilegales y dañinos a derechos personalísimos, publicados por terceros, a cuyas páginas se accede a través de las herramientas de búsqueda no modifica esa conclusión, ya que sostener lo contrario implicaría imponer al Buscador la obligación de monitorear millones de contenidos (incluyendo imágenes) que se suben a la red en forma constante, minuto a minuto.

También señala que es un criterio peligroso para el futuro de los Buscadores el hecho de considerarlos titulares de una herramienta o una cosa riesgosa (que utilizan y tienen bajo su cuidado) por la que deberían responder con criterio objetivo en los términos del art. 1113 del Código Civil (Tomeo, 2011).

Considera este autor que sí resulta aplicable la responsabilidad subjetiva por contenidos publicados por terceros (arts. 512, 1109 y conc. del Cód. Civil a la luz del principio genérico de no dañar "alterum non laedere" consagrado por el art. 19 de la Constitución Nacional), cuando existe un obrar negligente de su parte, esto es,

cuando se le comunicó (en forma fehaciente) la existencia de un contenido ilícito y el buscador no toma las medidas necesarias para bloquear el mismo.

Si fue notificado extrajudicialmente de la existencia del contenido ilegal y se le reclamó su bloqueo, debe proceder a dejar sin efecto el vínculo o bloquear el contenido si el mismo ha sido correctamente individualizado y resulta ostensible y manifiestamente ilegal, ya que cuenta con los elementos y las herramientas técnicas necesarias para evitar que el ilícito se continúe cometiendo, esto es, posee la capacidad técnica para ejercer el control. En este sentido se debe requerir del Buscador un obrar leal, de buena fe y con la diligencia de un buen hombre de negocios, máxime cuando el autor del contenido es desconocido.

Ello implica que, si no fue notificado, no tiene responsabilidad.

Las normas comunes sobre obligaciones extracontractuales de nuestro Código Civil bastan para cargar con responsabilidad a quien teniendo conocimiento de que mediante el uso de un instrumento que le pertenece se está causando un perjuicio a un tercero no pone la mayor y más inmediata diligencia para impedir que tal situación continúe ocurriendo y los perjuicios produciéndose (Millé, 2008).

III) Doctrina que sostiene la responsabilidad objetiva

Esta parece ser la doctrina mayoritaria actual, sin embargo la postura no es nueva.

Ya hace más de dos décadas, señalaba la Dra. Messina de Estrella Gutiérrez (1989) que los daños causados por la aplicación de la informática son típicos de la sociedad postindustrial, y postulaba que su dañosidad deriva de alguna actividad riesgosa. A través de la actividad informática se suelen lesionar derechos de terceros como consecuencia de información inexacta o por la disfunción de programas. En esta hipótesis de daños ocasionados a terceros (cuasidelitos), como en la variedad de delitos informáticos, la responsabilidad se emplaza en el ámbito de la responsabilidad extracontractual.

Desde otro ángulo, y tal como señala Adorno en ocasión del pronunciamiento sostenido en las en las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Mar del Plata de

1983, también la conducta desplegada por los sitios de Internet, en cuando violatoria del art. 1071 bis del Código Civil, puede ser aprehendida dentro del marco de la responsabilidad objetiva. A su vez, en las Jornadas de Responsabilidad por Daños en homenaje al Profesor Doctor Jorge Bustamante Alsina, llevadas a cabo en Buenos Aires en el año 1990, se ubicó a la responsabilidad por los daños informáticos dentro del factor objetivo de riesgo contenido en el art. 1113, 2º parte, párrafo segundo, Código Civil (conclusiones de la Comisión N° 3). Allí los Dres. Kemelmajer de Carlucci, Ameal, Parellada y Vázquez Ferreyra, entre otros, consideraron que en el supuesto que la responsabilidad derive del riesgo o vicio de la cosa empleada, el factor de atribución será objetivo.

Pizarro sostiene que:

"una actividad es riesgosa cuando por su propia naturaleza (esto es, por sus características propias, ordinarias y normales), o por las circunstancias de su realización (por algún accidente de lugar, tiempo y modo) genera una significativa probabilidad de riesgo o peligro para terceros, ponderable conforme a lo que regularmente sucede según el curso normal y ordinario de las cosas", no siendo necesario que intervenga, en opinión del jurista nombrado, una cosa de manera activa o pasiva, constituyendo la empresa uno de los ámbitos de actividad riesgosa "en el sentido de entidad que organiza capital y trabajo como factores de producción y con fines lucrativos"(Pizarro, 2010, Tomo I, pág. 161/162).

Pizarro señalaba hace ya muchos años que cualquier actividad puede, según las circunstancias de persona, tiempo y lugar, convertirse en riesgosa para terceros. El carácter riesgoso de la actividad deviene de circunstancias extrínsecas.

La ponderación de las circunstancias de persona, tiempo y lugar y su incidencia en la riesgosity de la actividad, debe realizarse en abstracto, con total prescindencia del juicio de reprochabilidad subjetiva que podría merecer la conducta del sindicado como responsable del caso concreto. De ser ello inexorablemente emplazado dentro del ámbito de la responsabilidad objetiva por actividades riesgosas, se operará, en los hechos, una minimización total de la culpa como factor de atribución (Pizarro, 2011).

La cuestión pasa por el grado de previsibilidad de la producción del daño, a partir de la consideración de la naturaleza o circunstancias de la actividad.

Finalmente, afirma el autor que las prestaciones de servicios de la sociedad de la información, quedan atrapadas por la responsabilidad objetiva y solidaria que consagra nuestro art. 40 de la Ley 24.240, por lo que todo aquel que haya intervenido en la comercialización del servicio, debe responder objetiva y solidariamente, pudiendo el consumidor reclamar el perjuicio a cualquiera de los deudores, sin perjuicio de las acciones internas de recursión. En efecto, y como también lo indica Martini (2011) el proveedor de acceso, el proveedor de la estructura telecomunicacional, el proveedor de hosting y el proveedor de contenidos, forman parte de una cadena causal descripta y atrapada por los efectos de dicha norma.

Este último aspecto será tratado en el Punto 4) de este capítulo.

4- ACERCA DE LA RESPONSABILIDAD SUBJETIVA DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN: LA DOCTRINA DE LA REAL MALICIA

a) Aspectos generales

Esta doctrina tiene su origen en la Suprema Corte de los Estados Unidos y fue proyectando sus efectos a otros países.

Tanto la Corte Suprema de los EE.UU. como la nuestra han tenido que resolver en reiteradas oportunidades el conflicto desatado entre la libertad de expresión e información y el derecho al honor como manifestación de los derechos humanos que protegen la dignidad de las personas. En el conflicto permanente que enfrenta a la libertad de prensa con los derechos al honor y a la intimidad, esta doctrina procura encontrar un equilibrio teniendo en cuenta la importancia de la prensa en el orden democrático (Ekmekdjian, 1996).

En nuestro país, la aplicación de dicha doctrina encuentra muchos matices, razón por la que no resulta sencillo hallar una línea doctrinal clara en la evolución jurisprudencial de nuestra CSJN (Pérez Barberá, 1999).

La doctrina de la real malicia tiene por objeto referirse al factor subjetivo de atribución en la aplicación de la responsabilidad civil de los medios de comunicación.

Interesa para la aplicación de esta doctrina la afectación en su honor de un funcionario público o de una personalidad pública, no de cualquier persona. En este ámbito reducido desde lo subjetivo, se plantea un conflicto de interés público cuando se trata de expresiones e informaciones veraces, en donde el principio del derecho al honor debe ceder frente a la libertad de expresión o información.

La doctrina parte del supuesto de una comprobación de la falsedad objetiva de la información y su aplicación se encuentra limitada a los *hechos*, ya que sólo éstos pueden ser verdaderos o falsos, pero no se aplican al derecho de expresión, los que siempre se refieren a juicios de valor. “Esta doctrina se limita, pues, al conflicto entre el honor y la libertad de información” (Pérez Barberá, 1999, pág. 30).

El proceso iniciado en Estados Unidos con el caso “Sullivan”¹⁵ del año 1964 comenzó como un modo de resguardo para la prensa frente a los reclamos de funcionarios públicos en cumplimiento de una conducta oficial, el que irá evolucionando y ampliándose en los años siguientes a las figuras o personalidades públicas, primero y luego, a los asuntos de interés público o social (Ekmekdjian, 1996).

Con este fallo nace la doctrina de la real malicia y en él la Corte norteamericana manifiesta textualmente:

“Las garantías constitucionales requieren una regla federal que prohíba a un funcionario público obtener una indemnización por daños y perjuicios por una falsedad difamatoria relativa a su conducta oficial, a menos que pruebe que la difamación ha sido realizada con “actual malice”, esto es, con conocimiento de que era falsa o con temerario desinterés acerca de si era falsa o no”.

En fallos subsiguientes tales como los de “Rosenblatt v. Baer”¹⁶ del año 1966, “Curtis Publishing Co. v. Butts”¹⁷ de 1967, “Rosembloom v. Metromedia” de 1971, “Gertz vs. Robert Welch Inc.” del año 1974 y otros fallos que exceden la exposición de este trabajo, se puede ver la evolución de la doctrina de la Suprema Corte que se refiere primeramente a la distinción entre funcionarios públicos y

¹⁵ New York Times v. Sullivan”. 376 US, 254 (1964).

¹⁶ “Rosenblatt v. Baer”. 383 US, 75 (1966).

¹⁷ “Curtis Publishing Co. v. Butts”. 388 US, 130 (1967).

personalidades públicas, por un lado, personas privadas involucradas en cuestiones de trascendencia pública, por otros, y personas privadas involucradas sólo en cuestiones privadas (Bianchi, 1992).

La razón de esta distinción radica en que las personas privadas son más vulnerables que los funcionarios públicos, ya que éstos tienen mayor acceso a los medios periodísticos para replicar las falsas imputaciones; además, los particulares necesitan una amplia tutela contra ataques a su reputación, mientras que los funcionarios públicos están voluntariamente expuestos a un mayor riesgo de sufrir perjuicios por noticias difamatorias (Ekmekdjíán, 1996).

Para esta doctrina, la responsabilidad civil del medio de comunicación no sólo es subjetiva, sino dolosa. De tal manera, el agraviado debe probar que la noticia es falsa y que el periodista o el medio al que pertenece actuaron con conocimiento de esa falsedad o temerario desinterés acerca de tal circunstancia. La inversión de la carga de la prueba exige que el damnificado demuestre la real malicia, esto es, el dolo del demandado, o por lo menos, su culpa grave o temerario desinterés por averiguar si la noticia era falsa o no.

“Cuando se vulnera el honor de un funcionario público o de una personalidad pública a través de una información de interés público, sólo podrá atribuirse a su autor responsabilidad por injurias o calumnias si el afectado en su honor prueba que la información es falsa y que quien informó lo hizo con conocimiento de la falsedad de la información o con temerario desinterés acerca de si era falsa o no” (Pérez Barberá, 1999, pág. 32).

b) La doctrina de la real malicia en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y en la doctrina

La doctrina de la real malicia tiene escasa recepción en los votos minoritarios de los fallos de la CSJN; no es la doctrina mayoritaria de este tribunal.

La doctrina tampoco es uniforme acerca de su recepción, la que resulta de mucha importancia en dos aspectos fundamentales: *la carga de la prueba* y,

especialmente, *el factor de atribución* aplicable en materia de responsabilidad de los medios de prensa.

Morello (1992) acepta la aplicación de doctrina porque conlleva una inversión razonable de la carga de la prueba y desplaza al actor la carga de acreditar a través de qué hechos el medio periodístico incurrió en los actos que deben ser reparados.

En cambio, para Rivera (1992) la doctrina de la real malicia carece de apoyo normativo en el derecho argentino por exigir una agravación de la culpa, lo que carece de sustento de fondo y modificaría el sistema probatorio, desconociendo la teoría de las cargas dinámicas de las pruebas al deber demostrarse exclusivamente el dolo del periodista para que proceda.

En el mismo sentido, Pizarro (2011) descalifica la doctrina por opinar que se crearía un privilegio injustificado a favor de los medios de difusión.

Las cuestiones atinentes a los daños derivados de la actividad de los medios de comunicación tienen, en nuestro sistema, un marco normativo preciso, conformado por las normas del derecho común que regulan la responsabilidad por daños. En opinión de este autor, la pretendida necesidad de adaptar el sistema de daños a los medios de prensa, mediante la configuración de un tipo ultrasubjetivo de responsabilidad civil, se presenta como una idea que, además de ser inaceptable, vulnera elementales derechos y garantías constitucionales, como la igualdad del art. 16 de la Constitución Nacional.

Además, la real malicia exige la presencia de un factor subjetivo de atribución calificado en el ámbito específico de su aplicación: dolo o culpa grave. Excluye, por lo tanto, toda posible invocación de responsabilidad basada en la idea de culpa no grave (muchas veces presumida *iuris tantum*) o de responsabilidad objetiva, sea fundada en el riesgo creado (artículo 1113, Código Civil) o en la doctrina del abuso del derecho (artículo 1071, Código Civil). Como se ve, esta postura resulta congruente con la apreciación del factor de atribución de responsabilidad objetivo sostenido por este autor.

5- LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Dentro del marco legislativo de la ley 24.240 reformada por la ley 26.361 cabría considerar a la víctima de los daños provocados a su intimidad a través de los sitios de Internet como tercera afectada por la relación de consumo establecida entre el usuario – internauta- y los proveedores, con las consecuencias que ello conllevaría en orden a la responsabilidad que les cabría a los buscadores de Internet.

Los *legitimados activos* para ejercer la acción de daños prevista en el art. 40 de la ley 24.240 son los consumidores y usuarios, y todo aquel expuesto a la relación de consumo. Esta legitimación amplia incluye a todas las personas físicas y jurídicas, públicas o privadas, que representen intereses individuales y colectivos.

Deben hacerse algunas precisiones acerca del tercero expuesto a la relación de consumo (by stander). La figura fue incorporada al art. 1° de la L.D.C. por la reforma de la Ley 26.361. Refiere a la persona que sin ser un adquirente de un bien, o el suscriptor de un servicio, se ve afectada por una relación de consumo. La inclusión de esta figura en nuestro derecho positivo tiene gran importancia porque, en primer término, amplía (casi al infinito) la categoría de sujetos que pueden ser considerados ‘consumidor’ y ‘usuario’; y, en segundo lugar, al “by stander” le corresponden todos los beneficios.

Los *legitimados pasivos* enunciados en el art. 40 de dicha normativa son el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. Al mencionar al proveedor, se produce una inmediata remisión al art. 2° de la L.D.C., que es la norma que define quiénes integran esta categoría de sujetos, en un listado más amplio, por lo que cabe considerar que la enunciación del art. 40 no es taxativa sino meramente enunciativa.

El *factor de atribución* de responsabilidad que rige en este microsistema legal es objetivo, y la obligación de reparar que establece el 40 L.D.C. es solidaria; el consumidor afectado puede ejercer la acción indemnizatoria contra cualquiera de los sujetos pasivos mencionados, aun cuando cada uno de los legitimados pasivos conserva para sí la acción de repetición contra los otros obligados.

Afirma Shina (2011) que la Ley 24.240 unifica el sistema de responsabilidad, superando la división entre responsabilidad contractual y extracontractual. También Parellada (2007), aún antes de la más reciente reforma legislativa, planteaba que el alojador u organizador del sitio cumple un rol relevante en el daño que provoca su difusión, igual que el medio de comunicación.

Concluye entonces que:

“A nivel de decisión judicial, podríamos plantear la aplicación de la ley de protección al consumidor, ya que el servicio mencionado cierra riesgos que se actualizan en daños que podrían reclamarse por la vía del art. 40 de la Ley No. 24.240”...“La causa no es ajena por la simple circunstancia de que el mensaje difamatorio haya sido introducido por un tercero, si el daño proviene de la publicación. Este es el principio que rige para la prensa y no parece razonable abandonarlo para este otro medio de comunicación” (Parellada, 2007).

En similar sentido, observa Leiva (<http://www.aaba.org.ar/bi22n004.htm>) que la normativa contenida en la Ley 24.240, en armonía con las prescripciones de la Carta Magna, constituye una regulación de orden público, obedeciendo ello a la necesidad de fijar directrices para el mercado desde una perspectiva realista y acorde a los hechos del orden económico y social imperante.

“Desde esta perspectiva normativa, configurada, entonces, una relación de consumo (Art. 42 de la Constitución Nacional), de la que se origina el daño informático, corresponde aplicar la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor y la responsabilidad impuesta en el art. 40 de ese cuerpo normativo, según la modificación introducida por la ley 24.999; ello es así, pues, indudablemente, los daños derivados de Internet, o bien puede encuadrarse en el caso del riesgo de la cosa previsto por el art. 1.113 del Código Civil, o bien por considerarse a ese daño causado por el riesgo en la prestación del servicio, como lo indica el art. 40 mencionado”.

El factor de atribución de la norma en análisis consagra la responsabilidad objetiva con sustento en el riesgo o vicio de la cosa sin diferenciar la órbita de responsabilidad contractual de la extracontractual.

6- PROYECCIÓN ACTUAL: Propuesta del Proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación

Luego de la reforma de la ley 17.711 al artículo 1113 del Código Civil se ha desarrollado una amplia y consolidada doctrina jurisprudencial sobre la interpretación de este texto que no se puede ignorar. También es necesario incluir el concepto de actividad riesgosa, que la mayoría de la doctrina argentina ha aprobado. Respecto de la definición de esta noción, en cambio, hay muchas discrepancias. La inclusión de la actividad riesgosa sin ninguna precisión, hace que cualquier actividad humana pueda ser considerada como tal.

El Proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación que se encuentra actualmente bajo tratamiento legislativo incorpora claramente las “actividades riesgosas”, y los argumentos expresados en la fundamentación brindada por la actual opinión de la doctrina mayoritaria.

En el TÍTULO V: Otras fuentes de las obligaciones; Capítulo 1: Responsabilidad civil, Sección 7º: Responsabilidad derivada de la intervención de cosas y de ciertas actividades, se incluyen las siguientes disposiciones:

Artículo 1757.- Hecho de las cosas y actividades riesgosas. Toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización. La responsabilidad es objetiva. No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención.

Artículo 1758.- Sujetos responsables. El dueño y el guardián son responsables concurrentes del daño causado por las cosas. Se considera guardián a quien ejerce, por sí o por terceros, el uso, la dirección y el control de la cosa, o a quien obtiene un provecho de ella. El dueño y el guardián no responden si prueban que la cosa fue usada en contra de su voluntad expresa o presunta. En caso de actividad riesgosa o peligrosa responde quien la realiza, se sirve u obtiene provecho de ella, por sí o por terceros, excepto lo dispuesto por la legislación especial.

En los Fundamentos del Anteproyecto se expresa que si hay un supuesto en que existe una cosa riesgosa, nada impide la aplicación de la analogía a una actividad riesgosa, porque implica definir un supuesto de hecho similar al contemplado en la norma.

CAPÍTULO V: “HERRAMIENTAS PARA LA DEFENSA DEL DERECHO A LA INTIMIDAD”

1- EL AMPARO Y EL HABEAS DATA.

Es innegable que tanto Vélez Sarsfield en el Código Civil Argentino, y el legislador que elaboró el Código Penal, no podían prever los desarrollos tecnológicos que ocurrirían en los años posteriores, ni mucho menos el impacto que ellos tendrían en los sistemas jurídicos.

Pero la realidad nos demuestra día a día, que los avances tecnológicos en materia informática están impactando sobre las diferentes áreas del derecho, debido al incremento de la difusión de la información perteneciente a una persona física o jurídica y que se encuentra en manos de terceros; ocasionando graves perjuicios a la persona titular de la información, comprometiendo su derecho a la imagen, a su intimidad o incluso su honor.

Como ha quedado plasmado en los capítulos anteriores, no existe en nuestro ordenamiento una normativa única y específica que regule las diferentes actividades que se pueden desarrollar en la web.

Por lo que, ante esta situación, según el artículo 16 del Código Civil argentino, deberíamos aplicar los principios de leyes análogas, cobrando así importancia la figura del Hábeas Data.

El hábeas data fue incorporado al párrafo tercero del artículo 43 de la Constitución Nacional, con la reforma de la misma en el año 1994 y posteriormente se dictó la ley 25.326 que regula su ejercicio.

Una discusión que se ha presentado en la doctrina, es si el hábeas data es una subespecie del amparo o una acción independiente. El fin de la misma, se produjo con la ley 25.326 al crear la “acción judicial de amparo especial”, el hábeas data. (Amaya, et. al., 2005).

El artículo 37 de dicha ley establece: “la acción de hábeas data tramitará según las disposiciones de la presente ley y por el procedimiento que corresponde a la acción de amparo común y supletoriamente por las normas del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en lo atinente al juicio sumarísimo”.

Así, Marcela Basterra (Amaya, et. al., 2005, pág. 144), define a esta acción como:

“aquella destinada a la protección de los datos personales específicamente ordenada a la defensa de la intimidad de los datos, al derecho a la autodeterminación informativa y a la propia imagen, aun cuando no estén dadas las condiciones de arbitrariedad o ilegalidad del acto cuestionado”.

Por lo que puede decirse que el instituto del hábeas data tiene por finalidad impedir la violación del derecho a la intimidad por parte de bancos o registros de datos que recopilan información sobre diferentes aspectos de la personalidad de un sujeto determinado.

Como el hábeas data es un tipo de amparo, podemos definir a este último como un instrumento eficaz de acceso a la justicia, para obtener una pronta respuesta de la magistratura ante limitaciones de derechos clásicos o de la primera generación (Gelli, 2001).

Al referirnos al amparo, es necesario remontarnos a los años 1957 y 1958, con los fallos de la C.S.J.N, “Siri”¹⁸ y “Kot”¹⁹ ya que en el caso “Siri”, por su parte, se cierra un ciclo restrictivo, donde la garantía de hábeas corpus sólo se aplicaba a la libertad ambulatoria y abre un ciclo garantista, con el surgimiento del amparo para la protección del resto de los derechos ajenos a la garantía del habeas corpus, pero a partir del formato procesal propio del hábeas corpus. En el caso “Kot”, la Corte, se explaya sobre la naturaleza jurídica de la garantía del amparo. Quedando establecido como una vía “expeditiva y rápida que emana directamente de la constitución” (Amaya, et. al., 2005).

¹⁸C.S.J.N, “Siri, Ángel”, (1957), N° 239: 450.

¹⁹C.S.J.N, “Kot, Samuel”, (1958), N° 241: 291.

Cuando de la intimidad se trata, es indiscutible que se necesita una acción sumamente expedita, fuere la que fuere, que impida que esa violación se propague. Luego de finalizada la acción o conducta que aparentemente ocasiona una intromisión en la vida íntima y privada de una persona, ya sí se podrá proceder a un juicio ordinario que determine si el quebrantamiento al derecho a la intimidad se ha producido o no.

Esta ha sido una de las aspiraciones de la Declaración Universal de Derechos Humanos (ONU, 1948), que en su artículo 8 establece: “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”.

Así como lo explica Amaya (et. al., 2005, pág. 54), el amparo procede cuando: “la lesión surja de modo *claro y manifiesto*, y de continuar en la vía ordinaria se potencia la lesión sobreviniendo un *daño grave e irreparable*; siendo ahí donde la intervención judicial debe ser *inmediata*”.

El gran avance dado por la Corte se vio opacado por el decreto-ley 16.986, del año 1966 ya que en su artículo 2 se imponen una serie de limitaciones que atacan directamente el concepto y naturaleza que entendían la Corte en los fallos mencionados, acerca de su actuación en un proceso rápido y sumario para la tutela de los derechos fundamentales. Este decreto, además, excluye ciertos ámbitos, como los actos emanados de un órgano del Poder judicial (Amaya, et. al., 2005).

Pero, ante tal desastrosa legislación normativa, la Corte no se quedó atrás y en el fallo “Outon”²⁰ explicó que:

Si bien existe el principio de que el amparo no es procedente para plantear la inconstitucionalidad de normas legales o reglamentarias; este no es absoluto, pues nadie puede sustraer a la esfera de acción del Poder Judicial la atribución inalienable y la obligación que tiene de hacer respetar la constitución (art.31 CN).

Es decir, la regla consiste en que no procede el amparo para cuestiones de inconstitucionalidad excepto, que no exista otro remedio eficaz. Igualmente, hubo

²⁰C.S.J.N, “Outon”, (1967), N° 267:215.

que esperar hasta la reforma constitucional de 1994 para eliminar dicha regla limitativa (Amaya, et. al., 2005). Quedando plasmado el mismo junto con el hábeas corpus y el hábeas data en el artículo 43 del Capítulo II “Nuevos derechos y garantías” de la Constitución Nacional. Así, el amparo en el párrafo 1º, el amparo colectivo en el párrafo 2º, el hábeas data en el 3º y el hábeas corpus en el 4º.

2- LAS MEDIDAS CAUTELARES

Así mismo, ante la lesión a la intimidad ocurrida en Internet, existen otros mecanismos alternativos, tales como acciones inhibitorias y resarcitorias contra los buscadores y contra los sitios web. Entre las principales acciones inhibitorias encontramos las medidas cautelares que pretenden suprimir el daño ya configurado y prevenirlo en lo sucesivo; y entre las resarcitorias la de daños y perjuicios.

En el caso de las medidas cautelares deducidas por los afectados contra los buscadores de Internet, en Argentina, las primeras contra Google y Yahoo con sus consecuentes demandas por daños y perjuicios, fueron iniciadas en el año 2005 (Frene, 2012).

El objetivo de dichas medidas fue crear un mecanismo que permita suspender, bloquear o dejar sin efecto ciertas vinculaciones, realizadas por los buscadores entre el nombre (o imagen) y páginas de diferentes contenidos supuestamente perjudiciales para quienes interponen la medida. Además de una correspondiente indemnización.

Estas medidas tuvieron una excelente admisión jurisprudencial. Pero, nos explica Frene (2012) que a través de diferentes fallos los tribunales sentaron el criterio de solicitar a los peticionantes de la cautelar que individualicen específicamente los sitios que pretenden que sean bloqueados. Es decir, se limitó el alcance de este tipo de medidas cautelares a los resultados de búsquedas puntualmente denunciados por los actores, como violatorios al derecho a la intimidad; además del examen previo del Juez de primera instancia de los contenidos de los sitios denunciados.

Es sabido que la admisibilidad de toda medida cautelar está subordinada a la existencia de dos requisitos esenciales, la verosimilitud del derecho, y un interés jurídico que la justifique, muchas veces llamado peligro en la demora, que es la posibilidad o certidumbre de que la actuación normal del derecho llegue demasiado tarde.

En ciertas oportunidades, los buscadores han manifestado que no tienen dominio sobre las páginas que los terceros crean, y que sólo informan su existencia en determinada fecha. En este sentido cabe recordar que en anteriores ocasiones la jurisprudencia señaló que ante un material dañoso y su debido reclamo, la petición debe ser acogida por estar en condiciones técnicas y fácticas para la prevención o reparación del daño.

Igualmente, estas acciones, sólo han quedado admitidas por la jurisprudencia. Pero a la hora de una regulación normativa de las mismas, no existe aún ni un sólo proyecto, a nivel nacional ni internacional.

3- EL DERECHO AL OLVIDO

Por otro lado, en Europa, se está analizando la posibilidad de implementar y regular el “derecho al olvido”, con el objetivo de que los usuarios de redes sociales, puedan exigir que se borren completamente sus datos personales o fotos cuando se quieran dar de baja del servicio. Al mismo tiempo, que la configuración de las redes sociales garanticen la privacidad, de forma que los datos de los usuarios no puedan hacerse públicos excepto previo consentimiento de estos. Además, de lograr un acceso fácil y rápido de los usuarios a sus datos y reconocer también, un derecho de portabilidad. Este último, consiste en obtener una copia de los datos que tienen registrados las redes sociales y la libertad de transportarlos a otra. Algo que en la actualidad pocas plataformas sociales lo permiten (Gómez Vieites, 2011).

Debemos tomar conciencia de que todos los habitantes del planeta contamos con algún tipo de red social. Por lo que día a día vivimos dejando una marca digital que nos identifica, define nuestra personalidad, o incluso nuestra forma de pensar o actuar; y que si en algún momento alguna de estas circunstancias cambia, o nos arrepentimos como suele suceder de subir o publicar alguna fotografía u opinión en

Facebook, por ejemplo, y que por haber configurado mal la privacidad de la cuenta, o por indiscreción de alguno de los miembros del círculo de confianza, dicha información termina en páginas de fácil acceso, no podremos dejarlo en el olvido porque seguiremos apareciendo en la web. Este tipo de situación, a muchos les ha costado, incluso, el trabajo; ya que muchas empresas rastrean el perfil que sus empleados tienen en Internet para poder completar sus currículums.

Así, algo que nunca se podrá decir es que las computadoras, páginas web o incluso los buscadores tienen autonomía propia y absoluta, ya que tanto para ser creados y entrar en funcionamiento requieren del trabajo, inteligencia y la imaginación del hombre.

Es por ello, que Vivian Reding, miembro de la Comisión Europea de Justicia, cuando fue consultada sobre la temática del derecho al olvido manifestó: “los datos y la información de las personas pertenecen a ellas y si un usuario quiere retirarse del servicio y que la misma sea eliminada, debería poder hacerlo” (en Navarro, 2012).

A esta altura, cabe reflexionar que existen diferentes tipos de información ingresada a la web. Por un lado, aquella que ingresamos espontánea y voluntariamente. Por otro lado, aquella que ingresamos por solicitud de la página para ingresar al servicio. Pero, hay información que la brindamos, sin tener conciencia de ello, datos que a simple vista parecieran sin importancia (opinión política, inclinación sexual, firmas para apoyar determinadas causas, ciertos gustos sociales, etc.), puesto que aisladamente no dicen mucho, pero unidos a otros es como una fotografía impresa de nosotros mismos, que dice mucho y que puede ser utilizada en beneficio o en perjuicio nuestro.

Igualmente, razono que la aplicación práctica del derecho al olvido no será nada fácil, dado que parte de la información puede ya haber sido captada por terceras partes sobre las que no se tiene control. Y una vez que esta expansión del daño se produce, el mismo se vuelve irreversible. Pero esto no quita que el mismo, sea aplicado a aquellas en donde dicha información, en un comienzo fue ingresada y registrada; y sí se puede ejercer un control sobre ellas.

Por otro lado, otro incidente que le quita factibilidad a este tipo de herramientas, es la realidad de que nada serviría tener una normativa europea que sea estrictamente restrictiva, con severas sanciones establecidas; si luego, las grandes redes sociales se encuentran en Estados Unidos, donde no existe ninguna restricción, ningún tipo de regulación, mucho menos herramientas legales y las normativas son amplias.

CAPÍTULO VI: “CONCLUSIÓN”

En un país libre, se ha de defender al máximo la intimidad de las personas, de todas ellas. Porque se sabe que nada puede ser más importante, no importa qué intereses se aleguen. El fin no justifica los medios, y menos cuando están en juego aspectos tan imprescindibles de la autoproyección humana, como son los derechos personalísimos.

Lo deseable sería que las personas se restringiesen a sí mismas, tanto los particulares como los medios de prensa. Pero eso no ocurre en forma absoluta en ninguna parte del mundo y es prácticamente utópico, ingenuo, que sucediera de otro modo.

Es por ello, que la labor del Estado consiste en otorgar ciertas medidas de protección que garanticen formulas preventivas, indemnizaciones fuertes y la posibilidad de la publicación del fallo siempre evitando caer en la censura previa.

En la actualidad, Internet nos amplía enormemente las situaciones de afectación al ámbito íntimo de una persona, invadiéndolo y hasta destruyéndolo; ya que se presta fácilmente a la difusión de información de las más diversas temáticas, algunas lícitas y a veces ilícitas.

Pero también, es innegable que Internet ha colaborado con el progreso de desarrollo de la cultura y la comunicación. Pero ello no le da lugar, ni justifica los atropellos contra los derechos personalísimos que ocurren a cada hora sin ningún tipo de escrúpulo. Por lo que los responsables de los buscadores de Internet, redes sociales, o un sitio web en particular deben tener el conocimiento que por la actividad que realizan tienen la obligación de tomar recaudos “razonables” para evitar daños a terceros.

Es decir, estamos frente a un tema que presenta una importante novedad para la sociedad mundial y que otorga cierta incertidumbre y preocupación debido a que la escasa normativa que existe, impone obligaciones y penalidades severas en algunos casos y en otras no tanto para aquellos que la incumplen. Además, de que toda infracción informática se caracteriza por su extraterritorialidad y su

intemporalidad, dando la posibilidad del uso de Internet en cualquier parte del mundo.

Por lo que, es menester hacer referencia a que la protección de la intimidad merece respeto y debe ser una de las mayores aspiraciones y objetivo a cumplir por cualquier sociedad democrática que tenga en mira las bases del derecho, porque cuando un gobierno nacional no desarrolla las actividades necesarias que permitan la creación de organismos que velen por el cumplimiento de los diferentes derechos de sus habitantes, no cumple con sus obligaciones como tal. Así que, el propósito, en cualquier caso, debe ser el reconocimiento del derecho a la intimidad que le pertenece a todos los individuos, sin distinción de clases, razas, religión, política, sexo, etc. Es decir, el derecho a una zona de intimidad, a cierto grado de confidencialidad y a una vida privada que debe pertenecer como tal; ya que en el mundo, la injusticia, el atropello, la intromisión en la vida privada e íntima de las personas siempre es nefasto. Y, frente a este único mundo nuestra labor es larga, paciente y tenaz: “mejorarlo”.

Expresadas las razones precedentes, resulta de suma necesidad contar con herramientas que nos brinden seguridad y confianza al posicionarnos como usuarios de Internet. Esto incluye, disponer principalmente de una regulación normativa que cubra los diferentes ámbitos del derecho; como así también contar con una forma extrajudicial de tutela urgente.

En la legislación Argentina no hay normas específicas que regulen las diversas actividades realizadas en Internet; de allí que la responsabilidad de los proveedores de servicios se encuentra sometida a las normas de derecho común. Esta ausencia provoca en los usuarios y en los proveedores de servicio de Internet el dilema de no saber cuáles son las reglas de juego.

La solución de estas cuestiones en nuestro país, queda en manos de las decisiones que realicen los magistrados basados en las opiniones doctrinales y legislación comparada. Por lo que difícilmente nos encontremos con idénticos criterios plasmados en distintas jurisprudencias, lo que aumenta aún más el grado de incertidumbre. No obstante muchas de las herramientas que en la actualidad se

aplican en el ámbito judicial sirven para marcar las tendencias y orientaciones que deberán ser valoradas por el legislador al momento de desarrollar las normas que regirán dicho ámbito.

Por otro lado una de las dificultades con las que se han encontrado los jueces a la hora de resolver las controversias planteadas por los usuarios y que comprometen a los proveedores de servicios de Internet es lo atinente a la responsabilidad de estos últimos.

Para ello, considero necesario distinguir dentro de los proveedores de servicios, a los proveedores intermediarios de los proveedores de contenidos, para poder asignarles la responsabilidad que le corresponde a cada uno, por las actividades que desarrollan.

Así, los *prestadores de servicio de intermediación* son aquellos sujetos que relacionan a los prestadores de contenidos con los usuarios, posibilitando la circulación de la información en la web, su alojamiento y acceso a la misma (Moncada Flórez, 2009); interviniendo pasivamente con la información que se introduce en la web, sin participar en la creación ni en la decisión de hacer accesible los contenidos. Mientras que los *prestadores de contenidos* intervienen activamente con esa información.

Por lo expuesto, he llegado a la conclusión que la adopción del principio de la responsabilidad objetiva para los prestadores de servicio de intermediación presenta una gran ventaja patrimonial para las eventuales víctimas y es sumamente onerosa para los proveedores de servicios de Internet, que serían civilmente responsables por cualquier daño por el sólo hecho de desarrollar un servicio técnico e instrumental.

Sin embargo, una vez notificados sobre la existencia del contenido dañoso, no puede hacerse ya abstracción, y estos deben cumplir con la solicitud que se plasma en la misma, pues dicho acto los pone en conocimiento efectivo del ilícito. Es decir, la notificación produce un doble efecto, interrumpe el estado de neutralidad de los intermediarios y los coloca en la obligación de desplegar conductas cuyo incumplimiento genera la obligación de responder por los daños ocasionados pero ya a título de culpa (responsabilidad subjetiva).

Personalmente me parece que resulta acertado aplicar aquí lo expuesto en el Capítulo IV, acerca de la posibilidad de que exista responsabilidad para los prestadores del servicio de intermediación aún antes de que un juez haya emitido un pronunciamiento, ya sea cautelar o definitivo. Sólo bastaría una notificación extrajudicial en la que el particular damnificado individualice el contenido dañoso, y a partir de allí cabría su responsabilidad sólo cuando no presten la más inmediata diligencia para impedir que los perjuicios continúen produciéndose.

Coincido con Tomeo (2011), acerca del peligro y exceso que significaría aplicar una responsabilidad objetiva, en caso de considerar a los buscadores como titulares de una herramienta o una cosa riesgosa.

Otra es la suerte que correrían los prestadores de servicios de contenidos. En este caso, es conveniente la aplicación del factor objetivo de atribución, ya que éstos mismos son los generadores de la información.

Cabe recordar que a través de la actividad de la creación informática se suelen lesionar derechos de terceros, como consecuencia de que esa información resulte inexacta o por la disfunción de programas lo que la torna una actividad riesgosa. Constituiría al decir en considerables oportunidades el Dr. Pizarro (2010), un “riesgo de empresa” en el sentido de que estos prestadores pueden conformar una entidad que organiza capital y trabajo como factores de producción y con fines lucrativos.

En el extenso fallo comentado en el Capítulo IV, “Krum, Andrea Paola c/ Yahoo de Argentina S.R.L. y Otros s/ daños y perjuicios”, la Sentencia definitiva y firme se centró en la responsabilidad objetiva de los buscadores demandados. Los define como un mecanismo de búsqueda automático que demuestra la utilización de una cosa riesgosa para llevar a cabo la actividad.

De este modo, no se hizo ninguna diferenciación en el sentido que propongo. Sin embargo, la sentencia señala que por otra parte las accionadas incumplieron las medidas judiciales ordenadas en forma diligente e inmediata, lo que también deja un espacio para la aplicación de la responsabilidad subjetiva por incumplimiento de un mandato judicial.

Asimismo, el fallo se ocupa del Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial 2012 y hace referencia a las actividades riesgosas (Artículos 1708, 1710, 1711, 1757 y 1758, remitiéndose a los “Fundamentos” de la normativa proyectada).

Es indudable que esta mirada de la Cámara, sienta ideas que pueden resultar sumamente enriquecedoras para una futura regulación integral de las prácticas de Internet.

Confío en que, a la luz de la modificación del Código Civil, se puedan plasmar normas que sirven para regular estas situaciones y orienten a los jueces en sus resoluciones.

LISTADO DE BIBLIOGRAFÍA:

DOCTRINA:

1. ADORNO, L (1991). *El factor subjetivo de atribución*. En Vallespinos Carlos G., *Responsabilidad civil*, Córdoba: Advocatus.
2. ALTERINI, A.A. (2007). *Respuestas ante las nuevas tecnologías: Sistema, principios y jueces*.(La Ley 2007- F, 1338).
3. AMAYA, BASTERRA, FERNANDEZ BARRONE, GIL DOMINGUEZ, GUALDE, IORIO, JIMÉNEZ, LOIANNI, LÓPEZ ALFONSÍN, MANILI, ONAINDIA, PIZZOLO, SAGÜÉZ, SAMMARTINO, SPOTA (h.), TORICELLI, VÍTOLO. (2005), *Derecho Procesal constitucional*. (1° Ed.) Buenos Aires, Argentina: Universidad.
4. AZERRAD de VOLCAFF, BEASCOECHEA de GÁNAME, BELIGOY, BERTALDI de FOURCADE, CHALUB FRAUD, CHIAPERO de BAS, ETIENNE, JUNYENT BAS de SANDOBAL, RUBIO, RUEDA, SÁRSFIELD NOVILLO. (1997). *Clases de Derecho Civil*. Córdoba: Alveroni.
5. BIANCHI, Enrique Tomás. (1992). *Los criterios del The New York Times vs. Sullivan y su recepción en la doctrina de la Corte Suprema*. JA 1992 III 905.
6. BORDA, G.A. (1959) *Tratado de Derecho Civil Argentino*. Parte general. (3° Ed.) Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.
7. BORDA, G.A. (1999) *Tratado de Derecho Civil Argentino*. Parte general. (12° Ed.) Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.
8. BUSTAMANTE ALSINA, J (1998) *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. (9° Ed.). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
9. CALDERÓN, M. R. e HIRUELA, M. del Pilar, (s.f.). *La prevención y reparación del daño informático*, en “Derecho de Daños. Economía. Mercado. Derechos Personalísimos”.

10. CASTRILLO, C.V. (2010). *Responsabilidad civil de los buscadores de Internet*. (La ley 2010- A, 897).
11. DEL PESO NAVARRO, E. (2003) *Servicios de la sociedad de la información*. (1° Ed.) Madrid, España: Díaz de Santos.
12. Diccionario de la Lengua Española © 2005. Espasa-Calpe.
13. EKMEKDJIÁN, Miguel Ángel. (1996). *Derecho a la información. Reforma constitucional y libertad de expresión. Nuevos aspectos*. Buenos Aires: Depalma.
14. Enciclopedia Temática Escolar la voz del interior. (1998), (1°Ed) Buenos Aires, Argentina: Visor.
15. ESTADELLA YUSTE, O. (1995) *La protección de la intimidad frente a la transmisión internacional de datos personales*. (1° Ed.) Madrid, España: Tecnos.
16. FAYT, Carlos F. (2001). *La Corte Suprema y sus 198 fallos sobre comunicación y periodismo*. Buenos Aires: La Ley.
17. FISHMAN J. (1972). *The sociology of Language*. Rowley. (traducido al español por SARMIENTO, R/ Moreno, JC (1982): *sociología del lenguaje*. Madrid.
18. FORNARI, M. J. Y LAVALLE COBOS, J. (2007). Derecho. La intimidad y su relación con las comunicaciones electrónicas. [Versión electrónica], *La Ley*, 1307 (1).
19. FOROUZAN, B.A. (2002). *Transmisión de datos y redes de comunicaciones*. (2° Ed.) Madrid, España: Mc Graw Hill.
20. FRENE, L. (2009), *Responsabilidad de los “buscadores” de Internet*, La ley 2009-F, 1219.
21. FRENE, L. (2012) *Buscadores de Internet*. [versión electrónica], *La Ley*, 06-01-2012.
22. FUSTER, J. B (2010) *Derechos Fundamentales y deberes cívicos de las personas*. [Versión electrónica], *Scribd*, 13-06-12.
23. GELLI, M. A. (2001). “El amparo argentino en tiempos de crisis”, *Revista Argentina de Derecho Constitucional*, Buenos Aires: Ediar, año II, N° 3.

24. GINI, S.L (2008). *Internet, buscadores de sitio web y libertad de expresión*. Sup. Act. 23/10/08.
25. GÓMEZ VIEITES, A. (2011). *Enciclopedia de la Seguridad Informática*. (2ºEd.) México: Alfaomega.
26. GOODMAN, A. (2012). *Espiar al vecino. La Agencia de Seguridad Nacional te está vigilando*. Diario Hoy Día Córdoba, Pág. 2-3. Publicado 03/05/2012.
27. HANCE O. (1996) *Leyes y negocios en Internet*. (1º Ed.) México: McGraw-Hill.
28. Hernández, Carlos A. y Ariza, Ariel. (1992). "La responsabilidad civil de los medios de comunicación". Publicado en "La Ley" 1992-E, 1203.
29. LÓPEZ HERRERA, Edgardo. (2006). *Teoría de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Editorial Lexis Nexis.
30. LÒPEZ HERRERA, Edgardo. (2011) "Los daños punitivos". Buenos Aires: Abeledo Perrot.
31. MAIER, J. (1996) *Derecho Procesal*, Tomo I, 2ª edición. Buenos Aires: Astrea.
32. MARTIRI, L.J. (2011) *La Responsabilidad Civil en Internet. Un nuevo contexto económico, interactivo y comunicacional que desafía los clásicos contenidos del deber de resarcir*. RCyS 2011-VIII, 17.
33. MARX, F. y ENGELS, K. (1958). *L'ideología tudesca*. Traducción italiana de Codino. Roma.
34. MC QUAIL D. (1994) *Introducción a la teoría de la comunicación de masas*. (3º Ed.) España: Paidós.
35. MESSINA de ESTRELLA GUTIÉRREZ, G.N. (1989). *Aplicación del sistema de "actividad riesgosa" a los daños modernos*. La Ley. 1989- C, 945 – Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales, Tomo II, 877.

36. MILLÉ, A. (2008). Motores de búsqueda en Internet y Derecho de Autor. Los casos judiciales de la “generación Google”. SJA 19/11/2008; JA 2008 – IV – 1274.
37. MONCADA FLÓREZ, JP. (2009) *La responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación en la sociedad de la información*, tesis doctoral, Granada, España.
38. MORALES PRAT, F. (1984). *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*. Barcelona.
39. MORELLO, Augusto Mario. (1992). *Libertad de prensa y responsabilidad civil (la legitimación de quién es “figura pública” y la prueba de la real malicia)*. JA 1992 I 565.
40. MORON LERNA. E. (1999). *Internet y derecho penal, hacking y otras conductas ilícitas en la red*. (1° Ed.) Madrid.: Aranzadi.
41. NINO, C.S. (2002). *Fundamentos de Derecho Constitucional: Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. (1° Ed.) Buenos Aires, Argentina: Astrea.
42. OLIVARES MEINS E. (2000) Derecho a la intimidad y a la Honra en Chile. [versión Electrónica], *Redalyc*, 15-06-12.
43. PARELLADA, C.A. (2007). *Responsabilidad por la actividad anónima en Internet*. La Ley. 2007-F, 1066.
44. PÉREZ BARBERÁ, Gabriel (1999). “*Libertad de prensa y derecho al honor. Repercusiones dogmático-penales de la doctrina constitucional de la “Real malicia”.*” Córdoba: Alveroni.
45. PEREZ LUÑO. (1997) *Teoría del Derecho, una concepción de la experiencia jurídica*. (1° Ed.) Madrid, España: Tecnos.
46. PIZARRO R. D. y VALLESPINO C.G. (1999). *Instituciones del Derecho Privado – Obligaciones*, Bs. As., Argentina: Hammurabi.
47. PIZARRO R. D. (2006) *Responsabilidad Civil por Riesgo Creado y de Empresa. Contractual y Extracontractual*. (1° Ed.), Buenos Aires. La Ley, Tomo I.
48. PIZARRO, Ramón D. (1989) “*La responsabilidad civil por actividades riesgosas*”, LL, 1989-C-936.). Una actividad resulta

riesgosa cuando por su propia naturaleza o por circunstancias de su realización en un determinado lugar, tiempo o modo, genera un riesgo o peligro para terceros.

49. PIZARRO R. D. Y VALLESPINOS C. G. (2008) *Instituciones de Derecho Privado: Obligaciones*, Bs. As., Argentina: Hammurabi.
50. RABINOVICH- BERKMAN, R. D. (2011) *Derecho Civil. Parte General*. (2° ED) Bs. As, Argentina: Astrea.
51. RICO CARRILLO M. (2007) *Derecho de las nuevas tecnologías*. (1°Ed) Buenos Aires, Argentina: La Roca.
52. RIFKIN J. (1997) *El Fin del Trabajo*. (2 ° Ed.) Buenos Aires, Argentina: Paidós.
53. RIVERA, J. C.(1980). *Derecho a la intimidad*. La Ley T. 1980-D-912. sobre Warren, S. y Brandeis, L. (1890). *The right to privacy*, en Harvard Law Review. V Vol. IV, N° 5, pág. 193 y sgts.
54. RIVERA, J. C. (1983). *Hacia un régimen integral y sistemático de los derechos personalísimos*. La Ley 1983-D-846.
55. RIVERA, Julio César. (1992). *Responsabilidad por daños a los derechos de la intimidad*.
56. SABINO A. CARLOS. (2010) *Como hacer una tesis*. (4° Ed.) Buenos Aires, Argentina: Lumen / Hvmánitas.
57. SAEZ CAPEL. (1986) *El derecho a la intimidad*. (1°Ed) España: Din.
58. SAGÜÉS NÉSTOR PEDRO. (2007). *Manual de derecho constitucional*. (1° Ed.). Buenos Aires, Argentina: Astrea.
59. TOMELO, F. (2010). “Responsabilidad civil de buscadores de Internet”, La Ley 2010-E, 107.
60. TOMELO, F. (s.f.). *Google y Yahoo con un curso a contramano*. La Ley Online.
61. TRAVIESO JUAN A. (2002). Colección de derecho jurisprudencial, derechos humanos y garantías. (1° Ed.) Buenos Aires, Argentina: La Ley.

62. VATIMO, G. (1996). *La sociedad transparente*. Barcelona: España.
63. ZAVALA DE GONZÁLEZ, M. (1987). “*Responsabilidad por riesgo. El nuevo artículo 1113*”, Buenos Aires: Hammurabi.
64. ZAVALA DE GONZÁLEZ, M. (1999). Comentario al art. 1067. En Bueres, Alberto “*Código civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*”, Tomo 3-A, Buenos Aires: Hammurabi.
65. ZAVALA DE GONZÁLEZ, M. (2004). *Actuación por daños*. Buenos Aires: Hammurabi.
66. PIZARRO; Ramón D. (1991). *Responsabilidad de los medios masivos de comunicación. Daños por noticias inexactas o agraviantes*. Buenos Aires: Hammurabi.

INTERNET:

1. ADELL, J (1994) Internet: Posibilidades y limitaciones, ponencia de la jornada la comunidad Valenciana ante la Nueva Sociedad de la Información: ciencia, tecnología y empresa. *Tecnología y educación*. Recuperado el 13/08/2012 de <http://tecnologiaedu.us.es>.
2. CASTILLO JIMENEZ, C. (s. d) Protección del derecho a la intimidad y uso de las nuevas tecnologías de la información. *Derecho y conocimiento*. Recuperado el 28/11/11 de <http://www.uhu.es> .
3. DEL PESO NAVARRO, E. (1997) Las leyes de protección de datos y su repercusión en la transferencia de la información. *Contract-soft Onnet*. Recuperado el 17/05/2012 de <http://www.onnet.es>
4. El Derecho a la Intimidad y los Medios de Comunicación. 05/26/2010. Recuperado de: <http://www.alfa-redi.org/node/8850>

5. ERASO LOMAQUIZ, S.E. (2012). *Responsabilidad de los buscadores de Internet*, publicado el 11/04/2012, www.elDial.com- Dc1811.
6. LEIVA, C.F. (s.f.) *Responsabilidad por daños derivados de Internet (Reparación y prevención de los daños)*. Recuperado de: <http://www.aaba.org.ar/bi22n004.htm>
7. MCLARIN K. J. (1998) Trenton Races to pass bills on sex abuse. [Version electrónica]. *The New York Times*. Recuperado 09/10/2012 de www.nytimes.com
8. NAVARRO. B. (2012). La UE crea el “derecho al olvido” en la red. [versión electrónica]. *La Vanguardia.com*. Recuperado 12/11/2012 de www.lavanguardia.com .
9. PEREZ SERNA J. (2012) El fracaso de la LOPD en España. [versión Electrónica], *datospersonales.Org*, 24-09-12, www.madrid.org
10. PIZARRO, Daniel. R. (2011). *Responsabilidad civil de los medios de comunicación masiva*, “BIBLIOTECA JURÍDICA VIRTUAL”, recuperado de: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/decoin/cont/6/art/art7.htm>
11. SHINA, F. (2011). *El largo camino hacia la Responsabilidad Objetiva. Homenaje a Roger John Traynor, Juez – Parte 2* Publicado el 06/05/2011, www.elDial.com-DC15AE.

JURIPRUDENCIA:

1. C.N.C.C. de Capital Federal, sala VI, “*Lanata Jorge s/ desestimación*” (1999).
2. C.S.J.N, “Kot, Samuel”, Fallos: 241: 291 (1958).
3. C.S.J.N, “Siri, Ángel”, Fallos: 239:450 (1957).
4. C.S.J.N, “Outon”, Fallos: 267: 215 (1967).
5. C.S.J.N, “Ponzetti de Balbín Indalia c/ Editorial Atlántida. S.A”, Fallos: 306: 1892 (1984).

6. C.S.J.N., “Menem, Carlos S. c. Editorial Perfil S.A y otros”. Fallos 324: 2895 (2001).
7. Juzgado Federal Civil y Comercial, “Tanús, Gustavo Daniel y otro c/ Cosa Carlos Alberto y otro s/ Habeas Data (art.43 C.N.)”. , expte. N° 1.791/2003. Sec. N° 6 (2006).
8. Sala “J” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, “Krum, Andrea Paola c/ Yahoo de Argentina S. R. L. y otro s/ daños y perjuicios”. (2012).
9. S.T.E.D.H, “*Lingens v. Republica Austria*, (1986) n° 131.
10. S.T.E.D.H, “*Plon (société) v Francia.*, (2004) Sección 2ª. N° 36.
11. CSJN, “Ponzetti de Balbín, Indalia c/ Editorial Atlántida S.A., 10/12/1984. (306:1892). Publicado en “La Ley”, t. 1985-B-120.
12. ¹ CSJN, “Julio César Campillay c/ La Razón y otros”, (308:789), 16/5/1986. Publicado en “La Ley”, t. 1986-C, pág. 407.
13. New York Times v. Sullivan”. 376 US, 254 (1964).
14. “Rosenblatt v. Baer”. 383 US, 75 (1966).
15. ¹ “Curtis Publishing Co. v. Butts”. 388 US, 130 (1967).

LEGISLACIÓN:

Nacional:

1. Anteproyecto de Ley de Delitos Informáticos. Resolución N° 476/2001. Publicado por el Boletín Oficial de la Nación el 26/11/2001.
2. Código Civil de la República Argentina.
3. Código Penal de la República Argentina.
4. Constitución de la República Argentina, 1819,1853-60, 1994.
5. Decreto de Seguridad Individual 1811-1898.
6. Disposición Nacional 11/2006.
7. Ley Nacional 20.889. Modificatoria del Código Civil Argentino.
8. Ley Nacional 21.173. Modificatoria del Código Civil Argentino.
9. Ley Nacional de Entidades Financieras, 21.526.
10. Ley Nacional 24.240. De Defensa del Consumidor.

11. Ley Nacional 24.766. De confidencialidad sobre información y productos que estén legítimamente bajo control de una persona y se divulgue indebidamente de manera contraria a los usos comerciales honestos.
12. Ley Nacional 25.326. De protección de Datos Personales.
13. Ley Nacional 26.388. Delitos Informáticos.

Internacional:

1. Carta Europea de Derechos Humanos.
2. Conferencia Internacional de Derechos Humanos, 1968, Teherán.
3. Constitución de España.
4. Convención Americana sobre Derechos Humanos.
5. Convenio Europeo de Derechos Humanos.
6. Declaración Universal de Derechos Humanos, Organización de Naciones Unidas, 1948.
7. Directiva 95/46 del Consejo Europeo sobre protección de datos personales.
8. Directiva 98/48 del Consejo Europeo modificatoria de la directiva 98/34/ CE.
9. Ley de Francia 78/17 de 1978.
10. Ley de la República Federal Alemana de 1977 sobre Protección de los Datos Personales.
11. Ley Federal Health Insurance Portability and Accountability Act. (HIPAA), Estados Unidos, 1996.
12. Ley Federal Wetterling (ley de Megan), Estados Unidos, 1995.
13. Ley Orgánica sobre Protección de Datos de Carácter Personal. (LOPD) España, 1999, Real decreto reglamentario de la misma 1720/2007, España 2007.
14. Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos.
15. Pacto de San José de Costa Rica.
16. Real Decreto 1289/1999 de 23 de Julio, España.