

Simposio Argentino de Informatica y Derecho, SID 2013

Hacia un Defensor de los Derechos Humanos en [la] Red

José María Lezcano

(1)

¹ Doctorando en Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de La Plata. Docente Investigador del Grupo de Estudios de la Complejidad en la Sociedad de la Información (GECISI) - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales – Universidad Nacional de La Plata josemlezcano@jursoc.unlp.edu.ar – <http://gecsi.unlp.edu.ar>

Abstract. *En este trabajo propongo realizar una primera exploración teórica que describa y explique, en los límites de estas páginas, la evolución jurídico filosófica de los Derechos Humanos. A partir de ello, planteo estudiar al Defensor del Pueblo u Ombudsman como una figura/instrumento jurídico-técnico para la protección de los Derechos Humanos en la Sociedad de la Información.*

Las Tecnologías de la Información y Comunicaciones (TICs) plantean en interacciones entre el Estado, la Sociedad Civil y el Mercado -subsistemas de la Sociedad de la Información-, por lo que se hace necesario estudiar a futuro, las posibilidades de actuación de la figura del Ombudsman, en la que convergen la robustez de una institución constitucional, diversificada y con dinámica de red, frente a la destreza que el entorno digital proyecta.

Keywords: Sociedad de la Información – Internet – conflictos – valores fundamentales.

1 Introducción

En este trabajo propongo realizar una primera exploración teórica que describa y explique, en los límites de algunas páginas, la evolución jurídico filosófica de los Derechos Humanos. A partir de ello, planteo estudiar al Defensor del Pueblo u Ombudsman como una figura/instrumento jurídico-técnico para la protección de los derechos humanos en la Sociedad de la Información.

La construcción teórica y la experiencia del Defensor del Pueblo (DP), en las múltiples instancias de su competencia, dota a esta institución de una importante potencialidad funcional, a favor de la Sociedad Civil y los Derechos Humanos en un contexto socio-tecnológico de cambios y serios riesgos a los valores y bienes fundamentales que hacen a la dignidad humana. Por mencionar algunos ejemplos, se puede pensar en el desarrollo de programas de Gobierno Electrónico (e-gob), cuestiones de e-salud, en los que también se encuentran implicados empresas privadas, aspectos que hacen a derechos civiles y políticos, como la libertad de expresión, el acceso a la información, la prestación de servicios públicos, como las

telecomunicaciones, entre otras, y la obligación general de respeto a los derechos fundamentales, misión primordial del Ombudsman.

En este trabajo se expondrán ciertos tópicos que las Tecnologías de la Información y Comunicaciones (TICs) plantean en interacciones entre el Estado, la Sociedad Civil y el Mercado -subsistemas de la Sociedad de la Información- y las posibilidades de actuación de la figura del Ombudsman, en la que convergen la robustez de una institución constitucional, diversificada y con dinámica de red, frente a la destreza que el entorno digital proyecta.

La particularidad de la naturaleza jurídica del DP y su función frente a los poderes del Estado, exige que sea un celoso custodio de los Derechos Humanos y un apto medio de gestión de conflictos. Para los habitantes, su imagen debe representar la confianza de una institución que, dotada de la autonomía funcional y objetividad ante la Administración y los particulares, tiene la misión de defensa y protección de sus derechos esenciales y demás derechos, garantías e intereses tutelados en la Constitución y las leyes.

1.1 El contexto de La Sociedad de la información

Los grandes procesos de cambio en la sociedad en las últimas décadas del siglo XX han sido objeto de reflexiones por autores desde diferentes marcos conceptuales y haciendo foco en distintos aspectos de tales cambios. Así, se pueden mencionar el acento en las formas del desarrollo del capitalismo (Harvey, 1989), la estructura tecnológica que da lugar a la “sociedad informacional” (Castells, 1995), la crisis en la solidez de las estructuras sociales como “modernidad líquida” (Bauman, 2002), la diversidad de modos de vigilancia y control como sociedad disciplinar o de control (Foucault, Deleuze), entre otros. Ello, por no mencionar el clásico orwelliano del Gran Hermano y lo difícil que resulta pensar en Derechos Humanos en esa sociedad “ficcional” y, mucho menos, en alguien que los defienda.

En este marco, las TIC son esenciales en estos procesos de transformación, incidiendo en las acciones y prácticas de distintos actores/agentes sociales, muchas de las cuales generan consecuencias jurídicas nuevas, en tanto otras son clásicas aunque bajo otras significaciones y alcances. Las formas de comunicación y de acceso a la información han llevado a plantear una noción popular del contexto social actual como “Sociedad de la Información” o “Sociedad de la Información y del Conocimiento”. Sin embargo, no pocas veces, las descripciones de Sociedad de la Información ponen más el acento en aspectos políticos, económicos y tecnológicos que en definiciones teóricas e integrales. Autores como Mattelart, bajo una perspectiva crítica, plantea que “la sociedad global de la información se ha convertido en un reto geopolítico, y el discurso que la envuelve es una doctrina sobre las nuevas formas de hegemonía (...) La ideología de la sociedad de la información no es otra que la del mercado” [1].

En este escenario, el trabajo propone profundizar en el estudio de los Derechos Humanos como categoría jurídica y el Defensor del Pueblo como un instrumento del Estado al servicio de los ciudadanos para custodiar la adecuada calidad del Gobierno Electrónico, las interacciones con el mercado y la defensa de los ciudadanos en el nuevo contexto socio-cultural.

Desde fines de la Segunda Guerra Mundial, el avance de la informática ha llevado a desarrollar nuevas tecnologías llamadas Tecnologías de la Información y Comunicaciones (TIC). Estas pueden definirse, según Katz y Hilbert “como sistemas tecnológicos mediante los que se recibe, manipula y procesa información, y que facilitan la comunicación entre dos o más interlocutores. Por lo tanto, las TIC son algo más que informática y computadoras, puesto que no funcionan como sistemas aislados, sino en conexión con otros mediante una red. También son algo más que tecnologías de emisión y difusión (como televisión y radio), puesto que no sólo dan cuenta de la divulgación de la información, sino que además permiten una comunicación interactiva” [2]. El ritmo de desarrollo, la innovación tecnológica, el diseño y apropiación de estas tecnologías, no obstante novedosas, han sido prontamente incorporadas a las prácticas socio-culturales, la actividad económica y política.

Manuel Castells plantea que la sociedad de la información es un estadio de desarrollo social caracterizado por la capacidad de sus miembros (ciudadanos, empresas y administración pública) para obtener y compartir cualquier información, instantáneamente, desde cualquier lugar y en la forma que se prefiera. [3] Dice el mismo autor que, gracias a las nuevas tecnologías, las infraestructuras se modifican, se alteran los procesos y se cambian los valores y las actitudes de las personas. Esto da lugar a otra forma de organización entre los individuos y los grupos centrada en la economía y en la sociedad, llevando a un cambio de cultura: “[un] nuevo sistema tecnológico, económico y social. Una economía en la que el incremento de productividad no depende del incremento cuantitativo de los factores de producción (capital, trabajo, recursos naturales), sino de la aplicación de conocimientos e información a la gestión, producción y distribución, tanto en los procesos como en los productos”.

Por su parte, desde las perspectivas de Katz y Hilbert, el concepto de “sociedad de la información” es muy complejo. La comunidad intelectual -dicen- tendrá que reducir esta complejidad mediante un proceso de abstracción que permita expresar la “realidad” paradigmática en términos de entidades concretas e interrelaciones. Una de las entidades concretas en las que nos centraremos en este trabajo lo constituyen los Derechos Humanos como concepto que se pone en juego en la sociedad de las TIC.

2 Los Derechos Humanos

La historia de los Derechos Humanos puede leerse como la historia moral de la humanidad. Podríamos intentar identificar conceptualmente a los Derechos Humanos como aquellos derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua o cualquier otra condición. Dice Nikken [4] que la noción de estos derechos se corresponde con la afirmación de la dignidad de la persona frente al Estado. El poder público, agrega, debe ejercerse al servicio del ser humano, no puede emplearse para ofender atributos inherentes a la persona y debe ser vehículo para que ella pueda vivir en sociedad en condiciones consonas con la misma dignidad que le es consustancial.

En esta categoría jurídica de derechos son interrelacionados, interdependientes e indivisibles [5], asumiendo el carácter de universales, absolutos e inalienables, con una profunda importancia de la internacionalidad, sobre todo en orden a los ámbitos de juzgamiento ante las lesiones a estos derechos.

Por su parte, ciertas formas de construcción y reconocimiento de estos derechos son vinculados a instrumentos jurídicos en los que se encuentran enunciadas la esencia de los valores, libertades o prerrogativas a proteger, ya sea frente a los Estados o situaciones en los que se pongan en riesgo tales valores, libertades o prerrogativas. El instrumento al que la doctrina especializada suele referirse en primer lugar es la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (en francés: Déclaration des droits de l'homme et du citoyen) [6] de 1789, en la época de definiciones fundamentales de la "modernidad", estableciendo principios de la sociedad que serán la base de la nueva legitimidad, acabando con las bases, las instituciones y las prácticas del antiguo régimen. Este es considerado uno de los documentos precursores de los Derechos Humanos, definiendo derechos personales y colectivos como universales, con un alcance general y orientado hacia el futuro, con importante influencia de la doctrina de los derechos naturales, "derechos inherentes a la naturaleza humana".

Sin embargo, los más emblemáticos instrumentos internacionales a los que se apela como consagración positiva de los Derechos Humanos son los documentos de la Asamblea General de Naciones Unidas como la Declaración Universal de los Derechos Humanos [7] (1948), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [8] (1966), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [9] y su Protocolo (1966), entre otros, así como la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica [10] (1969), y una serie de documentos internacionales que se encargan de enunciar, reconocer y establecer mecanismos para su protección y defensa. Corresponde mencionar que estos instrumentos integran el bloque de constitucionalidad argentino, dado que fueron incorporados a la Constitución Nacional en la reforma de 1994.

2.1 Características esenciales de estos Derechos

Recordando los caracteres propios de los Derechos Humanos, se mencionan sus rasgos de "universalidad", el carácter de "absolutos" e "inalienables". Lógicamente, en estos caracteres la doctrina especializada fundamenta diversas interpretaciones, criterios y alcances de los mismos, las cuales no pocas veces, estas diferencias nacen de posiciones iuspositivistas o iusnaturalistas, o apelando a categorías de "derechos morales" [11] y posiciones éticas.

- La *universalidad* hace referencia a los titulares de estos derechos: todos los seres humanos, y de quiénes están obligados a hacer o no hacer actos que generen alguna afectación a los valores que estos derechos protegen. Así, por ejemplo, Francisco Laporta, entre otros, plantea que dentro de las obligaciones que nacen de la universalidad, se puede distinguir generales (sobre todos) y especiales (sobre algunos, V.G. instituciones). Y a su vez, ambas pueden ser positivas y/o negativas (hacer o no hacer). El análisis que este autor plantea es que a partir de esta distinción se pueden reflejar

1. Obligaciones generales-negativas: todos estamos obligados a abstenernos de actuar de forma que lesiones los bienes constitutivos del derecho humano en cuestión;
2. Obligaciones especiales-negativas: en los que las instituciones políticas y jurídicas se deben abstener de realizar conductas lesivas;
3. Obligaciones especiales-positivas: las instituciones deben llevar a cabo acciones de protección y fomento de ciertos bienes constitutivos de Derechos Humanos;

Por su parte, siguiendo la línea de Garzón Valdez [12], la lógica interna de los Derechos Humanos demanda la existencia de obligaciones de todos de llevar adelante acciones positivas para la realización y protección de los bienes constitutivos de estos derechos.

- El carácter de *absolutos* implica una fuerza o preponderancia tal que se imponen como fundamento último ante cualquier otro derecho que no revista tal carácter. Es decir, hace referencia a lo que en términos generales se ha llamado su “importancia” [13], subyaciendo la idea de fuerza, de exigencia moral fuerte. Llevando esta significación al sistema jurídico, desde el siglo XVII se puede registrar cierta aceptación de la utilización de la violencia como algo moralmente justificado cuando se produce para proteger esos “derechos naturales”¹. Así, la afirmación sobre estos derechos gira en torno a intereses o necesidades básicas [14], haciendo la necesaria reflexión sobre cuáles son estas necesidades básicas. Otros refieren que resultan exigencias morales últimas respecto de otro tipo de exigencias, es decir, requerimientos morales que, en caso de entrar en conflicto con otros requerimientos morales, los desplazan y anulan pues es la exigencia moral a satisfacer.

- El rasgo de *inalienable*, no es una característica que se encuentre exenta de debates iusfilosóficos y técnicos. Una de las ideas bases es que “la aserción de un derecho es incomparable con el consentimiento moral a la negación de ese derecho”, que “los hombres tienen esos derechos incluso si no los comprenden o no los esgrimen”, que “un hombre, por miedo o por ignorancia, puede aceptar o someterse a una violación, pero no puede entenderse que ha consentido moralmente ello” [Brown, 1965]. Es decir, que resultan irrenunciables hasta por sus propios titulares “quiere decir estrictamente que ‘no puede ser renunciado’” [14]. Esta línea, que se plantea desde la perspectiva de derechos morales, lleva a considerar el rasgo de inalienable lo adscribe al individuo, al margen de su consentimiento, o contra él, incluso “inmunizándolo” frente a su propia voluntad. Ello habla de “bienes” cuya importancia es tal, que suministra razones suficientes para una protección normativa, de tal relevancia que le corresponde a todo ser humano de manera ineludible.

Por su parte, Nikken, en su análisis sobre el concepto de Derechos Humanos plantea que la supraestatalidad se presenta racionalmente como una consecuencia natural de estos derechos como inherentes a la persona, y no como una concesión de la sociedad. Así, un capítulo de singular trascendencia en su protección es su “internacionalización” y que su respecto resulta propio de un “Estado de Derecho”. Esto último, hace referencia a que el poder debe sujetarse a ciertas reglas, las cuales deben comprender mecanismos para la protección y garantía de los Derechos

¹ Señala Laporta que Hugo Grocio ya había mantenido la existencia, en el “estado de naturaleza”, de un derecho natural a ‘castigar’ consistente en la justificación del empleo individual de la fuerza para defender los derechos naturales.

Humanos. En tanto que la internacionalización, es una característica que encuentra su operacionalización positiva y técnica directa a través de los distintos tratados y pactos internacionales en la materia, pero fundamentalmente mediante los tribunales internacionales que estos tratados establecen como ámbitos supranacionales de vigilancia “a los Estados” en la protección y garantía de estos derechos.

También es importante considerar que desde la misma Organización de Naciones Unidas se consideran los Derechos Humanos como interrelacionados, interdependientes e indivisibles², lo cual se manifiesta en que los resultados y los esfuerzos para obtener resultados en un derecho, pueden depender de la promoción y protección de otros derechos; “la realización de los derechos económicos, sociales y culturales es fundamental para la promoción, la protección y el respeto de los derechos civiles y políticos, y viceversa”. En otras palabras, el avance de uno facilita el avance de los demás, de la misma manera que la privación de un derecho afecta negativamente a los demás. Lo que ayuda a entender la indivisibilidad de estos derechos en cualquier contexto, situación y problema del que estemos hablando, por ejemplo, cuando se refiere a situaciones que vinculan prácticas con TIC.

2.1 La función de los Estados

En este punto, sólo me referiré a una de las perspectivas jurídicas más importantes que implican estos derechos desde la función de los Estados en términos de acción/no-acción. Pedro Nikken dice que la noción de Derechos Humanos se corresponde con la afirmación de la dignidad de la persona frente al Estado. “El poder público debe ejercerse al servicio del ser humano: no puede ser empleado lícitamente para ofender atributos inherentes a la persona y debe ser vehículo para que ella pueda vivir en sociedad en condiciones cónsonas con la misma dignidad que le es consustancial” [15].

- **No-acción:** se pueden identificar a aquellos derechos que ponen límites a los Estados: los Estados deben abstenerse de realizar cualquier acto que amenace, restrinja o lesione de alguna forma estos derechos. Son prohibiciones a los Estados de afectar la libertad, asegurar la igualdad, etc.³

- **Acción:** se identifican aquellas situaciones que implican obligaciones de todos los Estados de dictar medidas que promuevan el desarrollo de los Derechos Humanos, entre los que se enuncian los llamados Derechos Humanos sociales, culturales, económicos, como la educación, la salud, la protección del ambiente, etc.⁴

² “todos los Derechos Humanos son universales, indivisibles e interdependientes entre sí” Declaración de Viena de 1993 adoptada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos.

³ I. Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en cuanto a sus derechos...XI: Puesto que la libre comunicación de los pensamientos y opiniones es uno de los más valiosos derechos del hombre, todo ciudadano puede hablar, escribir y publicar libremente, excepto cuando tenga que responder del abuso de esta libertad en los casos determinados por la ley... XV. La sociedad tiene derecho a pedir a todos sus agentes cuentas de su administración. (Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, 1789)

⁴ Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas (...) especialmente económicas y técnicas (...) para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos... , la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante... (...) Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a: a) Participar en la vida cultural; b) Gozar de los beneficios del progreso

En esta línea, es fundamental reconocer todos los mecanismos de los que los Estados disponen para garantizar estos derechos, ya sea a través de omisiones o de acciones, incluso garantizando la función de los Estados de que todos cumplan con la obligación de respeto de estos derechos. Si pensamos en aquellos mecanismos, no sólo podemos pensar en los jurisdiccionales (poderes judiciales nacionales o cortes supranacionales), sino también mecanismos político-institucionales, como el Ombudsman, que posee radicalmente esta función, vinculada principalmente a controlar a los gobiernos sobre el cumplimiento de las obligaciones que estos derechos encierran.

2.2 Las Generaciones de los Derechos Humanos

Una línea muy importante de la doctrina especializada en Derechos Humanos realiza una clásica distinción de estos a partir de alcances y protección de determinados valores. En general lo realizan teniendo en cuenta determinadas conquistas y los momentos o situaciones históricas en que los Estados fueron poniendo el foco en derechos a proteger o fomentar, que por su entidad, merecerían su consagración como Derechos Humanos⁵. Se habla entonces de distintas generaciones de Derechos Humanos.

Así, la *primera generación* se refieren a aquellas garantías originales de estos, centrándose en lo que hoy se califica como derechos civiles y políticos, cuyo objeto es la tutela de la libertad, la seguridad, la integridad física y moral de la persona así como su derecho a participar en la vida pública.

Los avances y conquistas sociales, la necesidad de atender a los aspectos económicos y culturales de los seres humanos, dio a construir doctrinariamente una *segunda generación* de Derechos Humanos, los cuales implican un deber de actuar en pos de su desarrollo y alcance a todos los seres humanos, en ellos se incluyen los Derechos Humanos sociales, culturales y económicos, como la educación, la vivienda digna, la proporcionalidad entre tarea y remuneración y demás. Es decir, se refieren a la existencia de condiciones de vida y acceso a los bienes materiales y culturales en términos adecuados a la dignidad humana.

Finalmente, una *tercera generación* de Derechos Humanos, también conocidos como derechos de la solidaridad, ponen su eje en la búsqueda de la paz, el desarrollo de un medio ambiente sano y sustentable, que no ponga en riesgo generaciones futuras, el derecho a disfrutar del patrimonio común de la humanidad, entre otros. Su orientación ya no resulta de corte individualista, como la primera generación de Derechos Humanos, sino que se orienta al colectivo de la humanidad.

científico y de sus aplicaciones; ... (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966)

⁵ Sobre esta línea se apoya otro de los rasgos propios de estos derechos que es la progresividad, según explica Nikken.

2.2 Los Derechos Humanos en el actual contexto social y tecnológico ¿Cuarta Generación de Derechos Humanos?

Con el avance tecnológico y sus consecuencias en toda la humanidad, hacia fin de siglo pasado comenzó a desarrollarse una corriente teórica que plantea una *cuarta generación* de Derechos Humanos. Una de las cuestiones que plantean especialistas en la temática, radica en reflexionar sobre su lugar y valores en la sociedad de las nuevas tecnologías.

Desde este punto de vista, una de las líneas de algunos autores como Robert Gelman, Bustamante Donas, Suñé Llinas, entre otros, encuentran en ello la fundamentación de una nueva generación, es decir, una “cuarta generación de Derechos Humanos”. Por citar alguno de los fundamentos que expresa uno de estos autores, Bustamante Donas reflexiona que, no será el mundo físico el único escenario bélico donde se diriman las disputas de poder en todas las esferas, con nuevas significaciones de los conceptos de invasión y esclavitud, dado que no será necesario invadir ningún país ni atar manos y tobillos de los ciudadanos, sino que será a través de la reeducación del deseo, la reducción a “consumidores”, llevando a la colonización de las conciencias a través de valores implícitos en los productos audiovisuales. El mismo autor considera, con muy buen criterio, que los nuevos colonialismos no obligarán al pago de impuestos, sino que será a través de la invasión de los mercados de productos y servicios de todo tipo, donde los mecanismos de dominación y limitación de los Derechos Humanos tiene más que ver con la limitación del acceso a las condiciones necesarias (técnicas, económicas o culturales) para lograr un desarrollo más avanzado de participación pública y de intercambio y libre expresión de ideas y creencias. En el análisis del mismo autor sobre los distintos modos de vulnerar Derechos Humanos, se refiere también a los modos de afectar el medio ambiente y en la dificultad de, por ejemplo, medir la contaminación en una información, o detectar en un producto audiovisual el modelo de sociedad o los valores que se transmiten de forma oculta, así como tampoco lograr evaluar fácilmente el impacto discriminatorio que pueden tener políticas educativas que creen distintos niveles de capacidades de acceso y uso de los medios informáticos en estudiantes de distintas clases sociales [16]

Las reflexiones de Bustamante Donas resultan una excelente descripción de las formas en que los usos y las prácticas en cualquiera de los agentes de los subsistemas de la Sociedad de la Información (Mercado, Sociedad Civil o Estados) con TIC, significan riesgos y amenazas a los Derechos Humanos. La perspectiva de este filósofo español, es compartida por Suñé Llinas [17] -su colega también español-, en tanto a la necesidad de su atención. Sin embargo, es cuestionada por este último, en lo que se refiere a su consideración como una cuarta generación, dado que los bienes y valores que se defienden integran la tercera generación de Derechos Humanos.

En los primeros años de Internet, en la década de los '90, se fueron identificando peligros y riesgos sobre los que debía ponerse atención, teniendo en cuenta la proyección de la tecnología, los usos de estas y la significación e impacto de tales prácticas en los derechos de las personas. Resulta interesante detenerse en el

manifiesto propuesto por John Perry Barlow⁶, que en 1996 propone la “*Declaración de Independencia del Ciberespacio*”, como un reclamo de libertad a los “gobiernos del mundo” -fundamentalmente a las grandes potencias⁷- a no interferir en la construcción de un “nuevo Contrato Social” que se estaría generando en esta nueva civilización:

“Estamos creando un mundo en el que todos pueden entrar, sin privilegios o prejuicios debidos a la raza, el poder económico, la fuerza militar, o el lugar de nacimiento[...]Estamos creando un mundo donde cualquiera, en cualquier sitio, puede expresar sus creencias, sin importar lo singulares que sean, sin miedo a ser coaccionado al silencio o el conformismo[...] Vuestros conceptos legales sobre propiedad, expresión, identidad, movimiento y contexto no se aplican a nosotros. Se basan en la materia. Aquí no hay materia.”

Cabe mencionar que esta Declaración resulta un día posterior a la Communications Decency Act, una norma clave en muchos debates que se dan sobre las regulaciones en la materia.

Otra referencia histórica a considerar, ya directamente sobre el tema es la propuesta de borrador llamada “Declaración de los Derechos Humanos en el Ciberespacio”, propuesto por Robert Gelman [18] en el año 1997, preparado en base a los principios de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 –y con motivo de su cincuenta aniversario-, documento que según Lima Torrado [19], su objetivo no es otro que servir de documento de discusión y de compromiso voluntario en la red global de comunicaciones. No obstante ello, y su voluntarismo casi utópico, en el preámbulo de este documento puede leerse

Considerando que la transición de una sociedad basada en la propiedad a otra basada en la información crea una nueva estructura de poder que también tiene el potencial de oprimir y explotar a quienes carecen de las habilidades o del acceso a las herramientas de información y comunicación...

Y en su articulado pueden reconocerse principios de libertad e igualdad de acceso a Internet y sus beneficios, así como también una preocupación por la protección de la privacidad e intimidad.

Este borrador generó discusiones y análisis de internautas en un blog abierto a tales fines, hoy inactivo⁸. El Profesor Suñé Llinas, además de analizar el trabajo de Bustamante, reconociendo el valor precursor de su propuesta al pensar en las nuevas

⁶ Poeta, ensayista y co-fundador de Electronic Frontier Foundation.

⁷ Dice la Declaración “En Estados Unidos hoy habéis creado una ley, el Acta de Reforma de las Telecomunicaciones, que repudia vuestra propia Constitución e insulta los sueños de Jefferson, Washington, Mill, Madison, DeToqueville y Brandeis. Estos sueños deben renacer ahora en nosotros... En China, Alemania, Francia, Rusia, Singapur, Italia y los Estados Unidos estáis intentando rechazar el virus de la libertad erigiendo puestos de guardia en las fronteras del Ciberespacio. Puede que impidan el contagio durante un pequeño tiempo, pero no funcionarán en un mundo que pronto será cubierto por los medios que transmiten bits.”

⁸ Para el presente trabajo se han encontrado referencias a este documento digital a través de artículos electrónicos de autores y noticias de la época.

tecnologías dentro del análisis y atención en el marco de los Derechos Humanos, cuestiona, como se dijo, una 4ta. generación de Derechos Humanos, considerando que éstos se integran en los Derechos Humanos de 3ra. generación.

En la Declaración de Derechos del Ciberespacio (2008), el Prof. Suñé Llinás realiza sus reflexiones sobre el borrador de Gelman, y reconoce ciertos valores y principios a considerar que resultan novedosos. Así menciona la “igualdad de oportunidades en la libertad de expresión” (artículo 1 del borrado de Gelman), explicando que “la libertad de expresión y de información es hoy una ficción, al hallarse monopolizada por los que he denominado *dueños de los altavoces* y a fin de cuentas de los *mass media*, tanto privados como supuestamente públicos -sujetos a los designios de la clase política-”; también menciona el derecho a la intimidad (privacy), anonimato y seguridad en las transacciones on line (artículo 3) y al consentimiento informado como principio que ampara la cesión de datos personales (artículo 4); así como el derecho a no ser sometido a una vigilancia arbitraria en la red (artículo 9); Derecho a un nivel básico de acceso a la información (artículo 11); el derecho a la educación en las nuevas tecnologías (artículo 19), el derecho a un orden social, donde estos derechos puedan ser libremente ejercitados (artículo 22).

Pero más allá de esto, a los fines del presente trabajo, debo mencionar que este autor plantea en su Declaración la necesidad de establecer mecanismos de garantía de los derechos declarados, en la que se promueve la constitución de un Ombudsman del Ciberespacio, así como un Tribunal de los Derechos del Ciberespacio que, según manifiesta, podrán crear y poner en funcionamiento aquellos organismos públicos que sean pioneros en la incorporación de esta Declaración al ámbito de la normatividad jurídica. Tomando la primera propuesta, sobre un Ombudsman, dice

Artículo 20. Garantía institucional de los Derechos Humanos en el Ciberespacio.

1. Se constituirá un Ombudsman y un Tribunal para la defensa efectiva, incluso frente a las jurisdicciones estatales, de los Derechos Humanos contenidos en la presente Declaración, preferiblemente en el marco de Naciones Unidas y, en su caso, de la Telecivitas a que se refiere el punto 3 de este artículo. Estarán legitimados para acudir a estos órganos cualesquiera ciberciudadanos que sean titulares de un derecho o interés legítimo afectado.

2.3 Primeras Reflexiones

El impacto de las TIC en los modos de llevar adelante muchas actividades, públicas y privadas, nos pone en la necesidad de pensar y repensar muchos conceptos, principios, bienes y valores que, nacidos, respetados y/o “consensuados” en diferentes épocas, imponen hoy esa necesidad de reflexión. El ejercicio de pensar sobre ello, teniendo los caracteres propios de estos derechos, como axioma para cualquier análisis y proyecto de sociedad de futuro, es una obligación de todos, y en particular, de quienes tenemos la responsabilidad moral de hacerlo en espacios académicos y políticos.

Es fácil identificar los mismos valores y bienes que en la época de definición de la modernidad, llevaron a declaraciones como la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Es cuando la libertad, la igualdad y la seguridad aparecen como fundamentales, así como más tarde, se definen los derechos sociales,

económicos y culturales, en los que la educación, el trabajo, etc. se garantiza y reconocen como valores a proteger, o las reflexiones sobre el desarrollo de las generaciones futuras, el medio ambiente, entre otros.

Sin embargo, y desde un humilde punto de vista al que le falta profundidad de análisis, las características esenciales de estos derechos nos llevan a pensar en lo difícil que resulta hablar de generaciones, si se tiene en cuenta la universalidad, los caracteres de interrelacionados, interconectados e indivisibles de los Derechos Humanos. Y más aún, hablar de una “cuarta generación” de Derechos Humanos, en tanto que muchos de los bienes y valores de esta nueva generación, resultan los mismos de aquellos que dieron fuerza y definición conceptual a estos derechos fundamentales. Sin embargo, el mérito esencial de estas propuestas es la necesaria atención en los Derechos Humanos y los bienes primordiales de amparan, en el contexto socio-tecnológico de la Sociedad de la Información, y las nuevas situaciones que se presentan bajo las prácticas del Mercado, los Estados y la Sociedad Civil.

Así, es importante detenerse en la significación que hoy tiene la “información”, tanto desde su punto de vista de bases del conocimiento, propio de los Derechos Humanos sociales y culturales, como desde su sentido en tanto valor de cambio. En la importancia de reflexionar sobre los alcances y sentidos de la intimidad y privacidad en los entornos digitales y el contexto actual, en clara relación a la libertad, no sólo individual, sino también como derecho social de libertad; en el acceso real a la información, a la libertad de expresión en Internet, a la igualdad de oportunidades, al acceso a la educación que permita la inclusión en la sociedad de la información, entre otros.

3 El Ombudman

Ahora bien, planteado el estado de situación en orden a los debates teóricos y políticos al respecto, para terminar, y buscando llegar a los objetivos de este trabajo, resulta inevitable reconocer medios e instrumentos jurídicos y formales que, por un lado, permitan garantizar la defensa de estos derechos, y por el otro, posean calidades que los hagan adecuados para plantear su defensa y resolver los conflictos que se presentan, de acuerdo a las demandas propias de la Sociedad de la Información. Como se indicó al principio, uno de tales medios o instrumentos que consideramos de una potencialidad funcional y dinámica de trabajo apropiada es la figura del Defensor del Pueblo u Ombudman.

Así, cabe recordar que sus orígenes datan del Siglo XVI en el derecho escandinavo y su función se vinculó al control de la buena administración [21]. Dice Cagnoni [22] que el “redescubrimiento” de esta figura al finalizar la Segunda Guerra Mundial⁹, cimentará la esperanza de hallar un nuevo medio de control de la actividad de la Administración con designio, métodos y efectos distintos a los tradicionales¹⁰. Es una figura que encontró su fundamentación en el principio de la protección de los

⁹ Cabe mencionar que hacia 1809 se lo incluyó en la constitución Sueca como representante o delegado del Parlamento.

¹⁰ Los controles legislativo y parlamentario, jurisdiccional, administrativo de oficio o a iniciativa del interesado, interno o externo a la administración activa.

derechos, y el Ombudsman se presenta a la sociedad como una salvaguarda frente a abusos y errores en la función administrativa. Así, positivamente incluido en distintos ordenamientos jurídicos, va adquiriendo en su desarrollo distintas denominaciones, generándose asimismo adaptaciones al sistema jurídico en que iba siendo incorporado¹¹. En todos los casos, la figura se encuentra asociada a conceptos de defensa, control, confianza, buen gobierno, resolución de problemas que involucran Derechos Humanos. Al ser receptado por el constitucionalismo latinoamericano desde el sistema jurídico español, se profundizó la idea de Defensor del Pueblo, del Ciudadano y la protección de derechos ante la administración, la prestación de servicios públicos e incluso de los usuarios y consumidores, lo que llevó a la mayoría de las constituciones latinoamericanas a incluirlo en su bloque de constitucionalidad¹².

Al analizar la historia moderna de los defensores del pueblo en Latinoamérica, es necesario destacar la impronta particular de atención a la protección de los Derechos Humanos que tienen sus desarrollos teóricos y prácticos, lo cual puede interpretarse como propio de la época histórica de nacimiento de nuevas democracias y deudas fundamentales de muchos Estados para con el respeto de los Derechos Humanos¹³.

3.1 Distintos defensores. Un mismo fundamento

Ahora bien, la institución del Ombudsman repite la naturaleza de su función en distintos órdenes jurídicos, desde la órbita municipal, provincial¹⁴ y nacional¹⁵, llegando incluso a haberse instituido a nivel comunitario, como es el caso del Defensor del Pueblo Europeo¹⁶, surgido a partir del Tratado de Maastricht.

Debe destacarse que, en razón de la complejidad de distintas circunstancias de conflicto y la necesidad de protección de Derechos Humanos en determinadas situaciones concretas, se ha especializado el objeto de custodia de esta figura, surgiendo Defensores dedicados a cuestiones específicas o que se involucran con un área o sector social determinado (consumidores, menores, personas con discapacidad, entre otros). Ello, como dijimos obedece a la necesidad de proteger derechos en un mundo complejo y globalizado, donde la especialización técnica es una regla de oro

¹¹ Canciller de Justicia, Defensor del Pueblo, Sindic, Mediateur, Comisionado, Procurador, entre otras.

¹² Art. 86 de la Constitución Nacional Argentina

¹³ Suele considerarse como el primer encuentro en Latinoamérica para trabajar concretamente en la posibilidad de fomentar la figura de los Defensores del Pueblo en las legislaciones de la región, el Primer Coloquio sobre el Proyecto Ombudsman para América Latina realizado en Venezuela en 1983, encuentro que diera nacimiento al Instituto Latinoamericano del Ombudsman, 1984, el cual, junto a la Federación Iberoamericana del Ombudsman y asociaciones nacionales de Defensores del Pueblo, como ADPRA en Argentina, desarrollan una importante labor de trabajo e intercambio de experiencias y recursos entre los Defensores.

¹⁴ Ley 13.834

¹⁵ Ley 24.284, modificada por ley 24.374

¹⁶ "El Defensor del Pueblo Europeo investiga reclamaciones acerca de los casos de mala administración en las instituciones y los órganos de la Unión Europea." puede leerse en su web site. Asimismo continúa diciendo: "Si usted es nacional o residente de un Estado miembro de la Unión, puede dirigir una reclamación al Defensor del Pueblo Europeo. Pueden presentar reclamaciones asimismo las empresas, asociaciones y otras entidades con domicilio legal en la Unión."

<http://www.ombudsman.europa.eu/home/es/default.htm>

para el desarrollo de una función de manera eficiente y eficaz. Paralelo a esta evolución, donde se prometen grandes beneficios para la humanidad, pero también importantes riesgos, se deben desarrollar los medios de protección de derechos capaces de actuar con la potestad jurídica y capacidad técnica suficiente acorde a tales riesgos.

Uno de los aspectos a destacar de esta figura, lo constituye su capacidad de trabajo en red, más allá de las jurisdicciones, y bajo un mismo fundamento, la protección de los Derechos Humanos. Ello, en una situación de transformación general de importantes estructuras y paradigmas diversos de muchas áreas, resulta importante y saludable, el contar con una figura cuya función esencial sea controlar y asegurar el respeto a la dignidad de las personas. Figura, que por su naturaleza particular, posee una flexibilidad que supera los formalismos de otras instituciones jurídicas, así como también, debe generar una confianza especial que se busca tanto desde su conformación jurídica (“actuará con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad” dice el art. 86 de la Constitución Nacional Argentina), así como la confianza propia, no pocas veces, en el funcionario que ejerce la función de Defensor.

Por su parte, y aunque todo este apartado requiere un desarrollo más profundo, no puede dejarse de mencionar dos aspectos que particularizan la tarea del Ombudsman y le aportan valores que hacen adecuada su actuación en los problemas en los que intervienen: por un lado, su calidad de “extra-poder”, es decir, en general, el Defensor del Pueblo es nombrado por alguno de los poderes del Estado, pero no sólo ejerce su función independiente del poder que lo elija -como se indicó-, sino que presenta un informe anual al poder Legislativo, en el caso argentino, en el que da cuenta de los reclamos, quejas e intervenciones que realiza en “la defensa y protección de los Derechos Humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas la custodia de la buena administración”.

Por otro lado, en esta institución también se destaca el aspecto que hace de ella un medio alternativo de resolución de conflictos, en atención a la forma de intervención, controles que realizar, flexibilidad, independencia y autonomía de la que goza, así como la dinámica propia de trabajo y la experiencia que posee en general para atender conflictos de diversos tipos y que involucran cuestiones muy variadas y que se hace necesaria su contextualización, identificación de intereses y elementos propios de los problemas en los que interviene.

4 Conclusiones

Como palabras finales, en ésta breve exploración teórica hice foco en, lo que a mi juicio son algunos de los elementos, conceptos y definiciones (muchas de las cuales son ideológicas), que son necesarios poner en juego a la hora de reflexionar sobre las estructuras sociales y políticas que va presentando la sociedad de las TIC. Uno de los focos fundamentales no es otro que aquel que rescata los valores más básicos de la dignidad humana.

Al tener conciencia de ello, exige que en toda situación a resolver, al analizarse el problema de manera contextualizada, se tengan presentes los valores, bienes y principios que los Derechos Humanos amparan. Teniendo en cuenta así, la universalidad, el carácter absoluto e inalienable, los rasgos de internacionalidad, y que hacen a un Estado de Derecho, la indivisibilidad, así como la interrelación e interdependencia de tales derechos fundamentales.

Sobre esta pase de respeto a la historia moral de la humanidad, es la única forma posible de pensar y proyectar una sociedad hacia el futuro.

La historia de la humanidad también ha dado los instrumentos y las experiencias que permiten muchas veces, buscar medios para resolver los desafíos que se plantean, a través de distintos mecanismos de trabajo, y formas de incidencia e intervención en la defensa y garantía de estos derechos.

Un ejemplo de esto son los Defensores de Pueblo u Ombudsman, que bajo sus claras pautas constitutivas, funciones que le son propias, características de trabajo, flexibilidad institucional, así como la propia historia de siglos de experiencias y adaptaciones a marcos jurídicos y epocales, se ha establecido como una figura/instrumento de respeto, y no pocas veces confianza, en la posibilidad de ser un medio válido, adecuado y oportuno en la resolución de conflictos y la defensa de los Derechos Humanos.

Lógicamente ello abre la necesidad de nuevos planteos y análisis sobre los modos y formas que debería tener la figura en el nuevo contexto social-tecnológico, lo cual excede los límites de estas páginas, pero que puede ser importante tener en consideración a la hora de analizar programas de gobierno, la participación del Estado frente al Mercado cuidando los derechos fundamentales de los seres humanos.

Referencias

1. Mattelart, Armand: "Historia de la sociedad de la información" Paidós Comunicación 132. Edición revisada y ampliada por el autor. Publicado en francés, en 2001, por Éditions La Découverte, París. Traducción de Gilles Multigner. 1º ed. Buenos Aires: Paidós, 2010. Pág. 166-168.
2. Katz, Jorge y Hilbert, Martin: "Los Caminos hacia una Sociedad de la Información en América Latina y el Caribe". Documento de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Libros de la CEPAL Nro. 72. Publicación de las Naciones Unidas ISBN: 92-1-322191-6 LC/G.2195/Rev.1-P. Disponible en <http://www.eclac.cl/cgi-bin/getProd.asp?xml=/publicaciones/xml/9/12899/P12899.xml&xsl=/publicaciones/ftcha.xsl&base=/publicaciones/top_publicaciones.xsl> Ref. 25 de Nov. de 2012. Original en Inglés Copyright © Naciones Unidas, julio de 2003. Santiago de Chile, 2003.
2. Castells, Manuel, La era de la información, Madrid: Alianza Editorial, 1998.
3. Nikken, Pedro. Estudios Básicos de Derechos Humanos, IIDH, San José, 1994. Disponible en (http://www.iidh.ed.cr/documentos/HerrPed/pedagogicasespecializado/el%20concepto%20de%20derechos%20humanos.htm#_ftn2 y en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1835>)
4. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Naciones Unidas: <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatAreHumanRights.aspx>

5. Aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa el 26 de agosto de 1789, uno de los documentos fundamentales de la Revolución francesa (1789-1799).
6. Resolución de Naciones Unidas 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948 en París
7. Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución 2200A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, entrada en vigor el 23 de marzo de 1976, ratificado por Argentina el 8 de agosto de 1986, adquiriendo jerarquía constitucional en la reforma Constitucional de 1994.
8. Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución 2200A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 y entrada en vigor el 3 de enero de 1976, ratificado por Argentina el 8 de agosto de 1986, adquiriendo jerarquía constitucional en la reforma Constitucional de 1994.
9. Suscripta en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32), Organización de Estados Americanos, entrada en vigor en 1978, firmada y ratificada por Argentina en 1984, con jerarquía constitucional a partir de la reforma constitucional de 1994.
10. Laporta, Francisco: "El Concepto de Derechos Humanos" en Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 4 (1987), pp. 23-46.
11. Garzón Valdés, Ernesto. Los deberes positivos generales y su fundamentación, Doxa, 3, 1987.
12. Edel, A. Some reflections on the concept of Human Rights, E.H. Pollack (ed.) Human Rights, Buffalo, 1971. conforme Laporta, Francisco en Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 4 (1987), pp. 23-46.
13. Benn, Stanley. Rights, Enciclopedia of Philosophy, New York, 1967 e Hierro, Liborio. "Derechos humanos o necesidades humanas. Problemas de un concepto". SISTEMA, 46, 1982., conforme Laporta, Francisco en Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 4 (1987), pp. 23-46.
14. Laporta, Francisco: "El Concepto de Derechos Humanos" en Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 4 (1987), pp. 23-46.
15. Nikken, Pedro. Op. Cit.
16. Bustamante Donas, Javier. "Hacia la cuarta generación de Derechos Humanos: repensando la condición humana en la sociedad tecnológica". Septiembre, 2001. <http://www.oei.es/revistactsi/numero1/bustamante.htm>
17. Suñé Llinás, Emilio: "Declaración De Derechos Del Ciberespacio". http://issuu.com/laurasf/docs/declaraci_e3_93n_20de_20derechos_20del_20ciberespa?e=1090799/3328657
18. Vease por ejemplo : <http://www.elmundo.es/navegante/98/abril/07/derechos/ciberespacio.html>, <http://suite101.net/article/declaracion-de-los-derechos-del-ciberespacio-a56315>, así como Lima Torrado, Jesús: "Ciberespacio y protección de los derechos: ¿Hacia una cibercultura de los derechos humanos?", disponible en Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, núm. 5-2002, en <http://www.uv.es/cefd/5/lima.html>
19. Lima Torrado, Jesús: "Ciberespacio y protección de los derechos: ¿Hacia una cibercultura de los derechos humanos?", disponible en Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, núm. 5-2002, en <http://www.uv.es/cefd/5/lima.html>
20. Lezcano, J. M. – Olivera, N. L. "The Electronic Ombudsman" ICEGOV '09 Proceedings of the 3rd international conference on Theory and practice of electronic governance
21. Cagnoni, José Anibal "Ombudsman. Comisionado Parlamentario. Mediateur. Defensor del Pueblo" 4ta. Edición Actualizada (2004).