

DERECHOS ONLINE: ANONIMATO VIRTUAL - INTIMIDAD PÚBLICA*

LEONARDO SILVIO CINGOLANI
ELIANA NOEMÍ CUASSOLO
JAVIER LUIS GÓMEZ SARACCHINI
MARÍA LUCILA MENDAÑA**

RESUMEN

*Fecha de recepción: 28 de Julio de 2012
Fecha de aceptación: 3 de Septiembre de 2012*

La tecnología está transformando no solo nuestro entorno, sino también a nosotros mismos y a nuestra forma de interactuar y de relacionarnos. Estos cambios, a la par de introducir mejoras cualitativas y cuantitativas a nivel social, también generan, por la amplitud de sus contenidos, efectos actual y potencialmente nocivos. Uno de los temas que más aflige a la sociedad contemporánea es el relativo a la invasión de la privacidad. La acelerada evolución de Internet en los últimos tiempos ha puesto sobre el tapete multitud de interrogantes a los que el derecho debe responder necesariamente. Ello obliga a reflexionar profundamente sobre hasta qué punto el derecho, que ordena nuestras sociedades, va a ser eficaz en el universo de las redes sociales. Por ello, resulta fundamental indagar qué respuestas ofrece el derecho ante estos fenómenos. Es nuestro deseo, hacerles llegar a ustedes las distintas perspectivas que atentan, en cuanto refiere al tema objeto de análisis, contra nuestro Derecho Constitucional, con especial énfasis en el derecho fundamental a la protección de datos,

* Trabajo monográfico y ponencia presentada en las IX Jornadas Interuniversitarias de Derecho Constitucional y Derechos Humanos, realizadas en la ciudad de Santiago de Chile, Chile, en septiembre de 2011.

** Alumnos pertenecientes a la Universidad Católica de Córdoba, de la localidad de Córdoba, República Argentina.

el derecho a la intimidad y, específicamente, los derechos de autor que se ven involucrados, para concluir con una temática referida a la responsabilidad que se genera en estos medios, tarea que aún hoy le corresponde elaborar a nuestro sistema jurídico argentino.

Palabras clave: Derecho Constitucional, derechos humanos, *habeas data*, redes sociales. Internet, intimidad, privacidad, publicidad, información.

ONLINE RIGHTS: VIRTUAL ANONYMITY - PUBLIC INTIMACY

ABSTRACT

Technology is changing not only our environment, but also to us themselves and to our way of interacting and of relating. These changes, at par of introducing qualitative and quantitative improvements at the social level, also generate, for the extent of his contents, current and potentially harmful's effects. One of the topics that more afflicts to the contemporary society is the relative one to the invasion of the privacy. The intensive evolution of Internet in the last times has put on the rug lot of questions to which the Law must answer necessarily. It forces to think deeply up to what point the Law, which arranges our societies, is going to be effective in the universe of the social networks. Due to this, it turns out to be important to investigate what answers it offers the Law before these phenomena. It is our desire, make them come to you the different perspectives that commit an outrage, in all that it recounts to the topic object of analysis, against our Constitutional law, with special emphasis in the fundamental right to the protection of information, the right to the intimacy and, specifically, the copyright that meet involved, to conclude with a subject matter referred to the responsibility that is generated in these means, task that still today it belongs to elaborate to our juridical Argentine system.

Key words: *Constitutional Rights, human rights, habeas data, social networks, Internet, intimacy, privacy, publicity, information.*

INTRODUCCIÓN

Vivimos en una aldea global, donde el tiempo y el espacio no constituyen barreras para la comunicación humana.

No podemos negar que la revolución tecnológica está transformando no solo nuestro entorno, sino también a nosotros mismos y a nuestra forma de interactuar y de relacionarnos.

Tampoco es una novedad que la informática y las nuevas tecnologías, a la par de introducir mejoras cualitativas y cuantitativas a nivel social, también generan, por la amplitud de sus contenidos, efectos actual y potencialmente nocivos.

Varias de estas tecnologías han despertado preocupación en cuanto a la posibilidad de su empleo desviado. Es así como se rompen los esquemas de tiempo y de espacio, inundando los diversos ámbitos en que se desenvuelve la vida humana con ciertos riesgos para el derecho a la intimidad y el control sobre nuestros datos personales.

Tanto es así, que uno de los temas que más aflige a la sociedad contemporánea es el relativo a la invasión de la privacidad. La acelerada evolución de Internet en los últimos tiempos ha puesto sobre el tapete multitud de interrogantes a los que el derecho debe responder necesariamente.

Puede afirmarse que ha nacido una sociedad que se desarrolla íntegramente en el mundo virtual, erigiéndose de este modo, nuevos escenarios sociales. El fenómeno que ha llamado la atención en Internet en los últimos tiempos, y que ya comienza a dar beneficios económicos, es el de las redes sociales.

Ello obliga a reflexionar profundamente sobre hasta qué punto el derecho, que ordena nuestras sociedades, va a ser eficaz en el universo de las redes sociales.

En este contexto establecer qué reglas deben regir respecto de la recopilación y uso de la información personal constituye una cuestión central. ¿Realmente conocen los individuos el valor de la información que proporcionan cuando se adhieren a un servicio, cuando navegan por Internet o cuando comparten opiniones, sentimientos o fotografías en una red social?

Jurídicamente hablando, nos enfrentamos a una Internet con un modelo de servicios, y por supuesto de negocios, que gira alrededor de tratamientos generalizados de datos personales. El desarrollo de la informática genera un

fuerte influjo y potencia los sistemas de almacenamiento y recopilación de información de carácter privado.

Por otra parte, un número significativo de las conductas patológicas que se dan en Internet tienen como origen o finalidad el tratamiento de información sensible.

Además, cabe destacar un cambio en el rol que juega el internauta: ya no es un mero sujeto pasivo, sino que su conducta puede acabar repercutiendo en derechos de terceros¹.

Por ello, resulta fundamental indagar qué respuestas ofrece el derecho ante estos fenómenos. No se trata de una labor meramente prospectiva, es esencial establecer hasta qué punto el ordenamiento jurídico brinda herramientas efectivas para regular esta nueva realidad.

Es nuestro deseo, hacerles llegar a ustedes las distintas perspectivas que atentan, en cuanto refiere al tema objeto de análisis, contra nuestro Derecho Constitucional, con especial énfasis en el derecho fundamental a la protección de datos, el derecho a la intimidad y, específicamente, los derechos de autor que se ven involucrados, para concluir con una temática referida a la responsabilidad que se genera en estos medios, tarea que aún hoy le corresponde elaborar a nuestro sistema jurídico argentino.

1. ¿QUÉ SON LAS REDES SOCIALES?

Las redes sociales son formas de interacción social definidas como un intercambio dinámico entre personas, grupos e instituciones en contextos de complejidad. Consisten en un sistema abierto y en construcción permanente que involucra a conjuntos que se identifican en las mismas necesidades y problemáticas y que se organizan para potenciar sus recursos.

Las llamadas redes sociales online, consisten en servicios prestados a través de Internet que permiten a los usuarios generar un perfil público, en el cual plasmar datos personales e información de ellos mismos, disponiendo de herramientas que permiten interactuar con el resto de usuarios afines o no al perfil publicado.

El modelo de crecimiento de estas plataformas se basa fundamentalmente en un proceso viral, en el que un número inicial de participantes, mediante el

1. ARTEMI RALLO LOMBARTE & MARTÍNEZ MARTÍNEZ RICARD (2010). *Derecho y redes sociales*. Ed., Aranzadi, pág. 20.

envío de invitaciones a través de correos a sus conocidos, ofrece la posibilidad de unirse al sitio Web.

Estos nuevos servicios se configuran como poderosos canales de comunicación e interacción, que permiten a los usuarios actuar como grupos segmentados: ocio, comunicación, amistad, parentesco, intereses comunes, profesionalización, etcétera, siendo que uno de los principales objetivos de la red social se alcanza en el momento en el que sus miembros utilizan el medio online para convocar actos y acciones que tengan efectos en el mundo “*offline*”².

Las redes sociales, como bien indica su nombre, son un fenómeno social que está condicionando a todos los que participamos en ellas, desde un gran número de aspectos:

- La forma de relacionarnos, ya que permite conectarnos y crear relaciones intersubjetivas desde y hacia cualquier punto del globo.
- La forma de comunicarnos, la cual se ha vuelto mucho más interactiva y participativa que antes.
- La forma de participar y compartir información personal, lo cual acarrea hacer público nuestro vivir cotidiano, implicando también, una reducción de nuestro ámbito de intimidad.
- La posibilidad del acceso a la información, según un modelo basado en la ausencia absoluta de reglamentarismos, aumentando el campo de los potenciales usuarios, quienes, en muchas ocasiones, son principiantes en dicho medio.

El primer sitio de redes sociales reconocido, puesto en marcha en 1997 como “SixDegrees.com” permitía a los usuarios crear perfiles, lista de amigos y amigos de sus amigos³.

Desde entonces diversas redes se han ido creando, algunas con éxito aún permanecen, otras han desaparecido, pero en lo que a actualidad se refiere, los principales competidores a nivel mundial son: Facebook, Twitter, Google, Yahoo, Youtube, Hi5, entre los más prestigiosos.

2. Derecho informático <http://www.gonzalezfrea.com.ar/derecho-informatico/aspectos-legales-redes-sociales-legislacion-normativa-facebook-regulacion-legal-argentina/265/> (Buscar en “González Frea Leandro”: “Aspectos legales y normativos de las redes sociales” después seguir el primer hyperlink). (Febrero, 16 de 2010)

3. CASTELLÓ MARTÍNEZ ARACELI (2010). Estrategias empresariales en la Web 2.0. Ed., Club Universitario, págs. 66, 67.

Se puede afirmar que el crecimiento de las redes sociales en Internet ha sido exponencial a partir de la etapa de la Web 2.0, donde el usuario de internet dejó de ser un simple observador y consumidor de contenidos, a un verdadero generador de los mismos.

El término Web 2.0 (que data desde el año 2004 hasta la actualidad) está comúnmente asociado con aplicaciones Web que facilitan el compartir información, la interoperabilidad, el diseño centrado en el usuario y la colaboración en la World Wide Web. Cuando mencionamos el término Web 2.0 nos referimos a una serie de aplicaciones y páginas de Internet que utilizan la inteligencia colectiva para proporcionar servicios interactivos en red dando al usuario el control de sus datos.

Este fenómeno nos obliga a posicionarnos en la “comunidad internet” a través de nuestra propia identidad digital.

En conclusión, las redes sociales suelen posibilitar que pluralidad y comunidad, se conjuguen. Allí quizás, esté gran parte de toda la energía que le da vida a los grupos humanos que conforman esas redes. Sin embargo, este fenómeno que se muestra como integrador, lo es meramente en apariencias, siendo lisa y llanamente una revolución de masas.

1.1 Redes sociales: derechos que vulneran

Si bien es cierto que este nuevo fenómeno de interacción social fomenta la comunicación, acorta las distancias, incluye al ciudadano común en el tratamiento de problemáticas sociales, permite la libre expresión de ideas, entre otras ventajas, debemos tener en claro que dicha exposición, sumada a la ausencia de controles específicos en estos medios, permite la vulneración indiscriminada de una gama de derechos personalísimos, generando víctimas de delitos que afectan al honor, la imagen, la dignidad, la intimidad, la propiedad intelectual, como otros tantos.

Un debate que se plantea hoy es si el derecho a la intimidad limita el derecho a la libertad de expresión, sobre todo en torno a asuntos considerados de interés público. El límite, tan delicado entre ambos derechos, deberá ser valorado según cada caso en concreto, debiendo elegir qué derecho o libertad deberá prevalecer. El derecho a la propia imagen otorga a los usuarios el poder de ejercer un control sobre la grabación, uso y difusión, no solo de su imagen, sino también de su voz, ya que quien hace uso de una red social tiene la facultad de permitir o no

que sus fotografías sean difundidas, así como también, la información que sobre esas imágenes exista.

Hoy las redes sociales están pasando por una etapa de transición donde se intenta equilibrar lo público con lo privado, mientras tanto se deberá apelar a la responsabilidad de cada usuario para que, ciertos derechos como el de la intimidad no se vean vulnerados. Es por ello necesario tener seguridad en lo que se publica, sobre todo si son datos personales o si son imágenes que afectan a terceros.

Se presentan por tanto una serie de interrogantes legales respecto al tratamiento de la información personal cuya respuesta requiere conocer la dinámica de estos sistemas, de manera que este ensayo persigue una doble finalidad: de una parte, apuntar los desafíos que desde el punto de vista jurídico plantean, y de otra entender su funcionamiento práctico, con el fin de acercar a este entorno a aquellos juristas todavía no familiarizados con el mismo.

2. EL DERECHO A LA INTIMIDAD

El interés por los temas relacionados con el derecho a la intimidad ha renacido en nuestro medio, como consecuencia de las agresiones que el ámbito privado de las personas sufren en la actualidad, provenientes de la utilización de las más recientes técnicas electrónicas, que permiten penetrar impunemente en todos los ambientes habitualmente reservados a la privacidad⁴.

Los medios técnicos han ampliado enormemente las posibilidades de transgresión de la intimidad de las personas y, en consecuencia, las leyes deben adaptarse para protegerla eficazmente, lo que a su vez hace necesario que el derecho a la intimidad deba ser estudiado en forma multidisciplinaria⁵.

Las primeras manifestaciones del derecho de las personas a gozar de un ámbito íntimo se presentan históricamente frente al poder del Estado⁶.

En el derecho constitucional argentino originario, la protección de la intimidad de los habitantes frente a los poderes públicos se concreta en dos

4. FURNARI MARÍA JULIA & LAVALLE COBO, JORGE. La intimidad y su relación con las comunicaciones. La Ley. 27/11/2007, At., 1.

5. FURNARI MARÍA JULIA & LAVALLE COBO JORGE, *op. cit.*

6. FURNARI MARÍA JULIA & LAVALLE COBO JORGE, *op. cit.*

direcciones: por una parte, se consagra la inviolabilidad del domicilio y de los papeles privados (CN, artículo 18); y por otra, se establece el interés público como límite a la injerencia en la vida privada de las personas (CN, artículo 19), disposición esta última que protege, aunque sin mencionarlo, el derecho de las personas a la autonomía, es decir, a conducirse libremente en todas aquellas materias que no afecten el interés social.

La reforma de 1994, al incorporar al texto de la ley suprema, las disposiciones del Pacto de San José de Costa Rica (Convención Americana sobre Derechos Humanos), le ha conferido al derecho a la intimidad el rango de libertad constitucionalmente garantizada. En lo que al Derecho Internacional se refiere, la Declaración Universal de Derechos del Hombre de 1948, en idéntico sentido estableció en su artículo 12 que nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada y consagra el derecho de toda persona a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques⁷.

En nuestro país se produce el reconocimiento de la existencia de un derecho a la intimidad, como especie dentro de los derechos personalísimos, y ello se plasma en la sanción del artículo 1071 bis del Código Civil, por la Ley 21.173.

De acuerdo con lo establecido en el mencionado artículo,

“El que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiéndola correspondencia, mortificando a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubieren cesado, y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez, de acuerdo 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”⁸.

La protección civil se complementa, en el caso de la información incluida en bases de datos, con las acciones previstas en la Ley 25.326 de *habeas data* cuyas disposiciones no se aplican solamente a las bases de datos públicas, sino también a las privadas.

7. Declaración Universal de Derechos Humanos. Art. 12.

8. Código Civil Argentino. Ley 340. Art. 1071 bis. Enero, 1 de 1871. (Argentina).

2.1 El derecho a la intimidad como objeto de la protección jurídica

En la actualidad, el derecho a la intimidad se incluye entre los derechos llamados personalísimos, es decir, todos aquellos que el ser humano tiene por el hecho mismo de existir y que le son inherentes a su condición. Se incluyen como tales: el derecho de nacer, derecho de vivir, el derecho a disponer del propio cuerpo, a la libertad, al nombre, derecho al honor, a la propia imagen, derecho a la intimidad.

Se trata, en definitiva, de un derecho fundamental, individual, natural, inviolable que debe desarrollarse en una esfera de acción propia, independiente o autónoma.

De modo general, podemos decir que la intimidad es todo aquello que el individuo tiene derecho de sustraer al conocimiento de terceros.

Recogiendo la definición que nos brinda CIFUENTES diremos que el derecho a la intimidad es *“el derecho personalísimo que permite sustraer a la persona de la publicidad o de otras turbaciones a la vida privada, el cual está limitado por las necesidades sociales y los intereses públicos”*⁹.

2.2 Internet y el derecho a la intimidad

La evolución constante de las tecnologías dirigidas a la comunicación, los correos electrónicos, la Internet, las bases de datos públicas y privadas y la posibilidad de su comercialización, obliga a reforzar los medios de protección de la intimidad de las personas.

Actualmente no cabe la menor duda de que los medios electrónicos disponibles permiten todo tipo de intromisiones en la vida íntima de las personas, a punto tal que debemos reconocer que, de una forma u otra, se ha restringido el ámbito concreto en que se puede gozar de intimidad.

Internet se presenta en nuestros días no solo como un nuevo paradigma de la comunicación humana, sino también como una nueva forma de expresión artística y cultural. Ello no obstante, y sin pretender desconocer las innumerables ventajas que presenta en materia de comunicaciones y de búsqueda de información, a lo largo de estos últimos años han surgido ciertas complicaciones motivadas por la falta de control de sus contenidos.

9. CIFUENTES SANTOS (1995). Derechos personalísimos. Ed., Astrea, pág. 544.

En la “era de la información”, el tráfico de datos es simplemente parte de su esencia. El nacimiento de estas nuevas tecnologías que apuntáramos ha supuesto que los antecedentes relativos a personas y entidades se almacenen y distribuyan de una manera tal, que hoy nadie sabe, con exactitud, quiénes pueden potencialmente acceder a los mismos, y con qué fines o intenciones.

Se traduce en una necesidad de la vida en sociedad el conocer con quiénes tratamos, y en especial el tener acceso a información que resulta relevante al tiempo de adoptar una decisión.

Sin embargo, en este afán por tener toda la información a disposición, es que han surgido excesos y es allí donde el derecho debe dar una oportuna respuesta.

En este contexto es que parecen las redes sociales, que se han convertido en un fenomenal vínculo de contacto entre personas que se conocen y desconocen, siendo el reflejo del nuevo abordaje interpersonal global, a través de un espacio meramente virtual.

El nuevo paradigma, que se empieza a moldear en la nueva sociedad digital, abre el debate sobre cómo se financian estos servicios gratuitos (o al menos aparentemente gratuitos), las nuevas técnicas de publicidad no tradicional recientemente empleadas, la propiedad intelectual y los delitos informáticos, y por sobre todo la transparencia de la información allí publicada y su protección.

Notemos que muchas de las páginas de inicio de las redes sociales aún no informan sobre el costo de sus servicios, o si el pago por el internauta es el solo aporte de su información personal y el armado de una red de contactos.

Por otra parte resulta interesante destacar una “curiosidad”: hasta hace muy poco tiempo, quienes no se veían tentados por formar parte de las redes sociales y podían elegir “no pertenecer a ese mundo”, hoy se han dado cuenta de lo complicado que es no estar allí. Al parecer, formar parte de ese medio cada vez depende menos de la voluntad personal.

El uso de las redes sociales es tan creciente, como espacio de comunicación, que se han convertido en un más que atractivo segmento de negocio para la industria de la publicidad. La “publicidad social online” es hoy un elemento fundamental en el desarrollo y mantenimiento de las redes sociales.

Por su propia naturaleza y configuración, estas redes disponen de una gran cantidad de información relativa a sus usuarios, dicha publicidad utiliza los

datos del perfil declarado de un usuario, sus contactos sociales e información de sus relaciones con otros usuarios.

Así, la nueva publicidad reconoce los intereses del usuario. Está preparada para rastrear, cual detective, el comportamiento de los internautas, y lo que es peor, sin dejar de ser agresiva, es aún más efectiva.

Las redes sociales suelen ofrecer la posibilidad de revelar información personal del internauta que trasciende el mero nombre, apellido y foto.

Lógicamente que algunos de los derechos personales que se ven más amenazados por la evolución de las tecnologías de información y comunicación son el derecho a la privacidad, a la intimidad y al honor.

Por lo tanto debemos reconocer que si bien es cierto que, para los servicios básicos en las redes sociales, el usuario no paga con dinero, sí lo hace con otro bien que hoy por hoy tiene cotización de mercado: sus datos.

La pregunta es ¿qué es exactamente lo que se hace con ellos? Si a través de las redes sociales las empresas y otras tantas entidades tienen la potencia de acceder a todo tipo de información de los interesados y el avance tecnológico acompaña, día a día, lo cierto es que el futuro se encargará de darnos respuesta.

Pero por lo pronto, advertimos que del uso imprudente y descontrolado que se hace de esos datos surgen potenciales amenazas a derechos fundamentales de las personas como lo venimos reiterando.

Por todo ello es que se insiste en la necesidad de que el tráfico de aquéllos se vea sometido a normas claras que tiendan a facilitar su aplicación, desarrollo y uso responsable.

Así, una de las prioridades de cualquier usuario de la red, es asegurarse que los datos que entrega –en un chat, en foros de discusión, o en la contratación relativa a bienes o servicios– no serán capturados, copiados, modificados o utilizados sin su consentimiento. Por ello la confianza en la conservación de la intimidad en el medio digital, es básica para el desarrollo de la sociedad de la información y de todas las actividades que se realizan en la red.

La eficacia que tenga la normativa de protección de datos dependerá del adecuado sistema de control con que se cuente.

Es dable señalar que dentro de las formas de protección de datos no solo destacan las consagraciones a nivel legislativo o reglamentario de los estados, sino también la denominada autorregulación a nivel de las diversas compañías que prestan u ofrecen sus servicios o productos por la red.

Básicamente se trata de una tendencia en virtud de la cual son los mismos privados principalmente, los encargados de establecer las pautas bajo las cuales se desarrollará el tratamiento de los datos que se hallen en su poder, cuáles son los derechos que les asisten a los usuarios, todo ello en instrumentos denominados “políticas de privacidad”.

Tales políticas de privacidad han de regular entre otros aspectos: el conocimiento de la información personal que se reúne sobre el usuario, quién recolecta su información, para qué se la utiliza, precauciones de seguridad para proteger dicha información, cómo actualizar, modificar o borrar sus datos personales, entre otros.

3. SISTEMA NORMATIVO ARGENTINO: *HABEAS DATA*

En la República Argentina la figura del *habeas data* comienza a tener recepción primero en las constituciones provinciales y a nivel nacional, a partir de la Reforma Constitucional de 1994 y su expresa incorporación en el artículo 43, cuya reglamentación específica quedó plasmada con la sanción de la Ley 25.326 del año 2000.

La garantía del *habeas data* tiende a proteger una gama de derechos que se relacionan entre sí, y van “*desde la protección a la intimidad de las personas, pasando por la autodeterminación informativa y llegando al derecho a la verdad de los datos personales obrantes en los registros y bases de datos*”¹⁰.

Sobre este punto existen diversas posiciones doctrinarias, ello no obstante y en orden a la síntesis y concisión que demanda el presente, reproducimos la opinión de BIDART CAMPOS (la cual compartimos): “*no hay dudas de que el objeto tutelado coincide globalmente con la intimidad o privacidad de la persona, ya que todos los datos referidos a ella que no tienen por destino la publicidad, o la información a terceros, necesitan preservarse*”¹¹.

10. VALDEZ, CARLOS H. et al. (2005). *Elementos de Derecho Procesal Constitucional*, tomo II. Ed., Advocatus, pág. 151.

11. BIDART CAMPOS, GERMÁN (1999). *Manual de la Constitución Reformada*, tomo II. Ed., Ediar S.A., pág. 388.

La finalidad de esta protección consiste en evitar la ilegal e incorrecta manipulación, tratamiento, almacenamiento y transmisión de datos personales de parte del Estado y los particulares.

Con respecto a su naturaleza constitucional y procesal diremos en primer término que resulta indudable que estamos en presencia de una garantía instrumental por cuanto permite al ciudadano acudir al Poder Judicial para lograr el resguardo de sus derechos constitucionales. Sin embargo, la cuestión no deja de ser controvertida en lo que respecta a la naturaleza específicamente jurídica del *habeas data*; en este sentido tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional no logran asumir un idéntico criterio: por un lado están aquellos que ven en el *habeas data* una modalidad de amparo que permite a toda persona interesada acceder al conocimiento de los datos que consten en los registros. Otros, por su parte entienden al *habeas data* como una subespecie del *habeas corpus* alegando un cierto paralelismo entre estas figuras, ya que así como en el último caso lo que se reclama es “que se traiga el cuerpo”, en el *habeas data* se intenta que “se traigan los datos”. Por nuestra parte consideramos que conforme surge de la intención del constituyente nacional, al introducir la garantía en cuestión en el artículo 43 CN, es indudable que posee características propias que lo diferencian del amparo, sus especies y del *habeas corpus*. Prueba de ello, lo constituyen las constituciones provinciales y el hecho de que la Ley nacional 25.326, al establecer el procedimiento de la denominada “acción de protección de datos personales” en su capítulo VII, prevé un procedimiento especial en el que se perfilan características particulares que hacen a la garantía en estudio.

La ley en cuestión define en el artículo primero su objeto, estableciendo como tal la protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros, bases o bancos de datos, sean estos públicos o privados destinados a proveer informes para garantizar el derecho al Honor y a la Intimidad de las personas, así como también el acceso a la información que sobre las mismas se registre, de conformidad a lo establecido en el artículo 43 de nuestra Carta Magna. Esta ley es una norma de orden público que regula la actividad de las bases de datos que almacenan información de carácter personal y garantiza al titular de esos datos la posibilidad de controlar su uso.

Para el cumplimiento de su cometido, dicha norma dispone que la formación de archivos de datos solo se considerará lícita cuando:

- 1) Se encuentren debidamente inscriptos en el Registro Nacional de Bases de Datos,

- 2) Observen en su operación los principios que ella misma instituye y
- 3) No tengan una finalidad contraria a las leyes o a la moral pública.

Consideramos que el primero de los requisitos ha de constituirse en una efectiva herramienta en la protección del derecho a la intimidad.

Para asegurar esta fundamental finalidad de protección es que se confieren a los titulares de los datos las siguientes prerrogativas: el derecho a la información (que comprende la posibilidad de todo ciudadano de requerir al órgano de control que informe sobre la existencia, finalidad e identidad de los responsables de archivos, registros bases de datos); el derecho de acceso (que consiste en la facultad de requerir y obtener la información relativa a sus datos que se encuentren contenidos en un archivo); y también el derecho a solicitar la rectificación, actualización, supresión y confidencialidad de sus datos, con el objeto de corregir o sanear informaciones falsas, inexactas o imprecisas en miras al efectivo resguardo de sus derechos (constitucionalmente reconocidos) y de elevadísima jerarquía.

4. ¿A QUIÉN PERTENECE LA INFORMACIÓN?

Esta nueva era de la comunicación está caracterizada, entre otras cosas, porque la información ha ido asumiendo cada vez más la característica de ser un bien económico, una mercancía, es decir, la información genera riquezas y es a la vez objeto de transacciones, de modo que, como materia prima económica, como objeto de la economía misma, cada vez más, se está convirtiendo en uno de los bienes más preciados para el hombre.

Esto genera como en todas las situaciones de atribución de derechos de propiedad, discusiones y debates acerca de las características y extensión de los derechos sobre esa información, y genera también una gama de actividades que se vinculan precisamente con todos los aspectos de ese intercambio y comercialización.

Ahora bien, el interrogante que aquí nos hacemos es acerca de quién es el propietario de esa información una vez que decidimos compartirla en una red social. Todos sabemos que esta puede ser interceptada, sufrir modificaciones en su tránsito, desviada a sitios a los cuales no la enviábamos o puede ser leída por personas no autorizadas para ello.

Obviamente, no hay un criterio único en el tratamiento de los datos personales y los contenidos por parte de las distintas redes sociales, sino que es cada una

de ellas la que, de manera “unilateral”, determina sus propios parámetros de privacidad, poniendo a disposición del usuario una serie de herramientas que le ayudan a redefinirlos.

Lo anterior no significa que el margen de acción de los prestadores de servicios de Internet sea absoluto, y como suponemos que nuestras decisiones son conscientes y libres –entre ellas, la de elegir la/s red/es social/es a la/s que queremos pertenecer– solo pueden ser tomadas desde el conocimiento.

Por ejemplo, Facebook, en sus condiciones de uso, informa “tú eres el propietario de todo el contenido y la información que publicas (...)”¹². Esto implica que el usuario es en todo momento dueño de sus contenidos; aunque, en rigor de verdad esto no es así. La propia red matiza más adelante en sus términos de uso, respecto de aquellos contenidos objeto de propiedad intelectual, tales como fotografías y videos, que el usuario al colgarlos concede una licencia para disponer de cualquier contenido que se publique en el mismo. Esta licencia finaliza cuando se da de baja la cuenta en dicha red, a menos que el contenido sea compartido con terceros y estos no lo hayan eliminado. Es decir, que tus contenidos son tuyos, pero también de Facebook, y de todos los demás usuarios, si así lo has permitido.

La red Twitter se expresa, por su parte, en términos similares. Establecen sus condiciones de uso que el usuario se reserva los derechos de cualquier contenido enviado, publicado o presentado a través de los servicios. Pero, al publicar dicho contenido, el usuario otorga el derecho a Twitter de poner a disposición de otras compañías, organizaciones o individuos asociados a dicha red el contenido para la difusión, distribución o publicación de dicho contenido en otros medios y servicios.

En contracara de lo anteriormente analizado, debemos reconocer que las legislaciones, salvo contadas excepciones, no han acompañado con remedios jurídicos adecuados el ritmo del desarrollo de estas nuevas facetas que representa el fenómeno de la información.

Urge así la búsqueda de rápidas soluciones desde el campo del derecho. Se trata de salvaguardar los derechos de las personas, en particular lo que hace

12. ¿De quién son tus datos en redes sociales? <http://blogs.lainformacion.com/legal-e-digital/author/alejandrotourio/> (Buscar en “Legal e-digital”: “Citas 2.0” después seleccionar el primer hyperlink). (Marzo, 21 de 2011).

a la preservación de su intimidad, de regular el acceso a la información, su difusión y utilización, como así también a aunar criterios a efectos de lograr un consenso multinacional que permita regular la comunicación transfronteriza de la información.

La historia nos muestra a veces que todo lo que se puede hacer se puede deshacer. Por cada ley que aparece hay alguien que aparece para evadirla, y no siempre estamos preparados para darnos cuenta de ello. La regulación en Internet está toda por hacer, hace falta un gran debate y saber qué medidas debemos tomar para prevenirnos contra los ciberinfractores, los delincuentes informáticos. Este es el gran desafío para nuestra profesión.

5. PROPIEDAD INTELECTUAL EN LAS REDES SOCIALES

La facilidad de reproducción y distribución de contenidos hacen de Internet uno de los principales medios de crecimiento para los contenidos de propiedad intelectual, al tiempo que supone uno de los principales retos en lo que respecta al control y protección de los derechos de autor, en la medida en que los contenidos se encuentran en formato digital y, por tanto, su distribución y comunicación pública es mucho más sencilla que en otro tipo de formato.

El modelo de generación de contenidos ha variado en gran medida respecto al existente antes del surgimiento de la Web 2.0, dado que hoy en día los contenidos no son generados por los propios autores en exclusiva, sino que cualquier usuario tiene la capacidad de generar y difundir sus obras de propiedad intelectual, convirtiéndose así en autor y potencial productor y distribuidor.

Las redes sociales y, en especial, las plataformas colaborativas de contenidos multimedia (Youtube, Google, Wikipedia, entre otras), son el mejor ejemplo de las posibilidades que brindan este tipo de plataformas a los autores.

En la legislación argentina se encuentra la Ley 11.723¹³ de propiedad intelectual que protege las obras científicas, literarias y artísticas, los escritos de toda naturaleza y extensión, sea cual fuere el procedimiento de reproducción, así como también los programas informáticos.

13. Ley 11.723 por la cual se establece el régimen de Propiedad Intelectual. Setiembre, 28 de 1933. B.O. N° 235.

Desde el punto de vista de los posibles riesgos que se pueden producir contra la protección de la propiedad intelectual en Internet, en general, y en los servicios de redes sociales y plataformas colaborativas, en particular, deben diferenciarse dos situaciones en origen:

- De un lado, se ven afectados los contenidos que son titularidad de terceros y que el usuario decide publicar dentro de la red social sin autorización de los titulares del derecho de propiedad intelectual.
En estos supuestos el usuario se encuentra violando derechos de autor, y en consecuencia deberá responder por los daños y perjuicios.
- De otro lado, las implicaciones jurídicas sobre las obras que sean titularidad de los propios usuarios y que estos deciden compartir o hacer públicas a través de estas redes y plataformas.

A causa de este tipo de situaciones, este año la red social Facebook.com decidió modificar unilateralmente sus términos y condiciones estableciendo que los usuarios cedían y licenciaban de manera irrevocable y perpetua sus contenidos a la empresa norteamericana, argumentando la necesidad de seguir contando con esos contenidos online en caso de que el usuario diera de baja su cuenta.

Esto causó un revuelo en los internautas, que recibieron la noticia con gran descontento, lo que obligó a la empresa a retornar a su política anterior.

6. DERECHO A LA INFORMACIÓN

Como parte de este punto se puede indicar que el derecho a la información está compuesto por tres libertades fundamentales:

- 1) Libertad de investigar;
- 2) Libertad de difundir y
- 3) Libertad de recibir informaciones y opiniones.

En consecuencia, estas libertades traen aparejada la posibilidad de ser difundidas por cualquier medio de comunicación, siempre que no se lesionen – claro está– intereses de terceros. Ahora bien, dicho esto, la paradoja más chocante es que en ciertos contextos este cometido no se respeta. Así, a los fines de esclarecer responsabilidades se hace necesario caracterizar el medio en el cual se lleva a cabo.

En la actividad informática, para determinar los responsables de los daños consumados en Internet, se debe captar los perfiles básicos de esa red y la

actividad que mediante ella se despliega. Empero, en ciertos medios, resulta una tarea delicada.

A continuación, citando a MATILDE ZAVALA DE GONZÁLEZ, se pueden mencionar algunas notas que han de ser consideradas:

- a) La red no es peligrosa de por sí, el peligro se encuentra en la actividad humana realizada a través de Internet.
- b) La multiplicidad de actividades que los usuarios pueden realizar sin individualización personal. Por otro lado, lo sencillo que resulta falsificar identidades y que la información transmitida pueda llegar a personas no autorizadas.

Frente a esta problemática, se advierte el conflicto entre la necesidad de identificación a fin de ubicar a eventuales responsables y la aspiración a proteger la vida privada de quienes operan en la red.

- c) Una computadora sin sistema de encriptación puede ser utilizada por cualquier sujeto con acceso al lugar donde se encuentre emplazada.

Además, es posible sustituir al usuario titular desde cualquier computadora cuando alguien tiene conocimiento de la clave que permite operar el pertinente sistema.

- d) La extraordinaria magnitud de eventuales perjuicios, sobre todo a la dignidad humana.
- e) La posibilidad que “*intrusos informáticos*” puedan vulnerar los sistemas, creando riesgos de distorsión de contenidos, supresión parcial de datos o inserción de otros nocivos. Tal es el caso de los conocidos *hackers*, *crackers* y *phreakers*. En cualquiera de los casos resulta dificultoso acreditar que el sistema ha sido vulnerado e identificar al autor.

Si lograra acreditarse, la alteración o inserción de contenidos agraviantes debe reputarse como derivada de hechos de terceros por quienes no se deben responder.

- f) La imposibilidad de realizar un exhaustivo control previo por parte de los proveedores de servicios ya que una vez que el usuario recibe ese “espacio virtual”, el contenido de las páginas de dicho sitio puede variar sin

necesidad de acudir al proveedor, ni requerir su autorización, en cuya virtud el proveedor jamás se entera de los cambios introducidos.

De igual manera, aun si fuera posible el control previo, atentaría contra la celeridad que caracteriza a Internet, y muchos consideran que tampoco sería deseable, por implicar censura adversa a la libertad de expresión.

- g) La responsabilidad de sujetos distintos del autor del agravio es admisible bajo el presupuesto de que les sea factible, un “control reparador”.

Como regla, la supervisión sobre el carácter nocivo de los datos no recae en el proveedor de servicios, sino en el propio afectado quien, al individualizar las páginas donde se infringen sus derechos, puede reclamar al prestador o a un tribunal la eliminación de los contenidos objetados o las correcciones pertinentes.

También cabe que dicho proveedor intime al infractor para que remueva o modifique los contenidos lesivos, bajo apercibimiento de privación del espacio virtual donde se encuentra alojado o de ser excluido de la red social en la que participa¹⁴.

Con ello es importante destacar que en nuestro país no se ha legislado sobre la Responsabilidad de los Proveedores de Servicios de Internet (ISP), por lo que se hace necesario recurrir a los principios básicos de nuestro derecho en materia de daños y perjuicios, en conjunto con la doctrina y la escasa Jurisprudencia con la que contamos debido a la innovación sobre el tema.

En virtud de lo anterior, corresponde hacer mención de una situación particular y es la responsabilidad que les cabe a las llamadas *Redes Sociales*, tratando de dar respuesta al siguiente interrogante: Actuando estos sitios como plataforma digital o sostén de contenidos ilícitos y degradantes, ¿deben responder?

En consecuencia, surgen como una reacción vertiginosa diversas posturas que evidencian una falta de unanimidad al respecto, por ello resulta conveniente atenerse al caso concreto y mediante un estudio riguroso del mismo, comprender cuál de ellas es la más adecuada.

14. ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE (2011). *Daños a la dignidad*. Ed., Astrea, pág. 323 y ss.

6.1 Responsabilidad subjetiva

La normativa positiva nacional, nos ofrece un tipo de responsabilidad denominada subjetiva. Los partidarios de la misma, se basan en el artículo 1.109 del Código Civil argentino que dispone:

“Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio. Esta obligación es regida por las mismas disposiciones relativas a los delitos del derecho civil. Cuando por efecto de la solidaridad derivada del hecho de uno de los coautores hubiere indemnizado una parte mayor que la que le corresponde, podrá ejercer la acción de reintegro”¹⁵.

Trasladado dicho artículo al estudio que se propone, la red social respondería frente a contenidos ilegales creados, publicados o “colgados” por terceros cuando existe un obrar negligente de su parte, esto es, cuando se le comunicó en forma fehaciente (a la red) la existencia de un contenido ilícito y no toma las medidas necesarias para eliminar o bloquear el mismo.

Asimismo, si fue notificada extrajudicialmente, reclamando también la eliminación de dichos contenidos, debe proceder a darlo de baja cuando resultare ostensible y manifiestamente ilegal. En el caso, si caben dudas sobre la ilicitud de lo expuesto, deberá recurrir a sus asesores para fijar una posición y, eventualmente, recurrir al órgano judicial. Lo dicho es coherente con el sistema de denuncias que ofrecen varias redes sociales.

Luego de ello, si judicialmente se ordena dar de baja o bloquear un determinado contenido, se debe cumplir la orden, de lo contrario se configuraría un marco de responsabilidad.

Finalmente, si no ha sido intimada, no tiene responsabilidad por más que dichos contenidos se encuentren alojados en la misma. Sostener lo contrario implicaría imponerles una obligación casi inadmisibles por la celeridad del medio.

Aunado a ello, hay quienes colocan la integridad del peso probatorio en el reclamante que se estima afectado. Alegan los mismos que no basta la sola comprobación del daño para imponer el deber de resarcir, sino que es necesario también probar el factor de imputabilidad subjetivo, sea de culpa o dolo. En tal

15. Código Civil Argentino. Ley 340. Art. 1109. Enero, 1 de 1871. (Argentina).

sentido, los contenidos e información a los cuales se puede acceder a través de los servicios proporcionados por las demandadas (redes), no han sido creados o editados o ‘colgados’ por ellas, sino por terceros, que en la mayoría de los casos permaneces en el anonimato.

En contraposición a quienes hallan la necesidad de probar la culpa, se encuentran aquellos que piensan lo contrario, en este contexto podemos citar al conocido jurista JORGE HORACIO BUSTAMANTE ALSINA, quien sostiene que: *“el factor de atribución es la culpa o dolo de quien opera en el sistema automatizado o por cuenta de quien realiza la operación, la recolección de datos, el procesamiento de la información y su tratamiento son obra de la voluntad y acción del hombre (...). Al tratarse de daños causados por los hombres con las cosas, hay presunción de culpa”*¹⁶.

6.2 Responsabilidad objetiva

Otro modelo de responsabilidad es la objetiva. El artículo 1.113 de nuestro código establece:

“la obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado.

En los supuestos de daños causados con las cosas, el dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa; pero si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder.

*Si la cosa hubiese sido usada contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián, no será responsable”*¹⁷.

Encontramos aquí la postura que propaga el principio del riesgo creado a actividades que magnifican peligros de daños, con independencia de la intervención o no de cosas o energías en su desenvolvimiento.

En principio se acepta como regla, que un proveedor que organiza servicios en Internet no responde si individualiza a los emisores de información, ya que no es su autor ni tampoco facilitador.

16. BUSTAMANTE ALSINA, JORGE (1993). *Responsabilidad civil por daños derivados de la informática*. Ed., Abeledo Perrot, pág. 795 y ss.

17. Código Civil Argentino. Ley 340. Art. 1113. Enero, 1 de 1971. (Argentina).

Si advertimos que existe una imposibilidad de controlar la exactitud de los datos y así mismo, el demandado lucra con la información de que dispone – sin saber si es correcta o no– la actividad riesgosa configuraría un provecho, y con ello se refuerza la tesis del riesgo como fundamento de este tipo de responsabilidad.

De tal modo, la red social que actúa como una plataforma o soporte informático utilizado por un tercero que aparece identificado, no contribuye a la generación del daño ni como autor ni como editor del contenido.

7. BANCO DE DATOS Y REDES SOCIALES

Por último, se formulan ciertos aspectos que caracterizan y diferencian a los bancos de datos con las llamadas redes sociales:

- 1) Un propietario de un banco de datos decide cuáles ingresan, poder del que carece un intermediario en Internet.
- 2) Los datos de un banco solo pueden ser modificados por su titular mientras que Internet se caracteriza por el aporte de datos de diversa y múltiple proveniencia.
- 3) El titular de un banco de datos tiene un nivel de capacitación que le permite seleccionar y facilitar su control; mientras que el intermediario en Internet no se especializa en una determinada clase de información, y soporta radical impedimento para supervisar la totalidad de los datos y ni siquiera alguna medida significativa de ellos.
- 4) La conducta antijurídica en los bancos de datos proviene de infracciones específicas al artículo 26 de la Ley 25.326¹⁸.

18. **Artículo 26.** - (Prestación de servicios de información crediticia).

1. En la prestación de servicios de información crediticia solo pueden tratarse datos personales de carácter patrimonial relativos a la solvencia económica y al crédito, obtenidos de fuentes accesibles al público o procedentes de informaciones facilitadas por el interesado o con su consentimiento.
2. Pueden tratarse igualmente datos personales relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones de contenido patrimonial, facilitados por el acreedor o por quien actúe por su cuenta o interés.
3. A solicitud del titular de los datos, el responsable o usuario del banco de datos, le comunicará las informaciones, evaluaciones y apreciaciones que sobre el mismo hayan sido comunicadas durante los últimos seis meses y y el nombre y domicilio del cesionario en el supuesto de tratarse de datos obtenidos por cesión.

Nótese que en nuestro país, sufrimos una laguna jurídica en el tema, lo cual genera un grave peligro para la vigencia real de Derechos Constitucionales. Si bien contamos con la ley 25.326, en dicha normativa no se encuentran incluidos a los proveedores de Internet como banco de datos, aunque topemos en este medio con datos personales de todo tipo.

Esta es la situación que ya hemos hecho notar como situación jurídica pendiente, para culminar con ello, las autoridades del estado deberán comprender la importancia de este vacío y establecer un marco jurídico específico para regular la actuación en Internet y con Internet. Concluyendo, pensamos que existe una responsabilidad combinada entre los usuarios y las redes sociales.

En este sentido, cuando un sitio Web es abierto o interactivo le permite a sus titulares publicar cualquier mensaje incluso por personas no identificadas. Como expusimos anteriormente, la ausencia de control en Internet, hace que exista un peligro concreto e inequívoco de nocividad, por lo cual la responsabilidad a la que nos referimos aquí, pertenece a las redes sociales y es de tipo objetivo.

8. JURISPRUDENCIA

Como ya expresamos, el vacío imperante en Argentina, nos hace recurrir a la interpretación que nuestros tribunales hacen de las distintas situaciones fácticas que pueden presentarse. Relacionado con el punto, citamos dichos casos donde se reflejan dos perfiles posibles de una misma realidad como lo son las redes sociales. Aunque las soluciones pueden variar respecto de cada operador jurídico, es viable destacar que las mencionadas redes son responsables desde la óptica del Derecho Privado y por ello deben responder.

8.1 Caso “jujuy digital” s/ habeas data

Resulta aquí que en la ciudad de Jujuy, una ciudadana promovió demanda en contra de “JUJUY DIGITAL Y/O JUJUY.COM y del Sr. Omar Lozano (en su carácter de representante de la empresa citada), peticionando que a los

4. Solo se podrán archivar, registrar o ceder los datos personales que sean significativos para evaluar la solvencia económico-financiera de los afectados durante los últimos cinco años. Dicho plazo se reducirá a dos años cuando el deudor cancele o de otro modo extinga la obligación, debiéndose hacer constar dicho hecho.
5. La prestación de servicios de información crediticia no requerirá el previo consentimiento del titular de los datos a los efectos de su cesión, ni la ulterior comunicación de esta, cuando estén relacionados con el giro de las actividades comerciales o crediticias de los cesionarios.

mismos se los condene a pagar en forma solidaria, una indemnización por el daño moral originado al no retirar del sitio de internet mensajes injuriantes en contra de su persona. La Cámara de Apelaciones de dicha ciudad condenó a los demandados, considerando entre sus fundamentos que era aplicable para el caso la responsabilidad objetiva, esto es, por el vicio o riesgo de la cosa. Asimismo, en dicho fallo los vocales especificaron y definieron lo que debe entenderse por daño moral, esgrimiendo que se entiende por daño moral el causado a las personas en los atributos o bienes que integran su patrimonio espiritual: honor, reputación, libertad, tranquilidad, afecciones legítimas, etc., o sea los que se denominan derechos morales de la personalidad. El caso subexamen es típico ejemplo de esa clase de agravios. Se ha puesto en tela de juicio el buen nombre y honor de una persona, lo que también afecta a su marido; se ha hecho circular en la página JUJUY.COM el rumor insidioso que atribuía a la Sra. L. E. M. de M. una conducta adultera y crea alrededor del matrimonio una situación de humillación.

Así, la Cámara refiriéndose a dicha responsabilidad dijo que: “El paralelismo con la problemática de los delitos cometidos por medio de la prensa escrita u oral, por televisión, etc., es evidente. Aquí también existe, por lo menos, un autor de la opinión o del mensaje y un editor o difusor”. Pero para afirmar la responsabilidad de un servidor por la difusión de contenidos penalmente ilícitos, debe probarse una conducta positiva, esto es, que participó activamente con otro (colaboró en la conformación de contenido) o que omitió hacer lo que debía hacer (o sea que conociendo el carácter ilícito de los contenidos y pudiendo evitar difusión, no lo hizo). En el caso de autos al ingresar a la página WEB de JUJUY.COM se observa una leyenda que reza: “Pedimos moderación en las expresiones vertidas ya que no es nuestra política censurar ningún mensaje, pero si su contenido es inconveniente para otras personas que visiten esta sección nos veremos obligados a borrarlos. Muchas Gracias”. Ello delata la omisión incurrida, toda vez que los mensajes no fueron retirados hasta la recepción de la C. D. que luce a fs.4”.

Concluyendo en lo referente a la responsabilidad atribuida, la Cámara continúa diciendo que: “Por lo tanto acreditado el hecho ilícito, la responsabilidad de los accionados resulta incuestionable, a mérito de lo dispuesto por el art. 1113, 2ª parte, 2º párrafo del Código Civil, toda vez que se determina la responsabilidad por el riesgo o vicio de la cosa, o, como sostienen algunos juristas, la responsabilidad por la actividad riesgosa de la empresa. Recordemos que el art. 2311 del C. C. establece: “se llaman cosas en este código, los objetos materiales susceptibles de tener un valor. Las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de apropiación”.

Asimismo se apunta que “la informática o información computarizada es una nueva forma de energía (por lo tanto una cosa en los términos de nuestro Código Civil argentino) y que el tratamiento computarizado de la información comporta la utilización para el almacenamiento, procesamiento, y transmisión de los datos (...) y se señala también que la energía informática es susceptible de apropiación y de valoración económica. Por reunir la informática estos caracteres similares a los de la energía eléctrica, es que creemos que debe aplicarse idéntico régimen”.

“Téngase presente que respecto a los daños causados por la energía se han aplicado los principios de la responsabilidad objetiva, por razón de la potenciación del peligro ínsito en su empleo. Por lo tanto si es de aplicación a la energía informática el régimen de las cosas del art. 2311 del C. C., corresponde aplicar el art. 1113, 2º párrafo, 2ª parte del C. C. y deben los demandados resarcir por los daños ocasionados”¹⁹.

8.2 Caso “bartomioli, jorge alberto c/ facebook inc. s/ medida autosatisfactiva”

El señor Jorge Alberto Bartomioli, en ejercicio de la Patria Potestad de su hijo, demanda a la Red Social Facebook, por encontrarse hallada en la misma una imagen de su hijo que se convirtió de la noche a la mañana en una suerte de bandera de burla, empleada por miles de personas contra su hijo, a quien insultaron, agredieron verbalmente, y humillaron de diversas maneras a través de espacios públicos de internet, sin ser debidamente sancionados.

Entendió el Juzgado Civil y Comercial de 10ª Nominación de Santa Fe que:

“Es dable señalar que la presente acción sólo se limita a evitar que continúe exhibiéndose por internet los grupos individualizados en la demanda, no incluyendo la pretensión ningún tipo de reparación por los daños ocasionados, ni involucra cuestión económica alguna. Es precisamente por tal motivo que no habré de profundizar en consideraciones inherentes a la protección constitucional del derecho a la propia imagen o del derecho a la intimidad, que claramente han sido vulneradas mediante los sitios de internet relatados”.

19. Cámara Civil y Comercial de Jujuy. Sala I. “S. M. y L. E. M. c/ Jujuy Digital y/o Jujuy.com y del Sr. Omar Lozano- habeas data”. 30 de Junio de 2004.

Se resolvió finalmente hacer lugar a la Medida Autosatisfactiva interpuesta, ordenando a la empresa Facebook Inc., la inmediata eliminación de los sitios individualizados con precisión en la demanda, debiendo asimismo la empresa abstenerse en el futuro de habilitar el uso de enlaces, blogs, foros, grupos, sitios de fans, o cualquier otro espacio web de FACEBOOK.COM en los que injurie, ofenda, agrede, vulnere, menoscabe o afecte de cualquier manera, el nombre, el honor, la imagen, la intimidad y/o la integridad del menor²⁰.

9. DERECHO COMPARADO

En general, las soluciones del derecho comparado se alinean en la idea del proveedor de servicios de Internet como intermediario y no como organizador. Como ejemplo se puede mencionar el caso “Recurso de Protección - Fuentes Siade, Orlando c/ ENTEL Chile S.A.” (Sentencia del 6/12/1999): una joven de 17 años fue objeto de difamación en la página Web de la demandada, mediante un aviso falso de ofrecimientos sexuales, que desató graves molestias para la joven y su familia. Luego de ello el padre demandó a ENTEL, quien rechazó su responsabilidad en virtud de sostener que el mensaje de ofrecimientos sexuales provenía de un computador personal perteneciente a un usuario con domicilio en la ciudad de Concepción. Agregó que la sección de avisos clasificados dentro de ese sitio era administrada por una empresa externa denominada “Grupo Web” y que el sistema de avisos funcionaba en forma simple y automatizada, y así eran de absoluta responsabilidad de los usuarios que podían publicar o revisar los avisos, mediante un password, en tanto que era un servicio absolutamente gratuito.

Posteriormente, la demandada “después de varias indagaciones averiguó que con fecha 31/7/1999, en casa de un particular, se había reunido un grupo de jóvenes, compañeros de curso de la afectada y dejaron el mensaje en cuestión con la finalidad de jugarle a la menor una broma”. El mensaje fue eliminado unos días después aunque un día antes de la acción judicial (interpuesta con fecha 6 de agosto).

Sin embargo, la Corte de Apelaciones de Concepción, resolvió que

“la responsabilidad recae directamente en el usuario, proveedor de contenido en la red, cuando tal contenido es ilícito o nocivo, y que tal

20. Juzgado Civil y Comercial de 10ª Nominación de Santa Fe, “Bartomioli, Jorge Alberto c/ Facebook inc. s/ medida autosatisfactiva”, Expte 1385/09.

*responsabilidad podría incluso extenderse a aquellos contenidos que son incorporados directamente por los destinatarios finales del servicio Internet, cuando el proveedor del sitio ha creado un fondo de información con los aportes de los clientes de sus diferentes foros, puesto a disposición de cualquier abonado en la red y no ha tomado las providencias mínimas necesarias para la adecuada identificación de los usuarios que publican tales mensajes, a fin de asegurar las eventuales responsabilidades por el posible menoscabo a terceros*²¹.

CONCLUSIÓN

Resulta evidente que el proceso de informatización produjo y continúa produciendo una serie de importantes transformaciones tanto en las estructuras sociales como en los comportamientos individuales, cuyas consecuencias trascienden y se proyectan en todos los ámbitos.

El fenómeno de Internet introduce numerosos beneficios a nivel social, económico, cultural, incluso político al reducir notoriamente las distancias, facilitar las comunicaciones y el acceso y la disposición de información. Sin embargo, el ritmo de su expansión y la imposibilidad actual de controlar adecuadamente su desarrollo y funcionamiento, trae aparejadas complicaciones cuya solución deberá ser abordada necesariamente por el derecho como instrumento de ordenación social, y de un modo eficaz.

Esta problemática comprende e involucra derechos fundamentales como son el derecho a la intimidad, al honor, a la propia imagen, los cuales se ven frecuentemente vulnerados como resultado del uso irresponsable de las diversas herramientas que Internet coloca a disposición de los usuarios.

Las redes sociales son una de las plataformas digitales que más riesgos suponen para la conservación y tutela de aquellos derechos. La alarma social que ha generado la exposición de la vida privada en dichas redes y las nefastas consecuencias de ello, actualiza el debate sobre la colisión entre el derecho a la intimidad y la libertad de expresión e información. Ello exige una intervención imperiosa del ordenamiento jurídico que no puede permanecer ajeno a estas

21. El caso “Entel Chile”. <http://www.alfa-redi.org/node/9728> (Buscar en “alfa-redi”: “Algunos aspectos de la responsabilidad de los proveedores de servicios y contenidos de Internet” después seleccionar el primer hyperlink). (Febrero, 7 de 2005).

cuestiones, puesto que el derecho para ser auténticamente derecho ha de ir adaptándose a la cambiante realidad social en orden a dar respuesta a los conflictos que se susciten.

Estos conflictos, que se relacionan principalmente con el tratamiento de datos personales, obedecen a la concurrencia entre aquellos derechos fundamentales que apuntáramos y la ausencia de una regulación específica y suficiente para garantizar su protección. Es que actualmente en nuestro país estas cuestiones se resuelven recurriendo a principios jurídicos que si bien permiten a los tribunales formar criterio al momento de solucionar una controversia de derecho que involucre, por caso, la intimidad, lo cierto es que ello dificulta la tarea judicial y no resulta bastante para regular y atender las diversas situaciones que puedan presentarse.

Por otro lado, si bien se han concebido algunas formas de protección de los datos personales que circulan por el medio digital a través de la autorregulación, también es necesario aclarar que por sí sola ella no es apta para garantizar a los usuarios involucrados la efectiva tutela de sus derechos.

Debe comprenderse que la actividad informática supone un riesgo –que se potencia aún más– cuando quien actúa procede con imprudencia, accediendo a la publicación de datos de todo tipo. De igual manera, en innumerables casos se puede advertir una intención evidente de provocar daños a terceros, aprovechándose el autor del “paraíso de irresponsabilidad” que aparenta ser Internet.

Por lo tanto creemos que resulta procedente la regulación de los contenidos que circulan en la red por parte de los mismos actores en el manejo de datos, pues se deben fijar con claridad las reglas del juego, pero no debemos olvidar que resulta indispensable el acompañamiento de una normativa estatal, que además debe ser adecuadamente flexible y dinámica (porque la propia realidad de Internet así lo requiere), y al mismo tiempo lo suficientemente idónea como para garantizar la libertad de la red, la protección y el resguardo de los derechos fundamentalmente comprometidos, y de esa manera, con la cooperación de todos los actores involucrados, aportar el grado de confianza que la sociedad demanda.

BIBLIOGRAFÍA

- ARTEMI RALLO, LOMBARTE; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, RICARD (coords.) (2010). *Derecho y redes sociales*. Editorial Aranzadi, España.
- BRAVO FERNÁNDEZ, FÉLIX HUMBERTO (2010). *La psicología y las redes sociales. Psychology and social networks*. Universidad del Golfo de México. México.
- BIDART CAMPOS, GERMÁN (2006). *Manual de la Constitución Reformada*. Editorial Ediar, Buenos Aires.
- BUSTAMANTE ALSINA, JORGE (1993). *Responsabilidad civil por daños derivados de la informática*. 8ª edición. Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- CARRASCO BLANC, HUMBERTO (Febrero, 7 de 2005). *Chile: algunos aspectos de la responsabilidad de los proveedores de servicios y contenidos de Internet. El caso "Entel"*. Boletín Redi. En <http://www.alfa-redi.org/node/9728>.
- CASTELLÓ MARTÍNEZ, ARACELI (2010). *Estrategias empresariales en la web 2.0*. Editorial Club Universitario. Alicante - España.
- CIFUENTES, SANTOS (1995). *Derechos personalísimos*. Editorial Astrea Buenos Aires.
- Código Civil de la República Argentina. Ley 340. 47ª edición. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, 2006.
- Constitución de la Nación Argentina. Editorial Advocatus. Córdoba, Abril de 2007.
- FORNARI, MARÍA JULIA & LAVALLE COBO, JORGE (27 de Noviembre de 2007). *Revista Jurídica Argentina La Ley*. Buenos aires.
- GONZÁLEZ FREA, LEANDRO. *Un breve análisis jurídico de las redes sociales en Internet en la óptica de la normativa argentina. Aspectos Legales y Normativos de las Redes Sociales*. En <http://www.gonzalezfrea.com.ar/derecho-informatico/aspectos-legales-redes-sociales-legislacion-normativa-facebook-regulacion-legal-argentina/265/> (Febrero, 16 de 2010).
- PALAZZI, PABLO (2008). *Informes Comerciales*. Editorial Astrea. Argentina, Prefacio.
- TOURIÑO, ALEJANDRO (Marzo, 21 de 2011). *¿De quién son tus datos en redes sociales?* Publicado por Legal e- digital. En <http://blogs.lainformacion.com/legal-e-digital/autor/alejandrotourio/>.
- VALDEZ, CARLOS H. et al. (2005). *Elementos de Derecho Procesal Constitucional*. Editorial Advocatus, Córdoba.
- ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE (2011). *Daños a la dignidad*. Editorial Astrea, Buenos Aires.

