





# **DOCTORADO EN DERECHO**

TESIS DOCTORAL

## **EL DERECHO Y EL FENÓMENO CIENTÍFICO-TECNOLÓGICO**

*La regulación de conductas humanas en los entornos digitales  
y la necesidad de proteger las libertades individuales*

Doctorando: Federico Fumis

Director de tesis: Dr. José Manuel Benvenuti

***Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales***

***Universidad Nacional del Litoral***

Santa Fe -2012



## **ÍNDICE GENERAL**

<b>RESUMEN</b> .....	1
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	5

### **CAPÍTULO 1 CIENCIA, TECNOLOGÍA Y SOCIEDAD**

I.- Introducción.....	19
II.- Conceptualización y antecedentes históricos de la ciencia.....	20
III.- Ciencia, Tecnología y Sociedad.....	24
IV.- Conocimiento científico-tecnológico, verdad y poder.....	28
V.- Gobierno de los riesgos y Derecho.....	30
VI.- Sociedad de riesgo y Derecho Constitucional.....	31
VII.- Algunas aproximaciones al fenómeno de la globalización.....	33
VIII.- Epílogo.....	37

### **CAPÍTULO 2 DERECHO Y TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN**

#### **EL DERECHO INFORMÁTICO COMO MICROSISTEMA JURÍDICO**

I.- Introducción .....	45
II.- El concepto de complejidad .....	46
III.- Tecnologías de la Información .....	49
IV.- Tecnologías de la Información y complejidad jurídica.....	51
V.- El Derecho informático como nueva disciplina jurídica.....	52
VI.- El surgimiento de los microsistemas.....	54
VII.- La crisis de ese conjunto ordenado de normas jurídicas llamado Código.....	55
VIII.- Delimitación de la situación problemática de esta tesis: el análisis del Código Informático como regulador de conductas humanas y los derechos de los ciudadanos en los entornos digitales. ....	58

**CAPÍTULO 3**  
**ASPECTOS JURÍDICOS DEL MUNDO DIGITAL**

SECCIÓN I  
REGULACIÓN DE INTERNET

I.- Introducción .....	61
II.- Regulación del ciberespacio .....	65
II.A) NO REGULACIÓN.....	65
1. Ciberespacio: un mundo diferente e independiente.....	66
2. La incapacidad estatal para regular la Red.....	71
II. B) AUTORREGULACIÓN .....	72
1. ADR (Alternative Dispute Resolution Systems).....	75
2. Iconos de confianza.....	76
II.C) REGULACIÓN.....	79
II.C.1.- Derecho aplicable y Tribunal Competente.....	80
1.a) Unificación de la elección de las reglas legales.....	80
1.b) Unificación de una ley sustantiva de Internet.....	82
1.c) Jurisdicción propia para las ciberdisputas y tribunales internacionales especiales.....	88
1.c.1) Arbitraje.....	90
1.c.2) Algunas propuestas de solución extrajudicial de conflictos.....	92
II.C. 2.- ¿Cómo debería ser el contenido del derecho de fondo? La naturaleza jurídica de la red... ..	93
2.a) La regulación a través del código (Lawrence Lessig).....	94
2.b) El mercado y las opciones entre diversas arquitecturas.....	98
2.c) El ciberespacio como un lugar de control.....	100
2.d) Cada ciberespacio tiene su propia evolución.....	103
2.e) La hipótesis del tercer entorno (Javier Echeverría).....	104

SECCIÓN II  
PRINCIPIOS JURÍDICOS DEL MUNDO DIGITAL

I.- Introducción.....	109
II.- El paradigma del anclaje (Lorenzetti).....	109
III.- El tecnorrealismo (Andrew Shapiro).....	112

IV.- Cada ciberespacio tiene su propia conformación (Mauricio Devoto).....	115
V.- El orden público tecnológico (Horacio Granero).....	116
VI.- Principios de la Gobernanza y el Derecho de Internet (Comité Gestor de la Internet de Brasil).....	117
VII.- Conclusiones.....	119

**CAPÍTULO 4**  
**LOS SISTEMAS EXPERTOS Y EL CÓDIGO INFORMÁTICO**  
**COMO REGULADOR DE CONDUCTAS HUMANAS**

SECCIÓN I  
CONSIDERACIONES GENERALES

I.- Introducción.....	123
II.- Los sistemas complejos o expertos.....	126
III.- Dispositivos electrónicos y sistemas informáticos.....	127
IV.- El software.....	129

SECCIÓN II  
LA PROTECCIÓN DE DERECHOS INTELLECTUALES  
EN EL MUNDO DIGITAL

I.- Los bienes inmateriales.....	131
I.a) Introducción: la nueva economía y los medios de comunicación .....	131
I.b) El derecho y los bienes inmateriales .....	133
II.- Tensiones políticas y jurídicas entre apropiación/liberación de obras intelectuales en el contexto del mercado digital.....	134
II.a) Expansión y fortalecimiento de los Derechos de Propiedad Intelectual.....	135
II.b) El movimiento del Software Libre.....	139
III.- Situación legal en Argentina.....	140
IV.- Legislación y decisiones judiciales .....	143
IV.a) El legislador.....	144
IV.b) Los magistrados.....	145
IV.b.1) El caso “Taringa”.....	147
IV.b.2) El caso “Cuevana”.....	150
V.- A modo de síntesis .....	151

SECCIÓN III  
EL PODER REGULADOR DEL CÓDIGO INFORMÁTICO  
EN LOS ENTORNOS DIGITALES

I.- Introducción.....	153
II.- Tecnologías puntuales.....	154
1.- La neutralidad de Internet.....	155
2. El algoritmo de búsqueda de Google.....	161
3.- La configuración de las opciones de privacidad y propiedad de la información de la red social Facebook.....	166
4.- Cloud computing o prestación de servicios informáticos en la nube.....	169
III.- Lo que se viene.....	172
IV.- Conclusiones preliminares.....	173

**CAPÍTULO 5**  
**EL DERECHO Y SU VINCULACIÓN CON EL CÓDIGO INFORMÁTICO**

I.- Las interrelaciones entre el Derecho y el Código Informático.....	175
II.- El necesario abordaje del Código Informático para comprender la realidad tecnológica que debe regular.....	177
III.- La imposición de límites y restricciones al Código Informático como medio para evitar/hacer cesar daños a las personas y/o la vulneración de determinados derechos individuales.....	201
IV.- La interrelación Derecho-Código Informático en casos en que se invoca la imposibilidad técnica de cumplir una orden judicial o se recaba información de tal carácter para ser utilizada como elemento probatorio.....	230
V.- La interrelación Derecho-Código Informático en aquellos supuestos en los que –sea por vía legal o reglamentaria- el primero de ellos determina los requisitos y/o características que debe reunir el Código Informático, imponiendo medidas técnicas de seguridad, fijando estándares tecnológicos, estableciendo normas y procedimientos técnicos, etc.....	237

**CAPÍTULO 6**  
**ESTADO, CONSTITUCIÓN Y PODERES SOCIALES**

SECCIÓN I  
CONSIDERACIONES GENERALES

I.- Introducción.....	247
II.- Las normas constitucionales y la regulación del Poder.....	249
III. El Estado Constitucional de Derecho.....	252



IV.- Principales etapas del constitucionalismo.....	254
V.- El Estado constitucional de Derecho y sus principales desafíos.....	259
VI.- La fuerza normativa de la Constitución.....	262
VII.- La reforma constitucional de 1994 en la República Argentina.....	263
VIII.- Las tres generaciones de derechos.....	265

SECCIÓN II  
TECNOLOGÍA Y DERECHOS FUNDAMENTALES

I.- ¿Vamos camino hacia una cuarta generación de Derechos Humanos?.....	267
II.- Ciencia, Tecnología, democracia y libertades.....	272
III.- Las libertades individuales en la sociedad de las ciencias y las técnicas.....	273
IV.- La regulación a través de la arquitectura de la tecnología.....	275
V.- El Código Informático y el software.....	283
VI.- Valores, principios y Código Informático.....	284
VII.- El Estado Constitucional de Derecho y las normas fundamentales.....	286
VIII.- Conclusiones.....	289

SECCIÓN III  
LAS RESPUESTAS DEL DERECHO FRENTE A LOS CAMBIOS SOCIALES

I.- Las interrelaciones entre las Ciencias/Técnicas y Derecho.....	293
II.- El rol del Derecho frente a los desarrollos científicos-tecnológicos y los cambios sociales.....	294
III.- El protagonismo de la Constitución Nacional.....	297
IV.- El rol del Derecho Laboral frente a la revolución industrial.....	299
V.- El nacimiento del microsistema del Derecho del Consumidor.....	301
VI.- La tutela del ambiente.....	311
VII.- El derecho a la protección de los datos personales.....	314

**CAPÍTULO 7**  
**TEORÍAS DEL DERECHO Y DECISIONES JURÍDICAS**

I.- ¿Qué es el Derecho?.....	317
I. a) El iuspositivismo.....	318
I. b) El iusnaturalismo.....	319

I.c) Las teorías críticas.....	321
II.-Mi concepción del Derecho.....	324
III.- Los operadores jurídicos y las teorías del Derecho. Interpretación e ideología.....	343
IV.- Las decisiones jurídicas en el marco del Estado Constitucional de Derecho.....	347

**CAPITULO 8**  
**LA PROTECCIÓN DE LAS LIBERTADES INDIVIDUALES**  
**EN LOS ENTORNOS DIGITALES**

SECCIÓN I  
CONSIDERACIONES GENERALES

I.- Introducción.....	353
II.- Sistemas expertos y sistemas informáticos.....	355
III.- Titulares de sistemas informáticos y entornos digitales.....	357
IV.- Usuarios y libertades en el Tercer Entorno.....	359
V.- La dignidad del hombre.....	364
VI.- Orden público y principio protectorio.....	366
VII.- El Estado Constitucional de Derecho y los poderes sociales.....	368
VIII.- Las respuestas del Derecho frente a situaciones de vulnerabilidad.....	370

SECCIÓN II  
UNA NUEVA ARISTA DEL PRINCIPIO PROTECTORIO  
DEL INDIVIDUO PARTICULAR

I.- Nociones preliminares.....	377
II.- Principio de autodeterminación y protección de las libertades individuales en los entornos digitales.....	380
III.- Fundamentos.....	382
IV.- Condiciones .....	386
V.- Pilares esenciales .....	387
VI.- Concretos alcances del principio: derechos a la participación, información, control y oposición en el ámbito de los entornos digitales .....	390
VII.- Epílogo .....	396
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	403

## **RESUMEN**

En el marco de las diversas problemáticas que actualmente se plantean en las sociedades modernas, este trabajo de tesis se ha propuesto abordar –desde un plano eminentemente jurídico- algunos de los nuevos conflictos sociales producidos a raíz de lo que podríamos denominar la *tecnologización*<sup>1</sup> de la vida cotidiana y las relaciones sociales.

Específicamente, se analizan aquí las repercusiones que han tenido las TIC<sup>2</sup> en el ámbito social y, como lógica consecuencia, en el mundo del Derecho.

En tal sentido, cabe señalar que el hombre de hoy se ha paulatinamente acostumbrado a convivir con numerosos dispositivos electrónicos y sistemas informáticos, por ello no resulta exagerado afirmar que se encuentra inmerso en un *ambiente digital*. Dicha circunstancia, ha provocado grandes cambios en los modos en que nos relacionamos, tanto con el entorno como con los otros seres humanos; y es posible observar que hoy en día la mayor parte de las actividades se realizan mediante la utilización de tales herramientas tecnológicas.

En efecto, resulta indudable que en la actualidad, las relaciones humanas están –casi todas ellas- permanentemente “intermediadas” por diversos dispositivos tecnológicos; toda vez que han aumentado considerablemente las relaciones sociales –entre el ser humano y su entorno- y las relaciones humanas –entre seres humanos- que se establecen *a través de o dentro de* estos artefactos electrónicos que procesan información digital.

Ello pone en evidencia que el diseño, el modo en que está construido este *ambiente digital*, tiene un profundo impacto en las actividades que el individuo desarrolla en este nuevo entorno social, que le reporta grandes ventajas y comodidades, pero al mismo tiempo lo coloca – como mas adelante se verá- en una situación de especial vulnerabilidad.

---

1 Utilizo este término –que no figura en el diccionario de la Real Academia Española- debido a que, en mi opinión, resulta sumamente gráfico a fin de representar un dato incontrastable de la realidad: hoy, como nunca antes, es evidente que la tecnología está omnipresente en todo el quehacer humano.

2 Acrónimo habitualmente utilizado para hacer referencia a las Tecnologías de la Información y la Comunicación.

Tal como ocurrió con otras herramientas que el hombre ha pensado y desarrollado a lo largo de la historia (la imprenta, las maquinarias de la revolución industrial, el automóvil, etc.), también las TIC traen aparejados riesgos y complicaciones; y es allí donde las disciplinas jurídicas deben necesariamente intervenir.

En el contexto de la relación entre el Derecho y las TIC, creo que una de las facetas que hasta ahora no ha sido suficientemente explorada es el hecho de que tanto los dispositivos electrónicos como los sistemas informáticos, al intermediar en la mayoría de las relaciones sociales, poseen una enorme capacidad para regular, restringir, fomentar, alentar y condicionar las actividades del hombre; y es por ello que resulta necesario analizar cómo impacta ello en ese tradicional regulador de conductas humanas que son las normas jurídicas.

En efecto, así como en otros tiempos el Derecho se ocupó del estudio de sus relaciones con otros reguladores de conductas humanas como las normas morales, las normas sociales y –más recientemente- el mercado económico; entiendo que hoy resulta imperioso encarar un exhaustivo y profundo estudio de las tecnologías digitales, específicamente en lo que respecta a la capacidad para regular conductas que poseen quienes están en condiciones de diseñar los entornos tecnológicos en que se desenvuelven los individuos.

Partiendo de la base de que el Derecho no es el único regulador de conductas humanas (por cuanto existen –a la par del mismo- otros mecanismos que regulan las actividades del hombre de diferentes maneras); la tesis direcciona su principal interés en el estudio del *Código Informático*, entendido éste –siguiendo a Lawrence Lessig- como *el conjunto de reglas e instrucciones que determinan el modo en que están configurados el hardware y el software* que forman parte de los dispositivos electrónicos, sistemas y redes informáticas que caracterizan a las sociedades modernas.

Es ésta la situación problemática que este trabajo se ha propuesto abordar, buscando rescatar el rol que el Derecho ha de asumir en los debates sociales, y asumiendo que una de las tareas más relevantes en la

actualidad es la de proponer herramientas jurídicas aptas para afrontar los nuevos conflictos de la sociedad de la información.

En ese orden de ideas, la obra explora los distintos vínculos e interrelaciones que hasta el momento se han entablado entre el Derecho y el *Código Informático*; pero como eje central de la cuestión –y por considerarlo un área de vacancia y un campo no suficientemente explorado aún- se hace referencia a la necesidad de que las disciplinas jurídicas aborden la problemática del *Código Informático* desde otra perspectiva. No como realidad social objeto de regulación, sino en su carácter de regulador de conductas humanas, lo cual implica poner el énfasis en su capacidad para “construir” los ambientes y entornos digitales en que se desarrolla la mayor parte de las actividades en las sociedades actuales.

Entendiendo que la arquitectura, es decir el modo en que están contruidos, los entornos tecnológicos posee una capacidad reguladora que se caracteriza por su potencia y su escasa perceptibilidad, las cuestiones medulares de este estudio se abordarán desde un enfoque que toma como base el Derecho Constitucional.

Aún cuando el tema presenta otras aristas de gran relevancia, el interés principal se centra en el análisis de las libertades individuales en las sociedades tecnológicas y la necesidad de controlar el poder que detentan quienes construyen ambientes y entornos digitales a partir de tales tecnologías; con el objetivo de pensar qué herramientas jurídicas puede ofrecer el Derecho a los individuos de las sociedades digitales, que se encuentran expuestos a nuevas vulnerabilidades que ponen en riesgo sus libertades más esenciales.

En suma, se puede decir que esta tesis aborda la clásica tensión entre libertad y control en el marco de las sociedades tecnológicas; puesto que el principal propósito consiste en advertir que el crecimiento desmesurado y sin control de las reglas técnicas que configuran y deciden las características de los *ambientes digitales* afecta –ante todo- una de las libertades democráticas mas importantes de los individuos: la posibilidad de autorregularse decidiendo política y democráticamente las normas que han de respetar durante la convivencia social.

Así, libertad y control son dos palabras centrales de esta obra y están permanentemente rondando los diferentes temas que en ella se tratan; pero esa clásica tensión se estudia aquí a partir de los problemas específicos que plantea al Derecho la irrupción de ese poderoso –y silencioso- regulador de conductas humanas que es el *Código Informático*.

En definitiva, se intenta fomentar el debate sobre la necesidad de que el Derecho reafirme su rol de principal regulador democrático de conductas humanas frente a este nuevo y poderoso regulador; intentando definir si contamos con las herramientas legales para lograr tal cometido o si, por el contrario, es necesario agudizar nuestros sentidos y comenzar a pensar nuevos derechos y principios jurídicos para afrontar los desafíos jurídicos de las sociedades digitales.

## **INTRODUCCIÓN**

*“Si el valor de un libro se midiera por el trabajo que cuesta escribirlo, éste merecería seguramente ser considerado un buen libro. Pero las cosas no son siempre así”<sup>3</sup>.*

Elegí la frase epígrafe, puesto que –a mi entender- ella resulta perfectamente aplicable a la elaboración de una tesis doctoral.

En efecto; es sabido que el camino que se debe recorrer durante la investigación, diseño y posterior redacción de la obra académica con la cual culmina la carrera de Doctorado, no resulta para nada sencillo.

En primer lugar, porque las tesis doctorales –por su propia naturaleza- deben necesariamente reunir condiciones y requisitos mas complejos y estrictos que otras piezas académicas como los ensayos, monografías o tesinas.

En segundo lugar, debido a que la mayor parte de los doctorandos deben desarrollar sus tareas a la par de otras actividades laborales, toda vez que se torna verdaderamente dificultoso hacerlo con una dedicación full time.

Finalmente, en tercer lugar, no puede dejar de señalarse que se trata de un desafío que –como regla general- se afronta de manera individual, sin tener al alcance la posibilidad de contar con colaboradores, circunstancia que torna verdaderamente compleja la tarea de procesar las innumerables fuentes de información que hoy en día se encuentran disponibles.

Lamentablemente –como dice Atienza- el tiempo y esfuerzo invertidos en el estudio de la problemática y la elaboración de una tesis no garantizan que el resultado obtenido haya alcanzado los objetivos planteados, tampoco aseguran que la obra agrade a los destinatarios y les sea de utilidad.

---

<sup>3</sup> ATIENZA, Manuel; *El Derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*. Ariel Derecho, Barcelona, 2006, pág. 7.

En suma, las exigencias propias de las tesis doctorales, la dificultad de brindarle una dedicación *full time* y la consideración de que se trata de un desafío prácticamente individual son, a mi modo de ver, elementos que se presentan como obstáculos de importante entidad; sobre todo en algunas etapas críticas del trabajo. No obstante, estoy convencido que con perseverancia, paciencia y dedicación tales escollos pueden ser superados con éxito.

Aún cuando tales circunstancias no pueden ser esgrimidas como excusas, me pareció atinado realizar tal aclaración puesto que fue a causa de ellas que -en algunas temáticas-, se tornó necesario acotar determinados desarrollos, evitar profundizaciones e incluso omitir el tratamiento de algunos tópicos que se encontraban vinculados, aunque tangencialmente, con el tema principal de tesis.

Las páginas que siguen son el producto de un minucioso estudio de las problemáticas relacionadas con el Derecho y las nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC); área del conocimiento jurídico que me apasionó desde que, en oportunidad de realizar mi primer posgrado - en Derecho de Daños- elegí como tema de la monografía final a la responsabilidad por daños causados por la actividad informática.

Fue a partir de allí cuando comprendí que el impacto de la Informática en la sociedad generaba nuevas problemáticas que el Derecho debía necesariamente abordar y que, por la complejidad de muchas de ellas, las categorías e institutos jurídicos clásicos no estaban en condiciones de proporcionar una respuesta totalmente satisfactoria.

### ***[A] La situación problemática***

Desde hace algunos años, es posible observar cómo las nuevas tecnologías han comenzado a incorporarse a la vida cotidiana de los ciudadanos y las organizaciones sociales; a tal punto que no parece arriesgado asegurar que uno de los elementos más importantes que caracterizan a las sociedades contemporáneas es la velocidad y expansión que los desarrollos científico-tecnológicos han tenido en los últimos tiempos.



En ese contexto, la masificación de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) –también llamadas simplemente Tecnologías de la Información (TI) o Tecnologías Digitales (TD)-<sup>4</sup> ha transformado –y seguramente lo harán con mayor intensidad en el futuro– nuestra manera de relacionarnos, trabajar, estudiar, comunicarnos e intercambiar bienes y servicios; entre otras tantas actividades humanas.

Hoy día, es posible constatar los profundos cambios que permanentemente se suceden en la dinámica de las sociedades contemporáneas, tanto en lo que hace a las relaciones entre sus individuos, como en lo que respecta a los vínculos entre los individuos y las diferentes organizaciones sociales que se desenvuelven en los ámbitos públicos y privados.

Las sociedades contemporáneas se caracterizan por un constante incremento de los niveles de complejidad social en las interrelaciones de sus individuos. Esta mayor “complejidad social” –si admitimos provisoriamente esta conceptualización– es la resultante de diversos factores y circunstancias que –muchas veces– se encuentran estrechamente relacionados entre sí. Sin menospreciar la importancia de causas de índole económica, política y cultural, creo que uno de los factores que más trascendencia han tenido en la configuración de las complejas sociedades modernas, es el acelerado y avasallante desarrollo científico–tecnológico que antes se ha mencionado.

Al igual que otras disciplinas, de un tiempo a esta parte el Derecho –bien que un tanto más tarde y de modo significativamente más lento que otros sectores del conocimiento– ha comenzado a ocuparse de los nuevos problemas sociales que se presentan a raíz del impacto de las TIC en las sociedades contemporáneas.

En ese cometido, se ha advertido la necesidad de estudiar –más detenida y profundamente– el significado y los alcances de algunos conceptos jurídicos clásicos (propiedad, libertad, control, intimidad, seguridad, responsabilidad, etc.), con el objeto de determinar si las viejas normas jurídicas son aptas para solucionar los nuevos problemas que hoy se nos plantean. El Derecho se enfrenta a la complejidad del contexto científico–

---

<sup>4</sup> En adelante se utilizarán esas tres denominaciones de manera indistinta.

tecnológico actual y tiene sobre su espalda la responsabilidad de buscar las respuestas adecuadas a los nuevos conflictos.

En definitiva, los acontecimientos y procesos tecnológicos que se han sucedido ponen en evidencia la existencia de nuevas situaciones problemáticas en el ámbito jurídico, las que –en mi opinión- no han sido aún abordadas con un nivel de profundidad que esté a la altura de las circunstancias.

En efecto, es posible observar –tal como lo señala Lorenzetti- que los primeros abordajes que se hicieron sobre Internet fueron insuficientes, y que es necesario

[...] ampliar el espectro, mostrar la ‘comedia’ que significa jugar y pasear en Internet, pero también la ‘tragedia’ del conflicto, el control social, el funcionamiento económico de la red (...), debemos estudiar seriamente y hacernos cargo de la complejidad y de la interrelación entre microsistemas autónomos.<sup>5</sup>

La sociedad de la información promete nuevos paradigmas sociales, culturales y económicos y presenta un elemento fundamental: su base es técnica. Por ello resulta necesario –tal como lo ha puesto de manifiesto Lawrence Lessig- considerar la influencia de ciertas variables técnicas dentro de las teorías jurídicas, principalmente en lo que respecta al análisis de las cuestiones vinculadas con la regulación de Internet y –en general- con todo lo que atañe a las Tecnologías de la Información y la Comunicación.

Para finalizar, es necesario remarcar que si bien existen trabajos ciertamente relevantes como las obras de estos últimos autores y que poco a poco el mundo jurídico comienza a ocuparse del impacto de las Tecnologías Digitales aún faltan análisis mas exhaustivos sobre las consecuencias y reflexionar mas detenidamente sobre la necesidad de repensar -y en su caso redefinir- ciertos conceptos jurídicos tradicionales.

---

<sup>5</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis; *Comercio Electrónico*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001, pág. 7.

## **[B] La construcción del objeto**

La investigación es abordada –principalmente- desde las construcciones teóricas y conceptuales que han elaborado Lawrence Lessig (EE.UU) y Ricardo Lorenzetti (Argentina), por cuanto –como ante se señalará- son estos dos autores quienes han estudiado con mayor profundidad los aspectos jurídicos que presentan las Tecnologías Digitales.

En relación a ello, cabe afirmar que fue el citado constitucionalista estadounidense quien primeramente puso de manifiesto la importancia de considerar la influencia que tienen ciertas variables técnicas en el mundo jurídico. Para Lessig, la noción de *Código* –entendido éste como la arquitectura tecnológica que utilizan tanto el hardware como el software en el tratamiento de la información- es fundamental en cualquier análisis jurídico relativo a las Tecnologías de la Información; puesto que estamos en presencia de un cambio “...en la fuerza efectiva de la ley (...) causado por un cambio en la facilidad con la que se puede hacer cumplir la ley. Ese cambio también cambia el equilibrio de la ley drásticamente”.

El *Código* es –junto a las leyes, las normas sociales y el mercado-, una de las cuatro modalidades que funcionan como reguladores de las relaciones humanas en los ambientes digitales. Las cuatro modalidades son “analíticamente independientes”, pero ellas interactúan entre sí, de modo que las restricciones impuestas por una pueden verse reforzadas o socavadas por otra. Si queremos comprender la libertad efectiva que alguien tiene en un momento dado para hacer una cosa en particular –agrega- “...tenemos que considerar cómo interactúan estas cuatro modalidades”.

También los desarrollos teóricos del prestigioso jurista argentino Ricardo Lorenzetti fueron fundamentales para guiar el enfoque desde el cual se encaminó esta investigación.

En efecto, fue este autor quien –desde un primer momento- cuestionó las concepciones originarias sobre Internet que intentaban presentarla como un “modelo de paraíso democrático” basado en el libre acceso e intercambio de opiniones; e hizo hincapié en la importancia de que el jurista que se enfrenta a los conflictos de la tecnología digital tenga en cuenta que “...los análisis jurídicos no pueden detenerse en los vínculos

internos que establece la tecnología, desentendiéndose del marco histórico, sociológico y económico y de los datos del caso”.

Además, este autor ha descrito con precisión algunos de los principios esenciales que se han aplicado en la regulación de Internet y la Tecnología Digital en general, y de ese modo ha dejado abierto el camino para continuar identificando y consolidando determinados valores y principios jurídicos propios de Internet y las Tecnologías de la Información.

El objeto de estudio de este trabajo, toma como eje el Derecho positivo (Derecho Constitucional, Derecho Informático) pero establece importantes conexiones con la Tecnología -el *Código Informático*-, en cuanto regulador de conductas humanas en el ámbito de los conflictos jurídicos que plantean las Tecnologías Digitales.

El abordaje desde esas disciplinas jurídicas, resulta asimismo complementado con necesarias referencias a cuestiones propias de la Teoría General del Derecho; ya que es allí donde se estudian las diferentes perspectivas desde donde puede concebirse el Derecho y se discute si este último es sólo norma o valores, o si también debe interactuar con otras disciplinas.

Si bien el presente trabajo no se propuso realizar un abordaje interdisciplinario, no puede pasarse por alto que el tema de esta investigación nos conduce inexorablemente a otros campos del saber (Tecnologías Digitales, Ciencias de la Comunicación, Sociología, etc.) razón por la cual necesariamente se toman algunos conceptos y desarrollos básicos de ellas para identificar las repercusiones de los mismos en el plano jurídico.

Es por ello que –siguiendo el desarrollo de Lessig- la perspectiva de análisis incluye algunos elementos y conceptos provenientes de otras disciplinas científicas (vgr. las Tecnologías de la Información y la Comunicación, la Informática, etc.), a fin de estudiar de qué manera determinados conceptos técnicos provenientes de dichas áreas del saber tienen incidencia en el ámbito de la ciencia jurídica.

Finalmente, y para concluir con este acápite, resulta conveniente mencionar algunos interrogantes que forman parte de la construcción del objeto del presente trabajo:

¿Qué son las Tecnologías Digitales? ¿Cómo han repercutido ellas en las sociedades modernas -en general- y en el Derecho -en particular-?

¿Qué se entiende por Derecho Informático? ¿Qué es un microsistema jurídico? ¿Es el Derecho Informático un microsistema jurídico?

¿Qué características presentan las Tecnologías Digitales? ¿cómo influyen tales características en los conceptos jurídicos?

¿Cuáles son los conceptos jurídicos que se hallan involucrados en estas nuevas problemáticas?

¿Qué reguladores de conductas humanas actúan en las sociedades modernas?

¿Cómo funcionan los reguladores de conductas humanas en el ámbito de las tecnologías de la información?

¿Qué se entiende por “*Código Informático*”?

¿Cuáles son las semejanzas y diferencias entre los distintos reguladores de conductas humanas?

### ***[C] Los objetivos y las hipótesis de la investigación***

**C.1)** Este trabajo tiene -principalmente- seis *objetivos* principales:

a) concientizar a los operadores jurídicos y público en general sobre la importancia que actualmente adquieren las problemáticas surgidas a partir de el espectacular desarrollo de las TIC y la masificación social de numerosos dispositivos tecnológicos (digitales e interconectados) que procesan información;

b) analizar detenidamente las principales características de ese nuevo espacio electrónico posibilitado por las TIC y determinar cuáles son los principales desafíos jurídicos que se presentan en ese ambiente social de base tecnológica;

c) identificar los principales reguladores de conductas humanas que actúan en los entornos digitales y analizar específicamente de qué modo el *Código Informático* funciona como una poderosa *interfase* que permite

controlar todo lo que se encuentra en contacto o al alcance de los dispositivos electrónicos;

d) estudiar las interrelaciones que se producen entre los principales reguladores de conductas humanas; especialmente las relaciones entre el regulador “*Código Informático*” y el regulador “Derecho”;

e) partiendo de la base de que la omnipresencia, ubicuidad, la efectividad y escasa transparencia del *Código Informático*, son elementos que ameritan un cuidadoso y pormenorizado abordaje desde el mundo del Derecho; intentar descifrar el impacto que dicho regulador tiene en las libertades fundamentales del individuo; para determinar si las particulares características de ese regulador pueden vulnerar ciertos derechos y garantías que los individuos ejercitan en el mundo real;

f) contribuir a la producción de conocimiento jurídico sobre las regulaciones en los entornos digitales y el ejercicio de las libertades individuales en dichos ambientes; partiendo a tal efecto de algunos interrogantes básicos: ¿qué herramientas jurídicas nos permiten hoy en día abordar esas problemáticas? En su caso, ¿son suficientes o es necesario pensar en nuevos instrumentos o categorías conceptuales?

**C.2)** En lo que respecta a las hipótesis de la investigación, las mismas podrían sintéticamente resumirse del siguiente modo:

a) es posible advertir que la mayor parte de las conductas humanas comienzan a desarrollarse en un nuevo espacio social; el cual se caracteriza por el predominio de reglas técnicas que están en condiciones de regular (dificultar, restringir, prohibir, facilitar, fomentar, controlar) de un modo escasamente perceptible, pero sumamente efectivo, el desarrollo de las actividades sociales en dicho ambiente digital;

b) ello evidencia que los individuos de las sociedades tecnológicas se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad; toda vez que la generalización de ámbitos/espacios/entornos regulados por normas técnicas pone en crisis uno de los postulados básicos del modelo democrático: la libertad y autonomía del individuo entendidas como la capacidad de darse sus propias normas.

c) en virtud de ello, se torna necesario encauzar jurídicamente y limitar la posibilidad de diseñar e implementar libremente dichas normas técnicas; a fin de garantizar que el desempeño de los individuos en los entornos digitales no se realice a costa de las libertades fundamentales y poniendo en riesgo la dignidad del hombre.

### ***[D] El marco teórico-conceptual***

Esta investigación parte de un enfoque socio-jurídico del impacto de las Tecnologías de la Información en la sociedad, y luego de analizar la relación entre los individuos, los sistemas informáticos y los dispositivos electrónicos, se propone estudiar detenidamente los vínculos existentes entre el regulador Derecho y el regulador Código Informático.

Se apoya en una interrelación entre lo tecnológico y lo jurídico, pero no analiza la tecnología como un objeto/elemento de la realidad susceptible de ser regulado por el Derecho, sino que basa en el estudio del *Código Informático* como un regulador de conductas humanas que intenta, en ciertas ocasiones, desplazar al Derecho.

Esta tesis, parte de la base de que están involucradas cuestiones relativas a la libertad y el control, y si bien tiene su área preponderante en el Derecho Informático, mantiene una estrecha conexión con el Derecho Constitucional.

Analizando cómo se desenvuelven las regulaciones en la actualidad, y partiendo de la idea de que el Derecho no es el único regulador de conductas humanas, estudia cómo, y de qué forma, se influyen, condicionan o se regulan las conductas humanas por medio de los distintos reguladores.

Así, desde ese enfoque socio-jurídico se intenta demostrar que detrás de todo sistema experto/informático o través de cualquier dispositivo electrónico se puede -en mayor o menor medida, de forma mas o menos intencionada- regular, influir, modelar, fomentar, facilitar, restringir y controlar un sinnúmero de conductas humanas; y a partir de allí busca ensayar algunas respuestas sobre el rol que debe cumplir el derecho frente a tal panorama.

Asimismo, se explica de qué modo se van construyendo regulaciones desde las tecnologías, fundamentalmente a través del poder de las grandes empresas (aún cuando existen casos de regulaciones o tecnologías que son construidas por diferentes grupos sociales con fines altruistas). También se busca fomentar la participación de los individuos -y también de dichos grupos sociales- en la regulación de los entornos digitales.

Dentro de esta investigación, se entiende que la consagración y/o el ejercicio de los derechos individuales en los entornos digitales está directamente relacionada al modo en que ese entorno digital fue técnicamente diseñado y materializado por los desarrolladores de los *Códigos Informáticos*.

Está claro que aquellos quienes producen tecnologías, diseñan sistemas expertos y/o sistemas informáticos y/o dispositivos electrónicos, habitualmente exhiben una clara tendencia a controlar, es decir a “gobernar” el funcionamiento de los mismos. De ahí, no cabe sin más inferir que lo hacen siempre, y en todos los casos, en desmedro o contra los intereses de los usuarios, pero es evidente que esa posibilidad está siempre latente; es por ello que el Derecho debe necesariamente estar atento a las regulaciones que se pretenden imponer por esa vía.

Aunque muchas veces puede no ser así, es posible que aquellos que diseñan tecnologías tengan la intención de intervenir políticamente en las conductas y en los espacios en que ella se implementa.

En ese orden de ideas, Ariel Vercelli afirma en forma clara y contundente que

[...] con mayor o menor visibilidad, todas las tecnologías son políticas y están orientadas a controlar alguna dimensión de las prácticas sociales, procesos, conductas o espacios del entramado social. En muchos casos, a diferencia de las expresiones legales, las tecnologías permiten controlar y gestionar de forma directa qué es lo que se puede o no se puede hacer en un determinado entorno. Así, las regulaciones y las tecnologías tienen una relación estrecha en relación al control social. Estos puntos en común descritos entre las regulaciones y las tecnologías son parte de un



proceso mayor donde ambas se articulan, cambian simultáneamente, co-evolucionan, co-varían a través del tiempo.<sup>6</sup>

### **[E] La estrategia teórico-metodológica**

La estrategia teórico-metodológica de esta investigación consiste en analizar e interrelacionar algunos desarrollos doctrinarios de diversos autores que se han ocupado de problemáticas relativas a las tecnologías, la sociedad y el Derecho; a fin de trazar el marco teórico conceptual que permita realizar un abordaje jurídico de los vínculos existentes entre el Derecho y el *Código Informático*.

Por las particularidades del fenómeno bajo estudio, se desarrolla un marco analítico conceptual, basado en la complementación e integración de conceptos doctrinarios generados desde diferentes perspectivas de análisis, a saber:

a) la revolución digital nos obliga a repensar importantes cuestiones vinculadas a la organización de la sociedad; y una de ellas es – precisamente- la extraordinaria relevancia que han adquirido los dispositivos electrónicos, los sistemas informáticos y las redes telemáticas en el ámbito político, económico, social, cultural y –lógicamente- en el plano jurídico.

El Derecho –que a lo largo de su historia frecuentemente tuvo que brindar respuestas a nuevas problemáticas surgidas a raíz de diversas transformaciones sociales- se encuentra hoy frente al desafío de estudiar de qué modo esta organización de la sociedad digital impacta en la esfera de intereses de los seres humanos; y analizar la *problematicidad específica* (Lorenzetti) del nuevo escenario que instalan las Tecnologías Digitales.

b) el espectacular desarrollo de las TIC y la masificación social de numerosos dispositivos tecnológicos han determinado el nacimiento de un nuevo entorno social (el Tercer Entorno, en palabras de Javier Echeverría). Este ambiente social emergente es un nuevo espacio-tiempo de base tecnológica; un espacio electrónico posibilitado por las TIC. Como prueba de

---

<sup>6</sup> VERCELLI, Ariel; *Repensando los bienes comunes intelectuales. Análisis socio-técnico sobre el proceso de co-construcción entre las regulaciones de derecho de autor y derecho de copia y las tecnologías digitales para su gestión*, Tesis de doctorado con mención en Ciencias Sociales y Humanas, Universidad Nacional de Quilmes, Bs. As., 2009, págs. 20/21, disponible en: <http://www.arielvecelli.org/rlbic.pdf>.

ello, cabe remarcar que en la actualidad la mayor parte de las actividades humanas y sociales pueden desarrollarse en este Tercer Entorno.

c) los dispositivos digitales y las redes telemáticas son las bases sobre la cual se construye este Tercer Entorno, y es por ello que un elemento esencial de este nuevo espacio es el *Código Informático* –esto es, la arquitectura del hardware y software que integran los sistemas informáticos (Lessig)-. El *Código Informático* –como ya se ha señalado- es, junto a las leyes, las normas sociales y el mercado, una de las cuatro modalidades que funcionan como reguladores de las relaciones humanas en los ambientes digitales.

Ello pone en evidencia la necesidad de estudiar detenidamente las interrelaciones que se producen entre los principales reguladores de conductas humanas; especialmente los vínculos que se establecen entre el regulador “*Código Informático*” y el regulador “Derecho”; cuestión que –a mi entender- constituye una de las *problematicidades específicas* más relevantes de la relación entre el Derecho y el mundo digital;

d) desde mi perspectiva, la omnipresencia, ubicuidad, efectividad y escasa transparencia del *Código Informático* son las principales características de este regulador que ameritan un cuidadoso y pormenorizado abordaje desde las disciplinas jurídicas;

e) es necesario comprender la importancia del *Código Informático* desde el punto de vista legal y, luego de reconocer que ese Tercer Entorno es un entorno “construido”, advertir lo poderoso que puede resultar dicho regulador y de qué modo ese nuevo ambiente puede fácilmente convertirse en un espacio de control (Andrew Shapiro).

f) en suma, ante este nuevo entorno social –que también se podría denominar *ambiente digital*- es necesario estudiar la problemática específica de los reguladores de conductas humanas en este espacio, para determinar si las categorías conceptuales actuales de nuestra disciplina son suficientes para dar respuesta a los nuevos problemas que allí se suscitan o si, por el contrario, son necesarios nuevos conceptos o principios para abordar los conflictos jurídicos.

## **[F] La justificación de la investigación**

A medida que se generaliza el uso de dispositivos electrónicos por parte de los individuos y se expanden los sistemas informáticos y las redes telemáticas en las diferentes actividades sociales, comienzan a adquirir mayor relevancia las cuestiones referidas a la configuración y la arquitectura de tales entornos.

Es que comenzamos lentamente a percibir que es el diseño de los entornos digitales el que define -en gran medida- las condiciones del *ambiente digital* donde se desenvuelve el individuo; circunstancia que no solo puede afectar la calidad de vida del ser humano que “habita” en dicho entorno, sino que además pone en riesgo importantes derechos y libertades individuales.

En suma, las Tecnologías de la Información fueron la causa principal de profundos cambios en la forma de vivir, desarrollarse, relacionarse y en los modos de producir, trabajar y estudiar de los seres humanos. Y en ese contexto, ha surgido una nueva y poderosa forma de regulación de conductas humanas que se ejercita a través del diseño y configuración de las Tecnologías Digitales.

Tal como lo expondré a lo largo de diferentes capítulos, no son pocos los vínculos y puntos de contacto que se han establecido entre el Derecho y el *Código Informático* en los últimos tiempos; pero es necesario advertir que en los análisis jurídicos que se efectuaron sobre este nuevo regulador, el mismo fue abordado como objeto de regulación del Derecho; es decir que se lo consideró en su carácter de realidad tecnológica que integra la realidad social que nuestra disciplina busca regular.

Hasta el momento -y es ésta el área de vacancia que esta tesis pretende cubrir- el mundo del Derecho no se ha ocupado suficientemente del *Código Informático* en su función de regulador de conductas humanas.

No son muchos los autores que se han interesado en el estudio de los reguladores de conductas humanas en los entornos digitales y, en particular, en la función reguladora que cumple el *Código Informático* en la realidad social. A mi modo de ver, el Derecho aún no le ha prestado debida atención al modo en que se regulan las conductas en los ámbitos digitales.

El abordaje jurídico de los entornos digitales reviste una importancia decisiva para el desarrollo de la calidad de vida, la autonomía individual y la dignidad del ser humano en las sociedades tecnológicas; puesto que el desinterés del regulador Derecho puede traducirse en un mayor predominio del regulador *Código Informático*, lo cual evidentemente aumentará el poder y la posibilidad de control que poseen quienes dominan la tecnología; todo ello en desmedro de las libertades individuales.

Esta investigación tiene por finalidad alentar y fortalecer el debate jurídico sobre las relaciones sociales y las regulaciones en el nuevo entorno digital a fin de estudiar de qué modo pueden verse afectadas las libertades individuales en ese contexto.

Asimismo, buscar fomentar la intervención del Derecho con el propósito de pensar qué herramientas jurídicas se pueden poner a disposición de los individuos para contrarrestar la situación de vulnerabilidad en que ellos se encuentran.

En síntesis, estamos en presencia de una nueva modalidad de regulación de naturaleza fáctica que es propia del Tercer Entorno, y ella debe necesariamente ser abordada desde el Derecho. Nuestra disciplina – agudizando el ingenio- debe generar nuevos conocimientos jurídicos y en ese marco pensar cuáles son herramientas e instituciones mas adecuadas para abordar la problemática de las libertades individuales y la dignidad del hombre en los entornos digitales.

# **CAPÍTULO 1**

## **CIENCIA, TECNOLOGÍA y SOCIEDAD**

*“La gente toma contacto con la ciencia en cada esquina, en cada esfera de la vida. A veces se la encuentra como útil o provechosa tecnología, por ejemplo, los teléfonos. A veces bajo la forma de una medicina que preserva la vida, por ejemplo, la penicilina. A veces se la encuentra como un presagio o destino, por ejemplo, las profecías de desastre climático, y algunas veces promete salvarnos de esos terrores. A veces, como por ejemplo ante una posible guerra nuclear, se la encuentra como un instrumento político para amedrentar; en ocasiones, como cuando se trata de una tecnología de corroboración, se la encuentra como una respuesta pacífica a locuras o acciones insensatas. A veces se la encuentra como una dulce razón, a veces como un misterioso ensalmo o conjuro. A veces, en su pasión clasificatoria, la ciencia pareciera completamente monótona y aburrida; a veces es completamente cautivadora con su poesía de las ideas curiosas y maravillosas”.<sup>7</sup>*

### **I.- Introducción**

Hoy en día, resulta evidente que la ciencia y la tecnología están presentes en casi todas las actividades del hombre. Sin exagerar, podría afirmarse que las sociedades actuales están inundadas de conocimientos científico-tecnológicos, puesto que ellos –adoptando diversas formas y modalidades- fluyen de manera continua y comienzan a ganar espacios en distintos ámbitos y sectores sociales; como gráficamente lo resume John Ziman, en el epígrafe *supra* citado.

Este primer capítulo tiene por objetivo trazar un panorama general sobre las actividades científicas y tecnológicas y sus vínculos con la sociedad y la cultura; buscando sintetizar algunos de los principales temas que componen ese amplio campo de estudio que últimamente se ha dado en llamar *Ciencia, Tecnología y Sociedad*.

---

<sup>7</sup> ZIMAN, John; *Ciencia y Sociedad Civil*, versión original en inglés, traducido por Diego Lawler, Revista CTS, n° 1 vol. 1, Setiembre de 2003, pág. 178; disponible en: [dialnet.unirioja.es/servlet/fichero\\_articulo?codigo=2356621](http://dialnet.unirioja.es/servlet/fichero_articulo?codigo=2356621).

Las problemáticas que constituyen el objeto de esta nueva área del saber presentan aristas sumamente complejas e interesantes; no obstante lo cual evitaré ingresar en análisis minuciosos, puesto que ello excedería el objeto de esta tesis. Es por ello que me limitaré a desarrollar los aspectos principales de dichas temáticas, procurando enfocarlos desde una perspectiva que permita apreciar la relación existente entre ellas y el objeto de estudio de este trabajo de tesis.

Aún cuando el abordaje de muchos temas se efectuará de modo extremadamente sintético y a título meramente introductorio, la inclusión de este capítulo se encuentra plenamente justificada puesto que –a mi modo de ver- no es posible abordar las problemáticas específicas relacionadas con los desarrollos científico-tecnológicos, sin estudiar previamente los aspectos básicos de la relación que existe entre ciencia, tecnología y sociedad.

## **II.- Conceptualización y antecedentes históricos de la ciencia**

La pregunta ¿qué es ciencia? exige, en primer término, distinguir entre “ciencia en sentido restringido” y “ciencia en sentido amplio”.

Siguiendo esta distinción que propicia Esther Díaz<sup>8</sup>, Rubén Pardo define a la *ciencia en sentido restringido* –que es la que coincide con lo que “hoy” entendemos por ciencia- como “...un tipo de conocimiento que debe cumplir con ciertos requisitos: capacidad descriptiva, explicativa y predictiva mediante leyes, carácter crítico, fundamentación lógica y empírica, carácter metódico, sistematicidad, comunicabilidad mediante un lenguaje preciso y pretensión de objetividad”.<sup>9</sup>

Por el contrario, el término *ciencia en sentido amplio* posee una mayor extensión, y es aquel que “...nos permite hablar, por ejemplo de ‘ciencia antigua’ o de ‘ciencia medieval’. Se trata, en este caso, del saber que una época considera sólido”. Desde esta perspectiva, como bien lo señala el autor citado, la pregunta ¿qué es ciencia? tiene una respuesta que varía

---

<sup>8</sup> En su obra “*Metodología de las ciencias sociales*”, Buenos Aires, Editorial Biblos, 1997, capítulo 1.

<sup>9</sup> PARDO, Rubén; *Verdad e historicidad. El conocimiento científico y sus fracturas*, en: La Posciencia. El Conocimiento científico en las postrimerías de la modernidad, Esther Díaz (editora); Editorial Biblos, Tercera Edición, Buenos Aires, 2004, pág. 42.

históricamente “...porque la comunidad científica de cada época –de acuerdo con las prácticas sociales y con el modo como esa comunidad comprende la realidad- forja un sentido determinado de ‘ciencia’”.<sup>10</sup>

No es mi propósito realizar un *racconto* de las diversas épocas y etapas por las que transitó el conocimiento científico; pero sí me interesa sintéticamente remarcar que, desde ese sentido amplio e histórico de ciencia que se ha citado, es posible identificar tres grandes modelos epocales o paradigmas en cuanto al modo de comprender el conocimiento científico, a saber:

- a) el paradigma premoderno,
- b) el paradigma moderno, y
- c) el paradigma actual.<sup>11</sup>

Es por ello que, al momento de intentar conceptualizar a la ciencia, es necesario efectuar algunas referencias elementales sobre los antecedentes históricos de esta disciplina.

En tal sentido, cabe señalar que el modelo científico dominante hasta los años 60 –que normalmente se denomina *concepción heredada*- se sustentó, básicamente, en los siguientes pilares estructurales: a) es necesario separar la ciencia de otras formas de conocimiento; b) la ciencia es el modo de conocimiento que describe la realidad del mundo; c) la ciencia es unitaria (todas las ramas podrían ser reducidas a la física) y neutra (está libre de valores); d) debe separarse la ciencia pura (que no puede ser enjuiciada moralmente) de la ciencia aplicada o tecnología (es susceptible de juicios de valor según su buena o mala aplicación).

En lo que hoy se denomina *concepción heredada* –dice Esther Díaz- “...la ciencia es reducida a conocimiento científico sin considerar las

---

<sup>10</sup> PARDO, Rubén; *ob. cit.*, pág. 43.

<sup>11</sup> En opinión de Pardo, el paradigma premoderno abarca la antigüedad y la Edad Media (desde el siglo VI antes de Cristo hasta el siglo XV), el paradigma moderno surge a partir de la revolución científica de los siglos XVI y XVII y se extiende hasta la primera mitad del siglo XX, y el paradigma actual se constituye fundamentalmente en el siglo XX y “...si bien no difiere totalmente del de la modernidad, guarda respecto de él muchas e importantes diferencias” (*ibídem*).

prácticas sociales que, entrelazadas con los enunciados, constituyen la empresa científica”.<sup>12</sup>

Posteriormente, esta concepción clásica de la ciencia comenzó a ser objeto de diversas críticas por parte de importantes autores (Kuhn, Feyerabend, Toulmin o Hanson, entre otros), quienes fueron esbozando nuevos enfoques que se apartaban de los principios en que se sustentaba la mentada *concepción heredada*.

En cuanto a ello, resulta pertinente remarcar que fue a partir de *La estructura de las revoluciones científicas (1962)* -seguramente la más importante obra de Kuhn-, cuando se produjo un punto de inflexión entre la concepción tradicional de la ciencia y todo el desarrollo que habría de acaecer posteriormente.

A partir de allí, el paradigma positivista recibió un duro golpe; y es así que hoy en día ya casi no es posible intentar referirse a la ciencia sin incluir determinados elementos históricos y sociales dentro de su conceptualización.

En ese contexto, resulta oportuno remarcar que fue Robert Merton quien primeramente abordó el estudio de la ciencia como institución social. Considerado por muchos como “el padre de la sociología de la ciencia”, este autor hacía hincapié en que la ciencia es una institución que –como otras– forma parte de realidad social, y afirmaba asimismo que –al igual que otros estamentos sociales– ella poseía su propia escala de valores.

En este orden de ideas, no está demás recordar que en su obra *Conocimiento e Interés (1968)*, Jürgen Habermas desarrolló duras críticas contra el cientifismo y su “...comprensión equivocada de las ciencias”; afirmando allí que toda ciencia supone una relación con el interés, puesto que los intereses forman parte constitutiva del conocimiento y de la razón. En términos generales, puede decirse que “...el principal aporte de la obra de Habermas es la afirmación del carácter interesado del conocimiento: todo conocimiento es social y está guiado por un interés (orientado por

---

<sup>12</sup> DÍAZ, Esther; *El conocimiento como tecnología del poder*, en: *La Posciencia...cit.*, pág. 17.



motivaciones extrínsecas) y es por ello que debemos admitir el carácter `interesado` de la ciencia y `aclarar la conexión de conocimiento e interés`".<sup>13</sup>

En esta sintética mención de autores cuyas opiniones causaron fuertes impactos en los estudios sobre la ciencia, no pueden dejar de mencionarse los aportes de Michel Foucault. No pretendo aquí detenerme a describir los mismos, pero sí me interesa remarcar que, sin lugar a dudas, sus obras se han caracterizado por ingresar en las profundidades del mundo científico como nadie lo había hecho anteriormente.

Como magistralmente lo resume Díaz:

Si imaginamos la ciencia como un iceber. Kuhn estudió la parte emergente, la que se ve. Pero se atrevió a decir "el rey está desnudo". Se atrevió a indicar que existen presiones mucho más poderosas que la inocente validez formal de una teoría científica. Enunció su enigmático "ganan las teorías que tienen más fuerza, no las más verdaderas", aunque no se sumergió a indagar qué significaba "más fuerte". Por el contrario, Foucault trató de ver la parte sumergida del iceber: las prácticas sociales, los intereses, el deseo y las luchas de poder. Descubrió así que el estudio formal de las teorías es sólo un pequeño fragmento de hielo si se lo compara con la masa enorme y sumergida de un témpano. Esa masa de intereses cognoscitivos, económicos, personales y corporativos es la que realmente sostiene ese aparentemente inofensivo trozo de agua helada que es la mera estructura formal de las teorías científicas.<sup>14</sup>

Las escuelas sociologistas de la ciencia –resulta indispensable remarcarlo– han recibido críticas de extrema dureza y, entre otras cosas, han

---

<sup>13</sup> Me he ocupado de estos temas en el trabajo monográfico realizado en el marco del módulo Epistemología de la carrera de Doctorado, titulado "*Aproximación al pensamiento de Jürgen Habermas*"; razón por la cual remito allí al lector interesado en profundizar al respecto.

<sup>14</sup> DÍAZ, Esther; *Investigación básica, tecnología y sociedad. Kuhn y Foucault*, en: La Posciencia.... cit., pág. 80. Y completa su idea con la siguiente aclaración a pie de página: "En el cuento infantil, el rey se pasea por la ciudad 'mostrando' un maravilloso traje que en realidad no existe. Los obsecuentes súbditos hacen como si realmente vieran el traje. Hasta que aparece un muchacho desprejuiciado que dice la verdad: 'El rey está desnudo'. En mi metáfora –prosigue Díaz– el rey es la ciencia moderna que pretendió mostrarse con un magnífico traje tejido por la estructura formal de sus teorías no contaminadas con responsabilidades éticas ni con poder. Los lógicos de la ciencia pretenden que esa 'pureza' existe (o hacen 'como si' existiera por sí misma). Kuhn, por el contrario, les dijo a sus colegas que ese traje era sólo una ilusión" (*ibidem*).

sido acusadas de relativistas y de borrar los límites entre ciencia y pseudociencia.

Como señalan Enrique Iañez Pareja y Jesús Sánchez Cazorla: “Aunque casi todos reconocen que ha sido positivo introducir estas dimensiones históricas y culturales en la imagen de la ciencia, no todos comparten ni mucho menos que la única alternativa a la visión heredada (empirismo lógico) sea caer en un empirismo y reduccionismo sociológicos”.<sup>15</sup>

Para finalizar, y como prueba de la importancia de reflexionar sobre todas las dimensiones del discurso científico, cabe señalar que existe una profunda conexión entre este último y la realidad social. Es así que, a la hora de intentar abordar las principales problemáticas que afrontan las sociedades actuales, resulta imposible no incluir en los análisis ciertas consideraciones sobre el fenómeno científico-tecnológico:

[...] la comprensión de la realidad que nos toca vivir en este comienzo de siglo es imposible e irrealizable si no se tiene en cuenta la función y el significado que en su constitución ejerce el discurso científico. Reflexionar sobre nuestro mundo –hoy- es principalmente reflexionar sobre la ciencia y la tecnología; por lo tanto, la pregunta por la estructura del orden social actual es –en gran parte- la pregunta por la ciencia y por la técnica.<sup>16</sup>

### **III.- Ciencia, Tecnología y Sociedad**

A partir del momento en que la sociología se decidió a hurgar en el núcleo epistemológico del conocimiento científico, comenzaron a surgir distintas investigaciones interdisciplinarias que –con diferentes enfoques y variadas metodologías- se animaron a afirmar que el conocimiento científico es, esencialmente, un producto social.

En ese contexto han surgido –hace tan sólo unas décadas atrás- los estudios sobre *Ciencia, Tecnología y Sociedad* (CTS), movimiento que aglutina a investigadores provenientes de distintas disciplinas pero que tienen un objetivo en común: reflexionar y producir conocimiento sobre la

---

<sup>15</sup> IAÑEZ PAREJA, Enrique - SÁNCHEZ CAZORLA, Jesús A.; *Una aproximación a los Estudios de Ciencia, Tecnología y Sociedad*; disponible en: <http://www.ugr.es/~eianez/Biotecnologia/cts.htm>.

<sup>16</sup> PARDO, Rubén; *ob. cit.*, pág. 38.

ciencia, sus producciones, sus actores, el surgimiento de nuevas áreas, sus consecuencias económicas, sociales y ambientales, etc.<sup>17</sup>

Los estudios de CTS –agrega dicho artículo- “...comprenden un campo que de a poco se va afianzando en universidades y centros de investigación del mundo entero y la UNL no es la excepción”. En nuestra universidad, un grupo de investigadores trabaja en dichos temas “...para intentar comprender qué sociedad estamos construyendo con nuestra ciencia y nuestra tecnología, y para que estos temas no sean sólo discutidos por los expertos, sino por toda la sociedad”.<sup>18</sup>

Bruno Latour –uno de los mas importantes especialistas en estudios sociales de la ciencia- comienza el Capítulo 1 de uno de sus libros relatando distintas historias y noticias relacionadas con descubrimientos científicos-tecnológicos, y luego de ello señala que “...esos artículos híbridos que dibujan madejas de ciencia, de política, de economía, derecho, religión, técnica, ficción, se multiplican”, y así “...la cultura y la naturaleza resultan mezcladas todos los días”.<sup>19</sup>

Desde hace unos veinte años –prosigue Latour-

[...] mis amigos y yo estudiamos esas situaciones extrañas que la cultura intelectual en la que vivimos no sabe dónde ubicar. A falta de otra cosa, nos llamamos sociólogos, historiadores, economistas, politólogos, filósofos, antropólogos. Pero a esas disciplinas venerables siempre añadimos el genitivo: de las ciencias y las técnicas. Science studies es la fórmula de los ingleses, o ésta, demasiado pesada: “Ciencias, técnicas, sociedades”. Sea cual fuere la etiqueta, siempre se trata de volver a atar el nudo gordiano atravesando, tanta veces como haga falta, el corte que separa los conocimientos exactos y el ejercicio del poder, digamos la naturaleza y la cultura. Híbridos nosotros mismos, instalados de soslayo en el interior de las instituciones científicas, algo ingenieros, algo

---

<sup>17</sup> *La ciencia, un tema de todos*, artículo publicado en la revista El Paraninfo, Año 3, N° 38, U.N.L., mayo de 2007, pág. 1.

<sup>18</sup> Los estudios de *Ciencia, Tecnología y Sociedad* buscan reflexionar y producir conocimiento sobre la propia ciencia, la labor de los científicos, las políticas de estado, y las redes económicas y sociales que se tejen en torno a ella (*ibidem*).

<sup>19</sup> LATOUR, Bruno; *Nunca Fuimos Modernos. Ensayo de antropología simétrica*, Siglo Veintiuno editores, Buenos Aires, 2007, págs. 16/17.

filósofos, terceros instruidos sin buscarlo, hicimos la elección de describir las madejas dondequiera que nos lleven.<sup>20</sup>

Los estudios de *Ciencia, Tecnología y Sociedad* (CTS) o Estudios Sociales de la Ciencia y la Tecnología están realizando, desde hace tiempo, un valioso aporte para derrumbar –o al menos cuestionar fuertemente y generar- creencias firmemente arraigadas tanto en el ámbito científico como en la creencia popular, fundamentalmente, relacionadas con:

- a) la neutralidad de la ciencia;
- b) la separación entre ciencia y tecnología;
- c) la participación de la sociedad en temas relacionados con ciencia y tecnología.

En primer lugar, y en lo que respecta a la neutralidad de la ciencia, cabe señalar que histórica y tradicionalmente, la ciencia ha sido entendida como un saber neutral: “Hay una tradición muy marcada desde la escolaridad, y se incentiva en la facultad, de ver a la ciencia como a algo neutral, jerarquizado de otras actividades humanas. No se la ve como una construcción humana particular”.<sup>21</sup>

La idea de neutralidad de la ciencia –señala Fernando Broncano- es muy cómoda para la comunidad científica porque la descomprime de todo lo que hace: “Si la ciencia es neutral yo hago lo que me mandan a hacer y después la sociedad lo resuelve con la ética, la usa para el bien o para el mal”.<sup>22</sup>

En este orden de ideas, cabe recordar que la neutralidad moral de la ciencia ha sido fuertemente sostenida desde la epistemología lógico-formalista (“concepción heredada”), y sólo se aceptaba la reflexión ética “...como una instancia para pensar sobre tecnología”.<sup>23</sup> Contrariamente a

---

<sup>20</sup> LATOUR, Bruno; *ob. cit.*, págs. 17/18. Los analistas, los pensadores, los periodistas, y los que toman decisiones –afirma Latour- sugieren ignorar las madejas que tejen nuestro mundo: “Ellos cortaron el nudo gordiano con una espada bien afilada. El timón se ha roto: a la izquierda el conocimiento de las cosas, a la derecha el interés, el poder y la política de los hombres” (*ibidem*).

<sup>21</sup> CONCARI, Sonia; *La ciencia y la tecnología bajo el microscopio de la ciencia*; artículo publicado en revista El Paraninfo, Año 3 N° 38, U.N.L., mayo de 2007, pág.9.

<sup>22</sup> BRONCANO, Fernando, entrevista realizada por la Prof. Claudia Neil en el 1° Congreso Iberoamericano de Ciencia, Tecnología y Sociedad realizado en México, citado en *La ciencia y la tecnología...., cit.*

<sup>23</sup> DÍAZ, Esther, *El conocimiento...cit.*, pág. 33.

esta antigua posición, hoy en día van ganando terreno las posturas que pretenden “...introducir la reflexión ética desde el mismo inicio del proceso científico”.<sup>24</sup>

Desde esa línea argumental, Díaz sostiene:

Pretendemos una epistemología y una metodología no sólo teórica e instrumental, sino también práctica (en sentido kantiano, es decir, moral) y social. Tal vez sea hora de instalar la discusión ética desde el origen mismo de las investigaciones científicas. Pues la reflexión ética no debería comenzar a *posteriori* de la investigación científica sino en su *a priori* histórico, y continuar durante el desarrollo metodológico y su consumación técnica.<sup>25</sup>

En segundo lugar, y en cuanto concierne a la tradicional separación entre ciencia y tecnología, resulta necesario remarcar que hoy en día tal distinción es concebida en otros términos.

Si bien el conocimiento científico suele dividirse en cuatro etapas (investigación básica pura, investigación básica orientada, investigación aplicada y tecnología), podemos señalar –siguiendo a Díaz– que esos cuatro momentos del proceso científico suelen ser reducidos a dos:

Se dice entonces “investigación básica” (o ciencia pura) a la instancia que reúne las dos primeras etapas, y “tecnología” (técnica o ciencia aplicada) a la que abarca las dos últimas. En el accionar concreto de la realidad, estas etapas no están claramente diferenciadas porque la tecnología, a pesar de figurar al final del desarrollo de la investigación, está presente desde el comienzo mismo de proceso científico.<sup>26</sup>

En tercer y último lugar, y en referencia a la participación social en temas relacionados con ciencia y tecnología, cabe remarcar que, poco a poco, se abandonan las posturas que sostenían que la sociedad es un mero receptor pasivo de productos tecnológicos, y va ganando consenso la idea de que los temas científicos no sólo deben ser discutidos por los expertos sino por la sociedad toda. Volveré sobre este punto mas adelante.

---

<sup>24</sup> DÍAZ, Esther, *ibidem*.

<sup>25</sup> DÍAZ, Esther – RIVERA, Silvia; *La actividad científica y su insoportable carga ética*, en: *La Posciencia...cit.*, pág. 381.

<sup>26</sup> DÍAZ, Esther; *Investigación básica...cit.*, pág. 64.

#### **IV.- Conocimiento científico-tecnológico, verdad y poder.**

Inicialmente, y siguiendo a Pardo, cabe señalar que lo que hoy entendemos como conocimiento científico –un saber explicativo mediante leyes, crítico, fundamentado, metódico, sistemático, comunicable mediante un lenguaje preciso y con pretensión de objetividad- posee un origen remoto y un origen reciente:

El primero no es otro que la antigüedad clásica, con su original proyecto racionalista y su concepto de *logos* y de *episteme*. Allí nace la confianza en la racionalidad de la realidad y en la posibilidad de un conocimiento fundamentado de ella. El segundo está constituido por la modernidad, porque en ésta comienza a tener lugar la identificación entre ciencia o *episteme* y conocimiento empírico, lo que deriva luego en la conversión de la ciencia en técnica. Desde entonces ya no es posible pensar la ciencia si no es en relación con la técnica. Vale decir, la ciencia actual es – esencialmente- tecnología.<sup>27</sup>

Tal como lo he mencionado al comienzo de este trabajo, estamos en presencia de la “tecnologización de la vida cotidiana y las relaciones sociales”; por cuanto resulta evidente que las relaciones humanas “...están – casi todas ellas- permanentemente ‘intermediadas’ por diversos dispositivos tecnológicos” (vid. pág. 1).

Es que resulta innegable –como acertadamente lo apunta Díaz- que cada vez se registran más casos de personas que se relacionan a través de alguna tecnología:

Esas relaciones pueden ser comerciales, religiosas, educativas, financieras, medicinales, académicas, familiares, amicales o amorosas [...] Actualmente se realizan operaciones quirúrgicas por medios satelitales, se movilizan millones de dólares desde las pantallas y existen relaciones sensuales surgidas en (o sostenidas por) la red o el teléfono. Esto no significa que se abandonen las intervenciones quirúrgicas directas, las reuniones de negocios presenciales o las relaciones

---

<sup>27</sup> PARDO, Rubén, *ob. cit.*, pág. 52.

amorosas concretas. Significa, más bien, que todos esos acontecimientos pueden suceder mediatizados por la tecnología [...].<sup>28</sup>

Hoy en día, la tecnología ha pasado a ocupar un lugar central en las sociedades modernas. Es más, no parece exagerado afirmar que

[...] en la actualidad la tecnología (informática, ingeniería genética, fisión del átomo, medios masivos de comunicación, entre otros derivados de la tecnociencia) ha ocupado el lugar de verdad-poder que, hasta mediados del siglo pasado, ocupaba la ciencia, entendida como búsqueda del conocimiento por el conocimiento mismo. En la era de la posciencia, más del 90 por ciento de las investigaciones se realiza en función de su aplicación a la realidad, esto es, de la tecnología.<sup>29</sup>

Es verdad que, desde las culturas mas primitivas y simples hasta nuestra actual e hipercompleja sociedad, los términos “verdad” y “poder” “...han sido conceptos destinados a cruzarse, a confundirse, transferirse uno al otro múltiples significados”<sup>30</sup>; pero también es cierto que esta relación entre verdad y poder ve potenciado su significado en el mundo actual. En efecto, resulta evidente que en el contexto de las sociedades modernas, caracterizadas por la complejidad y el riesgo, la propiedad de la información y del conocimiento se ha convertido en un recurso esencial.<sup>31</sup>

En ese orden de ideas, y trayendo nuevamente a colación conceptos de Díaz, es necesario remarcar que la invención de la informática –que nació como tecnología– da cuenta de un cambio epistémico fundamental:

El conocimiento, hoy, no necesita validarse a partir de un meta discurso (por ejemplo, el kantiano, en la modernidad) para reafirmarse cognoscitiva y socialmente. Se valida, más bien, a partir de su eficacia. Sin olvidar que la eficacia se mide con parámetros económicos

---

<sup>28</sup> DÍAZ, Esther; *La ciencia después de la ciencia*, en: *La posciencia....cit.*, pág. 395.

<sup>29</sup> DÍAZ, Esther; *El conocimiento...cit.*, pág. 35.

<sup>30</sup> PARDO, Rubén; *ob. cit.*, pág. 37. Y, para mencionar tan sólo un ejemplo, acota: “...tanto el conocimiento sobre el régimen de las inundaciones del Nilo –atesorado por los sacerdotes del antiguo Egipto– como el más contemporáneo control teórico y técnico sobre los secretos de la partición del átomo han sido posesiones socialmente determinantes en sus respectivas épocas” (*ibídem*).

<sup>31</sup> PARDO, Rubén, *ibídem*.

establecidos por quienes manejan las leyes; pero no tanto las leyes jurídicas, morales o científicas sino más bien las leyes del mercado multinacional.<sup>32</sup>

### **V.- Gobierno de los riesgos y Derecho**

Dentro del amplio campo de temáticas que pueden considerarse comprendidas en la órbita de esta novel disciplina denominada *Ciencia, Tecnología y Sociedad*, la problemática de las consecuencias disvaliosas y los riesgos de los desarrollos científico-tecnológicos<sup>33</sup> ocupa un lugar de singular relevancia.

En tal sentido, cabe señalar que desde hace unas cuantas décadas la sociedad comenzó a tomar conciencia que, a la par sus indudables logros y aspectos positivos, la ciencia y la tecnología traían aparejados numerosos inconvenientes y riesgos de distinta magnitud. La creencia de que ellas mismas (ciencia y tecnología) se encargarían de encontrar las soluciones a tales problemas, fue poco a poco desmentida por la realidad.

Como dice Pablo Kriemer:

La utopía positivista de un progreso eterno se ve cuestionada por las enormes zonas grises que ya no es posible solucionar simplemente con “más conocimiento científico”, sino que se requiere, de un modo muy urgente, la participación de los ciudadanos en la toma de decisiones. Por primera vez, la propia ciencia parece impotente para resolver los problemas que ella misma produjo.<sup>34</sup>

En el ámbito de la sociología se ha instalado recientemente la noción de “sociedad del riesgo”, a partir de las distintas construcciones teóricas de los autores que venían trabajando dichas problemáticas (U. Beck, Mary Douglas, Niklas Luhmann, etc.).<sup>35</sup>

---

<sup>32</sup> DÍAZ, Esther; *El conocimiento...cit.*, pág. 36.

<sup>33</sup> Una de las principales características de las sociedades globales y tecnológicas actuales es la multiplicación e intensificación de los riesgos como consecuencia del curso tomado por el desarrollo humano.

<sup>34</sup> KREIMER, Pablo; *El científico también es un ser humano. La ciencia bajo la lupa*, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2009, pág. 27.

<sup>35</sup> El ser humano ha estado siempre sometido a peligros y riesgos naturales que ha pretendido dominar a través de la ciencia y de la tecnología. El desarrollo tecnológico ha eliminado barreras y reducido peligros, pero, paradójicamente, también ha originado nuevos peligros más sofisticados, que comúnmente se denominan “riesgos tecnológicos”. Beck ha



Sintéticamente, Chistian Guy Caubet señala que:

La cuestión del riesgo se refiere, por lo tanto, a fenómenos, hechos, opciones, decisiones que, después de haber sido escogidos como solución para problemas estructurales de las sociedades industriales, se presentan como graves amenazas sociales en razón de las consecuencias colectivas inesperadas engendradas por su propia estructura o constitución.<sup>36</sup>

En principio –remarca acertadamente Jacqueline Morand-Deviller– nuestra cultura acepta el riesgo como motor del progreso; se atiene a la idea de que “quien no arriesga no come”:

La alternativa no se sitúa, entonces, entre riesgo y ausencia de riesgo sino entre riesgo aceptable y riesgo inaceptable. Las autoridades públicas tienen, por lo tanto, el deber de anticipar y sopesar la dosis de riesgo aceptable, elección fundamental de la cual depende toda una serie de decisiones.<sup>37</sup>

En ese orden de ideas, esta autora hace hincapié en que el debate actual es

[...] mas cualitativo que cuantitativo: se trata de verificar a quién incumbe descubrir cuáles son los posibles riesgos, a quién incumbe sopesarlos, o informar a los ciudadanos de su existencia, o decidir correr el riesgo, o prevenirlo y mediante qué procedimientos, cuestiones todas que se encuentran en el centro del debate político.<sup>38</sup>

## **VI.- Sociedad de riesgo y Derecho Constitucional**

Sin perjuicio de que se abordará esta temática en profundidad en los capítulos principales de esta tesis, cabe inicialmente señalar que la lógica

---

llamado a estos riesgos globales y tecnológicos, como “riesgos civilizatorios”, diferenciándolos de los riesgos que se producían en la Edad Media, -que a menudo se les parecen exteriormente- por la globalidad de su amenaza, -seres humanos, animales y plantas-, y por sus causas modernas. Son, dice este autor, riesgos de la modernización propios de la sociedad del riesgo”.

<sup>36</sup> GUY CAUBET, Chistian; *El alcance del riesgo en el mundo real y en el mundo jurídico*; traducción de María Lucila Reyna; en AA.VV.; *El gobierno de los riesgos*, Gonzalo C. Sozzo Coordinador, Ediciones U.N.L., pág. 46.

<sup>37</sup> MORAND-DEVILLER, Jacqueline; *El sistema pericial. Pericia científica y gestión del medioambiente*. traducción de Carolina Fililpon; en: *El gobierno de los riesgos...cit.*, pág. 77.

<sup>38</sup> MORAND-DEVILLER, Jacqueline; *ibidem*

del poder científico-tecnológico no puede permanecer ajena a los postulados del Estado de Derecho:

Debe recordarse que el Estado de Derecho es la forma peculiar de organización política en la cual cada decisión que implique a la colectividad debe ser tomada por instituciones claramente identificadas, dotadas de competencias y procedimientos precisos de decisión que permitan la expresión de todos los puntos de vista, una deliberación libre y el recurso a un juez imparcial. Concebido en su origen para un único poder político, hoy ese modelo se extiende al poder científico y técnico, lo que requiere una adaptación de las definiciones propias al Estado de Derecho en lo que se refiere a la cuestión de las ciencias y las técnicas.<sup>39</sup>

Si bien no puede decirse que las Constituciones del siglo XVIII hayan ignorado completamente a las ciencias y las tecnologías –toda vez que reconocieron la libertad de expresión y de pensamiento y, además, sentaron las bases de la propiedad intelectual-; sí es posible afirmar que aquellos textos no hacen referencia alguna a los riesgos que ellas podían traer aparejados.

Fue recién luego de la Segunda Guerra Mundial –y a raíz del rol que desempeñaron los científicos en el contexto de dicho conflicto armado– cuando aparece, en la Ley Fundamental Alemana, la noción de respeto a la dignidad humana como un límite al principio de libertad de investigación científica que consagra dicho texto legal.

En ese orden de ideas, cabe asimismo señalar que –al igual que otras Constituciones que nacen en la década del setenta– la Carta Magna española contiene ciertos preceptos relacionados con la tecnología; tal como el artículo 18.4 que establece: “La Ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”.

Luego de la sanción del artículo 18.4 de la Constitución Española, Antonio Perez Luño sostuvo que el futuro texto legislativo reglamentario

---

<sup>39</sup> HERMITTE, M-A.; *Los fundamentos jurídicos de la sociedad del riesgo. Un análisis de U. Beck*, traducción de María Lucila Reyna; en: *El gobierno de los riesgos...cit.*, pág. 27.

[...] debería elaborarse de acuerdo con una técnica legislativa de cláusulas o principios generales. Este procedimiento es particularmente aconsejable para regular materias que, como la informática, se hallan estrechamente vinculadas a los constantes cambios e innovaciones tecnológicos. De este modo, la reglamentación legal a partir de unos *standards* flexibles evita la necesidad de introducir variaciones constantes en las normas y permite a los órganos encargados de su aplicación adaptar los principios y las situaciones que sucesivamente se presenten.<sup>40</sup>

Finalmente, y en relación a la modificación de la Constitución Francesa a partir de la introducción de la Carta del Medio Ambiente aprobada por el Parlamento francés el 28.02.2005; M-A. Hermitte señala que “...el texto constitucional fue adaptado a la ‘sociedad del riesgo’, en la cual las ciencias y las técnicas producen riesgos específicos que implican nuevos derechos fundamentales y, sobre todo, una nueva jerarquía de valores”.<sup>41</sup>

### **VII.- Algunas aproximaciones al fenómeno de la globalización**

Resulta evidente que -en los últimos tiempos- el término globalización se ha ido incorporando, en forma lenta pero sostenida, al lenguaje cotidiano. Todo el mundo lo utiliza y de algún que otro modo hace referencia al mismo, no obstante lo cual es necesario reconocer que “...su significado es aún vago y su valor explicativo, si tiene alguno, es por lo menos controvertido”.<sup>42</sup>

Al respecto -y siguiendo al citado autor- es posible afirmar que existen tres grandes líneas de pensamiento que intentan explicar el fenómeno globalizador: “...la de los ‘globalizadores’, la de los ‘escépticos’ y la de los ‘transformadores’”. A la hora de sintetizar tales posiciones, López Ayllón enmarca dentro del rótulo de “globalizadores” a aquellos autores que

---

<sup>40</sup> PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique; *Informática y libertad. Comentario al artículo 18.4 de la Constitución Española*, pág. 49; disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=26680&orden=0...>

<sup>41</sup> HERMITTE, M-A.; *ob. cit.*, pág. 28.

<sup>42</sup> LOPEZ AYLLÓN, Sergio; *Globalización, Estado de Derecho y Seguridad jurídica. Una explicación sobre los efectos de la globalización en los Poderes Judiciales de Iberoamérica*, pág. 1/2, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1572>.

“...comparten la convicción de que la economía está construyendo una nueva forma de organización social que suplantará a los Estados nación como las unidades económicas y políticas primarias del mundo”; mientras que ubica dentro de la categoría de escépticos a quienes sostienen “...que la globalización es un mito, pues los niveles actuales de interdependencia económica no son los más elevados en la historia”.<sup>43</sup>

Por otro lado, dentro del grupo de los “transformadores” ubica a las posturas que sostienen que

[...] los procesos que se viven ahora no tienen precedente histórico, que los gobiernos y las sociedades deberán ajustarse a un mundo en que no existe más una clara distinción entre lo nacional y lo internacional, y que la globalización está transformando profundamente el poder del estado, la política mundial y la forma de vida de los habitantes del planeta (Giddens 1999).<sup>44</sup>

Desde esta perspectiva, Anthony Giddens sostiene que nos encontramos frente a una sociedad globalizada toda vez que:

[...] a) el mundo está crecientemente intercomunicado (Internet, satélites, tecnología digital, etc.) [...] b) los flujos financieros son mundiales: los mercados financieros (bolsas de Tokio, de Nueva York, de Londres, de Frankfurt, etc.) operan en la práctica en tiempo real, y se hallan permanentemente abiertos salvo breves pausas semanales. [...] c) se ha producido la abolición virtual del tiempo para la comunicación y la finanza: ciertos procesos son simultáneos en todo el mundo [...] d) ciertos cambios sociales van en la misma dirección en todo el mundo [...] la creciente igualación política de las mujeres, la fragilidad de las relaciones de pareja, la normalización de pautas de conducta sexual antes proscritas y el carácter crecientemente contractual pactado, de las relaciones entre padres e hijos [...].<sup>45</sup>

---

<sup>43</sup> LOPEZ AYLLÓN, Sergio; *ob. cit.*, pág. 4.

<sup>44</sup> LOPEZ AYLLÓN, Sergio; *ibídem.*

<sup>45</sup> CAPELLA HERNÁNDEZ, Juan Ramón; *Estado y Derecho ante la mundialización: aspectos y problemáticas generales*, en: Transformaciones del Derecho en la mundialización., Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pág. 89, disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=561765>.

Dentro de las innumerables definiciones posibles de globalización, y ubicándose dentro de las tesis “transformadoras”, Lopez Ayllón conceptualiza al fenómeno como

[...] un conjunto de procesos que engloban una transformación en la organización temporal y espacial de las relaciones y transacciones sociales, y que genera flujos y redes de actividad e interacción (económica, política y cultural) entre Estados, regiones y continentes. Los flujos son los movimientos de mercancías, servicios, personas, símbolos e información en el espacio y el tiempo. Las redes se refieren a las interacciones regularizadas o que siguen una pauta entre agentes independientes (personas, empresas, organizaciones, gobiernos).<sup>46</sup>

Desde mi punto de vista, parece acertada la idea de Carbonell en cuanto a que “...en realidad, no hay una, sino varias globalizaciones, cada una de las cuales obedece a su propia lógica y a sus propios ritmos”:

Hay, [...] un proceso de globalización de las comunicaciones, auspiciado por el desarrollo de las tecnologías satelitales y por la difusión masiva del internet. Hay también una globalización financiera, producto de la interconexión de los mercados bursátiles en todo el mundo y de los alcances planetarios que hoy en día tienen los llamados globalplayers (que son fundamentalmente empresas transnacionales y agentes de inversión que operan a escala global). Hay, en fin, una globalización cultural, que se manifiesta sobre todo en la adopción de pautas culturales producidas en Estados Unidos y promovidas por todo el planeta; buena parte de los habitantes de la tierra vemos las mismas películas, las mismas series de televisión, nos informamos a través de las mismas agencias, seguimos los eventos deportivos que se llevan a cabo o se financian desde los Estados Unidos, etc.<sup>47</sup>

Y así como es posible constatar que el fenómeno globalizador se extiende en distintos ámbitos y sectores sociales, también es dable observar que son numerosas las problemáticas que se encuentran involucradas dentro de dicho concepto. En ese orden de ideas, Carlos Bisso entiende que

---

<sup>46</sup> LOPEZ AYLLÓN, Sergio; *ob. cit.*, pág. 8.

<sup>47</sup> CARBONELL, Miguel; *Globalización y derecho: siete tesis*, disponible en <http://www.bibliojuridica.org/libros/3/1086/3.pdf>, pág. 2.

algunos temas puntuales deberían ser objeto de un tratamiento acorde con la nueva realidad que impone la globalización; entre los cuales –y en lo que aquí puntualmente interesa- cabe mencionar los siguientes: (a) la formal igualdad entre estados y la realidad que determina relaciones asimétricas de poder, que se traduce en el funcionamiento efectivo de tratados e instituciones; (b) enfrentamientos entre gobiernos que ven cuestionada su legitimidad y organizaciones no gubernamentales que sólo poseen las que ellas mismas se atribuyen y el papel que desempeñarán unos y otras de cara a la competencia con otros actores: las corporaciones globales, las religiones globales y las “mafias” globales; (c) los intentos de varios Estados para controlar los contenidos de Internet y su reflejo en la efectiva aplicación de los Derechos Humanos en el orden mundial; (d) la defensa de la intimidad y el eficaz funcionamiento del “Habeas data”; (e) el impacto de la globalización en las instituciones y grupos locales: familia, sociedades civiles y comerciales, instituciones culturales, medios masivos de comunicación, tribunales, colegios profesionales, etc.; (f) la circulación internacional de modelos contractuales uniformes que la mayoría de las veces son contratos atípicos o la emergencia de una nueva *lex mercatoria*, creada por grupos empresariales sin mediación del poder legislativo; (g) la desregulación y función del Estado en la economía globalizada.<sup>48</sup>

Siempre se ha pensado que los beneficios de la globalidad<sup>49</sup> y la globalización son más importantes que los daños que se pueden generar, y por ello se la ha impulsado; no obstante lo cual la experiencia recogida en

---

<sup>48</sup> BISSO, Carlos; *Globalización y derecho. Vinculación, temas y juicios de valor*, La Ley, UNLP 2005-36, pág. 726.

<sup>49</sup> “Ulrich Beck enumera ocho razones por las que considera irreversible la globalidad: 1.- El ensanchamiento de la superficie geográfica y la creciente densidad del intercambio internacional. Y el carácter global de la red de mercados financieros y del poder cada vez mayor de las multinacionales. 2.- La exigencia, universalmente aceptada, de respetar los derechos humanos, considerada principio esencial de la democracia. 3.- Las corrientes icónicas de las industrias globales de la cultura. 4.- La política mundial policéntrica. Junto a los gobiernos se sitúan cada vez más actores transnacionales – multinacionales, organizaciones no gubernamentales, las propias Naciones Unidas- con cada vez mayor poder. 5.- La pobreza global. 6.- Los daños y atentados ecológicos totales. 7.- Los conflictos transculturales. 8.- La revolución permanente de la información y las tecnologías de la comunicación” (BECK, Ulrich; *¿Qué es la globalización?*, Ed. Piados Ibérica S.A., Barcelona, 1998, págs. 29/30, citado por Carlos S. Fayt, *La política y las dimensiones de la globalización*, en: *Teoría de la política en el siglo XXI*, Ed. La Ley, 2002, pág. 275).

los últimos tiempos ha demostrado que la potencialidad del riesgo es extremadamente fuerte.

Frente a este panorama, resulta evidente que el fenómeno globalizador impone una nueva lectura de la realidad social. El Derecho no puede quedar al margen de esta problemática y debe necesariamente enfrentar los cambios que se presentan en el mundo globalizado, intentando descifrar y comprender el real alcance de los mismos para posteriormente definir qué rol ha de asumir la disciplina jurídica frente a ellos.

Arraigados y tradicionales conceptos del Derecho han sido definitivamente alcanzados por la globalización, razón por la cual se torna necesario repensar diversas ideas e institutos de las teorías políticas y jurídicas. La lista de categorías jurídicas alcanzadas por la globalización sería interminable, pero basta con nombrar las nociones de soberanía, frontera, jurisdicción, política exterior, derechos humanos, comercio, regiones y derecho local, entre tantas otras.

Y dentro de ese contexto, es necesario tener especialmente presente –como bien lo señala André-Jean Arnaud–, que la globalización penetra hasta en los espacios más locales:

[...] lo hace, en particular, por el intermedio de nuevas tecnologías. La difusión de la televisión desdibuja las referencias culturales; la invasión del mercado por la telefonía celular ofrece al desarrollo del comercio y al desplazamiento de capitales una herramienta de eficacia aterradora; todo como la red Internet, que permite, entre otras, la creación y la expansión de comunidades virtuales inimaginables hasta ahora...Ni que hablar del sistema “wap” que une estas dos últimas tecnologías: en adelante, comerciantes, financistas y administradores tienen su oficina en su bolsillo, noche y día, donde se encuentren. ¿Cómo el derecho, cómo el trabajo del jurista, cómo la función del magistrado no habrían de afectarse con esto?<sup>50</sup>

### **VIII.- Epílogo**

Nadie puede a esta altura discutir que la ciencia y la tecnología desempeñan un papel clave en el incremento de la calidad de vida de los

---

<sup>50</sup> ARNAUD, André-Jean; *Consideraciones sobre el juez y la función de juzgar en el siglo XXI*, La Ley, Suplemento Actualidad del 04.11.2003.

integrantes de la sociedad; pero ello no debe hacernos perder de vista que la revolución tecnológica y la globalización –al igual que ocurrió en el pasado con la revolución mercantil o la industrial- se han convertido al mismo tiempo en fuente potencial de nuevos riesgos y serias desigualdades sociales.

En ese contexto, todo parece indicar que el impacto social de los desarrollos científico-tecnológicos es cada vez mayor y su capacidad para transformar la realidad se ha incrementado notoriamente.

Como bien lo señalan Silvio Funtowicz y Jerome Ravetz:

El sistema científico ha estado en constante evolución a través de su historia; ahora además está cambiando radicalmente la realidad en que opera. Por supuesto, el mundo de la naturaleza se vio alterado por la agricultura y la vida humana transformada por la industria moderna; pero hoy nuestra experiencia de las realidades físicas y conscientes se ve expuesta a una confusión más profunda. Un síntoma obvio de este desarrollo es que ‘la ciencia ficción’ ya no es ficcional; la hiperrealidad no tiene límites obvios con lo imposible o lo irreal. La realización tecnológica de este es el campo embrionario de las ‘realidades virtuales’ [...] No podemos predecir en detalle qué tipo de efectos tendrá esto sobre las personalidades, y sobre las sociedades, en la medida en que el equipamiento se transforma en cada vez más accesible y refinado.<sup>51</sup>

Luego del panorama general que se ha trazado a lo largo de este capítulo, ha quedado evidenciada la estrecha relación que existe entre las principales problemáticas que se presentan en el ámbito de los estudios sobre *Ciencia, Tecnología y Sociedad*, los aspectos jurídicos del gobierno de los riesgos y el fenómeno de la globalización.

Dentro de las diversas aristas y facetas que surgen de tales interrelaciones, este trabajo de tesis pone el foco de análisis en la globalización de la información y la comunicación y hace hincapié, específica y concretamente, en los riesgos que se presentan como consecuencia de la omnipresencia y ubicuidad de las TIC en todo el quehacer del hombre.

En las sociedades de las ciencias y las técnicas, caracterizadas por la complejidad y el riesgo, la propiedad de la información y del conocimiento

---

<sup>51</sup> FUNTOWICZ, Silvio – RAVETZ, Jerome; *La ciencia posnormal. Ciencia con la gente*, Icaria editorial, Barcelona, 2000, pág. 103.



se ha convertido en un recurso esencial; y es así que las TIC se han instalado definitivamente como un nuevo e importante factor de poder social.

Como se ha visto en el punto III del presente capítulo, es necesario intentar comprender qué clase de sociedad estamos construyendo con nuestra ciencia y nuestra tecnología, puesto que como bien lo señala Gilles Deleuze "...es sencillo buscar correspondencias entre tipos de sociedad y tipos de máquinas...". Estas últimas –afirma el filósofo francés– expresan las formaciones sociales que las han originado y que las utilizan:

Las antiguas sociedades de soberanía operaban con máquinas simples, palancas, poleas, relojes; las sociedades disciplinarias posteriores se equiparon con máquinas energéticas, con el riesgo pasivo de la entropía y el riesgo activo del sabotaje; las sociedades de control actúan mediante máquinas de un tercer tipo, máquinas informáticas y ordenadores cuyo riesgo pasivo son las interferencias y cuyo riesgo activo son la piratería y la inoculación de virus.<sup>52</sup>

La ciencia –como ya se ha señalado– parece hoy en día impotente para solucionar los problemas que ella misma produjo. En ese orden de ideas, se afirma categóricamente que "...el ideal de racionalidad de la ciencia normal es no sólo insuficiente sino en muchos casos inapropiado" para dar respuesta a algunos de los complejos problemas globales que se presentan en la actualidad (vgr. los problemas ambientales).<sup>53</sup>

En relación a ello, y luego de señalar que la ciencia "...habría entrado en declive como generadora de verdades", el autor citado sostiene que

Desde el nuevo postulado de la ciencia posnormal, la ciencia con la gente, se abre un estimulante camino hacia la democratización del conocimiento y se advierte el fin de la verdad científica absoluta. Se convoca la formulación de nuevos participantes en los nuevos diálogos,

---

<sup>52</sup> DELEUZE, Gilles; *Post-scriptum sobre las sociedades de control*, pág. 7; disponible en: <http://www.revistapolis.cl/13/dele.htm>.

<sup>53</sup> BOADA, Martí; *Espistemología política: ciencia con la gente*, presentación del libro *La ciencia posnormal...cit.*, de Silvio O. Funtowicz y Jerome Ravetz, Icaria editorial, Barcelona, 2000, pág. 8.

dando cabida a diferentes perspectivas y formas de conocimientos, a un nuevo diálogo de saberes.<sup>54</sup>

En tal sentido, resulta importante remarcar –siguiendo a Joan Martínez Alier- que

[...] en muchas situaciones que tienen que ver con nuevas tecnologías (nuclear, ingeniería genética) pero que también tienen que ver con la revalorización de antiguas tecnologías (...), la ciencia no puede ser servidora del poder. No puede no porque esté mal o sea feo serlo, sino porque no puede aunque quiera. Lo intenta, pero no lo consigue. La ciencia de laboratorio, es decir, la ciencia aplicada normal (normal en el sentido de –Kuhn-) continúa siendo importante. No se trata de cambiar el paradigma científico, menos aún de renunciar a la racionalidad occidental (...) No, por el contrario, el laboratorio sirve para establecer distancias genéticas entre variedades agrícolas, o para corroborar las hipótesis de la física de las radiaciones. Pero para juzgar el valor de la conservación de la biodiversidad, para decidir si usar la energía nuclear, la ciencia aplicada normal no sirve. Tampoco sirven los consultores profesionales, del tipo ingeniero nuclear o ingeniero agrónomo. Los temas son demasiado urgentes y la incertidumbre es excesiva. Entramos pues en el terreno de la ciencia posnormal, de la ampliación del campo de evaluadores”.<sup>55</sup>

La actividad científica –destacan Funtowicz y Ravetz - abarca ahora “...el manejo de las incertidumbres irreductibles en el conocimiento y en la ética, y el reconocimiento de las diferentes perspectivas y maneras de conocer legítimas. De este modo, su práctica se torna más cercana al funcionamiento de una sociedad democrática, caracterizada por una participación extensiva y por una tolerancia de la diversidad”.<sup>56</sup>

Resulta importante remarcar que estas nuevas perspectivas sobre la ciencia han causado un profundo impacto que va mas allá del sector

---

<sup>54</sup> BOADA, Martí, *ob. cit.*, págs. 8/9.

<sup>55</sup> MARTÍNEZ ALIER, Joan; Prólogo a la edición española de la obra *La ciencia posnormal...cit.*, pág. 13. “...Urgencia. Incertidumbre. Conflictos de Valores. Son características de la ‘ciencia posnormal’, que no es ciencia elitista, por encima de la gente; no es tampoco bienintencionada ciencia para el pueblo. Es, de hecho, ciencia con la gente” (*ob. cit.*, pág. 12).

<sup>56</sup> FUNTOWICZ, Silvio – RAVETZ, Jerome; *ob. cit.*, pág. 103.

científico. Al respecto, Cecilia Hidalgo afirma que la producción científica de los autores citados

[...] tiene amplias implicancias para la actividad científica propiamente dicha pero fundamentalmente para el accionar colectivo, responsable ante los problemas planteados por el riesgo ambiental y tecnológico, global y local, y la equidad entre los pueblos, especies y generaciones. La complejidad de tales problemas involucra de manera ahora explícita a muchos agentes hasta hace poco ignorados. Todos lo que ponen algo en juego en las decisiones públicas tiene su lugar en el diálogo que tenderá a hallar respuestas y soluciones y su participación adquiere el carácter de esencial. Los expertos científicos o los administradores gubernamentales ya no son los únicos participantes legítimos”.<sup>57</sup>

Es por ello que un punto importante a considerar –que abordaré detenidamente en otros capítulos- será el análisis de aquellas tesis que postulan la “democratización del gobierno de los riesgos”, lo cual implicaría –como bien lo señala Hermitte- “la irrupción de los gobernados en los campos de poder, reservados, en principio, a los gobernantes”.<sup>58</sup>

El proceso de globalización –que es una realidad instalada pero no un valor- ha producido una mayor concentración del poder, creando una nueva manera de dominación a través de lo tecnológico:

El mundo globalizado es un mundo que esculpe o “lima” sus valores éticos al ritmo de los medios masivos de comunicación. Un mundo conectado por haces de luz –la escritura digital es sólo luz-. Un mundo cuyos dispositivos de poder son tan inasibles como las letras de la pantalla y cuyas estrategias de poder forman retículas que se expanden y a atraviesan países, instituciones, edificios, hogares y cuerpos. Casi como una reacción atómica en cadena, casi como una réplica infinita de clones, casi como la saturación informática que envuelve el plantea. Estos fenómenos indican que el saber-poder hegemónico contemporáneo ya no reviste las características distintivas de la ciencia moderna; en función de ello [...] se puede hablar de posciencia, comprendiendo en

---

<sup>57</sup> HIDALGO, Cecilia; Prólogo a la edición argentina, del libro *La ciencia posnormal...cit.*, de Silvio O. Funtowicz y Jerome Ravetz, Icaria editorial, Barcelona, 2000, págs. 19/20.

<sup>58</sup> HERMITTE, M-A., *ob. cit.*, pág. 23.

esta expresión no sólo una nueva manera de conocer sino también de modificar (o interactuar con) la naturaleza y la sociedad.<sup>59</sup>

Todo ello –está casi demás decirlo- acontece a un ritmo avasallante, razón por la cual me parece acertada la opinión de Díaz en cuanto a que

[...] no debería perderse de vista que la ciencia se desarrolla más rápidamente que la política social, lo cual provoca graves desajustes entre la oferta científico-tecnológica y los valores vigentes en el imaginario social, la legislación positiva y las condiciones concretas de vida de las personas. En lugar de pensar que la ciencia está regida por objetivos y finalidades cognoscitivos incuestionables que hay que tratar de satisfacer (aunque sea de paso y sin llegar nunca a la meta), nosotros afirmamos que los objetivos de la ciencia surgen a partir de valores previos. Y éstos, a su vez, se gestan en las prácticas sociales o formas de vida de las que provienen (o con las que interactúan) los saberes que, como la ciencia, son considerados verdaderos.<sup>60</sup>

A luz del desarrollo precedente, es posible afirmar que la conexión e interrelación entre tecnología y democracia es extremadamente fuerte. Como bien lo señala Juan Francisco Sánchez Barrilao:

[...] a tenor del nuevo poder que la primera supone para ciertos grupos en la ordenación social, económica y política de la comunidad. De ahí la necesidad de que la Constitución haga suya tal ordenación mediante su regulación básica, encauzándola y limitándola, en su caso.<sup>61</sup>

La ciencia y la tecnología son –sin lugar a dudas- un elemento relevante en las sociedades actuales; razón por la cual resulta inevitable reflexionar sobre la legitimidad de las decisiones científicas y su adecuación a los principios y las reglas del Estado Constitucional de Derecho.

---

<sup>59</sup> DÍAZ, Esther; *El conocimiento...cit.*, pág. 21.

<sup>60</sup> DÍAZ, Esther; *La actividad científica...cit.*, págs. 380/381.

<sup>61</sup> SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco; *Sobre la Constitución Normativa y la Tecnología*, en AA.VV: Derecho y Nuevas Tecnologías, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, N° 8, pág. 269. Es conocido cómo las Constituciones que nacen ya en los setenta, como es el caso de la española, integran en sus contenidos preceptos más o menos relacionados con la tecnología y sus efectos; por ejemplo, el art. 18.4.

Hoy existe un generalizado consenso en cuanto a que, en las democracias actuales, los poderes políticos deben necesariamente interactuar junto a otros poderes sociales (entre ellos el poder científico-tecnológico), lo cual evidencia que la Constitución está llamada cumplir un rol de extrema importancia en materia de ciencia y tecnología.

En función de todo lo que se ha venido señalando, resulta evidente que ha llegado el momento de que el Derecho asuma el rol que ha de cumplir dentro de las múltiples y complejas interrelaciones que es posible establecer entre *Ciencia, Tecnología y Sociedad*, riesgos y globalización, puesto que tales temas tienen una indudable repercusión en el ámbito de lo jurídico.

En una democracia republicana cualquier concentración de poder debe estar sujeta a controles, y es así que resulta necesario subordinar la utilización de las nuevas tecnologías al respeto de valores propiamente humanos. El Derecho debe demostrar su utilidad para actuar como guía del proceso globalizador, reafirmando la idea de que

[...] el papel que debe cumplir el Derecho en este proceso de mundialización en modo alguno puede ser un papel mercenario de justificación de prácticas ajenas a la ética y a los principios internacionales más básicos de defensa de los derechos fundamentales [...].<sup>62</sup>

Todo ello representa, sin dudas un enorme desafío al Derecho Constitucional, sin olvidar además –como acertadamente lo afirman José Benvenuti y Mariela Uberti– que “...la racionalización del Poder no es sólo una exigencia de la estructura política, sino y, ante todo, de la estructura ética de la sociedad”.<sup>63</sup>

---

<sup>62</sup> ORTEGA, Luis; prólogo a la obra *La globalización jurídica*, de Sabino Casesse, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2003, pág. 11, disponible en: [http://books.google.com.ar/books/about/La\\_Globalizaci%C3%B3n\\_jur%C3%ADdica.html?id=GPS7B0fhoREC&redir\\_esc=y](http://books.google.com.ar/books/about/La_Globalizaci%C3%B3n_jur%C3%ADdica.html?id=GPS7B0fhoREC&redir_esc=y).

<sup>63</sup> BENVENUTI, José – UBERTI, Mariela; *Hacia la dinámica de la gobernabilidad democrática*, pág. 180, disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1510/7.pdf>.



## **CAPÍTULO 2**

### **DERECHO Y TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN**

#### EL DERECHO INFORMÁTICO COMO MICROSISTEMA JURÍDICO

*“Tras ingresar a un mundo nuevo como el de la sociedad tecnológica contemporánea, el individuo debe adecuar los ideales de antaño a la nueva realidad, y el filósofo del derecho debe preguntarse si habla todavía de ese mismo derecho al que se había viniendo refiriendo hasta ahora”.<sup>64</sup>*

#### **I.- Introducción**

A partir de las consideraciones efectuadas en el capítulo precedente, es posible concluir que tanto las ciencias como las técnicas se han instalado definitivamente como fenómenos centrales en la vida de las sociedades modernas.

Sin desconocer la importancia que también han tenido otros cambios acaecidos en el ámbito político, económico y social, considero personalmente que los profundos, vertiginosos e impactantes desarrollos científicos-tecnológicos son -sin duda- una de las características más relevantes de las sociedades contemporáneas.

Y en función de ello, resulta evidente que el impacto social que ha producido dicho desarrollo científico-tecnológico impone la necesidad de profundizar el estudio de las relaciones existentes entre el Derecho y las Ciencias/Tecnologías que se encuentran omnipresentes en la vida cotidiana del individuo.

Dentro de esa amplia categoría que se ha dado en llamar *nuevas tecnologías*<sup>65</sup>, este trabajo únicamente se ocupa de analizar el fenomenal

---

<sup>64</sup> FROSINI, Vittorio; *Informática y Derecho*, Editorial Temis, Bogotá, 1988, pág. 13.

<sup>65</sup> Las primeras aplicaciones prácticas de la ciencia dieron lugar a diferentes tecnologías (vinculadas a la producción del papel, el vidrio, la madera, el hierro, los tejidos, etc.), las cuales tuvieron mucho que ver en todo el proceso de desarrollo que se desencadenó luego de la Revolución Industrial del siglo XIX. Siguiendo la clasificación que propone Viviana Sarra, entiendo que las tecnologías mencionadas pueden ser conceptualizadas como *tradicional*, toda vez que -como lo remarca esta autora- todas ellas tienen su origen antes de la Segunda Guerra Mundial y se relacionan, salvo excepciones, con la automatización mecánica. Al lado de aquéllas, estarían las denominadas *nuevas tecnologías*,

desarrollo que se ha verificado en el ámbito de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (en adelante TIC) -que tiene a Internet como su ejemplo más elocuente-; tecnologías que nos llevaron al estado actual de hiperinformación e hipercomunicación social en que vive la gran parte de la humanidad.

La *red de redes* se caracteriza por una notoria superabundancia de información de todo tipo; y al mismo tiempo permite a los individuos comunicarse entre sí intercambiando mensajes y contenidos de distintas formas (texto, gráficos, audio y video). Todo ello, sin importar las distancias que existen en el mundo real, puesto que los datos pueden atravesar el planeta en cuestión de fracciones de segundos.

Nos estamos dirigiendo hacia organizaciones sociales en que los individuos estarán en condiciones de estar permanentemente informados y comunicados entre sí. Si bien esto abre nuevas perspectivas y posibilidades; no puede soslayarse que también se corre el riesgo de que las sociedades futuras se asemejen a aquella que imaginara George Orwell en su célebre novela titulada *1984*, en donde un poderoso Estado utilizaba las herramientas tecnológicas para llevar a cabo un minucioso y permanente control de los movimientos, actitudes, ideas y pensamientos de sus ciudadanos, quienes pasaban sus días sometidos a una apabullante opresión estatal.

Éste es quizás uno de los asuntos más importantes que ocuparán el centro de la escena durante los próximos años: el poder del conocimiento científico tecnológico, el control de la información y las comunicaciones, y las libertades de los individuos. Son éstos los temas centrales sobre los que gira esta tesis.

## ***II.- El concepto de complejidad***

Aunque la utilización de este término no es pacíficamente aceptada

---

que son "...las que surgieron con posterioridad, cuya evolución y desarrollo han tenido una magnitud de aceleración y de trascendencia sin antecedentes previos en la historia" y dentro de las cuales es factible distinguir entre la Biotecnología, las técnicas vinculadas a nuevos materiales y la Tecnología de la Información (SARRA, Viviana; *Comercio electrónico y derecho*, Ed. Astrea, Bs. As., 2000, pág. 11).



por todos los autores, son mayoritarias las posturas doctrinarias que recurren a este concepto a la hora de intentar caracterizar las sociedades modernas.

Cabe recordar que el uso de este vocablo fue generalizándose a partir de los análisis sociológicos de Niklas Luhmann, quien aludía a la complejidad del mundo entendiéndola como el

[...] excedente ineliminable de las posibilidades respecto de cuanto cada uno de los sistemas es capaz de percibir y de actualizar, [que] exige que los sistemas tengan que operar como reductores selectivos. Ellos reducen la complejidad del ambiente seleccionando los perfiles que son relevantes para sus fines y transformando al mismo tiempo la complejidad externa en complejidad interna.<sup>66</sup>

En similar orientación, y en estrecha relación con las problemáticas que aborda este trabajo de tesis, Eitel Lauría también señala – bien que desde una perspectiva técnica, no sociológica- que la complejidad es el rasgo más característico de la sociedad instrumentada por la alta tecnología:

Los ejemplos abundan: un avión de reacción comercial de larga distancia tiene alrededor de 3.500.000 piezas elementales y las inminentes redes digitales de servicios integrados (RDSI) cubrirán densa y enmarañadamente el planeta interconectando cientos de millones de teléfonos, televisores y computadoras, haciendo de cada uno de ellos una ventana abierta al mundo. Además, para diseñar, construir y operar estos increíblemente complejos utilajes se emplea un universo abstracto, aunque decisivo, de conocimientos, informaciones, metodologías, normas y software. Ese universo es inteligencia casi pura y confiere a la complejidad su sello distintivo. Pero hay algo más: la complejidad se autoalimenta, crece constantemente y sus límites no se perciben.<sup>67</sup>

---

<sup>66</sup> Cfr. ZOLO, Danilo; *Complejidad, Poder, Democracia*, material del Seminario de Sociología Jurídica, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, U.N.L., 2002, pág. 168. Acota también este autor que “El mundo ofrece al hombre una cantidad prácticamente ilimitada de posibilidad de experiencia y de acción, a la cual corresponde una capacidad muy reducida de percibir, elaborar informaciones y actuar” (*ob. cit.*, pág. 224).

<sup>67</sup> LAURÍA, Eitel H.; *Ciencia y Tecnología de cara al siglo XXI*, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2000, pág. 208.

Resulta evidente que –salvo excepciones– los avances científicos y tecnológicos más relevantes se verifican en los países más desarrollados<sup>68</sup>, pero ello no significa que las realidades que presentan los países con menor grado de desarrollo económico y tecnológico no sean igualmente complejas.

Como bien lo apunta Carlos María Cárcova, la problemática de la complejidad social no alcanza únicamente a las sociedades del capitalismo maduro, sino que el fenómeno se observa también en sociedades que no han alcanzado tal estadio de madurez

[...] porque ellas exhiben una realidad singular, en la que conviven tradicionalismo y post modernidad; miseria y consumismo; relaciones productivas pre-capitalistas y desarrollos económicos–tecnológicos de punta; analfabetismo y sofisticación intelectual, en una caleidoscópica mixtura, que se constituye, a su vez, en dato peculiar de nuestra propia complejidad.<sup>69</sup>

Otro importante elemento a tener en cuenta es que, paradójicamente, esta mayor complejidad de la tecnología se oculta detrás de una aparente simplicidad.

La tecnología se le presenta al inexperto como extremadamente simple (piénsese en lo sencillo que resulta hoy día utilizar una computadora en comparación con los primeros ordenadores); pero para comprender su funcionamiento interno, sus potencialidades, sus defectos y los riesgos que representa su utilización se requieren importantes niveles de conocimiento científico–tecnológico, lo cual otorga a quienes lo poseen una importante cuota de poder, y paralelamente, coloca en un situación de especial vulnerabilidad a quienes carecen de tales aptitudes.

En suma, la sociedad actual es más compleja –entre otras cosas– porque los actores sociales (individuos, gobiernos, empresas, medios de comunicación, organizaciones no gubernamentales, etc.) interactúan bajo

---

<sup>68</sup> La diferencia entre los países que tienen acceso a las Tecnologías de la Información y aquellos que carecen de este recurso, es comúnmente conocida como “brecha digital”. Esta asimetría tecnológica trae aparejadas importantes consecuencias políticas, económicas y culturales, entre las cuales cabe citar, por ejemplo, que los países en vías de desarrollo reciben –en muchos casos– tecnología que ha quedado obsoleta en los países tecnológicamente avanzados.

<sup>69</sup> CÁRCOVA, Carlos María; *Complejidad y Derecho*; material del Seminario de Sociología Jurídica, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, U.N.L., 2002, pág. 1.

modalidades sustancialmente diferentes; y es por ello que debemos analizar detenidamente las relaciones existentes entre la complejidad de la Ciencia/Tecnología y la complejidad social, para posteriormente reflexionar sobre la complejidad del Derecho.

### **III.- Tecnologías de la Información**

Antes de profundizar sobre este tema, resulta conveniente remarcar que el concepto de *Tecnología de la Información* resulta mucho más amplio que el de *informática*. En efecto, mientras este último refiere exclusivamente al tratamiento de información en forma automática, la Tecnología de la Información abarca “...todo aquello que implique la creación, procesamiento y transmisión de señales digitales...” y comprende – entre otros– los siguientes campos disciplinarios: hardware, software, cibernética, sistemas de información, redes, chips inteligentes, criptografía, robótica, inteligencia artificial y realidad virtual.<sup>70</sup>

Sentado ello, cabe que nos preguntemos: ¿Estamos tan sólo frente a una nueva etapa en la *evolución* del manejo de la información y las comunicaciones entre los individuos, o bien los cambios operados en el ámbito de las Tecnologías de la Información pueden ser concebidos como una verdadera *revolución*?

Sin desconocer que existen autorizadas opiniones en sentido contrario, entiendo que los cambios sociales producidos por el impacto de las Tecnologías de la Información en las sociedades modernas representan mucho más que una simple evolución en la historia de la información y la comunicación humana.

En idéntico sentido se pronuncia Mauricio Devoto, quien sostiene que “...el impacto es de una naturaleza tal que autoriza a hablar más de una revolución que de una acelera evolución”, aunque también remarca que “...independientemente de disquisiciones conceptuales, lo importante es reflexionar sobre la naturaleza del cambio y su impacto en la sociedad, los

---

<sup>70</sup> SARRA, Viviana; *ob. cit.*, pág. 12.

individuos, la cultura y la economía”.<sup>71</sup>

Por otra parte, no puedo dejar de señalar que si bien la información es casi tan antigua como la existencia misma del hombre, en la actualidad ella se presenta *digitalizada*,<sup>72</sup> lo cual trae aparejadas importantes ventajas, especialmente en lo que respecta a su tratamiento por medio de procesos automatizados. Ello ha derivado a su vez en una mayor cantidad y variedad de información disponible, en la posibilidad de obtenerla, copiarla y almacenarla más fácilmente y, sobre todo, en la extraordinaria capacidad de transmitirla a miles de kilómetros en cuestión de segundos.

En suma: la información se presenta hoy con caracteres propios que la transforman en un elemento de significativa importancia, razón por la cual no resulta exagerado pensar que en virtud de las posibilidades que brindan las Tecnologías de la Información, ésta puede ser concebida como “...una nueva forma de riqueza, de energía, de poder, como en otras épocas ocurrió con el uso de la piedra, del bronce y del hierro”.<sup>73</sup>

Es que –como claramente lo expresa Lauría–

[...] en la segunda mitad del siglo XX, con el advenimiento de la electrónica y el consecuente desarrollo acelerado de las computadoras y las comunicaciones, la tecnología ingresa en la era de la información, con el protagonismo de los sutiles *bits de información*. Almacenados, procesados y transmitidos en cantidades ingentes han provocado una virtual desmaterialización de las tecnologías *clave* de la sociedad moderna. Invisibles e imponderables, constituyen el medio idóneo para procesar símbolos, realizar cálculos, comunicar, controlar procesos y

---

<sup>71</sup> DEVOTO, Mauricio; *Comercio Electrónico y Firma Digital. La regulación del ciberespacio y las estrategias globales*, Ed. La Ley, Bs. As., 2001, pág. 7.

<sup>72</sup> En opinión de Michael Dertouzos, los cinco pilares básicos de lo que denomina la era de la información serían los siguientes: a) para representar toda información se utilizan números; b) estos números se expresan con unos y ceros; c) los ordenadores transforman la información mediante operaciones aritméticas con esos números; d) los sistemas de comunicación mueven la información moviendo estos números; e) los ordenadores y los sistemas de comunicación se combinan para formar redes informáticas. Las redes informáticas son la base de las infraestructuras, que son a su vez la base del mercado de la información (DERTOUZOS, Michael L.; *Qué será. Cómo cambiará nuestras vidas el nuevo mundo de la informática*, Ed. Planeta Argentina, Bs. As., 1997, pág. 337).

<sup>73</sup> FROSINI, Vittorio; *ob. cit.*, pág. 36.

medir magnitudes físicas y con ello movilizar y regular el mundo de la materia y la energía.<sup>74</sup>

#### ***IV.- Tecnologías de la Información y complejidad jurídica***

A raíz de esta masiva irrupción de las TIC en la sociedad, es posible observar cómo un fenómeno ya de por sí complejo como el jurídico, comienza a ser impregnado por una mayor complejidad social, de modo que resulta casi ingenuo pensar que esta complejidad puede ser abordada exitosamente con sólo recurrir a los institutos jurídicos tradicionales.

En mi opinión, la revolución producida por las Tecnologías de la Información, ha puesto en evidencia la necesidad de estudiar nuevamente algunos conceptos jurídicos clásicos (propiedad, libertad, control, intimidad, seguridad, etc.), con el objeto de determinar si las viejas normas jurídicas son aptas para solucionar satisfactoriamente los nuevos problemas que se nos plantean.

La Doctrina, se pregunta si tal impacto traerá aparejado un cambio de paradigma en la ciencia jurídica o si, por el contrario, bastará con realizar algunas que otras adaptaciones en las normas vigentes.

Los nuevos desafíos tornan impostergable que el jurista incluya en su análisis todos y cada uno de los aspectos que integran el fenómeno jurídico, con el objeto de procurar la solución de los conflictos desde una mas amplia y sólida plataforma de conocimientos.

En relación a ello, Cárcova afirma que el concepto de complejidad “...aparece estrechamente vinculado al concepto de derecho...” y agrega –con cita de André J. Arnaud– que “...siendo la toma de decisión el centro de gravedad tanto del derecho como de la complejidad, una teoría de la decisión jurídica debe abordarse desde la teoría de la complejidad...”.<sup>75</sup>

Importantes referentes de la doctrina española que se han ocupado de analizar el impacto jurídico producido a raíz de la revolución tecnológica, han señalado que hoy ya no resulta posible concebir una Teoría del Derecho “...encerrada autopoiéticamente en sí misma...”, puesto que ella “...no sólo sería incapaz de explicar, de forma satisfactoria, la función de los sistemas

---

<sup>74</sup> LAURÍA, Eitel H.; *ob. cit.*, pág. 257.

<sup>75</sup> CÁRCOVA, Carlos María; *ob. cit.*, pág. 10.

normativos y de los juristas en la experiencia política, científica y cultural del presente; sería incluso inútil (o, en el peor de los casos, deformadora) de su significado”.<sup>76</sup>

Por ello –prosigue el profesor de Sevilla– resulta necesario “...tomar en serio la tarea de construir una Teoría del Derecho abierta, y responsablemente comprometida con la respuesta a las nuevas necesidades y exigencias de los hombres que viven en la era de la informática”. Y es en este punto en donde rescata la importancia de la Informática Jurídica y el Derecho informático, por cuanto ellos constituyen “...una de las aportaciones con que cuenta la Teoría del Derecho actual para responder a esos apremios”.<sup>77</sup>

#### ***V.- El Derecho informático como nueva disciplina jurídica***

A esta altura del trabajo, ya es posible advertir la trascendencia actual y el impacto que las Tecnologías de la Información han tenido -y tendrán- en el desarrollo de las sociedades modernas, especialmente en los ámbitos sociales, económicos, políticos, culturales y jurídicos.

Resulta obvio que un fenómeno con tan profundas y variadas implicancias no puede dejar de ser aprehendido por el Derecho, y es allí donde se presenta un interesante desafío para los juristas. Son ellos quienes tienen a cargo la búsqueda de respuestas jurídicas a las nuevas problemáticas surgidas a raíz del desarrollo y masificación de estas tecnologías, tarea en la cual deberán determinar de qué modo ellas impactan en las categorías conceptuales tradicionales del Derecho, como ser la propiedad, la privacidad, la responsabilidad, la autoría, la libertad, la autonomía de la voluntad, la igualdad entre partes, el orden público, etc.

Las TIC han dado lugar a nuevos productos e industrias, y resulta necesario abordar su estudio desde el campo jurídico: hardware, software, circuitos integrados, semiconductores, chips, bases de datos y productos multimedia, no encuentran todavía un lugar claro dentro del ordenamiento

---

<sup>76</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio; *Manual de informática y derecho*, Ariel Derecho, Barcelona, 1996, pág. 10.

<sup>77</sup> *Ibidem*.

jurídico, y la delimitación de su naturaleza jurídica y la regulación de los mismos, representa un importante desafío para las distintas ramas del derecho que se encuentran vinculadas.

Pero es necesario remarcar que tales problemáticas están comenzando lentamente a recibir la atención de destacados juristas y son el objeto de estudio de una nueva disciplina jurídica, comúnmente conocida bajo el rótulo de Derecho Informático o –más modernamente– Derecho de las Tecnologías de la Información.

Se señala como una característica del Derecho Informático su "interdisciplinariedad", puesto que los temas que constituyen su objeto de estudio están vinculados a diferentes ramas del derecho, como por ejemplo: el Derecho Civil (contratos informáticos, responsabilidad por daños derivados de la actividad informática); el Derecho Comercial (transferencia electrónica de fondos, propiedad intelectual del software y de obras publicadas en Internet, problemática relativa a los nombres de dominio); el Derecho Constitucional (habeas data, invasión a la intimidad); el Derecho Penal (delitos informáticos); y el Derecho Internacional Privado (jurisdicción y derecho aplicable en el ciberespacio).

Si bien existen autorizadas opiniones en contrario, es posible advertir una clara tendencia a reconocer la autonomía de esta nueva disciplina jurídica. Esa es, por ejemplo, la postura de Frosini, quien además de considerarla una disciplina autónoma, remarca que en el futuro ella "...será tan importante como las otras disciplinas jurídicas tradicionales, en consideración al aumento continuo, y hasta la multiplicación de los intereses económicos y jurídicos vinculados al desarrollo de la informática, y más en general, al aumento de la información en la sociedad tecnológica".<sup>78</sup>

A mi entender, esta cuestión de la autonomía del Derecho Informático, se halla directamente relacionada con otras problemáticas del derecho moderno que no corresponde pasar por alto, como son el surgimiento de los microsistemas y el fenómeno de la descodificación. Es por ello que a continuación, haré referencia a dichos aspectos para luego finalizar el capítulo con un apartado que incluye un aspecto medular de todo

---

<sup>78</sup> FROSINI, Vittorio, *ob. cit.*, pág. 36.

trabajo de tesis: la delimitación clara y precisa del objeto de estudio que se pretende abordar.

## **VI.- El surgimiento de los microsistemas**

Una de las características que muestra el Derecho Privado actual, es –como antes se dijo- el surgimiento de microsistemas<sup>79</sup>, por eso es válido que nos preguntemos si el conjunto de problemáticas surgidas a raíz de la masificación de las Tecnologías de la Información, puede ser considerada un verdadero microsistema jurídico.

Desde mi óptica, el panorama que se presenta en algunas de las temáticas que componen el Derecho Informático, se asemeja a lo que acontece en determinadas áreas del conocimiento jurídico que hoy día son consideradas verdaderos microsistemas. A título ejemplificativo, cabe señalar que el Derecho a la protección de datos personales, es estudiado por la mayoría de los autores como un estatuto especial, y no como una mera reformulación y/o adecuación de los tradicionales derechos a la intimidad y la privacidad contemplados en el Código Civil.

Pero además de ello, el Derecho Informático presenta diversas características singulares que lo posicionan claramente como un microsistema autónomo. Una de las mas importantes –y la que mayor interés reviste a los fines de esta tesis- está dada por la noción de *Código Informático*. Por tal motivo –y tomando como base los desarrollos de Lessig- uno de los pilares esenciales de este trabajo consistirá en estudiar de qué modo el diseño y la estructura técnica de un hardware, software o sistema informático actúa como regulador de conductas humanas, complementando –y a veces sustituyendo o intentando sustituir- a otros reguladores de conductas humanas como las normas jurídicas.

La cuestión central, pasa por determinar si las problemáticas que se dan en el ámbito del Derecho Informático, tienen una fuerza descodificadora propia y si aquél reúne las características necesarias para

---

<sup>79</sup> Como ejemplos, baste señalar al microsistema de la empresa y al microsistema de protección al consumidor. En ellos, es común encontrar fuentes de creación normativa propia, principios, doctrina y jurisprudencia particularizados, además de contar con sus propios doctrinarios y sus congresos específicos.



constituirse en un verdadero microsistema jurídico, como lo son hoy día el microsistema de protección al consumidor o el de la empresa.

En opinión de Antonio Pérez Luño, nos hallamos “...ante la aparición de una nueva disciplina jurídica y no de un mero rótulo para reagrupar una serie de problemas conexos con un campo de estudio peculiar”. Para apoyar tal afirmación, describe las razones que fundamentan la “sustantividad y autonomía científica” de la disciplina, a saber: la existencia de un objeto delimitado, la necesidad de abordar los problemas en base a una metodología específica y un sistema de fuentes legislativas, jurisprudenciales y doctrinales propias.<sup>80</sup>

En virtud de lo antes expuesto, considero que si bien el Derecho Informático es todavía una disciplina muy joven, todo parece indicar que algunas de las problemáticas que integran su objeto de estudio reúnen ciertas características particulares que lo perfilan como un potencial microsistema jurídico.

### **VII.- La crisis de ese conjunto ordenado de normas jurídicas llamado Código<sup>81</sup>**

Muchos autores dudan de la capacidad de los Códigos para ordenar en forma conveniente la compleja realidad actual; se afirma que existe un fenómeno de “descodificación”, originado –precisamente– por el nacimiento de microsistemas y subsistemas jurídicos.

Algunas corrientes, señalan que los Códigos se han transformado de macrosistemas en microsistemas; y que existe una fuerte tendencia a la multiplicación de las “leyes especiales”, sobre las cuales el Código no puede pretender ninguna prevalencia o superioridad.<sup>82</sup> La autosuficiencia del

---

<sup>80</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio, *ob. cit.*, págs. 18/19. Y afirma: “El Derecho de la Informática posee idénticos títulos científicos para constituirse en disciplina autónoma como antes los tuvieron otras materias jurídicas novedosas como, por ejemplo, el Derecho aeronáutico, el Derecho espacial, el Derecho comunitario” (*ob. cit.*, pág. 19).

<sup>81</sup> En el presente acápite, y a fin de evitar confusiones con el concepto de Código Informático que se viene mencionando, se empleará el término Código en la clásica acepción del mundo del Derecho, entendiéndolo como compendio ordenado y sistematizado de disposiciones jurídicas que regulan una determinada área de las actividades sociales.

<sup>82</sup> MOSSET ITURRASPE; Jorge; *Contratos y Obligaciones (Qué Derecho para qué casos)*, material bibliográfico del módulo “Derecho Privado” del Doctorado de Ciencias Jurídicas de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la U.N.L., 2004, pág. 16.

Código se traslada a la ley especial, y esta última se transforma “...en el Derecho general de una institución, y el Derecho general es una disciplina residual de casos no contemplados en las leyes especiales”.<sup>83</sup>

El Código ya no exporta instituciones, técnicas y principios generales a otras leyes especiales o fuera del derecho privado, sino que muchas veces se advierte el fenómeno contrario.

Es que –como lo remarca con claridad Natalino Irti-

[...] frecuentemente [...] la ley , nacida como excepcional y provisional, se prolonga en el tiempo y conquista una insospechada estabilidad. En torno a ella se disponen otras leyes, que completan la disciplina y que introducen, a su vez, derogaciones y excepciones: se traza así un microsistema, un pequeño mundo de normas, del que el intérprete puede ya recabar principios generales y en el que ya se descubre una lógica autónoma. . Se trata de un proceso –según los casos, lento o rápido, terso u oscuro-, destinado a desembocar en una ley consolidadora (piénsese en las leyes de arrendamientos urbanos o de contratos agrarios). Este es el signo de que el fenómeno ha traspasado el umbral de la conciencia histórico política, y de que la ruptura con el Código civil es ya irreversible.<sup>84</sup>

También se advierte, que se incorporan nuevas categorías jurídicas a través de leyes especiales. Así, la genética y la medicina impactan en la noción de persona, modificando ideas o planteando nuevos problemas (concepción intra y extrauterina, status jurídico del embrión y los genes, concepto de muerte, etc.).

Ante la situación descripta, surge la duda: ¿estamos en presencia del fin de la codificación? La doctrina especializada –dice Mosset Iturraspe- entiende que no es así, que la codificación y los códigos seguirán existiendo,

[...] pero que ha de cambiar el sentido y el alcance de los mismos. No se trabajará mas con el sentido de los siglos XVIII y XIX. Se ha de abandonar la concepción ‘definitiva y ambiciosa’, para seguir otra, en la

---

<sup>83</sup> LORENZETTI, Ricardo; *Las normas fundamentales de Derecho Privado*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 1995, pág. 27.

<sup>84</sup> IRTI, Natalino; *La edad de la descodificación*, trad. de Luis Rojo Jauría, José María Bosch Editor S.A., Barcelona, 1992, pág. 38.

que los códigos asuman un papel menor, pero que, para un sector, es más esencial [...].<sup>85</sup>

El Código Civil –señala Natalino Irti– ya no se encuentra en el centro del sistema, razón por la cual se impone la necesidad de “...asumir, como portadores de principios autónomos, a los diversos núcleos de leyes especiales”.<sup>86</sup> Y además añade:

La edad de la descodificación –es decir, los años que vivimos y los que nos esperan en el futuro próximo– está ante nuestro ojos con la nitidez de su fisonomía. El Código civil ha perdido el carácter de centro del sistema de fuentes: ya no más sede de las garantías del individuo, ahora asumidas y desarrolladas por la Constitución; ya no más sede de principios generales, ahora expresados, para singulares categorías de bienes o clases de sujetos, por las leyes externas.

Por su parte, Mosset Iturraspe señala que no es posible integrar en un Código del Derecho Privado los “sistemas estatutarios” que se han multiplicado en los últimos treinta años. Por el contrario, entiende que el Código “...debe aceptar el proceso de descodificación y asumir roles más modestos, al menos en punto a lo abarcativo o totalizador” y debe receptor “... los ‘principios generales del Derecho’, de acuerdo con la visión que irradia el actual estadio o evolución del Derecho”.<sup>87</sup>

El Código Civil ya no es capaz de presentarse como “norma superior”. En la actualidad –dice Lorenzetti, en sintonía con la doctrina mayoritaria– la idea de superioridad “...es la del sistema de normas fundamentales, que se encuentran en las ‘altas fuentes’: Constituciones, tratados, principios, valores”.<sup>88</sup> Volveré sobre este punto en el Capítulo 6, en

---

<sup>85</sup> MOSSET ITURRASPE; Jorge; *Contratos...*, cit., pág. 20.

<sup>86</sup> IRTI, Natalino; *ob. cit.*, pág. 37.

<sup>87</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge; *La Codificación en Latinoamérica. Homenaje a la reforma del Código Civil en sus treinta años y a su autor Guillermo Borda*, L.L. 1999-B, pág. 1228. Destaca también que “La acepción más remota de ‘codex’ es la de ‘tronco de árbol’ y por allí pasa hoy su destino. No buscar ser un árbol entero, con ramas y follaje. Ser meramente lo fundamental, la base, que ‘sostiene’ y da sentido al resto: el núcleo, el cuerpo esencial de reglas; los principios, desarrollados a través de normas genéricas y abstractas, que sirvan de marco a concretizaciones y particularizaciones”.

<sup>88</sup> LORENZETTI, Ricardo; *Las Normas...*, cit. pág. 44. Se trata –agrega– de un cambio en los axiomas, puesto que “Los elementos básicos, estructurantes del sistema, aquellos a partir de los cuales se inicia la lógica de la inferencia en el juicio decisorio, se encontraban en el Código. Ahora es perceptible que se encuentran en el Código, en la

el que se analizarán los aspectos estrictamente relacionados con el Derecho Constitucional y el Estado Constitucional de Derecho.

**VIII.- Delimitación de la situación problemática de esta tesis: el análisis del Código Informático como regulador de conductas humanas y los derechos de los ciudadanos en los entornos digitales.**

En primer lugar –y a los fines de dejar concretamente delimitado el objeto de esta tesis-, cabe señalar que la temática de este trabajo se enmarca dentro de ese nuevo microsistema jurídico que engloba las problemáticas surgidas a partir de la irrupción de las TIC en el seno de las sociedades modernas.<sup>89</sup>

Dentro de los variados temas que integran esa nueva disciplina de carácter interdisciplinario llamada Derecho Informático o –mas modernamente- Derecho y Tecnologías de la Información, el análisis toma como eje central el estudio de los principales aspectos jurídicos relacionados con la masificación de dispositivos electrónicos y sistemas informáticos en el ámbito social.

Y dentro de ese contexto, se procura analizar la situación del individuo que hoy en día –en la mayoría de las actividades de su vida cotidiana-, está en contacto con un sinnúmero de dispositivos electrónicos y debe necesaria e invariablemente *interactuar* con diferentes sistemas informáticos; e incluso, cuando establece relaciones con otros individuos, también lo hace *a través* de aquellos dispositivos electrónicos.

Puntualmente, interesa poner de relieve de qué modo la existencia de tales dispositivos y sistemas –y la interconexión de los mismos- genera un sinnúmero de “entornos virtuales” o “entornos digitales” en los cuales el ser humano desarrolla la mayoría de las actividades de su vida de relación.

Más específicamente –y dentro de este contexto del *individuo situado* frente a estos *nuevos entornos* (que presentan profundas diferencias

---

Constitución, en los tratados, en la costumbre, que son las fuentes donde encontramos las normas fundamentales”.

<sup>89</sup> Ante la irrupción y masificación de estas herramientas, resulta indispensable determinar el impacto social de las mismas y las consecuencias jurídicas que les traen aparejadas a los individuos.

con los *entornos del mundo real*) se hará especial referencia al diseño de los mismos, focalizando la atención en el *Código Informático* –entendido éste, siguiendo las enseñanzas de Lessig-, como la arquitectura del hardware y del software que determina cómo se configura ese entorno.

A partir de allí, también se estudia el poder y la efectividad que dicho *Código Informático* posee en su carácter de regulador de las conductas humanas que se llevan a cabo en ese entorno.

Desde mi punto de vista, son numerosos los ejemplos de la realidad social que demuestran de qué modo el *Código Informático* actúa como un efectivo regulador de conductas humanas en los entornos digitales, restringiendo, condicionando, modelando, direccionando, induciendo y determinando las actividades sociales, laborales, recreativas, culturales, etc. que los individuos desarrollan en su vida cotidiana, cuando están en contacto con tales entornos.

El análisis de esta relación Derecho-Código Informático implicará la necesidad de advertir la tensión existente entre los distintos principios y valores involucrados en la problemática, especialmente en cuanto refiere a la clásica dicotomía entre libertad y control; circunstancia que determinará que el abordaje de la problemática se efectúe desde una perspectiva constitucional.

Poder, control, libertad y vulnerabilidad son cuatro palabras que podrían sintetizar adecuadamente el núcleo central del desarrollo que antes se ha efectuado. Palabras que remiten indudablemente al Derecho Constitucional, mas aún en el estadio actual de la evolución de la Política y el Derecho; ámbitos en los cuales se han generalizado las posiciones doctrinarias que caracterizan a esta etapa histórica de las democracias como un Estado Constitucional de Derecho.

Teniendo en cuenta ello y si se tiene presente que los diseñadores de los *Códigos Informáticos* son quienes organizan el entorno social en que vivimos; y que son ellos los “arquitectos” que construyen los entornos virtuales de la Sociedad de la Información; no cabe sino concluir que el Derecho Constitucional tiene un trascendente rol que cumplir a la hora de

preservar la autonomía del hombre y las libertades individuales en las actuales sociedades de las ciencias y las técnicas.

Para finalizar, cabe aclarar que antes de arribar a los capítulos en el que se analizan los problemas centrales que antes he mencionado, resultará conveniente efectuar algunas consideraciones previas sobre determinadas cuestiones que presentan una estrecha vinculación con aquellos.

Es por ello que se estudiarán los aspectos jurídicos relativos a la regulación de Internet (Capítulo 3, Sección I) y posteriormente -ampliando un poco el espectro e ingresando en cuestiones de mayor complejidad- se abordará la problemática más general del Derecho y el mundo digital (Capítulo 3, Sección II); toda vez que los desarrollos que allí se efectuarán servirán como imprescindible plataforma a partir de la cual se realizará el posterior abordaje del tema central de la tesis.

## **CAPÍTULO 3**

### **ASPECTOS JURÍDICOS DEL MUNDO DIGITAL**

#### SECCIÓN I REGULACIÓN DE INTERNET

##### ***I.- Introducción***

El análisis de los aspectos jurídicos de este fenómeno mundial llamado Internet, es tan sólo uno de los diversos temas que constituyen el objeto de estudio de esta área jurídica de carácter interdisciplinario, comúnmente denominada Derecho Informático.

Si bien este último nació y comenzó a desarrollarse mucho antes que Internet se instalara en la vida cotidiana de la sociedad, es justo reconocer que fue a partir de la explosión social de Internet cuando muchas de sus problemáticas comenzaron a ser observadas con mayor detenimiento. En efecto, es posible afirmar que fue el desarrollo de Internet uno de los motivos principales que marcaron el inicio de la actual preocupación por abordar la relación entre el Derecho y las Tecnologías de la Información. Aún cuando las TIC ya habían reclamado anteriormente la atención de las disciplinas jurídicas, fue a partir del crecimiento y masificación de Internet cuando verdaderamente se advirtió la necesidad de estudiar los aspectos jurídicos de su impacto en la sociedad.

Hoy en día –y seguramente por un largo tiempo más- Internet ocupa el centro de la escena dentro del rol protagónico que poseen las Tecnologías de la Información y la Comunicación. No es el no es el único, pero sí el mas representativo ejemplo de la irrupción de las TIC en la sociedad; puesto que la mayoría de los dispositivos electrónicos están relacionados con alguna red de comunicaciones y, sin duda algunas, Internet es actualmente la más importante de todas ellas.

Pero es necesario advertir que la problemática social de las TIC excede largamente a lo que sucede en Internet; puesto que aún cuando esta *red de redes*, es hoy día la tecnología estrella; ella no es más que un ejemplo de la convergencia entre la tecnología informática y la tecnología de las

comunicaciones a la que se refiere Michael Dertouzos cuando describe los cinco pilares de la era digital.<sup>90</sup>

En tal sentido, cabe señalar que si bien Internet es el lugar por excelencia en donde se manifiestan la mayoría de las problemáticas del Derecho Informático; al ocuparnos de la relación TIC/sociedad encontramos también diversas cuestiones con relevancia jurídica que necesitan ser estudiadas, mas allá de su mayor o menor vinculación con el fenómeno de la *red de redes*.

Así, es posible advertir que la posibilidad de copiar materiales protegidos por derechos de autor, se originó a partir de aquellas Tecnologías Digitales que utilizaban diskettes y/o CD ROM, sin intervención alguna de Internet.

Del mismo modo, las particularidades que presentan los contratos informáticos y la necesidad de estudiar sus aristas jurídicas es una temática que se instaló mucho antes que aquella *red de redes* y poco tiene que ver con ella.

En lo que respecta a los contratos electrónicos –es decir aquellos que se perfeccionan a través de medios informáticos- es posible encontrar una mayor vinculación con Internet dado que mucho de ellos se celebran (y se cumplen también) a través de ella. Pero ello es así, debido a que aquella es hoy la red mas utilizada, pero también es cierto que los acuerdos de voluntad podrían utilizar cualquier otro tipo de red (pública o privada, abierta o cerrada) distinta a Internet (por ejemplo las redes de las empresas de telefonía celular).

En ese orden de ideas, cabe remarcar que las responsabilidades civiles y penales por propagación de virus y el daño a sistemas informáticos,

---

<sup>90</sup> En opinión de Michael Dertouzos, los cinco pilares básicos de lo que denomina la era de la información serían los siguientes: a) para representar toda información se utilizan números; b) estos números se expresan con unos y ceros; c) los ordenadores transforman la información mediante operaciones aritméticas con esos números; d) los sistemas de comunicación mueven la información moviendo estos números; e) los ordenadores y los sistemas de comunicación se combinan para formar redes informáticas. Las redes informáticas son la base de las infraestructuras, que son a su vez la base del mercado de la información (DERTOUZOS, Michael L.; *Qué será. Cómo cambiará nuestras vidas el nuevo mundo de la informática*, Ed. Planeta Argentina, Bs. As., 1997, pág. 337 ).



merecen ser estudiadas independientemente de que tales hechos puedan ocurrir en Internet o no.

Del mismo modo, las cuestiones relativas a la privacidad e intimidad, están directamente relacionadas con la utilización de dispositivos que procesan información de las personas, y captan imágenes y videofilmaciones de las mismas, y ello es independiente del hecho de que posteriormente ellas se difundan por Internet o por otra vía. De hecho, cabe señalar que el derecho a la protección de datos personales, nació mucho antes que Internet se hiciera mundialmente conocida.

Así las cosas, cabe destacar que el interés principal de este trabajo de tesis está directamente relacionado con un fenómeno central de las sociedades modernas: la omnipresencia de dispositivos electrónicos que procesan información en los distintos ámbitos sociales que, por otra parte, están normalmente en condiciones de interconectarse a través de distintas redes de comunicaciones.

Partiendo de la base de que tal circunstancia produce un importante impacto en todas las actividades humanas que se relacionan directa o indirectamente con información; el objeto de esta investigación consistirá en estudiar de qué modo el *Código Informático* que utilizan tales dispositivos y redes (hardware, software y sistemas informáticos) puede actuar como regulador de conductas humanas y cómo la vida cotidiana de los individuos comienza a desplazarse hacia un entorno virtual nuevo; e intentará abordar el impacto que ello produce en los derechos y las libertades de los individuos.

Formuladas las aclaraciones precedentes –y antes de proseguir–, resulta oportuno recordar que el estudio de los aspectos jurídicos derivados del impacto social que causaron las Tecnologías de la Información y la Comunicación se enfrentó –desde un comienzo– con unos cuantos inconvenientes.

El primero de ellos, estuvo dado por la gran cantidad de opiniones que se vertieron sobre cuestiones legales, muchas de ellas provenientes de pensadores que pertenecían a disciplinas ajenas al Derecho.

El segundo, estuvo dado por el escaso nivel de seriedad y/o profundidad de algunas opiniones jurídicas que, sin mayores fundamentos, se apresuraron a ensayar soluciones demasiado simplistas y superficiales.

Finalmente, la tercer gran dificultad consistió en que, como normalmente ocurre, cada autor que abordaba algunas de las nuevas problemáticas que planteaban las TIC lo hacía desde el acotado ámbito de su propia disciplina; sin demostrar mayor preocupación en ampliar su perspectiva a fin de reflexionar sobre otras cuestiones jurídicas ajenas a su especialidad.

Al mismo tiempo, y como un elemento adicional que contribuyó a incrementar la confusión en torno a la problemática, cabe señalar que dentro del variado catálogo de opiniones que se iban produciendo, se mezclaban los análisis de quienes se ocupaban de la relación entre el Derecho y las TIC en general, junto a los que ponían el énfasis en los aspectos jurídicos de Internet, y también aquellos que abordaban ambas cuestiones sin diferenciarlas. Todo ello, no hacía más que oscurecer el panorama.

Desde mi punto de vista, no hay dudas que fue Ricardo Lorenzetti en su obra *Comercio Electrónico* el primer autor de la doctrina nacional que se ocupó de las cuestiones relacionadas con el Derecho y el Mundo Digital con la amplitud y el nivel de profundidad necesarios para abordar la complejidad que presenta la mayoría de las problemáticas jurídicas derivadas de las TIC.

En función de lo antedicho, parece conveniente trazar un panorama lo mas claro y simplificado posible sobre las distintas visiones y corrientes de opinión que existen en torno a la regulación de Internet, para posteriormente ampliar el espectro analizando algunos otros desarrollos doctrinarios que profundizan el análisis y se ocupan de la relación del Derecho y las TIC en general y de los principios y valores que han de regir los conflictos en el mundo digital.

## **II.- Regulación del ciberespacio**

Así las cosas, intentaré seguidamente exponer algunas de las principales propuestas que se han formulado en torno a la regulación del ciberespacio y a los posibles métodos de solución de conflictos generados en el ámbito de Internet.

Luego de la aparición de los primeros trabajos doctrinarios – algunos con abordaje y argumentos jurídicos y otros no tanto- y tras analizar las posturas de los distintos autores quedó en evidencia la complejidad de la cuestión y las diferencias de criterios que había a la hora de enfrentar la problemática. Simplificando el análisis, y con el propósito de ensayar una clasificación provisoria, es posible afirmar que existen, al menos, tres tendencias predominantes sobre la regulación de Internet y el espacio virtual, a saber: los partidarios de la NO REGULACIÓN (entendían que dicho espacio *no debía* o *no podía* ser regulado); quienes sostenían que el sistema debía encaminarse hacia la AUTORREGULACIÓN por parte de los intervinientes; y finalmente quienes defendían la tesis de la REGULACIÓN, grupo este último dentro del cual existían posiciones sumamente diferenciadas.

### **II.A) NO REGULACIÓN**

En el primer grupo –que me parece oportuno denominarlo bajo el nombre de PARTIDARIOS DE LA NO REGULACIÓN- es posible incluir todas aquellas posiciones doctrinarias que sostienen que además de ser innecesario, el ciberespacio no debe ser regulado puesto que los Estados tradicionales carecen de soberanía para imponer sus leyes en este nuevo lugar; y también a aquellos autores que –desde una perspectiva eminentemente práctica y sin ingresar en el terrero de discusiones filosófico-política-, sostienen lisa y llanamente que, aun cuando se lo propusieran, los Estados serían incapaces de regular con éxito los conflictos suscitados en la Red.

## **1.- Ciberespacio: un mundo diferente e independiente**

Como ejemplo más contundente y paradigmático de las posiciones doctrinarias que consideran que el espacio virtual no debería de ser regulado; corresponde hacer referencia a la figura de John Barlow; quien puede ser considerado como uno de los líderes de la lucha por la independencia del ciberespacio.

Antes de proseguir, cabe remarcar que Barlow fue uno de los promotores de la *Electronic Frontier Foundation*<sup>91</sup> y autor de la ya célebre *Declaración de Independencia del Ciberespacio*,<sup>92</sup> cuyo texto ha sido tomado como bandera por quienes proponen la existencia de un ciberespacio totalmente libre, absolutamente independiente y exento de toda regulación estatal.

A continuación, transcribiré tan sólo aquellos párrafos de la citada *Declaración* que mejor reflejan las ideas centrales de esta corriente, respetando la traducción al castellano que se realiza en el mencionado sitio web:

Gobiernos del Mundo Industrial, vosotros, cansados gigantes de carne y acero, vengo del Ciberespacio, el nuevo hogar de la Mente. En nombre del futuro, os pido en el pasado que nos dejéis en paz. No sois bienvenidos entre nosotros. No ejercéis ninguna soberanía sobre el lugar donde nos reunimos. No hemos elegido ningún gobierno, ni pretendemos tenerlo, así que me dirijo a vosotros sin mas autoridad que aquella con la que la libertad siempre habla.

Declaro el espacio social global que estamos construyendo independiente por naturaleza de las tiranías que estáis buscando imponernos. No tenéis ningún derecho moral a gobernarnos ni poseéis métodos para hacernos cumplir vuestra ley que debemos temer verdaderamente.

Los gobiernos derivan sus justos poderes del consentimiento de los que son gobernados. No habeis pedido ni recibido el nuestro. No os hemos invitado.

---

<sup>91</sup> La *Electronic Frontier Foundation* es una organización que tiene por objeto la protección de los derechos fundamentales y las libertades civiles en relación a la tecnología (más detalles sobre los fines y el funcionamiento de esta asociación pueden verse en <http://www.eff.org/abouteff.html#intro>).

<sup>92</sup> <http://www.eff.org/barlow/Declaration-Final.html> (versión en inglés) y <http://www.agora.net.mx/documentos/declaracion-c.html> (versión en castellano).

No nos conocéis, ni conocéis nuestro mundo. El Ciberespacio no se halla dentro de vuestras fronteras. No penséis que podéis construirlo, como si fuera un proyecto público de construcción. No podéis. Es un acto natural que crece de nuestras acciones colectivas.

No os habéis unido a nuestra gran conversación colectiva, ni creasteis la riqueza de nuestros mercados. No conocéis nuestra cultura, nuestra ética, o los códigos no escritos que ya proporcionan a nuestra sociedad mas orden que el que podría obtenerse por cualquiera de vuestras imposiciones.

Proclamáis que hay problemas entre nosotros que necesitáis resolver. Usáis esto como una excusa para invadir nuestros límites. Muchos de estos problemas no existen. Donde haya verdaderos conflictos, donde haya errores, los identificaremos y resolveremos por nuestros propios medios. Estamos creando nuestro propio Contrato Social. Esta autoridad se creara según las condiciones de nuestro mundo, no del vuestro. Nuestro mundo es diferente. El Ciberespacio está formado por transacciones, relaciones, y pensamiento en sí mismo, que se extiende como una quieta ola en la telaraña de nuestras comunicaciones. Nuestro mundo está a la vez en todas partes y en ninguna parte, pero no está donde viven los cuerpos.

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. Nuestras identidades no tienen cuerpo, así que, a diferencia de vosotros, no podemos obtener orden por coacción física.

Vuestras cada vez mas obsoletas industrias de la información se perpetuarían a si mismas proponiendo leyes, en América y en cualquier parte, que reclamen su posesión de la palabra por todo el mundo. Estas leyes declararían que las ideas son otro producto industrial, menos noble que el hierro oxidado. En nuestro mundo, sea lo que sea lo que la mente

humana pueda crear puede ser reproducido y distribuido infinitamente sin ningún coste.

Crearemos una civilización de la Mente en el Ciberespacio. Que sea mas humana y hermosa que el mundo que vuestros gobiernos han creado antes.

En pocas palabras, las ideas principales que Barlow expone en la mencionada *Declaración* –que data del año 1996- pueden ser resumidas del siguiente modo:

- el ciberespacio es un mundo diferente al mundo real, es un espacio soberano en donde nada tienen que hacer los gobiernos “del mundo industrial”;

- sus habitantes no desean tener gobierno alguno, y poseen una cultura, una ética y unos códigos no escritos que brindan al ciberespacio más orden que el que existe en el mundo real;

- los conflictos que algunos pretenden ver en el ciberespacio no son más que una excusa para invadir el mismo. Por otra parte, muchos de los problemas que se invocan no existen y, en caso de existir, serán oportunamente identificados y solucionados por los propios integrantes de ese espacio soberano;

- este mundo estará abierto a todos sin privilegios o prejuicios raciales o económicos, y cualquiera podrá expresar en él sus ideas sin temor a ser silenciado;

- la mayor parte de los conceptos legales del mundo real no son aplicables al nuevo mundo porque están basados en la materia y ésta, simplemente, no existe en el ciberespacio.

En suma, la aspiración de Barlow –y de quienes comulgan con tales principios-, consiste en crear “una civilización que resulte más humana y justa que la civilización del mundo real”.

La posición anteriormente reseñada generó, como era de esperar, una gran cantidad de críticas desde distintos sectores políticos, jurídicos y culturales.

En lo que atañe a los cuestionamientos de índole jurídica, resulta sumamente gráfica la opinión de Newton De Lucca –un reconocido autor

brasileño de Derecho Informático-; quien califica a la postura de Barlow como “una especie de *anarquismo internáutico*”.<sup>93</sup> (las cursivas me pertenecen).

En ese orden de ideas –y siguiendo a Ramón Brenna- es posible afirmar que la idea de un espacio sin leyes puede resultar atractiva para nuestro “espíritu de libertad”, pero también hay que reconocer que “...un espacio sin ley no existe en este mundo real ni en el espacio virtual de la Red. Un espacio sin ley aparente esconde siempre el imperio de las regulaciones del más fuerte”.<sup>94</sup>

En esa misma línea de opinión, Ricardo Lorenzetti afirma que

El modelo de paraíso democrático basado en el libre acceso e intercambio de opiniones puede ser una situación meramente transitoria y fugaz. Rápidamente surgen portales y megasitios que canalizan la mayoría de los mensajes en un creciente proceso de concentración, ayudado por la concesión de derechos intelectuales sobre numerosos bienes inmateriales.<sup>95</sup>

Finalmente, y en franca oposición a la tesis expuesta por Barlow en cuanto a que la “independencia del ciberespacio” redundaría en un incremento de las libertades individuales, Valentín Carrascosa López, afirma que los grandes beneficiarios de la anarquía de Internet no son los cibernautas particulares, sino las grandes multinacionales y los aparatos de control social de los gobiernos.<sup>96</sup>

Otro autor que ha criticado la tesis de Barlow es Ernesto Grün, quien afirma que dicha posición “...es algo ingenua, pues cualquier grupo

---

<sup>93</sup> DE LUCCA, Newton; *La protección del consumidor en el ámbito de la Internet*, texto básico de la conferencia pronunciada en el marco del Programa de Especialización en Derecho de Daños de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, U.N.L., Año 2001, pág. 10. Utiliza tal expresión, por cuanto entiende que tales ideas presentan evidentes similitudes con el movimiento anarquista del mundo real, al cual define como un “...régimen tendiente a abolir toda y cualquier forma de poder público instituido” (*Ibidem.*).

<sup>94</sup> BRENNNA, Ramón Jerónimo; *Internet: Espacio Virtual sin Ubicación ni Ley*, conferencia dictada en el Primer Congreso Internacional por Internet sobre Aspectos Jurídicos del Comercio Electrónico, organizado por la Facultad de Derecho de la U.B.A., Buenos Aires, Argentina, 2000. Disponible en <http://www.ecomder.com.ar>.

<sup>95</sup> LORENZETTI, Ricardo; *Tratado de Contratos*, Tomo III, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2000.

<sup>96</sup> CARRASCOSA LÓPEZ, Valentín; *Tecnologías de la Información: reflexiones sobre su regulación jurídica*; Libro de ponencias del VI Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática, Uruguay, 1998, pág. 368.

humano integrado por un importante número de personas, necesita algo más que normas éticas para regular sus relaciones”.<sup>97</sup>

En sintonía con tales opiniones, Fernández Rodríguez señala que [...] no parece muy afortunada la recomendación de dejar el derecho al margen. En efecto, desde un punto de vista general puede afirmarse que el derecho, fenómeno que regula la sociedad, debe abordar aquello que merece ser regulado, dejando sólo de lado lo que por carecer de importancia no resulta necesario prever. Sin duda, Internet no pertenece a la categoría de cuestiones irrelevantes que no es preciso abordar, sino que la trascendencia que atesora exige que lo jurídico le preste especial atención”.<sup>98</sup>

Carlos Delpiazzo –un reconocido especialista de Derecho Informático del Uruguay- ha reiteradamente expuesto su postura en cuanto a que el ciberespacio –en tanto “ámbito de acción de Internet”- no debe conducir a la “negación del Derecho”. Luego de coincidir con la postura de Perez Luño que lo define como “un microcosmos digital en el que no existen fronteras, distancias ni autoridad centralizada”<sup>99</sup>; Delpiazzo afirma que el mismo no puede ser entendido como un espacio ausente de regulaciones; puesto que allí los sujetos desarrollan actividades muy diversas “...las cuales habrán de ser reguladas bien mediante leyes materiales sustantivas, o bien mediante normas conflictuales de Derecho internacional privado en base a las cuales se determine la norma aplicable y la jurisdicción competente”.<sup>100</sup>

En aquellas cuestiones no reguladas –prosigue Delpiazzo- será necesario “...acudir a los principios generales de Derecho como fuente primigenia del nuevo Derecho telemático”.

---

<sup>97</sup> GRÜN, Ernesto; Los nuevos sistemas jurídicos del mundo globalizado, Revista Telemática de Filosofía del Derecho, nº 4, 2000/2001, pp. 1-13; disponible en: <http://www.filosofiyderecho.com/rtd/numero4/1-4.pdf>

<sup>98</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio; *Lo público y lo privado en Internet. Intimidad y Libertad de expresión en la Red*, pág. 154; disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1167>.

<sup>99</sup> PEREZ LUÑO, Antonio Enrique; Internet y el Derecho, Rev. Iberoamericana de Informática y Derecho (Mérida, 1998), Nº 19-22, pág. 722, cit. En DELPIAZZO, Carlos E.; *Los Derechos Humanos ante las nuevas tecnologías. Impacto de Internet sobre la persona*, disponible en <http://www.alfa-redi.org/sites/default/files/articles/files/delpiazzo.pdf> .

<sup>100</sup> DELPIAZZO, Carlos E.; *Los Derechos Humanos...cit.*



Tomando como base el desarrollo precedente, y compartiendo los criterios expuestos por los autores citados, entiendo que el ciberespacio –al igual que el mundo real– necesita de un orden determinado que encauce las situaciones conflictivas que se presentan entre sus “habitantes”; toda vez que resultaría ingenuo, casi infantil, pensar que un grupo social determinado puede organizarse al margen de la existencia de determinadas relaciones de poder.

Eso es lo que indica la experiencia política si repasamos la historia de las sociedades, puesto que los espacios de poder existen en todo grupo humano –sea real o virtual– y aquellos siempre son ocupados por algún individuo o conjunto de individuos. De allí que sea necesario establecer ciertas reglas que permitan encauzar el poder y evitar que el mismo sea ejercido en forma abusiva y arbitraria.

## **2.- La incapacidad estatal para regular la Red**

Desde una óptica mas pragmática y sin efectuar mayores esfuerzos argumentativos de índole filosófico-político; también es posible encontrar posiciones que hacen referencia a la supuesta *inmunidad* de Internet, sosteniendo que la imposibilidad de regularla estaría dada fundamentalmente por las características propias que exhibe la red.

En tal sentido, James Boyle señala que los entusiastas de Internet creían que ella sería inmune a la regulación estatal y que la cuestión no radicaba en que los estados no quisieran regular la Red, sino que serían incapaces de hacerlo “...impedidos por la tecnología del medio, la distribución geográfica de sus usuarios y la naturaleza de su contenido. Esta inmunidad tripartita venía a ser una especie de Santa Trinidad de Internet, una fe que era condición de aceptación dentro de la comunidad”.<sup>101</sup>

En relación a ello, comparto plenamente la opinión de Fernández Rodríguez, quien señala que “Las dificultades técnicas para aproximarse a la

---

<sup>101</sup> BOYLE, James; *Foucault en el ciberespacio: Vigilancia, soberanía y censores estructurales* (trad. de Javier Villate) disponible en: <http://enredando.com/cas/cgi-bin/enredados/plantilla.pl?ident=124>. Versión en inglés en: <http://www.wcl.american.edu/pub/faculty/boyle/foucault.htm>

Red de redes no pueden ser una eximente para soslayar la necesidad de regularla”.<sup>102</sup>

## **II. B) AUTORREGULACIÓN**

Desde otros sectores doctrinarios –principalmente con base en los Estados Unidos- se ha propuesto que sea la propia Red<sup>103</sup> la que se *autorregule*. Esta posición considera que es ésa la mejor forma de superar las dificultades que poseen las legislaciones estatales para resolver los conflictos en base a las pautas y criterios jurídicos tradicionales.

Internet –sostienen los partidarios de la autorregulación- debe tener su propia normativa, dado que ello contribuiría a evitar los conflictos entre legislaciones y jurisdicciones estatales y, por otro lado, posibilitaría la elaboración de normas que se adapten a las especiales características del contexto tecnológico.

Resulta importante tener en cuenta, que estas ideas también tuvieron repercusión en el ámbito de la Unión Europea, en cuyo seno se instó a los Estados miembros a

fomentar y facilitar los sistemas de autorregulación, que incluyan instancias representativas de los suministradores y usuarios de los servicios de Internet, códigos de conducta eficaces y, eventualmente, mecanismos de información de emergencia accesibles al público.<sup>104</sup>

Posteriormente –el 8 de junio de 2000–, el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea adoptaron la Directiva 2000–31–CE, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico). Si bien dicha Directiva no establece normas adicionales de Derecho Internacional Privado ni afecta a la jurisdicción de los tribunales de justicia (artículo 1, apartado 4), lo cierto es que en ella se consideró que “Los Estados miembros y la Comisión

---

<sup>102</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *ob. cit.*, pág. 154.

<sup>103</sup> El vocablo Red, al igual que el ya mencionado ciberespacio, es utilizado como un sinónimo de Internet.

<sup>104</sup> Resolución aprobada por el Consejo de la Unión Europea y los Representantes de los Estados miembros el 17 de febrero de 1997.

fomentarán la elaboración de códigos de conducta; ello no irá en perjuicio del carácter voluntario de dichos códigos ni de la posibilidad de que las partes interesadas decidan libremente la adhesión a los mismos” (considerando nº 49), regulándose expresamente la cuestión en el artículo 16.<sup>105</sup>

Asimismo, la Ley Española de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (Ley Nº 34/2002 del 11 de julio de 2002) -norma que tuvo por objeto incorporar al ordenamiento jurídico español la Directiva 2000-31-CE- promueve la elaboración de códigos de conducta sobre las materias que regula, entendiendo que aquellos son “...un instrumento de autorregulación especialmente apto para adaptar los diversos preceptos de la Ley a las características específicas de cada sector”.<sup>106</sup>

---

<sup>105</sup> Artículo 16, Directiva 2000-31-CE: “Códigos de conducta: 1. Los Estados miembros y la Comisión fomentarán: a) La elaboración de códigos de conducta a nivel comunitario, a través de asociaciones u organizaciones comerciales, profesionales o de consumidores, con el fin de contribuir a que se apliquen correctamente los artículos 5 a 15; b) El envío voluntario a la Comisión de los proyectos de códigos de conducta a nivel nacional o comunitario; c) La posibilidad de acceder a los códigos de conducta por vía electrónica en las lenguas comunitarias; d) La comunicación a los Estados miembros y a la Comisión, por parte de las asociaciones u organizaciones profesionales y de consumidores, de la evaluación que éstas hagan de la aplicación de sus códigos de conducta y su repercusión en las prácticas, usos o costumbres relacionados con el comercio electrónico; e) La elaboración de códigos de conducta en materia de protección de los menores y de la dignidad humana. 2. Los Estados miembros y la Comisión fomentarán la participación de asociaciones u organizaciones que representen a los consumidores en la redacción y aplicación de los códigos de conducta que afecten a sus intereses, y que se elaborarán de conformidad con lo dispuesto en la letra a) del apartado 1. Cuando resulte adecuado, a fin de tener en cuenta sus necesidades específicas, deberá consultarse a las asociaciones que representen a los discapacitados y a los malvidentes”.

<sup>106</sup> Artículo 18, Ley Nº 34/2002: “Códigos de conducta: 1. Las Administraciones públicas impulsarán, a través de la coordinación y el asesoramiento, la elaboración y aplicación de códigos de conducta voluntarios, por parte de las corporaciones, asociaciones u organizaciones comerciales, profesionales y de consumidores, en las materias reguladas en esta Ley. La Administración General del Estado fomentará, en especial, la elaboración de códigos de conducta de ámbito comunitario o internacional. Los códigos de conducta podrán tratar, en particular, sobre los procedimientos para la detección y retirada de contenidos ilícitos y la protección de los destinatarios frente al envío por vía electrónica de comunicaciones comerciales no solicitadas, así como sobre los procedimientos extrajudiciales para la resolución de los conflictos que surjan por la prestación de los servicios de la sociedad de la información. 2. En la elaboración de dichos códigos, habrá de garantizarse la participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y la de las organizaciones representativas de personas con discapacidades físicas o psíquicas, cuando afecten a sus respectivos intereses. Cuando su contenido pueda afectarles, los códigos de conducta tendrán especialmente en cuenta la protección de los menores y de la dignidad humana, pudiendo elaborarse, en caso necesario, códigos específicos sobre estas materias. Los poderes públicos estimularán, en particular, el establecimiento de criterios comunes acordados por la industria para la clasificación y etiquetado de contenidos y la adhesión de los prestadores a los

Del artículo 18 de la ley española N° 34/2002 citado a pie de página, cabe especialmente remarcar que en el marco de la elaboración de dichos códigos de conducta, se debe garantizar la participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y la de las organizaciones representativas de personas con discapacidades físicas o psíquicas, cuando afecten a sus respectivos intereses; y se establece al mismo tiempo que los códigos de conducta tendrán especialmente en cuenta la protección de los menores y de la dignidad humana, pudiendo elaborarse, en caso necesario, códigos específicos sobre estas materias.

Antes de proseguir, corresponde puntualizar que los mecanismos de autorregulación pueden ser previstos en normas que los proveedores de acceso y los proveedores de servicios incorporan en los contratos celebrados con los usuarios; también es posible que sean propuestos por asociaciones de consumidores y usuarios; o incluso pueden ser adoptados por los propios internautas.

En relación a esta última posibilidad, resulta pertinente destacar que a partir de las nuevas modalidades de comunicación (correo electrónico, chat, listas de correos, foros de discusión, etc.) se fue haciendo necesario fijar algunas reglas para facilitar y ordenar las relaciones entre los usuarios de Internet. Estas normas de comportamiento (normalmente conocidas como *Nettiquette* o reglas de etiqueta) son elaboradas por los propios usuarios y también por distintos organismos y organizaciones, en base a determinados usos, costumbres y pautas de conductas que se van gestando a raíz de la utilización de los servicios de la red.<sup>107</sup>

Sostiene Fernández Rodríguez que el término “netiqueta” ha surgido de manera paralela a la autorregulación “...para referirse a las reglas de trato social asumidas por los usuarios, a modo de deontología interna, y

---

*mismos. 3. Los códigos de conducta a los que hacen referencia los apartados precedentes deberán ser accesibles por vía electrónica. Se fomentará su traducción a otras lenguas oficiales en la Comunidad Europea, con objeto de darles mayor difusión”.*

<sup>107</sup> En el uso del correo electrónico, se entiende que una palabra escrita en MAYÚSCULAS puede ser asimilada a un GRITO, razón por la cual se recomienda utilizar esa modalidad excepcionalmente y sólo cuando es necesario poner énfasis en algún punto. También se sugiere que el mensaje recibido en forma personal por alguna individuo no puede ser retransmitido a otros sin autorización del remitente. Además, se considera que al momento de responder un mensaje, resulta apropiado resumir o incluir parte del texto original como para dar sentido a la respuesta.

en torno a las cuales se ha generado consenso. (...)”. Contrariamente a la opinión de quienes señalan a la reglas de etiqueta como una forma de autorregulación, el autor antes citado entiende que “Realmente la ‘netiqueta’ es algo diferente a la autorregulación, pues aquella está conformada por reglas sociales o de educación y ésta por normas jurídicas, aunque no originadas en el aparato estatal”.<sup>108</sup>

Los sistemas de autorregulación –prosigue Fernández Rodríguez- [...] se basan, fundamentalmente, en la elaboración, por parte de asociaciones de empresarios, de códigos de conducta que tratan de recoger las reglas deontológicas pertinentes para limitar la propia actividad empresarial y proteger a los usuarios. El ámbito en el que se originaron fue el de la privacidad, en concreto la protección de datos en relación con la publicidad. La gran virtud de estos códigos es su flexibilidad y, por ende, su capacidad de adaptación. Tales sistemas pueden tener una aplicación supranacional con la cual dar respuestas globales a una problemática que ya sabemos que también es global. Un mecanismo que se suma a los códigos de conducta es la solución extrajudicial de controversias (alternative dispute systems). Tal mecanismo se configura como un segundo núcleo en la autodisciplina de la industria.<sup>109</sup>

### **1. ADR (Alternative Dispute Resolution Systems)**

Los Códigos de Conducta, además de estipular las normas que han de regular el desarrollo de las actividades alcanzadas por los mismos, muchas veces también establecen procedimientos alternativos de resolución de conflictos, como por ejemplo la posibilidad de recurrir al arbitraje

Siguiendo lo establecido en el artículo 17 de la Directiva 2000-31-CE; la norma del artículo 32 de la LSSI hace referencia a la solución extrajudicial de los conflictos que pudieran presentarse en el marco de la citada ley; al establecer –en el apartado 1- que “El prestador y el destinatario de servicios de la sociedad de la información podrán someter sus conflictos a los arbitrajes previstos en la legislación de arbitraje y de defensa de los

---

<sup>108</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio; *ob. cit.*, pág. 148.

<sup>109</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio; *ob. cit.*, págs. 150/151.

consumidores y usuarios, y a los procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos que se instauren por medio de códigos de conducta u otros mecanismos de autorregulación...”.

A partir del análisis de dicho precepto legal, la doctrina española ha señalado que existen tres vías para que el destinatario de un servicio pueda conseguir el cumplimiento de la LSSI por parte de un prestador de servicios:

a) En primer lugar, puede acudir a la autoridad administrativa, a fin de que incoe el oportuno procedimiento sancionador; b) En segundo lugar, puede acudir a la jurisdicción ordinaria, [...]; y, c) Finalmente, puede acudir a una solución extrajudicial, instando un procedimiento de arbitraje, o cercano al arbitraje.<sup>110</sup>

## **2.- Iconos de confianza**

Además de los códigos de conducta y los sistemas alternativos de disputas, otra de las posibilidades que se plantean en el ámbito de la autorregulación son los denominados “íconos de confianza”. En palabras de Ortega Jiménez, esta última alternativa puede ser entendida como

[...]un magnífico instrumento para que el consumidor pueda discriminar entre los adheridos a los sistemas de autodisciplina y el resto, y elegir con quien se relaciona, y con quien no. Para facilitar esa discriminación positiva, a favor de los comprometidos con las reglas de conducta y con los procedimientos y decisiones de los órganos de resolución extrajudicial de controversias, algunos sistemas de Autorregulación están creando mecanismos de identificación y acreditación de esa adhesión y vinculación, consistentes en etiquetas electrónicas incorporadas a las webs de los oferentes. Esas etiquetas, sellos, labels o íconos de confianza, incorporadas a las webs de todos aquellos oferentes adheridos a un sistema de Autorregulación, permitirán a los consumidores optar entre aquellos que realizan su propuesta comprometidos en facilitar un

---

<sup>110</sup> ORTEGA GIMENEZ, Alfonso; La regulación de Internet; Revista de Derecho Informático; N° 61, agosto de 2003; disponible en: <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=1305> .

entorno seguro, a través del autocontrol, y los que carecen de ese compromiso.<sup>111</sup>

El catedrático español Pedro De Miguel Asensio no es partidario del sistema de autorregulación, por cuanto considera que la mayor parte de los aspectos de las relaciones jurídico–privadas que pueden surgir en el marco de Internet quedan por completo al margen. Además –prosigue este autor– “...el pretendido carácter básicamente consensual de estas normas encuentra el obstáculo de la dificultad de alcanzar un consenso generalizado en un marco tan heterogéneo”.<sup>112</sup>

Horacio Fernández Delpech también ha criticado las posturas que proclaman la autorregulación en Internet, en tanto entiende que tal sistema implica “la negación del Derecho”. Afirma además que Internet no es un espacio de total y absoluta libertad, sino

[...] un espacio social y como tal debe necesariamente ser regulado por el Derecho de los diferentes Estados sin perjuicio de las normas de autorregulación que los diversos partícipes de la red se puedan dictar, y sin perjuicio también de tratar de avanzar en pos de una legislación convencional única y mundial<sup>113</sup>.

Personalmente, y sin dejar de reconocer la importancia –y utilidad– que puede llegar a tener la autorregulación a través de la incorporación de reglas básicas de conducta consensuadas entre individuos, asociaciones y comerciantes que interactúan en Internet; considero que la problemática es sumamente compleja y que lejos de poder establecer reglas demasiado generales, resulta necesario estudiar las particularidades que presenta cada ámbito particular que se desea regular.

Aún dentro de una misma materia, es factible encontrar distintos supuestos de hecho que tornan aconsejable realizar importantes distinciones a la hora de adherir a algunas de las posturas. A modo de ejemplo, cabe

---

<sup>111</sup> ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso; *ob. cit.*

<sup>112</sup> DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto; *Derecho Privado de Internet*, Civitas Ediciones, Madrid, 2001, págs. 78/77. En base a tales argumentos, considera que la pretensión de elaborar un régimen normativo autónomo y específico para Internet, marginando las normativas estatales y la cooperación interestatal, plantea importantes objeciones (Ibíd.: 77)

<sup>113</sup> FERNÁNDEZ DELPECH, Horacio; *Internet: su problemática jurídica*, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As. 2001, pág. 14.

decir que en el ámbito del comercio electrónico puede resultar conveniente la autorregulación por convenio de partes en los casos vinculados al comercio entre empresas (comúnmente denominado *Business to Business* y representado con la sigla *B2B*); pero no en los supuestos que se planteen en torno a relaciones comerciales entabladas entre comerciantes y consumidores (*Business to Consumer, B2C*).

Comparto también la opinión de Fernández Rodríguez en cuanto a que

Los códigos de conducta o de práctica nacidos de la autorregulación pueden implicar también una homogeneidad similar a la impuesta por las normas emanadas del Estado, y de la que, en parte, se quiere huir. En este sentido, en la materia de nombres de dominio genéricos, el código de práctica lo dicta para todos la empresa Verisign habida cuenta el monopolio que de momento tiene [...].<sup>114</sup>

También resulta pertinente hacer aunque sea una mínima mención en relación al modo en que los diferentes Estados han abordado el tema de la autorregulación. Al respecto, Ortega Jiménez señala:

En cuanto a la intervención de los Estados para regular la Autorregulación, teniendo en cuenta el perfil más regulador de la UE y, la apuesta decidida de los EE.UU. por la Autorregulación parece que en ambos continentes se habla de correulación, esto es, de cooperación entre la “regulación pública” y la “autorregulación privada”. Aunque parece claro que, en general, los Estados y, en particular, las empresas, actualmente, reconocen, en mayor o menor medida, la utilidad de la Autorregulación, pues sin confianza no hay negocio en la Red. Es evidente que, hoy por hoy, los empresarios son conscientes de que todavía no hay suficiente confianza en estas nuevas formas de comercio y, la consecución de un entorno de confianza para los consumidores es imprescindible para el desarrollo del comercio electrónico.<sup>115</sup>

Asimismo, resulta oportuno consignar que –según surge de recientes informaciones periodísticas- el gobierno de los EE.UU, liderado por su actual presidente Barack Obama, creó un grupo de trabajo a fin de

---

<sup>114</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio; *ibídem*.

<sup>115</sup> ORTEGA JIMÉNEZ, Alfonso; *ob. cit.*



colaborar con el Departamento de Comercio en una serie de iniciativas “...que marcarían un punto de inflexión en la política con respecto a Internet”. En dicha nota, se afirma que “El proyecto del Departamento de Comercio no recomienda una legislación específica, pero sí indica que la autorregulación no es lo suficientemente robusta, para valerse por sí misma, es por eso que el gobierno norteamericano tratará de orientar el debate legislativo a través de una nueva oficina de privacidad”.<sup>116</sup>

### **II.C.) REGULACIÓN**

En este apartado el eje del análisis girará en torno a aquellas posiciones teóricas que, ya sea desde concepciones mas bien tradicionales o adoptando posturas un tanto mas innovadoras, no dudan en afirmar que el ciberespacio debe necesariamente ser regulado.

A partir de los conceptos que he desarrollado a lo largo del presente capítulo, es posible concluir que el ciberespacio no puede ser concebido como un lugar exento de regulaciones. También es factible afirmar que no resulta conveniente que las cuestiones que allí se plantean queden totalmente libradas a la autorregulación de sus integrantes.

Entiendo que un fenómeno tan trascendente no puede quedar al margen de la regulación de los Estados, y es por ello que debemos agudizar nuestros sentidos en pos de descubrir cuáles son los principales interrogantes que Internet le plantea al Derecho y de qué manera es posible resolverlos.

Desde mi punto de vista, la problemática de la regulación de Internet que se viene desarrollando pone en juego tres aspectos fundamentales: *a)* qué legislación debe regir los conflictos que se plantean en la red, *b)* quién debe tener jurisdicción para aplicar dichas reglas y *c)* cómo debería ser el contenido de ese Derecho.

Si bien tales cuestiones son –en cierta medida– independientes, no puedo dejar de señalar –sin perjuicio de que volveré sobre este punto más adelante– que las distintas posturas que se adoptan al respecto, están

---

<sup>116</sup> <http://www.infobae.com/mundo/546758-100918-0-Obama-crea-una-oficina-protger-la-privacidad-internet>

directamente vinculadas a una determinada concepción previa sobre cuál es la naturaleza jurídica de la *red de redes*, tema que mas adelante se analizará en profundidad.

Sentado lo precedente, y con el objeto de simplificar un poco el abordaje de tales temáticas, abordaré en primer término las cuestiones relativas a qué derecho se aplica y quien debe hacerlo –puntos a) y b) antes mencionados- y luego de brindar un panorama general al respecto, intentaré reseñar algunas de las principales posturas doctrinarias que se han interesado en el estudio de cómo debería ser el contenido de ese derecho (punto c).

### ***II.C.1.- Derecho aplicable y Tribunal Competente***

Ramón Brenna se ha ocupado de la temática relativa a la elección de la ley aplicable y la determinación de la jurisdicción competente, y ha señalado –siguiendo a Matthew Burnstein– tres caminos provisorios al respecto: a) unificación de la elección de las reglas legales; b) unificación de una ley sustantiva de Internet; y c) reconocer a Internet como jurisdicción propia y asignar las disputas a un tribunal Internacional de Arbitraje de Internet o una Corte especial con competencia exclusiva para estas disputas.<sup>117</sup>

#### ***1.a) Unificación de la elección de las reglas legales***

Al desarrollar la primera de las opciones, Brenna parte de considerar que si el derecho internacional<sup>118</sup> puede ser entendido como “un gran sistema de reglas de elección de la ley a aplicar a la resolución de un caso”, resulta lógico plantear la unificación de las reglas de elección a fin de determinar el derecho aplicable “...sin que ello pase por la unificación del derecho sustantivo mismo”. De tal modo, habría que construir “...un cuerpo

---

<sup>117</sup> BRENNNA, Ramón Jerónimo; *op. cit.* Para el desarrollo del tema, este autor sigue los lineamientos planteados por Matthew Burnstein en el Coloquio Internacional en honor de Michel Pelichet, organizado por el Instituto Molengraff de Derecho Privado de la Universidad de Utrecht y la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado.

<sup>118</sup> El derecho internacional privado tiene mucho que ver en esta materia puesto que –por la propia naturaleza de Internet– los conflictos que se presentan tienen como regla general elementos pertenecientes a diversos sistemas jurídicos nacionales.

supranacional articulado de reglas de elección aplicables a la determinación de cual derecho nacional será el que regulará la disputa o conflicto en Internet”.<sup>119</sup>

Tales reglas de elección de la ley aplicable –prosigue Brenna de conformidad al criterio de Burnstein– no deberían ser demasiado flexibles ni basarse en conceptos tales como ‘relaciones significantes’, ‘contactos relevantes’, ‘centro de gravedad’ u otros por el estilo, a las que son afectos los redactores de convenciones y acuerdos internacionales. Estas soluciones –remarca– no son las más efectivas y pueden conducir a “encerronas jurídicas”, de modo que el camino más correcto pasaría por lograr “Una articulación de reglas simples y claramente redactadas, fáciles de utilizar para la determinación de la ley que habremos de usar para resolver las ciberdisputas, aplicables por convención o por consejo no obligatorio de un cuerpo consejero supranacional...”.<sup>120</sup>

Dicho ello, corresponde remarcar que el punto neurálgico de la cuestión, pasaría por determinar si el Derecho Internacional Privado actual puede adecuarse a las características específicas que muestra Internet, o si –por el contrario– es necesario construir un nuevo sistema de Derecho Internacional Privado propio de Internet.

Mario Oyarzábal analiza tal problemática e indica –exclusivamente en relación a los actos realizados o contratos concluidos y/o ejecutados por Internet– que no es conveniente adoptar un sistema nuevo, toda vez que el derecho aplicable “...debe diferir lo menos posible del derecho aplicable a los producidos fuera de la Red en el espacio real”. Antes que la creación de nuevas reglas para el mundo virtual –afirma este autor– cabe interpretar y aplicar las reglas clásicas del derecho internacional privado tradicional previstas para el mundo real a las futuras ciberdisputas, teniendo en cuenta su naturaleza particular.<sup>121</sup>

En el artículo que comentamos, Oyarzábal intenta demostrar que las reglas del Derecho Internacional Privado clásico proporcionan soluciones

---

<sup>119</sup> BRENNNA, Ramón Jerónimo; *op. cit.*

<sup>120</sup> BRENNNA, Ramón Jerónimo; *op. cit.*

<sup>121</sup> OYARZÁBAL, Mario; *La ley aplicable a los contratos en el ciberespacio transnacional*, El Derecho, diario del 05.02.2003, pág. 1.

eficaces a los problemas planteados por la utilización de las nuevas tecnologías como medio para negociar, concluir o cumplir contratos internacionales. Es que él piensa –como algunos otros autores– que los conflictos jurídicos que se plantean en Internet no son nuevos, sino que son los problemas de siempre “...aunque presentados con un ropaje tecnológico novedoso”, y por tal motivo sostiene –con un tinte bastante irónico– que “...la Internet no es sino otro modo de celebrar contratos *inter absentes*, cuestión conocida y tratada por la doctrina desde la época de SAVIGNY”.<sup>122</sup>

A pesar de ello, reconoce que se pueden plantear casos “...en que los criterios tradicionales de derecho internacional privado sean inadecuados a las realidades actuales por su incapacidad de precisar una vinculación entre el caso y un determinado país”.<sup>123</sup>

### **1.b).- Unificación de una ley sustantiva de Internet**

La segunda de las propuestas es –sin lugar a dudas– mucho más ambiciosa que la primera, toda vez que propicia la elaboración de un “derecho unificado sustantivo para Internet”.<sup>124</sup> Ello podría hacerse –tal como lo remarca Burnstein– a través de dos modalidades: “...o las Cortes y Tribunales desarrollan con sus pronunciamientos un derecho común de Internet o se realizan acuerdos o tratados internacionales a tal fin”.

**1.b.1)** En relación a la primera de esas modalidades, Burnstein propone tomar como modelo la *lex mercatoria*, y sugiere que así como los comerciantes desarrollaron y practicaron un conjunto de usos y costumbres que luego fueron aceptando como ley entre ellos, podría también pensarse que los usuarios de Internet desarrollaran usos y costumbres del mundo on

---

<sup>122</sup> OYARZÁBAL, Mario; *ob. cit.*, pág. 5.

<sup>123</sup> *Ibidem*. Indica al respecto que algunos criterios tradicionales como el “lugar de celebración”, el “lugar de ejecución” o el “domicilio del deudor” pueden ser imposibles de localizar en los contratos concluidos on line. En definitiva, reconoce que los futuros desarrollos de Internet enfrentarán al jurista con nuevos desafíos que pondrán a prueba la solidez y flexibilidad del sistema, no obstante lo cual –afirma sin dudar– “...no hay razones para pensar que nuestra disciplina (el Derecho Internacional Privado) no está en condiciones de responder rápida y eficazmente a esos desafíos” (pág. 6).

<sup>124</sup> Señala Oyarzábal que esta normativa material especialmente diseñada para Internet ha recibido distintas denominaciones (*lex electrónica*, *lex informática*, *lex networkia*, *lex cyberspace*, *cyber-lex*), siendo tal vez la más popular la de *cyber-law*, y sus traducciones a distintos idiomas: *cyber droit*, *ciberdiritto*, *cyberrecht*, *ciberdireito* y *ciberderecho* (OYARZÁBAL, Mario; *ob. cit.*, pág. 5).

line de la Red a partir del conocimiento que su práctica generalizada fuere acumulando, y que esta práctica generase –por su general acatamiento– un “derecho común del ciberespacio”.

De manera que, cuando un tribunal tuviera que resolver una disputa de Internet “...buscaría en este derecho consuetudinario del ciberespacio, la colección de costumbres, usos y prácticas ya aceptadas, desarrolladas por las mismas Cortes, con la guía de los usuarios, gobiernos, industria y demás sujetos reconocidos de la Red”.<sup>125</sup>

En opinión de Brenna, el elemento atrayente de esta posibilidad radica en que un derecho así conformado

[...] se presenta como suficientemente flexible para acompañar el rápido devenir del cambio tecnológico, y por ende legal, que es propio del medio. Sin lugar a dudas el proceso legal convencional es mucho más lento y necesita edificarse a partir de consensos que solo se alcanzan después de transitar largos procesos de negociación política entre los Estados.<sup>126</sup>

Ahora bien: ¿cuáles serían esos usos, costumbres y prácticas que conformarían ese derecho consuetudinario del ciberespacio?

Para Oyarzábal, es posible identificar un cuerpo de reglas que puede ser considerado como una incipiente *lex electrónica*.

El mismo, estaría integrado por: a) una serie de principios generales aplicables en el mundo virtual –que pueden o no ser universales– como la libertad de expresión y de comunicación en la Red y la no discriminación del medio digital; b) las reglas desarrolladas en convenciones internacionales y en otros documentos elaborados por expertos de organizaciones internacionales, como las leyes modelo de la CNUDMI<sup>127</sup> sobre Comercio Electrónico y Firmas Electrónicas y la Directiva Europea sobre Comercio Electrónico (Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de la sociedad de la información); c) reglas derivadas de modernas legislaciones nacionales donde el comercio electrónico ha alcanzado gran

---

<sup>125</sup> BRENNNA, Ramón Jerónimo; *op. cit.*

<sup>126</sup> BRENNNA, Ramón Jerónimo; *op. cit.*

<sup>127</sup> Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

desarrollo y que se adecuan bien a las transacciones internacionales, como el *Uniform Commercial Code* de los Estados Unidos.<sup>128</sup>

A pesar de ello, advierte que esas reglas están aún en proceso de formación y sus contenidos no son siempre precisos y constantes, remarcando además que “...la *lex electrónica*, como la *lex mercatoria*, es aplicable en principio sólo si las partes convinieron expresa o implícitamente aplicarla”, de modo que “...los jueces nacionales o los árbitros no pueden referirse a ella equiparándola a un derecho estatal sin fundamento en la autonomía de la voluntad, por la sola razón de que el contrato fue concluido por Internet y es de ejecución enteramente virtual”.

Además, entiende que las partes deben indicar en forma precisa qué reglas de la *lex electrónica* desean incorporar al contrato, “...ya que la referencia a la *lex electrónica* sin más no autoriza a los jueces a aplicar principios generales de gran vaguedad, prescindiendo de sus normas de conflicto que le indican un derecho estatal del cual desprender una regulación concreta”. Por otra parte –recalca este autor–, hay que tener en cuenta que la *lex electrónica* “...no es supranacional, y como cualquier otro sistema jurídico que es extranjero al foro puede ser derogado por las normas de policía del juez y posiblemente de algún otro derecho vinculado al caso, y por el orden público”.<sup>129</sup>

**1.b.2)** El otro modo de lograr la propiciada unificación, consiste en generar un derecho sustantivo del ciberespacio conformado por “...un conjunto codificado y coherente de normas construido por un grupo o institución internacional con conocimientos y autoridad reconocidas”.<sup>130</sup>

Para lograr una regulación internacional de Internet –propicia Horacio Frausto Linares– “...se deberá recurrir a la figura de los tratados internacionales y sujetarse a las disposiciones del derecho internacional público y privado”.<sup>131</sup>

---

<sup>128</sup> OYARZÁBAL, Mario; *ob. cit.*, pág. 5.

<sup>129</sup> *Ibidem*. En tal sentido, sostiene que las consideraciones que hace la Doctrina en relación a la interrelación entre la *lex mercatoria* y los derechos estatales en los contratos internacionales son aplicables *mutatis mutandi* a las reglas de la nueva *lex mercatoria* que puede haberse desarrollado en la contratación internacional de Internet.

<sup>130</sup> BRENNNA, Ramón Jerónimo; *op. cit.*

<sup>131</sup> FRAUSTO LINARES, Horacio; *Regulación del Internet*; Libro de ponencias del VI Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática, Uruguay, 1998, pág. 504. Este autor

También Fernández Delpech ha puesto de relieve la necesidad “...de una legislación básica internacional...”. No obstante, remarca a renglón seguido que –como estamos muy lejos de ella– “...se hace necesario entonces que cada Estado dicte regulaciones aplicables en sus territorios, pese a que esas legislaciones puedan ser superadas por nuevas tecnologías”.<sup>132</sup>

Si bien es cierto que –como dice Brenna– hay algunos ejemplos de esta opción de desplazar la aplicación de los derechos locales por un derecho sustantivo de Internet originado en Convenios y Acuerdos (vgr. la ley modelo de Comercio Electrónico de CNUDMI); también es verdad que no todas las Naciones están dispuestas a permitir que las disputas que involucran a sus ciudadanos “...sean decididas conforme a un Cuerpo de Leyes en un todo diferente de su derecho nacional”. En efecto, señala este autor que –hasta el momento– “...no ha sido fácil encontrar puntos de consenso entre los países más desarrollados y nuestros países acerca de reglas comunes para resolver problemas como la protección de la propiedad intelectual, o la protección del software, o tipologías de delitos tecnológicos, por mencionar sólo algunos de aquellos sobre los que poco se ha avanzado”.<sup>133</sup>

Algunos de los factores más importantes que dificultan el logro de cierto consenso al respecto, están directamente vinculados a cuestiones culturales, políticas y económicas.

En tal sentido, se ha dicho que “La gran diversidad de culturas subyaciendo bajo los múltiples ordenamientos jurídicos coexistentes hacen impensable una armonización de gran alcance” y que las discrepancias existentes entre la Unión Europea y los Estados Unidos en relación a la Directiva para la protección de las personas físicas respecto del tratamiento

---

sugiere dos posibilidades para regular esta materia: a) otorgar facultades y atribuciones a una entidad como la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual; b) crear una nueva organización Internacional a la que se le confieran las atribuciones y facultades necesarias para mediar en los conflictos además de promover la adhesión de todos los países en donde se cuente con el servicio del Internet.

<sup>132</sup> FERNÁNDEZ DELPECH, Horacio; *ob. cit.*, pág. 15

<sup>133</sup> BRENNNA, Ramón Jerónimo; *ob. cit.*

de datos personales son “...suficiente ilustrativas como para determinar impracticable un acuerdo universal de tales características”.<sup>134</sup>

Además, se afirma que el análisis no puede resultar ingenuo: “Existen intereses económicos y políticos significativos en juego, tras cualquier intento de generación de este derecho de Internet. La Internet puede ignorar las fronteras pero los Estados, sus Tribunales y sus legislaturas no lo hacen”.<sup>135</sup>

En el ámbito internacional, es posible constatar diversas iniciativas tendientes a unificar el derecho aplicable en distintos campos vinculados a las Tecnologías de la Información e Internet.

Al respecto, corresponde mencionar la labor de la Comisión de las Naciones Unidas para la Unificación del Derecho Mercantil Internacional – CNUDMI– que adoptó dos leyes modelos sobre dichas temáticas: la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico con la Guía para su Incorporación al Derecho Interno (1996) y la Ley Modelo sobre Firmas Electrónicas (2001).

Por otra parte, en el ámbito de la Unión Europea podemos encontrar –además de la ya citada Directiva 2000/31/CE sobre Comercio Electrónico– otros instrumentos similares: Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a su libre circulación; Directiva 2000/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de septiembre de 2000, sobre el acceso a la actividad de las entidades de dinero electrónico y su ejercicio así como la supervisión cautelar de dichas entidades; Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre del 1999, que estableció un marco comunitario para la firma electrónica.

Claro está que la necesidad de unificar el derecho sustantivo, no se plantea únicamente en las mentadas áreas del derecho privado, sino también en el ámbito de otras disciplinas pertenecientes al derecho público.

---

<sup>134</sup> MALDONADO, Sergio; *Ciberespacio como jurisdicción*, disponible en: <http://www.geocities.com/SiliconValley/Network/5054/marcos/juris/docs/ciberjuris.htm>.

<sup>135</sup> BRENNNA, Ramón Jerónimo; *op. cit.*



A modo de ejemplo, cabe tener presente la labor desplegada dentro de la Unión Europea, a saber: Posición común 1999/364/JAI, del 27 de mayo de 1999, adoptada por el Consejo relativa a las negociaciones en torno al proyecto de Convenio sobre la delincuencia en el ciberespacio celebradas en el seno del Consejo de Europa<sup>136</sup>; Comunicación de la Comisión Europea en materia de seguridad y lucha contra los delitos informáticos, del 26 de enero de 2001, para la creación de una sociedad de la información más segura mediante la mejora de la seguridad de las infraestructuras de información y la lucha contra los delitos informáticos (COM(2000) 890); Propuesta de Decisión marco del Consejo relativa a los ataques de los que son objeto los sistemas de información [COM(2002) 173 final – Diario Oficial C 203 E de 27.08.2002].<sup>137</sup>

Asimismo, resulta necesario recordar que fue el Consejo de Europa quien más ha avanzado en esta materia, desde que comenzó a preparar un Convenio internacional sobre la ciberdelincuencia a partir de febrero de 1997, el cual fuera luego adoptado formalmente y abierto a la firma en noviembre de 2001.

En ese orden de ideas, resulta oportuno remarcar aquí la importancia que reviste hoy en día la problemática vinculada a la seguridad de los sistemas de información y comunicación.<sup>138</sup>

---

<sup>136</sup> Su principal objetivo estuvo orientando a desarrollar "una política común tendente a la protección de la sociedad frente a los delitos cibernéticos, mediante la adopción de la legislación apropiada y el fomento de la cooperación internacional".

<sup>137</sup> En el artículo 1, se establece que la Decisión tiene por objeto "...reforzar la cooperación entre las autoridades judiciales y las otras autoridades competentes, incluida la policía y los otros servicios especializados encargados de la aplicación de la ley en los Estados miembros, mediante la aproximación de su legislación penal en materia de ataques contra los sistemas de información". En los *considerandos* se hace expresa referencia a la necesidad de "...completar los trabajos realizados por las organizaciones internacionales, más concretamente los del Consejo de Europa sobre la armonización del derecho penal y los trabajos del G8 sobre la cooperación transnacional en el ámbito de la delincuencia de alta tecnología, proponiendo un enfoque común de la Unión Europea en este ámbito" (consid. n° 6). Asimismo, se afirma que "Debe armonizarse la legislación penal en materia de ataques contra los sistemas de información con el fin de conseguir la mejor cooperación policial y judicial posible por lo que se refiere a las infracciones vinculadas a ataques contra los sistemas de información y contribuir a la lucha contra el terrorismo y el crimen organizado" (consid. n° 7).

<sup>138</sup> Recientemente, el Consejo de la Unión Europea –mediante Resolución del 18 de febrero de 2003 (2003/C 48/01)– analizó dicha problemática e invitó a los Estados Miembros a adoptar medidas adecuadas para prevenir y responder a incidentes relativos a la seguridad, fomentando la cooperación y asociación entre universidades y empresas para proporcionar servicios y tecnologías seguros y el desarrollo de normas reconocidas.

En cuanto a ello, ha señalado Arnoldo Kleidermacher que resulta impostergable asumir el desafío que plantea el tema de la seguridad informática en el ciberespacio internacional y que “...corresponde sin duda a la comunidad internacional abordar sin más la legislación supranacional para Internet”.<sup>139</sup> A la hora de enfrentar este desafío –prosigue–, la comunidad internacional deberá seguir las Directivas que resultan de las recomendaciones surgidas de congresos en la materia y tener presente también algunas decisiones adoptadas en el ámbito de la Unión Europea.<sup>140</sup>

### **1.c).- Jurisdicción propia para las ciberdisputas y tribunales internacionales especiales**

A la par de aquellos que postulan la unificación de un nuevo derecho común del ciberespacio, hay otros autores que “...van aún más lejos y proponen dotar a este derecho (u ordenamiento) de la ‘comunidad de los internautas’ de instancias propias competentes para la aplicación del derecho, ajenas a la justicia estatal y al arbitraje tradicional del comercio internacional”.<sup>141</sup>

La posibilidad de establecer una jurisdicción propia del ciberespacio –resulta obvio decirlo– está íntimamente relacionada con cuestiones vinculadas a la soberanía estatal, debiéndose incluir también

---

<sup>139</sup> KLEIDERMACHER, Arnoldo; *Derecho e Internet*, en: Derechos Patrimoniales, Estudios en homenaje al Prof. emérito Dr. Efraín Richard (Filippi, Laura –Juárez, María Laura), Tomo 1, Ed. Ad-Hoc, Bs. As., 2001, pág. 139.

<sup>140</sup> Al respecto, menciona el VIII Congreso sobre Prevención del Delito y Justicia Penal que tuvo lugar en La Habana, Cuba (1990), en donde se estableció la seguridad informática como un bien social, la XIV Conferencia de Autoridades Iberoamericanas de Informática, celebrada en La Habana (1995), en donde se exhortó a los gobiernos a tomar medidas legales para que la creación y distribución de virus informáticos fueran considerados delitos y penados por ley. Menciona asimismo la Directiva 1999/364/PESC del Consejo de Europa relativa a las negociaciones del proyecto de Convenio sobre delincuencia en el ciberespacio y la Decisión 276/1999/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se aprueba un plan plurianual de acción comunitaria para propiciar una mayor seguridad en la utilización de Internet mediante la lucha contra los contenidos ilícitos y nocivos en las redes mundiales (*ibidem*).

<sup>141</sup> OYARZÁBAL, Mario; *ob. cit.*, pág. 5. Sería –según este autor– una especie de “justicia virtual”, la que tendría a su cargo “...la determinación de las normas aplicables y la solución de las controversias entre los actores de la Internet. E incluso una cierta capacidad de hacer respetar coactivamente el *derecho*, es decir, de adoptar medidas con la finalidad de exigir el cumplimiento de la obligación no observada por los internautas y de expulsar de la Red a los infractores”.

dentro del análisis algunas consideraciones propias de la Filosofía del Derecho.

En efecto –tal como lo plantea Sergio Maldonado–, corresponde por un lado remarcar que, desde una concepción del Derecho de corte kelseniano, sólo “...mediante la constitución de una institución de carácter universal con poder de coacción sobre cualesquiera entidades o personas físicas realizando transacciones en Internet podría llegar a crearse una sola Jurisdicción de alcance digital mundial”.<sup>142</sup>

Desde otra perspectiva, remarca también este autor que los principios generales del Derecho Natural

[...] no nos permiten (...) llegar a establecer las bases para la formación de una Jurisdicción única en ciberespacio. La estrecha unión existente entre éstos y la cultura, tradición social y religión de un determinado pueblo nos impide considerarlos como base para la determinación de derechos y deberes en ámbitos pluriculturales. Las tradiciones jurídicas de cada pueblo están sustentadas sobre muy diferentes principios y costumbres y, en consecuencia, han dado lugar a muy diferentes realidades legislativas y judiciales.<sup>143</sup>

Además de las circunstancias apuntadas, corresponder tener presente que la creación de un Tribunal Internacional especial puede llevar – como bien dice Brenna– “...mucho tiempo y muchas negociaciones...”, lo cual puede ser fácilmente corroborado al repasar la reciente experiencia de la Corte Penal Internacional.

La otra posibilidad de contar con una jurisdicción propia del ciberespacio, consiste en recurrir a ciertos métodos alternativos de resolución de disputas. En tal sentido, es posible advertir –en distintos sectores– una tendencia hacia la implementación de mecanismos mas ágiles para resolver conflictos, siendo la mediación y el arbitraje dos de los principales métodos que se han propuesto.

Para un análisis de las distintas propuestas y ofertas de métodos alternativos de resolución de conflictos *on line* que se ofrecen en Internet

---

<sup>142</sup> MALDONADO, Sergio; *ob. cit.*

<sup>143</sup> MALDONADO, Sergio; *ob. cit.*

puede consultarse el trabajo de Nélida Basabe.<sup>144</sup> Allí, la autora explica la organización, funcionamiento y modalidades de los distintos servicios que ofrecen las siguientes empresas y entidades: Cybersettle (<http://www.cybersettle.com>); Online Resolution (<http://www.onlineresolution.com>); Squaretrade (<http://www.squaretrade.com>); iLevel (<http://www.ilevel.com>); iCourthouse (<http://www.icourthouse.com>) y One Accord (<http://www.oneaccordinc>).

Cada uno de estos servicios utiliza distintas modalidades.<sup>145</sup> Así, es dable observar que junto a los conocidos métodos de mediación o arbitraje, se propician también alternativas un tanto más novedosas como la oferta a ciegas<sup>146</sup> y el foro electrónico.<sup>147</sup>

### **1.c.1) Arbitraje**

Uno de los métodos alternativos que se proponen es el arbitraje, que no es más que un acuerdo entre las partes en conflicto, las cuales –en ejercicio de su autonomía de la voluntad– deciden someter la solución de la disputa que los involucra al criterio de un tercero, comprometiéndose a respetar y acatar su decisión, la cual reviste carácter vinculante. En caso de

---

<sup>144</sup> BASABE, Nélida E.; *Resolución de conflictos en Internet*; Suplemento de Resolución de Conflictos, Ed. La Ley, Bs. As., 2001, pág. 11/20.

<sup>145</sup> Dice al respecto Basabe: “Algunos sitios son gratuitos y otros altamente comerciales. Algunos ofrecen resolución de disputas automática completamente y algunos emplean tecnología como una herramienta para ayudar a usar las técnicas de ADR (*Alternative Dispute Resolution*) tradicionales. Hay quienes se especializan en conflictos determinados y otros quieren intervenir en casi cualquier tipo de disputa” (*ob. cit.*, pág. 13).

<sup>146</sup> Uno de los que utiliza este método es Cybersettle. La modalidad se desarrolla básicamente del siguiente modo: el actor realiza tres propuestas de acuerdo confidenciales; luego el proveedor del servicio se contacta con el demandado –y si este acepta intervenir en el proceso– realiza sus propias tres propuestas, también confidenciales. Si las propuestas están a una distancia determinada, el caso se acuerda por el término medio de las dos sumas resultantes de la propuesta. Si ello falla, personal de la empresa contacta a las partes para realizar un último intento (ver más detalles en el citado trabajo de Nélida Basabe, pág. 14).

<sup>147</sup> Esta modalidad es utilizada por iLevel y –según la explicación de Basabe– funciona del siguiente modo: “Los miembros de iLevel pueden ingresar quejas contra los vendedores así como la solución que ellos proponen en la red. Esta información es enviada al vendedor por iLevel, y se la mantiene confidencial hasta que las partes hayan tenido oportunidad de reconciliarse. Si es que no se llega a acuerdo, y con la autorización del miembro que hizo el reclamo, toda la información que se juntó se exhibe en la red. El público puede verla y entonces revisar el conflicto y expresar sus puntos de vista y comentarios a favor del miembro o vendedor”.

incumplimiento, el laudo arbitral firme puede ser objeto de ejecución forzosa, al igual que una sentencia judicial.

Dos de sus principales ventajas son la rapidez y la especialización por materia, dado que se eligen árbitros que conocen acabadamente la problemática de la cuestión objeto de la controversia.

Es un procedimiento cuyo uso se ha generalizado en el ámbito del comercio internacional; no obstante lo cual debe señalarse que una de las trabas con que puede encontrarse el arbitraje es el reconocimiento y ejecución de sus resoluciones.

Para Noelia García Noguera, el arbitraje es el proceso ideal para ser utilizado en el ámbito de la contratación electrónica debido a “...las ventajas que ofrece, por el antiformalismo y por la posibilidad de adaptarse fácilmente a los avances tecnológicos”.<sup>148</sup> Además de ello, tal sistema brinda cierta seguridad a las partes contratantes dado que conocen de antemano qué organismo será el encargado de dirimir eventuales conflictos.<sup>149</sup>

Resulta importante destacar que –en la ya citada Directiva 2000–31–CE– el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea establecieron que, en la medida en que resulte necesario para alcanzar el objetivo que tal Directiva se propone<sup>150</sup> “...se aproximarán entre sí determinadas disposiciones nacionales aplicables a los servicios de la sociedad de la información relativas (...) (a) los acuerdos extrajudiciales para la solución de litigios...” (artículo 2).

Asimismo, el artículo 17 la Directiva establece que “Los Estados miembros velarán por que, en caso de desacuerdo entre un prestador de servicios de la sociedad de la información y el destinatario del servicio, su legislación no obstaculice la utilización de los mecanismos de solución

---

<sup>148</sup> GARCÍA NOGUERA, Noelia; *Diferencias entre jurisdicción ordinaria y arbitraje, y su posible aplicación al ámbito del Comercio Electrónico*, disponible en: <http://www.delitosinformaticos.com/ecommerce/diferencias.shtml>.

<sup>149</sup> Destaca Basabe que “Ofrecer desde el inicio de la relación contractual un sistema de resolución de desavenencias ágil y expeditivo es importante para las compañías que ofrecen servicios en Internet porque esto será un incentivo para los consumidores a la hora de elegir” (*op. cit.*, pág. 12).

<sup>150</sup> Según lo establece el artículo 1, el objetivo de la Directiva es “...contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior garantizando la libre circulación de los servicios de la sociedad de la información entre los Estados miembros”.

extrajudicial, existentes con arreglo a la legislación nacional para la solución de litigios, incluso utilizando vías electrónicas adecuadas” (apartado 1).<sup>151</sup>

Por último, resta consignar que –en lo que específicamente refiere al Arbitraje comercial– deberá estarse a las normas de la Convención sobre el Reconocimiento de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 10 de junio de 1958) y de la Convención europea sobre arbitraje comercial internacional (Ginebra, 21 de abril de 1961). Al respecto, se ha puntualizado que tales instrumentos podrían llegar a plantear algunos problemas en el ámbito del comercio electrónico, particularmente en lo respecta a las siguientes categorías: a) disposiciones relativas a la forma escrita del acuerdo de arbitraje; b) disposiciones relativas a la presentación de documentos “originales”; y c) disposiciones relativas a notificaciones o declaraciones que puedan intercambiar las partes.<sup>152</sup>

### ***1.c.2) Algunas propuestas de solución extrajudicial de conflictos***

Sólo con la intención de dejar planteado el tema, resulta pertinente señalar al respecto que también ha habido algunas iniciativas que fomentan la solución extrajudicial de conflictos producidos en el ámbito de Internet. Entre las principales, caben mencionar: el Proyecto Magistrado Virtual, el Centro de Arbitraje y Mediación de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, el Cibertribunal Peruano y la Asociación Española de Arbitraje

---

<sup>151</sup> Por su parte, la ley española de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (Ley N° 34/2002 del 11 de julio de 2002) también se ocupa de la solución extrajudicial de conflictos. Concretamente, en el artículo 32 establece que “1. El prestador y el destinatario de servicios de la sociedad de la información podrán someter sus conflictos a los arbitrajes previstos en la legislación de arbitraje y de defensa de los consumidores y usuarios, y a los procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos que se instauran por medio de códigos de conducta u otros instrumentos de autorregulación.2. En los procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos a que hace referencia el apartado anterior, podrá hacerse uso de medios electrónicos, en los términos que establezca su normativa específica.

<sup>152</sup> Cfr. *Estudio preliminar de posibles obstáculos al comercio internacional en los instrumentos internacionales de comercio internacional depositados en poder del Secretario General* (Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico de la comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional), 39° período de sesiones, Nueva York, 11 a 15 de marzo de 2002, pág. 32/33.

**II.C. 2.- ¿Cómo debería ser el contenido del derecho de fondo?  
La naturaleza jurídica de la red.**

En este apartado, quizás el más importante del presente capítulo se hará hincapié en aquellas teorías que ponen especial énfasis en intentar determinar cómo es (o como debería ser) el Derecho que ha de regular los conflictos en Internet y –en general– todos los nuevos problemas que se plantean a raíz del vertiginoso desarrollo de las Tecnologías de la Información.

La cuestión sustancial que las teorías intentan responder pasa por establecer *si es necesario un nuevo Derecho* para resolver los problemas jurídicos de Internet y los conflictos que plantean las TIC y, en su caso, como debería ser el contenido de ese Derecho.

Las distintas posturas que se adoptan en torno a las cuestiones relativas a la regulación de Internet (vgr. jurisdicción y derecho aplicable) están –tal como quedó apuntado supra– directamente vinculadas a una determinada concepción acerca de la naturaleza jurídica de la red. No obstante ello, entiendo que donde mayor relevancia adquiere la definición de la naturaleza jurídica, es en la problemática relativa a cómo debería ser el contenido de las normas que han de regular los conflictos en el ciberespacio.

Algunos autores, se limitan a decir simplemente que Internet es un “medio de comunicación”; en tanto otros señalan que la *red de redes* es “un medio de transporte de la información”. Por su parte, Fernández Delpech coincide con la postura de Humberto Carrasco Blanc y la define como un “medio de acceso a la información que permite a diversos actores interactuar con diversos fines”.<sup>154</sup>

Aún cuando ninguna de tales conceptualizaciones resulta, a mi juicio, equivocada (obsérvese que Internet puede ser utilizada como medio

---

<sup>153</sup> Para no abundar aquí en detalles, cabe remitir al lector al trabajo de mi autoría, titulado *La función del Derecho en las sociedades complejas y los desafíos de las nuevas tecnologías*, monografía final del Curso Anual de Capacitación en la magistratura judicial, Corte Suprema de Justicia de Santa Fe, 2002, en el que he abordado dicha temática.

<sup>154</sup> FERNÁNDEZ DELPECH, Horacio; *ob. cit.*, pág. 13.

para “comunicarse”, para “transportar información” y también para “acceder” a la misma), entiendo que el nivel de complejidad que han adquirido los conflictos que a diario tienen lugar en la *red de redes* y también en el ámbito de las TIC en general, torna necesario ingresar un poco más profundamente en determinados aspectos de estas tecnologías antes de adoptar una postura en torno a cómo debería ser el Derecho que debería regular las conductas humanas en dicho “espacio”.

Y si nos referimos a la necesidad de estudiar en profundidad la naturaleza de Internet y su compleja problemática, resulta imprescindible hacer referencia en primera lugar a los desarrollos doctrinarios del constitucionalista norteamericano Lawrence Lessig, toda vez que fue él uno de los primeros autores a nivel mundial que hizo hincapié en la necesidad de analizar los cambios y las transformaciones que fue sufriendo Internet a lo largo de la historia, la importancia que tiene la configuración de la arquitectura de la red y la función que el Derecho debería intentar cumplir al realizar un abordaje de tales cuestiones.

### **2.a) La regulación a través del código (Lawrence Lessig)**

En primer término, cabe destacar que la tesis que esboza Lessig en torno a las leyes del ciberespacio –además de haber sido compartida por muchos autores–, resulta sumamente útil a los fines de comprender la complejidad e importancia de la problemática en estudio.

Es más, adhiero a la opinión de Meléndez Juarbe en cuanto a que la idea de “código como derecho” popularizada por Lessig puede ser entendida como “...una de las contribuciones más importantes al derecho informático”.<sup>155</sup>

Antes de comenzar a desarrollar su postura acerca de la regulación del ciberespacio, Lessig realiza –a modo de introducción– un breve análisis sobre las distintas modalidades que funcionan como reguladoras de conductas en el mundo real.

---

<sup>155</sup> MELÉNDEZ JUARBE, Hiram A., *La constitución en Ceros y Unos: un acercamiento digital al derecho a la intimidad y a la seguridad pública*; Nota 66, pág. 18, disponible en <http://elplandehiram.org/documentos/CerosyUnosRevJur.pdf>.



En relación a ello, este autor especializado en Derecho Constitucional, señala que la ley es sólo una de las modalidades que permiten regular conductas humanas, dado que junto a ella existen otras “restricciones” reguladoras de conductas como son las normas sociales, el mercado y la arquitectura.<sup>156</sup> Agrega además allí que, para entender una regulación, hay que tener en cuenta la suma y combinación de estos cuatro tipos de restricciones, puesto que ninguno de ellos por sí solo puede representar el efecto de los cuatro juntos.

En franca crítica a la postura de quienes conciben al ciberespacio con un lugar esencialmente libre que escapa a las posibilidades de control de los poderes del espacio real, Lessig sostiene que el mundo en el que estamos entrando no es un mundo en el que la libertad esté asegurada, sino que, por el contrario, el *espacio virtual*<sup>157</sup> tiene el potencial de ser el espacio más plena y extensamente regulado que hayamos conocido jamás en cualquier lugar y en cualquier momento de nuestra historia: “No existe ninguna razón para pensar que un terreno abonado para la libertad vaya a surgir por sí solo en el ciberespacio [...] Abandonado a su propio destino, el ciberespacio se convertiría en una herramienta perfecta para el control”.<sup>158</sup>

Según Lessig, el código, el mercado, las normas y la ley –todos ellos, combinados entre sí– son quienes regulan la conducta en el ciberespacio, de la misma forma que la arquitectura, el mercado, las normas y la ley regulan la conducta en el espacio real; y es por eso que resulta preciso determinar cómo operan conjuntamente estas cuatro restricciones.

La más importante de las restricciones de las conductas en el ciberespacio –prosigue este autor– es la equivalente a la arquitectura en el espacio real; a la que llama código.<sup>159</sup> El código es “El hardware y el

---

<sup>156</sup> LESSIG, Lawrence; *El Código y otras leyes del ciberespacio*, trad. de Ernesto Alberola (Título original: *Code and other laws of cyberspace*, 1999), Grupo Santillana de Ediciones, 2001, pág. 167. En el apéndice de dicha obra, define a la arquitectura como “el modo en que está hecho el mundo o sus aspectos específicos” (vid. pág. 427).

<sup>157</sup> Es éste otro de los vocablos que habitualmente se utilizan como sinónimo de Internet

<sup>158</sup> LESSIG, Lawrence; ob. cit., pág. 24.

<sup>159</sup> Dicho código, al igual que la arquitectura en el espacio real, establece los términos en los que se entra o se existe en el ciberespacio, dado que “...la vida en el ciberespacio está sometida al código, al igual que la vida en el espacio real está sometida a las arquitecturas del espacio real”.

software que hacen del ciberespacio lo que es, constituyen a su vez un conjunto de restricciones acerca de cómo uno puede comportarse en él”<sup>160</sup> Es el conjunto de protocolos y reglas implementadas, o codificadas, en el software del ciberespacio mismo, las cuales determinan cómo interactúan, o existen, las personas en este espacio.

A la luz de tales argumentos, Lessig entiende que el ciberespacio no tiene una naturaleza propia, puesto que es “...el producto de un conjunto de decisiones, un espacio configurado y no descubierto; por lo mismo carente de naturaleza”; y afirma al respecto que tenemos ante nosotros dos posibilidades: por un lado podemos construir, desarrollar la arquitectura del ciberespacio o codificarlo para que en su seno se protejan los principios y valores que consideramos fundamentales; y por otro podemos construir, desarrollar su arquitectura o codificarlo de modo que dichos principios y valores desaparezcan.<sup>161</sup>

Como bien lo resume Javier Villate:

Implicito en la concepción de Lessig sobre la regulación está la tesis de que internet no tiene una esencia o naturaleza inmutable. La red puede cambiar tanto como cambia el código que la constituye. De hecho, la red está cambiando. A nadie se le escapa que la internet de hoy tiene importantes diferencias con la de los pioneros”<sup>162</sup>

Para Lessig, la elección entre las distintas arquitecturas posibles es una opción política, de modo que en el mundo del ciberespacio

[...] la elección de una arquitectura es tan importante como la elección de una constitución. Básicamente, el código del ciberespacio es su constitución. Establece los términos en los que la gente accede al mismo; establece las reglas, controla nuestras conductas. En este sentido, es su verdadero poder soberano. Un poder soberano alternativo, que compite

---

<sup>160</sup> LESSIG, Lawrence; ob. cit., pág. 169.

<sup>161</sup> LESSIG, Lawrence; ob. cit., pág. 25.

<sup>162</sup> VILLATE, Javier; "Software libre y regulación"., 2001; Disponible en el ARCHIVO del Observatorio para la CiberSociedad en <http://www.cibersociedad.net/archivo/articulo.php?art=39>

con los poderes soberanos del espacio real en la regulación de la conducta llevada a cabo por los ciudadanos del espacio real.<sup>163</sup>

En el desarrollo que hace Lessig, resulta importante establecer la diferencia que existe entre el código (como forma indirecta de regular conductas) y la ley (que regula de modo directo). En relación a ello, remarca que la regulación del código es escasamente perceptible y fácilmente disimulable, razón por la cual el problema no es que la regulación se realice en forma indirecta, sino la falta de transparencia de este tipo de regulación.

Como constitucionalistas –afirma enfáticamente– debemos afrontar una cuestión fundamentalmente constitucional, la cual consiste en optar entre arquitecturas de control y arquitecturas de libertad, ¿cómo decidimos estas cuestiones constitucionales? Si las arquitecturas son muchas, ¿nos guiará la misma constitución en la selección de tales arquitecturas?”. Y agrega en forma terminante:

En mi opinión, los valores constitucionales implican la arquitectura de este espacio. [...] los valores constitucionales deberían guiarnos en nuestro diseño de este espacio. Y, en mi opinión, los valores constitucionales deberían limitar los tipos de regulabilidad que esta arquitectura permite.<sup>164</sup>

Además hay que tener presente que –en el pensamiento de Lessig–, los códigos constituyen

[...] la amenaza y al mismo tiempo la salvación de los ideales liberales. Podemos construir, diseñar o codificar el ciberespacio para proteger valores que consideramos esenciales. Y podemos construir, diseñar o codificar el ciberespacio para permitir que estos valores desaparezcan. No existe opción que no incluya algún tipo de construcción. Los códigos no surgen de la nada. Los códigos se construyen. Y somos nosotros, personas de carne y hueso, quienes los construimos.

Analizando la obra *Código y otras leyes en el ciberespacio*, Iñigo De la Maza Gazmuri sostiene que lo que Lessig pretende es alertarnos sobre dos cuestiones. La primera de ellas es que “... la fisonomía de Internet está

---

<sup>163</sup> LESSIG, Lawrence; ob. cit., pág. 25

<sup>164</sup> LESSIG, Lawrence; ob. cit., pág. 170

cambiando, que se está separando decididamente de la utopía libertaria de un espacio ‘sin reyes, presidentes y votaciones’ (...) configurándose progresivamente como una arquitectura panóptica que posibilita el control perfecto”. La segunda, consiste en poner de relieve que ello sucedió “...por la plasticidad de la arquitectura de Internet y los intereses del comercio y del gobierno”.<sup>165</sup>

Luego de realizar una prolija síntesis de la posición de Lessig, Mauricio Devoto también analiza la postura del constitucionalista estadounidense y señala:

Si los códigos son la ley del ciberespacio (‘in cybersapce code is law’, para ponerlo en palabras de Lessig) y los códigos son diseñados por las empresas (comerciales) sobre la base de sus intereses (comerciales), es válido preguntarnos: ¿Cómo es posible que los valores que subyacen estos códigos aseguren el bienestar de la sociedad en general? Esto resulta un contrasentido. De allí que aseverar que los gobiernos no deban entrometerse en el orden del ciberespacio significa no darse cuenta la transición del viejo nuevo mundo (ciberespacio original) hacia el nuevo nuevo mundo (ciberespacio comercial).<sup>166</sup>

### **2.b. El mercado y las opciones entre diversas arquitecturas**

David Johnson y David Post coinciden con muchos de los postulados de Lessig, y si bien admiten que el ciberespacio requiere un nuevo orden legal que se sustente en nuevos valores, consideran que no es el gobierno quien debe definir y proteger esos valores.<sup>167</sup>

Para estos autores, los valores fundamentales son importantes en la construcción del ciberespacio, pero ellos

[...] pueden ser mejor protegidos asegurando un punto de vista amplio que permita la elección y decisión individual entre diferentes valores y

---

<sup>165</sup> DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo (2002); Code and Other Laws of Cyberspace (Lawrence Lessig); disponible en: <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=1540>, Año 2002.

<sup>166</sup> DEVOTO, Mauricio (2001); Comercio Electrónico y Firma Digital. La regulación del ciberespacio y las estrategias globales, Ed. La Ley, Bs. As., 2001, pág. 136.

<sup>167</sup> Para el análisis de la postura de estos autores, he seguido la exposición que realiza Mauricio Devoto (*ob. cit.* pág. 137/144), en base a los siguientes trabajos: “*The Rise of Law on the Global Network*” (Johnson-Post); “*What Larry Doesn’t Get: Code, Law and Liberty in Cyberspace*” (Post) y “*The New ‘Civic Virtue’ of the Internet: A Complex Systems Model for the Governance of Cyberspace*” (Johnson-Post).

diferentes percepciones de dichos valores. No necesitamos un plan, sino infinita cantidad de planes entre los que los individuos puedan elegir. Es el mercado, y no las decisiones colectivas, quien se encuentra en mejor posición para brindarnos aquella plenitud.<sup>168</sup>

Post coincide básicamente con Lessig en cuanto a que -en el ciberespacio- el código es la ley, y comparte también la idea de que en el mundo virtual el código puede incluso llegar a desplazarla. No obstante, refuta los argumentos que Lessig esgrime para sostener que es inconveniente dejar en manos del mercado el diseño de la arquitectura de los códigos, porque ello significaría que los valores del ciberespacio serían fijados por el comercio.

Eso sería cierto -afirma Post- si existiera una única posibilidad, si todo inevitablemente quedara en manos de una pequeña cantidad de grandes empresas. Pero si existieran diversas arquitecturas, entonces sí existiría opción.<sup>169</sup>

Y se pregunta: ¿Si existiesen diversas arquitecturas de privacidad, de identidad, de protección de contenidos, abiertas al público, por qué resulta tan obvio que terminaríamos eligiendo aquella que nos niega todo lo que Lessig piensa que es tan importante? Luego de ello, afirma a modo de respuesta:

Puede resultar cierta la idea de Lessig acerca de que la mano invisible del comercio, de alguna manera, conduce a la uniformidad, pero esta idea no es correcta por sí sola. La mano invisible puede tener muchas deficiencias, pero una de las cosas que mejor hace es presentar al público una serie de ofertas diversas en respuesta a los distintos requerimientos y preferencias de ese mismo público. Y parece ser que ello funciona bastante bien, gracias a Dios.<sup>170</sup>

---

<sup>168</sup> Cfr. DEVOTO, Mauricio; *ob. cit.*, pág. 137.

<sup>169</sup> Cfr. DEVOTO, Mauricio; *ob. cit.*, pág. 143.

<sup>170</sup> Cfr. DEVOTO, Mauricio; *ibidem*. Al respecto, Post resume de este modo la postura de Lessig: "Aunque la mano invisible fuera capaz, de alguna forma, de proveer aquella multiplicidad de códigos o arquitecturas a este nuevo mundo, igualmente sería culpable. Igualmente sería el mecanismo incorrecto para concretar las elecciones. El argumento (de Lessig) sería el siguiente: a) Los códigos o arquitecturas del ciberespacio están basadas en valores fundamentales (incluso constitucionales); b) elegir entre aquellos

Según Devoto, las posturas de Post y Lessig coinciden en señalar que el ciberespacio necesita arquitecturas en las que la deliberación, el razonamiento y la libertad puedan florecer, porque la gente quiere vivir en comunidades que reúnan estas características; pero la diferencia entre ambos “...radica en determinar hasta qué punto necesita invocarse el poder coercitivo del estado a efectos de construir estas comunidades y hacer que la gente viva en ellas”.<sup>171</sup>

Johnson y Post sostienen –remarca por último Devoto– “...que el ciberespacio debería contar con sus propias instituciones y su propio derecho, y que los gobiernos (del mundo real), en general, no tendrán jurisdicción respecto de las actividades *on line*. En definitiva, la ley del ciberespacio es, literalmente, la ley de otro lugar”.<sup>172</sup>

Desde una posición que guarda evidentes analogías con la de Johnson y Post, Gustavo Rodríguez García también se muestra crítico frente a la tesis de Lessig, señalando que este último parte de la premisa de que son necesarios límites; mientras que él entiende que “...se requiere libertad en el ciberespacio”:

Optar por la libertad es un asunto valorativo. Creo que el principio principal debe ser, en caso de la duda sobre los beneficios o no de un esquema regulatorio –sea cual sea este- se debe optar por no regular y dejar que el mercado se desenvuelva libremente.<sup>173</sup>

### **2.c) El ciberespacio como un lugar de control**

Todas las posturas que hasta aquí se han estudiado parten de considerar al ciberespacio como “un lugar” diferente al mundo real. En efecto, es posible observar que a pesar de las profundas diferencias que los separan, todos los autores analizados entienden que el “mundo virtual” del ciberespacio es distinto al “mundo real” en donde habitamos.

---

significa hacer una importante elección entre distintos valores; c) elegir entre valores es tarea de la política, y no del mercado”.

<sup>171</sup> DEVOTO, Mauricio; *ob. cit.*, pág. 144.

<sup>172</sup> Cfr. DEVOTO, Mauricio; *ob. cit.*, pág. 146.

<sup>173</sup> RODRÍGUEZ GARCÍA, Gustavo; En defensa del clic. Anotaciones sobre la lucha por la libertad del ciberespacio; Revista de Derecho Informático Alfa-Redi; N<sup>o</sup> 95, junio de 2006, disponible en: <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=6219> . Aclara que utiliza el término “mercado” en sentido amplio: “Mercado de bienes o mercado de ideas, para parafrasear un importante trabajo de Ronald Coase”.

Andrew Shapiro no comparte tal criterio y señala que

La concepción de que el ciberespacio es un lugar ‘autónomo’ conduce erróneamente a afirmar que las interrelaciones *on line* son o deben ser gobernadas por su propio cuerpo de normas. Sugiere que aquello que ocurre ‘allí’ no tiene conexión con lo que sucede ‘aquí’. Ello nos impide reconocer que el verdadero significado del ciberespacio no radica en estar en otro lado, sino, por el contrario, en que cada vez se acerca más a nosotros.<sup>174</sup>

En opinión de Shapiro “...la idea de un ciberespacio autónomo desafía la lógica y la experiencia común. La conducta de los seres humanos mientras se encuentran *on line* produce un impacto real en la vida de otros seres humanos”.<sup>175</sup>

Pero –como bien lo remarca Devoto–, el hecho de decir que el ciberespacio no es un lugar autónomo no significa que Shapiro le reste importancia. Por el contrario, significa que el ciberespacio es demasiado importante como para que se piense en él como “otro” lugar.<sup>176</sup>

Por eso es que Shapiro prefiere pensar en el ciberespacio como un lugar de control:

No es tanto un espacio, sino un lente a través del cual podemos mirar el mundo. Es un filtro a través del cual podemos realizar casi todo: aprender, trabajar, negociar, participar en política. Es una interfase que nos permite controlar otras cosas: la información a la que estamos expuestos, la gente con la que nos relacionamos y los recursos del mundo físico.

---

<sup>174</sup> SHAPIRO, Andrew L.; *The Disappearance of Cyberspace and the Rise of Code*, cit. en DEVOTO, Mauricio; *ob. cit.* pág. 145.

<sup>175</sup> Cfr. DEVOTO, Mauricio; *ob. cit.*, pág. 147. Para demostrar tal aseveración Shapiro brinda este ejemplo: “Cuando se produce una defraudación en la red con algún producto financiero, el inversor sufre un perjuicio en el mundo real. Cuando un chisme se propaga por Internet, cuando alguien publica un comentario falso y difamatorio en una lista de mail, ello también produce un perjuicio en el mundo real. Y cuando un grupo de terroristas utilizan el email para programar la explosión de una oficina del gobierno, también nos encontramos frente a un perjuicio en el mundo real”.

<sup>176</sup> *Ibidem*. Devoto remarca que deberíamos pensar al ciberespacio como algo de aquí y –citando textualmente a Shapiro– dice que “...se encuentra tan cerca nuestro, y es tan indispensable, que dentro de muy poco tiempo no podrá distinguirse del otro mundo, pasando a ser tan real como aquél, y desaparecerá”.

Shapiro elogia la postura de Lessig en relación a las fuerzas que interactúan en la regulación del ciberespacio y, en particular, en lo que concierne a la fuerza que el código tiene al actuar de forma tan directa como regulador de conductas humanas y ser mucho menos controlable. El código tiene mucha más fuerza (y resulta menos controlable) como regulador que el código del mundo real. No obstante, señala que Lessig no llega al fondo del asunto y remarca que la cuestión principal –a su juicio– pasa por dos ejes centrales: a) El ciberespacio no es un “lugar” soberano, por lo tanto no existe una ley del ciberespacio; b) el ciberespacio no es un tema, no es una rama del Derecho por lo tanto no existe una ley del ciberespacio.

A Lessig le falta –opina Shapiro– dar el paso final de su análisis, el que podría resumirse de la siguiente manera:

Debemos interesarnos en el código del ciberespacio. No por lo que implica para los valores públicos en el ciberespacio, sino por lo que implica y hace a los valores públicos de nuestros espacios reales. Todo código, en definitiva, es código del espacio real.<sup>177</sup>

De esta forma –prosigue Shapiro– nos enfrentamos con dos obstáculos:

Percibir el ciberespacio como ‘otro’ lugar nos impedirá comprender su importancia desde el punto de vista legal. Nos impedirá percibir la manera en que fuerzas regulatorias como el código del ciberespacio (que algunos dicen que están ‘allí’) nos afectan actualmente ‘aquí’. Por otro lado, una vez que reconocemos que el ciberespacio es una simple construcción, un espacio de control tan cerca de nuestro hogar como de nuestra mente, lo podemos tener por seguro. Mientras este lente se nos hace cada vez más familiar, debemos darnos cuenta de lo poderoso que puede llegar a ser. Esta nueva manera de ver el mundo, e interactuar con él, puede producir un profundo cambio social, político y legal. Mientras el ciberespacio desaparece, debemos estar alerta a efectos de proteger nuestros apreciados valores y derechos contra la crecida del código”.<sup>178</sup>

---

<sup>177</sup> Cfr. DEVOTO, Mauricio; *ob. cit.*, pág. 149.

<sup>178</sup> *ibídem.*



En relación a este último aspecto, cabe señalar –desde la óptica propuesta por Shapiro– que “El verdadero cambio que Internet pone en movimiento es una revolución en el control, una vasta transformación de quien gobierna la información, la experiencia y los recursos”.

La idea de control –dice Devoto– está en toda la obra de Shapiro:

La revolución del control nos presenta grandes oportunidades, pero, asimismo, puede producir resultados inesperados o no deseados. ¿Cómo podemos hacer para llevar adelante esta revolución? Una estrategia ganadora debe armonizar tres objetivos: 1) Permitir que los individuos aprovechen todas las ventajas del poder, la elección y el control que las tecnologías como Internet hacen posible; 2) Identificar la resistencia institucional tradicional contra dicho poder individual; 3) Prevenir los efectos nocivos.<sup>179</sup>

## **2.d) Cada ciberespacio tiene su propia evolución**

Al momento de definir su propia postura sobre la naturaleza jurídica de Internet, Devoto sostiene que “Si efectivamente el ciberespacio es *otro* lugar, su corta evolución parecería haberlo dividido en *otros* lugares o ciberespacios. El tiempo dirá si son lugares diferentes al mundo real o se confundirán con éste”.<sup>180</sup>

Pero lo que sí afirma sin dudar, es que “...cada uno de estos ciberespacios tiene su propia evolución, su propio tiempo y, por sobre todo, sus propios principios y valores. Estos principios y valores son los que hacen (o harán) que cada uno de ellos se diferencie del otro. O harán que se asemejen”.<sup>181</sup>

Y agrega en relación a ello:

Así como no todos los ciberespacios evolucionan al mismo tiempo y de la misma manera (no es lo mismo el ciberespacio norteamericano que el europeo, ni el indio que el argentino o el uruguayo), tampoco los habitantes de estos lugares evolucionan al mismo ritmo que el nuevo mundo que habitan<sup>182</sup>.

---

<sup>179</sup> Cfr. DEVOTO, Mauricio; *ob. cit.*, pág. 150.

<sup>180</sup> DEVOTO, Mauricio; *ob. cit.*, pág. 153.

<sup>181</sup> DEVOTO, Mauricio; *ob. cit.*, pág. 154.

<sup>182</sup> DEVOTO, Mauricio; *ibídem*.

Finalmente, afirma que “Para construir un ciberespacio coherente es necesario estudiar previamente aquellos valores que se desean proteger y alentar. El diseño del marco legal, requiere una previa comprensión global del fenómeno digital y una profunda investigación respecto de la noción de ciberespacio”.<sup>183</sup>

### **2.e) La hipótesis del tercer entorno (Javier Echeverría)**

A esta altura, resulta pertinente traer a colación la opinión del filósofo español Javier Echeverría, quien afirma que la convergencia de diversas Tecnologías de la Información y la Comunicación (telefonía, televisión, dinero electrónico, redes telemáticas, digitalización, hipertexto, multimedia, videojuegos, realidad virtual, satélites de telecomunicaciones, etc. ) ha generado a finales del siglo XX un sistema tecnológico, que se ha difundido muy rápidamente por los diversos países y sectores sociales.<sup>184</sup>

El desarrollo de la sociedad de la información –señala también el autor en otro interesante artículo-,<sup>185</sup> “...forma parte de un proceso más amplio, que implica la aparición de un tercer entorno, diferente a los dos entornos clásicos (naturaleza y ciudad) en los que los seres humanos interactúan”, y agrega que “La construcción de este tercer entorno (tecnológico y a distancia) puede ser equiparada a la construcción de una ciudad global (Telépolis)”

A partir de allí, Echeverría enumera un total de veintiún tesis sobre *Telépolis* y el *Tercer Entorno*, e intenta demostrar la influencia de tales tesis en la vida cotidiana de los individuos. Sin perjuicio de que mas adelante se volverá sobre este trabajo del filósofo español, cabe resumir aquí algunas de las ideas principales que él ensaya:

- Diversas tecnologías de interrelación a distancia han posibilitado la aparición de un *Tercer Entorno*, cuyo actual desarrollo puede ser

---

<sup>183</sup> DEVOTO, Mauricio; *ob. cit.*, pág. 156.

<sup>184</sup> ECHEVERRÍA EZPONDA, Javier; *Gobernanza de la sociedad europea de la información*, Revista CTS, n° 8, vol. 3, Abril de 2007, pág. 69; disponible en: <http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=92430806> .

<sup>185</sup> ECHEVERRÍA EZPONDA, Javier; *21 tesis sobre el Tercer Entorno, Telépolis y la vida cotidiana*; disponible en: <http://www.uv.es/lejarza/amv/adefini/pdf/14007011%5B1%5D.pdf> .

equiparado a la emergencia de una ciudad global y a distancia (*Telépolis*); que se irá desarrollando durante el siglo XXI, superponiéndose a los pueblos, ciudades, naciones y estados clásicos, así como a las casas y edificios de los pueblos y las ciudades;

- *Telépolis* es (será) una ciudad planetaria que se superpone a los otros dos entornos (naturaleza y ciudad) y genera nuevas formas de interrelación humana y social, que se añaden a las formas previamente existentes, y a veces entran en conflicto con ellas;

- *Telépolis* es una nueva forma social de interacción a distancia posibilitada por las nuevas tecnologías (informáticas, electrónicas, telecomunicativas, semióticas [...]), que modifica profundamente las actividades sociales de los pueblos y ciudades: la política, la guerra, el derecho, la banca, el comercio, la producción, el consumo, la reproducción, la ciencia, el arte, la religión, la información, la documentación, la comunicación, la enseñanza, la medicina, la lectura, la escritura, el deporte, el espectáculo, el ocio, el sexo, etc.;

- Ese nuevo espacio de interacción social no sólo incide en la vida pública, sino también en la vida íntima y en las actividades privadas. Surgen nuevas ventanas (aparatos de radio, pantallas de TV), puertas (teléfonos, interfaces telemáticas), cajones (CD-Rom, CDI) y cerraduras (tarjetas y claves de acceso, passwords) que abren o cierran las conexiones con *Telépolis*. Frente a la interacción por proximidad, presencia física y coincidencia temporal de los espacios sociales tradicionales, las interrelaciones en *Telépolis* no requieren cercanía, ni presencia ni sincronía entre agentes. En el Tercer Entorno las interacciones se producen "...a distancia, asincrónicamente, multidirreccionalmente y por medio de representaciones".

- Internet –que en este momento es la calle mayor de *Telépolis* (en fase de pavimentación, ampliación y expansión)- prefigura la futura sociedad civil de *Telépolis*.

- Las redes telemáticas son un nuevo medio de interacción humana, y no sólo un nuevo medio de información y comunicación. En el caso de un red pública de acceso universal, como Internet no debe razonarse

sólo en términos de libertad de expresión dentro de la red, porque la telemática posibilita la acción a distancia (por ejemplo mediante acceso remoto, mando a distancia o acción retardada), y no sólo la expresión a distancia. No hay que confundir la libertad de acción (que en toda polis tiene límites estrictos) con la libertad de expresión”.

- Telépolis debería ser una estructura fundamentalmente civil, no subordinada a ningún poder financiero, militar, religioso ni estatal, sin perjuicio de que puedan existir en Telépolis redes financieras, militares, religiosas o estatales plenamente activas, como ocurre en la actualidad.

Finalmente, Echeverría pone énfasis en señalar que no sólo estamos ante un conjunto de herramientas o instrumentos

[...] sino ante una transformación de mucha mayor envergadura, la emergencia de un nuevo espacio-tiempo de base tecnológica en el que puede desarrollarse la sociedad de la información, que constituye una alternativa al predominio de la sociedad industrial [...] durante los dos últimos siglos. El tercer entorno (espacio electrónico, mundo digital...) se superpone a los dos grandes espacios donde se ha desarrollado la vida social en las diversas culturas humanas, el campo y la ciudad. Implica una expansión de la realidad social, que pasa a tener tres dimensiones: rural, urbana y electrónica.<sup>186</sup>

Para finalizar, y como corolario de lo antedicho, cabe señalar que en este *Tercer Entorno* la interacción social se produce *a través de o en contacto con* algún dispositivo electrónico característico de las TIC (celulares y/o smartphones, notebook, GPS, PC, Internet, redes sociales, etc.); y es así que el individuo de las *sociedades de las ciencias y las técnicas* se encuentra fuertemente condicionado e influenciado por el diseño de tales tecnologías. Esta circunstancia impacta profundamente en la esfera de los derechos y libertades individuales, y es por ello que resulta impostergable estudiar detenidamente las problemáticas jurídicas que ello trae aparejado<sup>187</sup>.

---

<sup>186</sup> ECHEVERRÍA, Javier; *21 tesis...cit.*

<sup>187</sup> En el capítulo siguiente analizaré con mayor detalle el impacto que los sistemas expertos –como género- y los sistemas informáticos y telemáticos –como especie de aquellos- tienen en la organización social.

Concretamente –y tal como se señaló al describir la situación problemática de este trabajo-, la cuestión central pasará por intentar demostrar el poder regulador del *Código Informático* sobre el cual se asienta la “construcción”<sup>188</sup> de ese Tercer Entorno; tratando de comprobar la situación de especial vulnerabilidad en que se encuentran quienes se desenvuelven en dicho entorno. A partir de allí, buscaré proponer algunas herramientas jurídicas para evitar la posibilidad de que tales tecnologías puedan conculcar derechos y libertades individuales que antes no se encontraban en riesgo.

---

<sup>188</sup> Metafóricamente, podría afirmarse que los diferentes diseños y modalidades de *Código Informático* pueden ser conceptualizados como las columnas o pilares sobre los que se levanta el Tercer Entorno.



## SECCIÓN II PRINCIPIOS JURÍDICOS DEL MUNDO DIGITAL

### ***I.- Introducción***

A lo largo de la sección precedente, se desarrollaron las distintas visiones y corrientes de opinión que existen en torno a la regulación de Internet, tratando de poner énfasis únicamente en los puntos medulares de la temática. En tal sentido, intenté describir las principales posturas relativas a la problemática existente en torno a la jurisdicción y el derecho aplicable y, luego de ello, procuré sintetizar los aspectos centrales del debate sobre la naturaleza jurídica del ciberespacio y el contenido de las normas que deberían regular el mismo.

Es así que, a fin de completar la tarea emprendida, resulta ahora conveniente profundizar el nivel de análisis y efectuar una reseña de aquellos desarrollos doctrinarios que han intentado esbozar cuales serían los valores y principios jurídicos que deberían regir en el ámbito de Internet y las Tecnologías Digitales en general.

Sentado ello, resulta indispensable señalar que a pesar de los diferentes enfoques con que cada autor aborda la cuestión, todos ellos coinciden en remarcar la importancia que han de tener los valores y principios jurídicos en la solución de los conflictos que se plantean en el mundo digital.

### ***II.- El paradigma del anclaje (Lorenzetti)***

Al referirse a la influencia de los cambios tecnológicos en el Derecho, este autor explica que las distintas corrientes doctrinarias pueden separarse claramente en dos grupos: una posición que denomina “ontológica” (que sostiene que estamos ante un mundo nuevo que demanda un Derecho diferente) y otra “instrumental” (que propicia aplicar las reglas existentes mediante la analogía).<sup>189</sup>

---

<sup>189</sup> LORENZETTI, Ricardo; *Comercio Electrónico*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, pág. 37. Agrega allí que en ambas posiciones está presente el problema de la regulación en Internet y los interrogantes que ella suscita: ¿debe intervenir el Estado

La posición “ontológica” –remarca el jurista santafesino– “...sostiene que estamos ante un mundo ‘virtual’ diferente del mundo físico: hay un ‘mundo digital’, un nuevo modo de pensar dentro de él que sigue ‘paradigmas digitales’...”, y sobre esa base considera que “...el derecho que conocemos no puede regular ni tiene demasiadas funciones que desempeñar”.<sup>190</sup>

Por su parte, desde la posición “instrumental” se destaca que la *cyberlaw*<sup>191</sup> está integrada por las reglas del derecho común y sus conflictos son similares. De este modo, afirman que las categorías analíticas y metodológicas proceden por analogía, y a pesar de que nos fascinan los nuevos términos, los examinamos mediante una asimilación a los fenómenos conocidos.<sup>192</sup>

Tras citar varios ejemplos en los que se observa de qué modo se utiliza el recurso a la analogía para resolver los nuevos temas que se plantean<sup>193</sup>, Lorenzetti menciona las distintas corrientes que pueden ser englobadas en esta posición. Muchas de ellas, ya han recibido tratamiento a lo largo de este trabajo y es por ello que no resulta necesario que nos detengamos nuevamente en ese punto.

Luego de señalar que la posición ontológica “parece excesiva” y que la tesis instrumental “peca de insuficiente”, este autor comienza a desarrollar su propia postura sobre la problemática afirmando que:

Hay que aceptar las innovaciones y examinarlas mediante ‘el paradigma del anclaje’, lo que significa establecer puntos fijos que permitan la innovación pero no el sin sentido, la hipótesis aventurera o la

---

mediante regulaciones o bien la red puede autorregularse?; ¿puede un Estado nacional regular una red que opera globalmente?; ¿qué tipo de regulaciones son admisibles?

<sup>190</sup> LORENZETTI, Ricardo; *Comercio...cit.*, pág. 38. Dentro de esta posición, estarían comprendidas algunas de las corrientes doctrinarias que ya se han mencionado anteriormente en este trabajo (vgr. *lex informática*, imposibilidad de regular y ciberactivistas), razón por la cual no me extenderé sobre el punto.

<sup>191</sup> Esta expresión se ha generalizado en los Estados Unidos y puede ser traducida como Derecho del Ciberespacio.

<sup>192</sup> LORENZETTI, Ricardo; *Comercio...cit.*, pág. 42/43.

<sup>193</sup> La noción de ‘firma’ digital –dicen– es una aplicación analógica de las reglas sobre autoría existentes; el régimen de propiedad intelectual, en la jurisprudencia, es tratado mediante la aplicación de las leyes sobre marcas y patentes, el modo de celebración de los contratos es asemejado a la contratación a distancia; y la responsabilidad civil de los intermediarios es analizada comparándola con los proveedores de servicios telefónicos, que no son responsabilizados por el contenido de las llamadas.



improvisación. El anclaje significa estudiar las innovaciones, aceptarlas, pero en un contexto de valores, de normas claras y de rigor.<sup>194</sup>

Por eso es que –desde su óptica- el derecho vigente “...debe ser visto como un punto fijo, un ancla, para evitar que el paradigma digital se aleje de la experiencia enorme que se ha recogido en cuanto a la jerarquía de valores, la noción de lo justo y lo razonable”; razón por la cual propone estudiar los “conflictos perdurables” (vgr. exclusión social, diferencias entre fuertes y débiles, la discriminación, el monopolio, etc.) y la problemática específica de los mismos en el medio tecnológico.<sup>195</sup>

Lorenzetti es partidario de establecer una analogía a nivel de principios,<sup>196</sup> toda vez que “Los principios jurídicos y los valores permanecen en el ordenamiento, sea que se trate de regular el mundo físico o el virtual, y los conflictos de aplicación y desplazamientos de principios y valores son similares”. No obstante, admite una posible diversidad a nivel de reglas por cuanto ellas pueden ser diferentes en el mundo virtual.

Finalmente, corresponde puntualizar que –a juicio de este autor– es posible determinar la existencia de algunos cuantos principios que se han aplicado en la regulación de Internet y la Tecnología Digital en general. Así, resultarían aplicables al mundo virtual, determinados principios jurídicos relativos a:

- la libertad de expresión;
- la libertad de comercio;
- el principio de no discriminación del medio digital;
- el principio protectorio de la parte débil;
- la protección de la privacidad;
- la libertad de información y de autodeterminación;
- el carácter internacional.

---

<sup>194</sup> LORENZETTI, Ricardo; *Comercio...cit.*, pág. 44.

<sup>195</sup> *ibidem*.

<sup>196</sup> No obstante, admite una posible diversidad a nivel de reglas por cuanto ellas pueden ser diferentes en el mundo virtual.

### **III.- El tecnorrealismo (Andrew Shapiro)**

Hace ya algunos años, Andrew Shapiro lideró –junto a otros intelectuales de los EE.UU.- un movimiento denominado “tecnorrealismo”. Los integrantes de esta corriente, elaboraron un manifiesto conteniendo una serie de principios en los que expusieron su visión en relación a las Tecnologías de la Información. Los ocho principios fundamentales de las tecnologías digitales son, a juicio de esta corriente de opinión, los siguientes:<sup>197</sup>

- las tecnologías no son neutrales;
- Internet es revolucionaria, pero no utópica;
- el gobierno tiene un importante papel que jugar en la frontera electrónica;
- la información no es conocimiento;
- conectar las escuelas no es la salvación;
- la información quiere ser protegida;
- las ondas son propiedad social: la sociedad debe beneficiarse de su uso;
- la comprensión de la tecnología debe ser un elemento esencial de la ciudadanía global.

Según la posición de Shapiro, al intentar determinar la mejor forma de gobernar Internet, no debemos sentirnos limitados por las reglas existentes ni pensar que debemos reinventar la rueda. La solución radica en tomar los principios o valores que subyacen detrás de las reglas existentes y adaptarlas al nuevo contexto.<sup>198</sup>

Desde el tecnorrealismo, se sostiene que el debate sobre la tecnología ha estado dominado por posiciones extremas (el tecno-utopismo y el neoludismo); y a partir de allí intentan buscar un equilibrado consenso:

El tecnorrealismo propone que pensemos críticamente en el rol que las herramientas y las interfaces juegan en la evolución humana y en la vida

---

<sup>197</sup> MILLARCH, Francisco; *Ideologías de la Red: Del ciber-liberalismo al ciber-realismo*, trad. de Javier Villate, disponible en: [http://www.millarch.org/francisco/papers/net\\_ideologies\\_esp.htm#nota%2016](http://www.millarch.org/francisco/papers/net_ideologies_esp.htm#nota%2016).

<sup>198</sup> Cfr. DEVOTO, Mauricio; *ob. cit.*, pág. 151.

cotidiana. Parte integral de esta perspectiva es nuestra idea de que la actual marea de transformaciones tecnológicas, aunque importante y poderosa, es, en realidad, una continuación de las oleadas de cambios que han tenido lugar a lo largo de la historia. Mirando, por ejemplo, la historia del automóvil, la televisión o el teléfono -no sólo como artefactos, sino también como instituciones-, vemos profundos beneficios y también importantes costes. Asimismo, contamos con las bendiciones combinadas de las actuales tecnologías emergentes y esperamos que no tengan consecuencias impredecibles, que deberían ser abordadas mediante un diseño reflexivo y un uso adecuado.<sup>199</sup>

Y para brindar mayor claridad conceptual de su postura, remarcan que:

Somos "críticos" de la tecnología de la misma forma, y por las mismas razones, que otros lo son con la alimentación, el arte o la literatura. Podemos ser optimistas apasionados respecto a algunas tecnologías y escépticos y despectivos respecto a otras. Sin embargo, nuestro objetivo no es ni abanderar ni despachar la tecnología, sino comprenderla y aplicarla de forma consistente con nuestros valores humanos básicos.

No me ocuparé aquí de desarrollar cada uno de los principios que esbozan Shapiro y sus seguidores, sólo haré hincapié en aquellos que –desde mi modo de ver- presentan una mayor conexión con el objeto de estudio de esta tesis.

### *1. Las tecnologías no son neutrales*

Un gran error de concepción de nuestros tiempos es la idea de que las tecnologías están completamente libres de inclinaciones o tendencias. Eso es así porque se ven como artefactos inanimados y no promueven ciertos tipos de conductas sobre otros. En realidad, las tecnologías están cargadas de tendencias sociales, políticas y económicas, buscadas y no buscadas. Cada herramienta proporciona a sus usuarios una manera particular de ver el mundo y formas concretas de interactuar con los demás. Es importante para todos nosotros considerar las tendencias de

---

<sup>199</sup> *Tecnorrealismo*; trad. de Javier Villate, disponible en: <http://cys.derecho.org/01/tecnorrealismo.html>

las diferentes tecnologías y buscar aquellas que reflejen nuestros valores y aspiraciones.

## *2. Internet es revolucionaria, pero no utópica*

La Red es una herramienta de comunicación extraordinaria que ofrece una gran variedad de nuevas oportunidades a las personas, las comunidades, las empresas y los gobiernos. Sin embargo, a medida que el ciberespacio se vuelve más habitado, cada vez se parece más a la sociedad en general, en toda su complejidad. Por cada aspecto edificador y benéfico de la vida en línea, habrá también dimensiones que sean maliciosas, perversas y ordinarias.

## *3. El gobierno tiene un importante papel que jugar en la frontera electrónica*

[...] Aunque los gobiernos deben respetar las reglas y las costumbres que se han creado en el ciberespacio y no deben estrangular este nuevo mundo con regulaciones ineficaces o censuras, es absurdo decir que la esfera pública no tiene soberanía alguna sobre lo que hace en línea un ciudadano equivocado o una empresa fraudulenta. Como representante del pueblo y guardián de los valores democráticos, el estado tiene el derecho y la responsabilidad de ayudar a integrar el ciberespacio y la sociedad convencional.

Los estándares tecnológicos y los problemas de privacidad, por ejemplo, son demasiado importantes como para confiarlos al mercado solamente. Las compañías de software tienen poco interés en preservar los estándares abiertos que son esenciales para el funcionamiento de una red realmente interactiva. El mercado alienta la innovación, pero no garantiza necesariamente el interés público.

## *8. Comprender la tecnología debe ser un componente esencial de la ciudadanía global*

En un mundo gobernado por los flujos de información, las interfaces -y el código subyacente- que presentan esa información se están convirtiendo en poderosas fuerzas sociales. Comprender su fortaleza y sus limitaciones, y participar en la creación de mejores herramientas, debería ser una tarea fundamental de un ciudadano comprometido. Estas

herramientas afectan a nuestras vidas tanto como las leyes y debemos someterlas a un control democrático similar.

Tenemos que interesarnos –dice Shapiro- en el código del ciberespacio porque todo código del ciberespacio es, en definitiva, un código del espacio real, que encarna valores públicos del espacio real que debemos proteger.

En definitiva, el código siempre refleja los valores y principios que su arquitecto ha tenido en cuenta al momento de diseñarlo, y por eso es válido que nos preguntemos de qué modo encarnará determinados valores democráticos como libertad, igualdad y responsabilidad social.

#### ***IV.- Cada ciberespacio tiene su propia conformación (Mauricio Devoto)***

Tal como quedó dicho al desarrollar su postura en relación a la naturaleza jurídica de Internet, este autor entiende no hay *uno* sino *varios* ciberespacios, y que cada uno de los “diferentes ciberespacios” tiene su propia evolución y se irá conformando según sus propios principios y valores.

Luego de señalar que el ciberespacio argentino se encuentra en plena evolución, Devoto hace hincapié en la importancia de contar con modelos de referencia a la hora de tomar decisiones importantes, aunque aclara que “...con ello no quiero decir que debemos copiar un ciberespacio en particular”.

La clave –a decir de este autor- está en reconocer que cada ciberespacio deberá responder a sus propios valores y tradiciones; por lo que deviene necesario

definir los valores fundamentales en que sustenta la sociedad (debemos volver a la Constitución Nacional), volver a analizar la tarea del gobierno y los alcances de su intervención, y recapacitar sobre la función de las instituciones y organizaciones tradicionales en el nuevo contexto.<sup>200</sup>

---

<sup>200</sup> DEVOTO, Mauricio; *ob. cit.*, pág. 155. Para construir un ciberespacio coherente es necesario estudiar previamente aquellos valores que se desean proteger y

## **V.- El orden público tecnológico (Horacio Granero)**

Tras analizar la situación del usuario de Internet y los derechos que a éste se le reconocen, Horacio Granero señala que tales derechos “...son limitados, no absolutos, y los límites a dichos derechos no son otros que los que provienen de un orden público determinado”. Por ello, afirma “...la existencia de un orden público tecnológico, tuitivo de los derechos elementales pero a la vez limitativo de los mismos cuando su ejercicio pudiera ocasionar perjuicios al interés público de la comunidad”.<sup>201</sup>

De ese modo, este autor comienza a formular su teoría del “orden público tecnológico”, la que tiene por objetivo “...satisfacer la necesidad de dar protección más adecuada al hombre común ante el advenimiento de tecnologías sofisticadas”, señalando en tal sentido que “...la complejidad de prestaciones y productos que forman el objeto de las relaciones sociales y contractuales que involucran alta tecnología, aumentan la incidencia de la desigualdad entre las partes, quien genera la técnica por un lado y quien es ‘sujeto pasivo ‘ por otra”.<sup>202</sup>

Dentro del Derecho –afirma- “...la función del orden público es ubicar las cosas en el lugar que un modelo de país desea para sus habitantes. Quizás el orden público tecnológico sea una herramienta, modesta, pero idónea para el correcto reordenamiento de la conducta humana social moderna que brinde el correcto equilibrio entre la técnica y el bien común”.<sup>203</sup>

Los pasos a través de los cuales el autor arriba a dicha conclusión son –sintéticamente expresados- los siguientes:

- los usuarios y consumidores tecnológicos conforman un subsistema y merecen protección legal;
- nuestra Constitución, establece una protección a determinados subsistemas, reconociéndoles derechos y garantías para que puedan desarrollarse;

---

alentar. El diseño del marco legal, requiere una previa comprensión global del fenómeno digital y una profunda investigación respecto de la noción de ciberespacio (*ob. cit.*, pág. 156).

<sup>201</sup> GRANERO, Horacio; *El orden público tecnológico*, Educa, Bs. As., 2003, pág. 79.

<sup>202</sup> GRANERO, Horacio; *ob. cit.*, pág. 103.

<sup>203</sup> GRANERO, Horacio; *ob. cit.*, pág. 135/138.

- desde este punto de vista, los usuarios de tecnología representarían un verdadero subsistema, donde convergen nuevos paradigmas y modelos de comportamiento social, no siempre atados a un sistema de valores tradicional. Las comunidades “reales” o virtuales, están definidas por espacio, lenguaje, experiencias y propósitos compartidos;

- las leyes de alcance general pueden aplicarse en algunos casos, pero en otros es insuficiente dada la especialidad de los intereses en juego;

- bajo estas condiciones, el Estado Nacional igual debe propender a la protección interna, promover el bienestar general y legislar sobre el microsistema;

- es admisible un Orden Público Protector que atempere las desigualdades tanto en el uso como en el acceso; reconociendo las situaciones de poder dentro del sistema; imponiendo obligaciones que restablezcan el equilibrio; asegurando la igualdad de oportunidades y la debida información respecto de la política de privacidad y responsabilidades de los actores más fuertes del sistema. Establecimiento del Principio *favor debilis* o favor usuario tecnológico.

Por último, finaliza el desarrollo de su posición afirmando:

La dignidad del hombre exige ese respeto a la vida y a su maravilloso producto: la conciencia. Caso contrario cabría preguntarse qué tipo de sociedad podría surgir del abuso de los adelantos científicos contemporáneos. El concepto de Orden Público Tecnológico, como jerarquización de la protección al consumidor, la coordinación y la dirección parcial de la economía se propone como herramienta, sin perder el concepto de que orden implica la reubicación de las cosas en el lugar que le corresponde, y –en este caos- reubicar a la ciencia y la técnica en su verdadero rol, en un modelo de país que busque como meta el bien de sus habitantes, preservándolos de abusos y peligros.<sup>204</sup>

#### **VI.- Principios de la Gobernanza y el Derecho de Internet (Comité Gestor de la Internet de Brasil)**

Durante el transcurso del año 2010, la entidad brasilera que coordina las actividades de Internet en dicho país (de carácter

---

<sup>204</sup> GRANERO, Horacio; *ob. cit.*, pág. 139.

multidisciplinario, integrada por autoridades gubernamentales, empresas e integrantes de la sociedad civil y la academia), emitió una importante Declaración enunciando los principios fundamentales de la *gobernanza* y el Derecho en Internet<sup>205</sup>, entre los cuales interesa aquí destacar los siguientes:

- *La libertad, la privacidad y derechos humanos:* El uso de la Internet debe ser impulsado por principios de la libertad de expresión, la privacidad individual y el respeto de los derechos humanos, siendo reconocidos como esenciales para la preservación de una sociedad justa y democrática.

- *La gobernabilidad democrática y de colaboración:* La gobernanza de Internet debe ejercerse de manera transparente, multilateral y democrática, con participación de los diversos sectores de la sociedad, preservando y fomentando su carácter de creación colectiva.

- *Universalidad:* El acceso a Internet debe ser universal para constituirse como herramienta del desarrollo humano y social, contribuyendo así a la formación de una sociedad incluyente y no discriminatoria, en beneficio de todos.

- *Innovación:* La gobernanza de Internet debe promover el desarrollo continuo y la amplia difusión de las nuevas tecnologías y modelos de acceso y uso.

- *La neutralidad de la red.* El filtrado de tráfico o los privilegios deben cumplir únicamente con los criterios éticos y técnicos, con exclusión de los factores políticos, comerciales, religiosos y culturales o de cualquier otra forma de discriminación o trato preferencial.

- *La funcionalidad, la seguridad y la estabilidad:* La estabilidad de la red, la seguridad y funcionalidad global deben ser activamente preservadas a través de la adopción de medidas técnicas que sean compatibles con las normas internacionales y alentando la adopción de mejores prácticas.

---

<sup>205</sup> <http://www.andrespiazza.com.ar/principios-de-la-gobernanza-y-el-derecho-de-internet/>



- *La normalización y la interoperabilidad:* La Internet debe estar basada en estándares abiertos que facilitan la interoperabilidad y permiten a todos participar en su desarrollo.

- *Entornos jurídicos y normativos:* Los entornos jurídicos y de reglamentación deben preservar la dinámica de la Internet como un espacio de colaboración.

## **VII.- Conclusiones**

Resulta evidente que un fenómeno de la naturaleza de Internet – con tan profundas y variadas implicancias- no puede dejar de ser aprehendido por el Derecho. Es ése, precisamente, uno de los mayores desafíos que se les presenta a los juristas en la actualidad: la búsqueda de respuestas jurídicas a las nuevas problemáticas surgidas a raíz del desarrollo de aquella revolucionaria tecnología y su masificación en la sociedad.

Con el objeto de obtener un panorama general sobre la regulación de Internet se han repasado hasta aquí las principales teorías desarrolladas al respecto, y ha quedado evidenciada la existencia de un amplio abanico de posibilidades que va desde aquellas posiciones doctrinarias que consideran que el Estado no debe tener ninguna injerencia en el ámbito de Internet (independencia del ciberespacio) o que la intervención del mismo debe ser mínima (autorregulación); hasta aquellas otras teorías que consideran indispensable el rol del poder estatal para garantizar la existencia de un orden público tecnológico (Granero).

A partir de ese mosaico de opiniones de Doctrina, se ha puesto de relieve la complejidad de las cuestiones involucradas y ha quedado demostrado que las legislaciones estatales encuentran importantes dificultades a la hora de intentar regular las múltiples y variadas relaciones sociales que se entablan a través de Internet.

Y ello se debe a que las propias características de Internet (red abierta, sin autoridad central, de carácter internacional, y con múltiples operadores) ponen en jaque ciertos conceptos básicos de los ordenamientos jurídicos estatales como ser: la noción de territorio, las fronteras geográficas

y la soberanía nacional. Además, no puede pasarse por alto que en la red se diluyen las nociones de tiempo y de espacio, se desmaterializan los actos y se despersonalizan las relaciones que los individuos entablan entre sí.

Aunque resulte paradójico, parece ser que a medida que comenzamos a abordar aquellos interrogantes que mencionábamos al inicio del trabajo, en lugar de hallar respuestas, hemos podido corroborar que las dudas y los problemas se van incrementando y el nivel de complejidad continúa siempre *in crescendo*; por cuanto comienzan a emerger –como se ha señalado– distintas aristas y cuestiones estrechamente vinculadas a la problemática originaria.

Resulta indudable que la complejidad de los problemas actuales exige al Derecho un abordaje interdisciplinario (entre diversas ramas del saber jurídico) y, al mismo tiempo, un análisis multidisciplinario (que involucre a otros saberes ajenos a lo estrictamente jurídico, como la ciencia, la tecnología, la sociología, la antropología, etc.). En relación a esto último – y siguiendo a Lessig– habrá que tener presente de qué modo se articula la relación entre el *código* (como forma indirecta de regular conductas) y la ley (que regula de un modo directo).

En el ámbito de las nuevas Tecnologías de la Información y Comunicación, el operador jurídico deberá tener presente que, frecuentemente, será necesario reformular institutos jurídicos clásicos para trasvasarlos a otro ámbito (del ‘mundo real’ al ‘virtual’) y, así, decidir entre la tensión o conflicto que provocan garantías, derechos y valores en un escenario diferente. Pero es allí –tal como lo postula el *paradigma del anclaje* (Lorenzetti)– donde habrá que recurrir a los principios jurídicos y los valores que el derecho vigente ha ido construyendo a lo largo de su rica evolución histórica.

En suma, los análisis jurídicos no pueden desentenderse de las características técnicas ni del marco histórico, sociológico y económico que envuelve a la tecnología; pero tampoco deben obviar los principios y valores consagrados en el Derecho vigente. Si partimos de dichos presupuestos, tendremos mayores posibilidades de resolver adecuadamente los complejos conflictos jurídicos que nos presenta esta *sociedad tecnológica* actual,

caracterizada –como señaláramos en la *Introducción*- por un sinnúmero de desarrollos científicos-tecnológicos que progresivamente se van incorporando a nuestra vida cotidiana.



## **CAPÍTULO 4**

### **LOS SISTEMAS EXPERTOS Y EL CÓDIGO INFORMÁTICO COMO REGULADOR DE CONDUCTAS HUMANAS**

#### SECCIÓN I CONSIDERACIONES GENERALES

##### ***I.- Introducción***

En las actuales circunstancias, nadie puede negar el impacto que las Tecnologías de la Información significaron para el comercio, la educación, las telecomunicaciones, la privacidad y el derecho, entre otros ámbitos sociales.

Es por ello que la revolución digital nos obliga a repensar importantes cuestiones vinculadas a la organización de la sociedad; y una de ellas es precisamente la extraordinaria relevancia que han adquirido los dispositivos electrónicos, los sistemas informáticos y las redes telemáticas en el ámbito político, económico, social, cultural y –lógicamente- también en el plano jurídico.

Sin perjuicio de que volveré sobre este punto mas adelante, cabe aquí señalar que, a lo largo de su rica tradición histórica, el Derecho se ha encontrado en múltiples ocasiones ante la necesidad de brindar respuestas a nuevas problemáticas surgidas como consecuencia de diversas transformaciones sociales.

Parte de su función social es, precisamente, prestar especial atención a los cambios y transformaciones sociales; y estudiar la repercusión que ellos tienen en la esfera de intereses de los seres humanos.

En esa orientación, no puede dejar de mencionarse que, en términos generales, los problemas actuales no difieren esencialmente de otros que se han presentado en el pasado, como por ejemplo los peligros que surgieron con el advenimiento de la revolución industrial:

Con las nuevas tecnologías de información y comunicación, el peligro se desplaza y lo que se encuentra amenazada es la integridad intelectual. Pero el problema jurídico sigue siendo fundamentalmente el mismo:

“¿Cómo hacer vivibles las nuevas máquinas? ¿Cómo usarlas, sin ser sometido por ellas?”.<sup>206</sup>

Contrariamente a lo que sostienen algunas posiciones doctrinarias que he citado en capítulos anteriores, estoy convencido que las nuevas problemáticas que plantean las TIC en general e Internet en particular no requieren un nuevo Derecho total y radicalmente diferente al que conocemos en la actualidad.

Tal como lo dejé planteado en oportunidad de desarrollar las distintas opiniones doctrinarias existentes en relación al Derecho y el mundo digital, considero –siguiendo a Lorenzetti– que al momento de intentar abordar el impacto tecnológico, el Derecho debe necesariamente partir de la consideración de la plataforma de principios y valores jurídicos existentes en la actualidad; y luego de analizar la “*problematicidad específica*” que le plantea el nuevo escenario de las Tecnologías Digitales evaluar si son necesarias nuevas reglas para solucionar los nuevos conflictos que se plantean en ese contexto.

La cuestión central que motorizó este trabajo de tesis fue el estudio de ese nuevo y poderoso regulador de conductas humanas denominado *Código Informático*, que es el que determina la estructura y el funcionamiento de los entornos digitales en que se desarrolla el individuo y que se caracteriza –principalmente– por su extraordinaria efectividad y su escasa transparencia.

En términos sintéticos, es posible afirmar que el hilo conductor a través del cual se establecieron las partes medulares de esta tesis doctoral, se apoya básicamente en los siguientes ejes temáticos:

a) El espectacular desarrollo de las TIC y la masificación social de numerosos dispositivos tecnológicos (digitales e interconectados) –especialmente aquellos que se interponen en las relaciones humanas– han determinado el nacimiento de un nuevo entorno social (el *Tercer Entorno*, en palabras de Echeverría).

---

<sup>206</sup> SUPIOT, Alain; *Homo Juridicus. Ensayo sobre la función antropológica del derecho*, Siglo Veintiuno Editores, Bs. As., 2007, pág. 199.

Ese ambiente social emergente es un *nuevo espacio-tiempo* de base tecnológica; un espacio electrónico posibilitado por las TIC. Como prueba de ello, es posible remarcar que -en la actualidad-, la mayor parte de las actividades humanas y sociales pueden desarrollarse en este *Tercer Entorno*.

b) Este nuevo ámbito social o ambiente digital presenta al Derecho numerosos desafíos y es necesario estudiar profundamente si las categorías conceptuales de nuestra disciplina son suficientes para dar respuesta a los nuevos problemas que allí se suscitan. Una de las principales problemáticas consiste en estudiar las interrelaciones que se producen entre los distintos reguladores de conductas humanas; especialmente los vínculos que se producen entre el regulador “*Código Informático*” y el regulador “ley”.

c) A mi entender, la omnipresencia, ubicuidad, la efectividad y escasa transparencia del *Código Informático* -principales características de este regulador- son las que ameritan un cuidadoso y pormenorizado abordaje desde el mundo del Derecho.

En mi opinión, el *Código Informático* es -para decirlo con palabras de Lorenzetti- una de las mas relevantes “*problematicidades específicas*” que hoy nos presenta el mundo digital. Es por eso que la parte central de este trabajo se ocupa de estudiar el impacto que dicho regulador tiene en las libertades básicas del individuo; para intentar descifrar si sus particulares características pueden vulnerar determinados derechos y garantías individuales que a diario ejercitamos en el mundo real.

d) En última instancia, y al intentar resolver la problemática de las restricciones que el regulador *Código Informático* está en condiciones de imponer a las libertades individuales, es necesario preguntarnos: ¿existen herramientas jurídicas que nos permiten hoy en día abordar ese problema? En su caso, ¿son suficientes o es necesario pensar en nuevos instrumentos legales?

Básicamente, son esas las respuestas que seguidamente intentaré desentrañar, para más adelante estar en condiciones de formular las tesis definitivas de este trabajo.

## ***II.- Los sistemas complejos o expertos***

Tal como se ha señalado anteriormente, una de las características más relevantes de las sociedades actuales está dada por la omnipresencia de dispositivos electrónicos y sistemas informáticos que procesan información y que tienen la aptitud de interconectarse a través de redes de comunicaciones.

Desde mi punto de vista, esta circunstancia –que ha causado un profundo impacto en todas las actividades humanas que se relacionan directa o indirectamente con información- debe ser contextualizada dentro de una problemática más amplia y general: la organización social y los *sistemas complejos o expertos*.

En efecto, la organización de las sociedades modernas se estructura sobre el funcionamiento de dichos sistemas expertos, y frente a ello resulta necesario estudiar detenidamente los aspectos jurídicos de esta interacción entre el individuo y dichos sistemas.

Siguiendo a Anthony Giddens, Lorenzetti califica a los sistemas expertos como “...sistemas de logros técnicos o de experiencia profesional que organizan grandes áreas de entorno material y social en el que vivimos”, brindando los siguientes ejemplos:

[...] al subir a un avión no revisamos los controles del aeropuerto ni la capacidad del piloto; al contratar por Internet no hacemos una indagación sobre la solvencia del oferente, del servidor, el funcionamiento de las claves, el sistemas de seguridad de las transacciones, [...] Los alimentos son herméticos en términos de conocimientos de su proceso interno de elaboración, y aumentan su complejidad, surgiendo los alimentos funcionales, es decir mediante alianzas con el sector farmacéutico, pretenden suministrar curación. Los Bancos, El seguro, el Poder Judicial, el Turismo, el Transporte, la Informática, la Prensa, comienzan a escribirse con mayúscula porque adquieren un grado de institucionalización cada vez mayor y con ello se configuran como partes



auto organizadas, con conocimientos y procedimientos específicos, cada vez más inalcanzables.<sup>207</sup>

En ese mismo orden de ideas, el prestigioso jurista argentino señala que, en una economía global, la organización económico-social tiende a configurarse como “sistema experto” en numerosas áreas, presentando entonces un supuesto de magnitud considerable y relevante:

El viaje en avión, el turismo, los servicios informáticos, los bancarios, los clubes de campo, el seguro, la jubilación, los parques de diversiones, los shopping centers, las prestaciones de salud, presentan características similares en el plano organizacional: a) son sistemas, ya que el individuo no se relaciona con otro individuo, sino un sistema de individuos; b) son expertos ya que presentan características tecnológicas inescrutables, y el individuo sólo se relaciona con su presentación externa y simplificada.

### **III.- Dispositivos electrónicos y sistemas informáticos**

Son numerosos los ejemplos de la vida cotidiana que ponen en evidencia de qué manera muchas actividades diarias comienzan a realizarse utilizando dispositivos electrónicos. No hay nada de malo en ello, pero es necesario advertir que las conductas de los individuos comienzan a desplegarse en un entorno diferente, y el Derecho –como venimos viendo- no puede permanecer ajeno a ello.

En efecto, hoy en día retiramos dinero en efectivo utilizando un cajero automático y es cada vez menos frecuente interactuar con el tradicional “cajero humano” que anteriormente nos atendía en la caja del banco; también pagamos nuestros bienes y servicios utilizando tarjetas de débito y crédito<sup>208</sup> sin recurrir a los clásicos billetes de papel y utilizamos

---

<sup>207</sup> LORENZETTI, Ricardo; *La oferta como apariencia y la aceptación basada en la confianza*, L.L 2000-D-1155.

<sup>208</sup> Desde hace un tiempo, las principales instituciones bancarias y financieras de la República Argentina comenzaron a fomentar la utilización de tarjetas de débito y crédito ofreciendo importantes descuentos y la posibilidad de pago en cuotas. Estas estrategias implementadas por el *sistema experto económico* hicieron caer el clásico –y lógico- principio según el cual el mejor precio por un producto se obtenía a partir del pago de contado y con dinero efectivo. No interesa aquí profundizar sobre tales cuestiones, pero sí cabe señalar aunque sea al pasar, que en la mayor parte de los casos el consumidor medio –sea por la escasa información que se le brinda o por la complejidad con que se diseñan tales estrategias- nunca alcanza a comprender totalmente los detalles y la *letra chica* sobre el funcionamiento de estas “promociones” que brinda el sistema económico. Lo que sí resulta

dispositivos equipados con sistemas GPS, sea para guiar nuestro automóvil o para medir la distancia que recorreremos cuando salimos a realizar alguna actividad deportiva.

La comunicación entre seres humanos va dejando de ser presencial o por telefonía fija como era en el pasado, y es paulatinamente reemplazada por otras tecnologías: el correo electrónico, los servicios de Chat, la telefonía celular, los SMS, la telefonía IP y redes sociales. La mayor cantidad de noticias que leemos las tomamos de los periódicos digitales que abundan en Internet.

Las actividades humanas que se han mencionado –que no son las únicas pero sí pueden resultar claro ejemplos de las problemáticas que se plantean en esta tesis- poseen un denominador común: en ellas se utilizan dispositivos electrónicos, sistemas informáticos y redes telemáticas; todo lo cual conlleva numerosas ventajas y comodidades –es cierto- pero también trae aparejados profundos cambios en las conductas de los individuos.

En el ámbito de la Informática –una de las áreas de mayor importancia que integran las denominadas Tecnologías de la Información-, es posible encontrar diversos bienes y servicios informáticos; categoría dentro de la cual se incluyen los principales productos y actividades de los que se ocupa dicho sector, a saber: hardware, software, *firmware*<sup>209</sup>, bases de datos y servicios informáticos.

Ante la irrupción y masificación de estas herramientas, resulta indispensable determinar cuál es la naturaleza jurídica de cada una de ellas y qué clase de protección le otorga el ordenamiento jurídico.

A tales fines, habrá que tener en cuenta que, normalmente, tales elementos no se presentan aislados sino que forman parte de un todo,

---

evidente es que estas publicidades que invaden al consumidor son altamente efectivas y, en la mayoría de los casos, logran su objetivo principal: que el consumidor se decida rápidamente y concrete la adquisición del bien o la contratación del servicio ofrecido.

<sup>209</sup> Se denomina *firmware* a los microprogramas alojados en un chip, y se los considera una “...unidad indisoluble”, motivo por el cual su adquisición se rige por las normas de la compraventa” (PARELLADA, Carlos; *Contratos Informáticos*, Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 18, Rubinzal-Culzoni Editores, pág. 189).

denominado *sistema informático*<sup>210</sup>; y que este último es una combinación de elementos materiales e inmateriales, particularidad que presenta algunas dificultades al jurista.

#### **IV.- El software**

El elemento inmaterial que integra el sistema se denomina software, y puede ser conceptualizado –según la definición que brinda la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual- como “un conjunto de instrucciones que, una vez traspuesta sobre un soporte descifrado por una máquina, pueden indicar, hacer cumplir, o hacer obtener una función, una tarea o un resultado particular, por una máquina capaz de dar tratamiento a la información”.<sup>211</sup>

Desde la aparición del software –pero fundamentalmente a partir de que el mismo adquirió un valor económico propio, independiente del hardware-, el Derecho se encontró con algunas dificultades a la hora de intentar regularlo, puesto que su particular naturaleza y sus especiales características impedían encuadrarlo dentro de las categorías jurídicas tradicionales.

Sintéticamente, puede decirse que las principales cuestiones que se plantean en relación al mismo, tienen que ver con:

- a) la naturaleza jurídica;
- b) su inserción en el sistema de protección de los derechos intelectuales;
- c) las particularidades que presenta en cuanto objeto o medio de la contratación, y –más modernamente-;
- d) su rol como un efectivo regulador de conductas humanas y como herramienta de control.

---

<sup>210</sup> Un sistema informático, está formado por una estructura compuesta por diversos elementos materiales e inmateriales que se combinan e interactúan entre sí, con el objeto de obtener un resultado.

<sup>211</sup> JUANES, Norma; *La comercialización de programas de computación o software*, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Tomo 2003-3, Compraventa I, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2004, pág. 111. Sin esa combinación de comandos e instrucciones, el elemento material del sistema (hardware) es prácticamente inútil.

En el marco del presente trabajo de tesis, me ocuparé de este último aspecto, dado que es el de mayor interés en la problemática que aquí se investiga. En relación a las temáticas de los puntos a), b) y c) me remito a las consideraciones efectuadas en el marco de una investigación que he realizado anteriormente.<sup>212</sup>

Sin perjuicio de ello, y en mérito a la importancia y actualidad de algunas de esas problemáticas (específicamente las referidas a la protección de los derechos intelectuales) resulta oportuno reseñar –en la sección siguiente- algunos de los aspectos abordados en el mencionado trabajo, y aprovechar la oportunidad para actualizarlo con citas de diversas iniciativas legislativas y precedentes jurisprudenciales que tuvieron lugar recientemente; para luego desarrollar el tema central de este capítulo en la Sección III.

---

<sup>212</sup> FUMIS, Federico; *Las tecnologías de la información y su impacto en el Derecho Privado*; trabajo monográfico de investigación presentado en el módulo “Derecho Privado” del cursado de la carrera de Doctorado de la Universidad Nacional del Litoral.

SECCIÓN II  
LA PROTECCIÓN DE DERECHOS  
INTELECTUALES EN EL MUNDO DIGITAL

**I.- Los bienes inmateriales**

**I.a) Introducción: la nueva economía y los medios de comunicación**

En el marco de los profundos cambios que experimentan las sociedades modernas, el conocimiento en general, y en particular el conocimiento científico y tecnológico, han pasado a ser factores de singular importancia.

En ese orden de ideas, resulta pertinente citar la obra de Andre-Yves Portnoff y Thierry Gaudin, titulada “*La revolution de l’intelligence*”, cuya esencia –al decir de Eitel Lauría– puede sintetizarse en las siguientes afirmaciones: la materia prima estratégica es, de ahora en adelante, la materia gris; la sociedad de reproducción del pasado está siendo reemplazada por la sociedad de creación; la desmaterialización de la técnica transfigura la producción y el poder; y el porvenir depende de la educación y de las inversiones intelectuales más que del capital.<sup>213</sup>

Todo ello evidencia que el poderío estratégico o económico de un gobierno o empresa ya no se apoya en los bienes materiales, puesto que son los de naturaleza inmaterial los que juegan un rol trascendente y adquieren un valor predominante. Las industrias y las formas de hacer negocios comienzan a reconfigurarse, y resulta importante determinar el rol que ha de desempeñar el Derecho frente a este cambio histórico.

Según algunos autores, estamos en presencia de una *nueva economía* -que podría denominarse *economía digital*- la cual surge, principalmente, de la convergencia de distintos sectores que antes trabajaban y se desarrollaban en forma independiente: por un lado, la industria de la computación (computadoras, software y servicios); y por otro las comunicaciones (telefonía, cable, satélite) y los contenidos (entretenimientos, editoriales y proveedores de información). Esta

---

<sup>213</sup> LAURÍA, Eitel H.; *ob. cit.*, pág. 209.

convergencia ha dado lugar a una nueva industria multimedia que se expande a nivel mundial.

El desarrollo de las Tecnologías de la Información cambió radicalmente las formas de comunicación e interacción de los seres humanos, y a partir de allí, la *información digital* comenzó a adquirir un significativo valor económico y estratégico; surgiendo de ese modo un verdadero “mercado de la información”.

Ello causó un gran impacto en el área de los medios masivos de comunicación, los cuales comenzaron a replantearse sus estrategias, modos de trabajo y estructuras de organización.<sup>214</sup>

Es que –como claramente lo señala Carlos Fayt- la influencia de los medios sobre los comportamientos individuales y los sentimientos de la gente convirtió al mercado de la información en “codiciada presa”; circunstancia ésta que explica

[...] las fusiones y alianzas estratégicas entre las grandes editoriales, las cadenas de televisión y las megaempresas de inversión, con el fin de controlar los medios gráficos y las telecomunicaciones, tanto por su condición de negocio estratégico en expansión cuanto por el poder que confiere influir en la opinión pública y ejercer el dominio de los sentimientos de la gente.<sup>215</sup>

Pero dentro de ese contexto, también cabe tener presente que Internet amenaza seriamente el poder de los tradicionales medios masivos de comunicación:

Con los antiguos modos de producción, tanto capitalista como socialista, la comunicación de masas era controlada por un grupo de operadores. Era fácil para los propietarios de los medios de comunicación, que podían ser magnates de la prensa o gobiernos, elaborar políticas de control de éstos, incluso de su contenido, en distintas etapas de la

---

<sup>214</sup> KOHUT, John; *Tecnología y libertades*, disponible en: [http://www.unesco.org/courier/2000\\_02/sp/dossier/txt01.htm](http://www.unesco.org/courier/2000_02/sp/dossier/txt01.htm).

<sup>215</sup> FAYT, Carlos; *La Corte Suprema y sus 198 Sentencias sobre comunicación y Periodismo. Estrategias de la Prensa ante el riesgo de extinción*, Ed. La Ley, Bs. As. 2001, pág. 31.

producción. Hoy ese tipo de control directo por los propietarios resulta mucho más difícil.<sup>216</sup>

En ese orden de ideas, y a título ejemplificativo, es necesario recordar que las Tecnologías de la Información –especialmente las redes sociales (vgr. Twitter, Facebook) y los blogs- tuvieron un rol central en las recientes movilizaciones sociales contra regímenes políticos totalitarios que tuvieron lugar en diversos lugares del mundo (vgr. Egipto, Siria y otros países de Medio Oriente).<sup>217</sup>

### ***I.b) El derecho y los bienes inmateriales***

En este nuevo escenario económico, las innovaciones tienen un rol fundamental y los principales protagonistas son los bienes inmateriales; razón por la cual es necesario establecer los alcances de los derechos de propiedad intelectual, determinando en qué medida y hasta qué punto el Derecho debe otorgar protección legal a dichos bienes.

El fenómeno de la globalización e integración económica a escala mundial, la revolución científico-tecnológica, y especialmente el auge de las Tecnologías de la Información, han determinado la necesidad de repensar los alcances del derecho de la propiedad industrial e intelectual.

Las tecnologías digitales reducen drásticamente los costos de producción y distribución de información; los bienes inmateriales de la era digital están formados por bits, lo que facilita la posibilidad de su reproducción y difusión de modo rápido y sencillo, todo ello sin degradar la calidad de los originales.

La economía tradicional fue conformando a lo largo del tiempo los principios que hoy conocemos en materia de propiedad intelectual; pero ante el advenimiento de la *economía digital* resulta imprescindible repensar un sistema de protección de derechos intelectuales en donde la posibilidad de realizar copias estaba limitada a unas pocas personas, que tenían los

---

<sup>216</sup> KOHUT, John; *ob. cit.*

<sup>217</sup> Fueron las manifestaciones de jóvenes convocados por las redes sociales las que terminaron con el poder de Hosni Mubarak en Egipto, a pesar de los esfuerzos gubernamentales que se efectuaron para intentar bloquear las tecnologías que permitían el intercambio de mensajes.

conocimientos y los medios necesarios para llevarlas a cabo: ¿alcanzará con adaptar la normativa existente o será necesario rediseñar las normas y principios jurídicos que rigen los derechos de propiedad intelectual?, ¿cómo se resolverán las tensiones entre principios y valores de similar jerarquía que se presentan en el ámbito de los derechos intelectuales?

Desde esa perspectiva, no resulta exagerado afirmar –siguiendo a Carlos Correa- que “La eventual actualización del derecho de autor para absorber los cambios derivados de la tecnología digital es una de las tareas principales que hoy se enfrenta en el plano nacional e internacional”.<sup>218</sup>

## ***II.- Tensiones políticas y jurídicas entre apropiación /liberación de obras intelectuales en el contexto del mercado digital***

Una de las problemáticas que con mayor fuerza se ha instalado últimamente en el mundo de las TIC gira en torno a las tensiones jurídico-políticas que se relacionan con la producción y distribución del valor intelectual. En efecto, existe un interesantísimo debate filosófico-político en cuanto a las modalidades y niveles de protección que una sociedad debe otorgar a las obras intelectuales, discusión que –obviamente- tiene una gran repercusión en el mundo del Derecho.

En el ámbito de la protección de los derechos intelectuales, aparecen en escena valores y principios jurídicos claramente competitivos: por una parte, los creadores de obras intelectuales tienen un legítimo interés en que se les reconozca la autoría de sus producciones y se les garanticen ciertos derechos de naturaleza moral y económica en relación a ellas; y por otra parte la sociedad –si bien reconoce la necesidad de estimular a los creadores- está principalmente interesada en que tales creaciones redunden en beneficio del bien común y se las pueda utilizar razonablemente.

Está claro que los legítimos derechos que protegen a los creadores de obras intelectuales deben ser compatibilizados con otros derechos y libertades, como pueden ser la autonomía individual, el acceso a la cultura,

---

<sup>218</sup> CORREA, Carlos; *Acuerdo TRIPs. Régimen Internacional de la Propiedad Intelectual*, Ed. Ciudad Argentina, Bs. As., 1996, pág. 83.



la libertad de información y la eventual existencia de bienes intelectuales comunes; entre otros.

Como nos enseña Ariel Vercelli:

Las diferentes formas de gestión del valor intelectual y, específicamente, las regulaciones de derecho de autor y derecho de copia se encuentran atravesadas por profundas tensiones entre la apropiación y liberación de las obras intelectuales. A partir de estas tensiones, las regulaciones de derecho de autor y derecho de copia están adquiriendo una relevancia Jurídicopolítica jamás imaginada hasta hace pocos años. La clave de estas tensiones por la apropiación o liberación de los bienes intelectuales comunes pasa, una vez más, por las formas de gestión de estos bienes.<sup>219</sup>

En un interesantísimo trabajo en el que analiza las tensiones existentes entre los derechos de autor y los derechos culturales y el derecho a la educación en entornos mediados por las Tecnologías de la Información y la Comunicación, Beatriz Busaniche hace hincapié en las diferentes ópticas desde las cuales puede abordarse tal problemática:

Es evidente que el derecho de autor entendido desde una perspectiva de Derechos Humanos es diferente del enfoque que se asigna al tema desde los intereses económicos en la materia, en particular, desde la perspectiva abordada por organizaciones internacionales como la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual y la Organización Mundial del Comercio.<sup>220</sup>

## ***II.a) Expansión y fortalecimiento de los Derechos de Propiedad Intelectual***

En el ámbito internacional, es posible observar distintas iniciativas que buscan producir un cambio de paradigma en materia de protección de Derechos de Propiedad Intelectual. Se impulsan grandes reformas y las leyes de propiedad intelectual se van transformando, todo ello en sintonía con los cambios en las tendencias de la tecnología y el mercado.

---

<sup>219</sup> VERCELLI, Ariel; *Repensando lo bienes...., cit.*, pág. 13.

<sup>220</sup> BUSANICHE, Beatriz; *El ejercicio de los derechos culturales en el marco de los monopolios del derecho de autor. Tensiones, normativas y vigencia de estos derechos en la era digital.* Trabajo final del Seminario de Derecho del Arte y la Cultura. Maestría en Propiedad Intelectual. Flacso Argentina, disponible en: <http://www.bea.org.ar/2010/10/el-ejercicio-de-los-derechos-culturales/> .

Entre los principales factores que esgrimen quienes fomentan este proceso, se encuentra la extraordinaria facilidad con que se pueden copiar los productos y servicios digitales y los crecientes costos en investigación y desarrollo (I y D).<sup>221</sup>

Son tan profundos los cambios que se vienen registrando en algunas áreas, que no parece excesivo afirmar que “El actual cambio hacia una economía mundial basada en el conocimiento ha sido motivo de que el derecho y la economía de los derechos de propiedad intelectual cambiaran en los últimos cinco años más que en los últimos dos siglos”.<sup>222</sup>

Básicamente, los nuevos enfoques que se advierten en los regímenes de patentes y de derechos de autor se ven reflejados en tres desarrollos principales:<sup>223</sup>

- a) la expansión de la materia de protección;<sup>224</sup>
- b) la universalización de estándares mínimos de protección;<sup>225</sup> y
- c) el fortalecimiento de los derechos.<sup>226</sup>

---

<sup>221</sup> En tal sentido, se sostiene que muchas obras, productos y servicios de las Tecnologías de la Información exigen grandes inversiones de dinero (software, bases de datos, aplicaciones multimedia, etc.).

<sup>222</sup> ACHSEON y Mc FETRIDGE, 1994, p. 239, citado por Carlos Correa; *Derechos de propiedad intelectual y acceso a las tecnologías de la información en los países en desarrollo* (Lexis N° 0003/000196).

<sup>223</sup> CORREA, Carlos; *Instrumentación del Acuerdo TRIPs en Latinoamérica. Armonización vs. Diferenciación de los sistemas de propiedad intelectual*, Ediciones Ciudad Argentina, Bs. As., 1997, pág. 100.

<sup>224</sup> Una de las características salientes de los procesos de reforma, es que la protección del sistema de propiedad intelectual se extiende a nuevos campos del conocimiento (vgr. productos farmacéuticos, desarrollos químicos y biotecnológicos, programas de computación, bases de datos, etc.). Incluso, se sostiene que existen razones para proteger los denominados *conocimientos tradicionales*, concepto bajo el cual se incluye a “todos aquellos conocimientos, costumbres y creencias (materiales y espirituales) que son transmitidos verbalmente, de generación en generación, en el seno de un pueblo o comunidad” (TOBÓN, Natalia; *Los conocimientos tradicionales como propiedad intelectual en la Comunidad Andina*, Derechos Intelectuales, Tomo 10, Ed. Astrea, Bs. As., 2003, pág. 135 y sig.). Señala asimismo la autora que la protección de estos conocimientos implica un importante desafío jurídico, por las siguientes particularidades: están en el conocimiento público y además se trata de derechos colectivos.

<sup>225</sup> El Acuerdo TRIPs –tal vez el ejemplo más elocuente del surgimiento de un nuevo paradigma en el ámbito de los Derechos de Propiedad Intelectual- buscó incrementar el grado de armonización de los distintos sistemas legales estatales, restringiendo la libertad de acción de los países e imponiéndoles la obligación de adoptar determinadas pautas mínimas de protección en los derechos internos de cada Estado. Este Acuerdo –dice Correa- “...representó un salto conceptual y un gran logro de los grupos industriales estadounidenses que (...) propiciaban vincular los DPI a los temas comerciales (...) con el fin de presionar a los países extranjeros para que adoptaran medidas para una mayor protección de los DPI” (CORREA, Carlos; *Acuerdo TRIPs..., cit.*, pág. 160.).

En el contexto de estos cambios legales que se propician en materia de protección de Derechos Intelectuales, no puede obviarse la mención de dos proyectos de ley presentados en el ámbito del Congreso de los Estados Unidos, que buscaban posibilitar –y hasta obligar- el bloqueo de sitios acusados de violar derechos de propiedad intelectual; todo ello sin necesidad de iniciar proceso judicial alguno.

Los proyectos conocidos como SOPA (*Stop Online Piracy Act*)<sup>227</sup> de la Cámara Baja y PIPA (*PROTECT IP Act -Preventing Real Online Threats to Economic Creativity and Theft of Intellectual Property Act-*) del Senado de los EE.UU. fueron promovidos por las industrias discográficas y los grandes estudios de Hollywood, y tenían por finalidad incrementar el poder del gobierno norteamericano para bloquear el acceso a sitios web bajo sospecha.

Estas iniciativas –al igual que la Ley SINDE en España<sup>228</sup> y HADOPI en Francia<sup>229</sup>- buscan brindar mayores herramientas para intentar controlar las descargas ilegales de obras intelectuales desde sitios de Internet.

Dentro de las numerosas y variadas críticas que recibieron tales proyectos, están las de quienes piensan lisa y llanamente que no tendrían que existir leyes contra las descargas ilegales, y también la de aquellos autores que si bien están de acuerdo en sancionar tales conductas, consideran que tales leyes –en los términos en que estaban planteadas- no eran la manera más adecuada de hacerlo.<sup>230</sup>

---

<sup>226</sup> Los impulsores de las reformas, piden acciones concretas con la finalidad de fortalecer los derechos de propiedad intelectual, bregando –entre otras cosas- por la eliminación de “obstáculos burocráticos” para las solicitudes de patentes, marcas y diseños; y solicitan también la sanción de normas legales que representen un verdadero “estímulo a las inversiones”. Desde estos sectores se afirma la existencia de lagunas, contradicciones y hasta disposiciones inconstitucionales en el sistema de leyes de propiedad industrial e intelectual, y se reclama la adecuación de la legislación a fin de proteger satisfactoriamente las invenciones y creaciones en todos los campos de la tecnología.

<sup>227</sup> El proyecto de ley SOPA (presentado en fecha 26.10.2011) intentaba penalizar a los sitios estadounidenses que “linqueen” sitios web que almacenan versiones gratuitas de películas, libros y otros contenidos que estén bajo copyright en los EE.UU.

<sup>228</sup> En España la ley SINDE está vigente desde fines de 2011 y prevé el cierre de sitios web que difundan o enlacen sin permiso contenidos protegidos por derechos de autor

<sup>229</sup> La ley francesa HADOPI entró en vigencia en 2009 y permite castigar hasta con un año de desconexión a los internautas que descargan contenidos ilegales.

<sup>230</sup> Los Proyectos SOPA y PIPA recibieron críticas de los grandes sitios de la web (Google, Twitter, Facebook), de diversas ONG y de grupos de activistas; quienes argumentaban que, en caso de ser aprobadas, las leyes habilitarían la censura, puesto que

Es importante tener en cuenta -como acertadamente lo señala Beatriz Busaniche- que si bien estos proyectos de leyes están circunscriptos al territorio de los Estados Unidos de Norteamérica, “SOPA y PIPA nos incumben a todos, por el gran poder que tiene EE.UU. para presionar por leyes similares en otras naciones y porque los servidores de muchos sitios globales, incluida wikipedia en español, están en EE.UU.”.<sup>231</sup>

Finalmente, los proyectos “antipiratería” SOPA-PIPA no llegaron a convertirse en ley debido a que muchos miembros del Congreso de EE.UU. retiraron su apoyo a las propuestas por las numerosas y encendidas críticas que tales iniciativas recibieron desde distintos ámbitos.<sup>232</sup>

Para concluir, cabe destacar que en fecha 04.07.2012 el Parlamento Europeo rechazó el ACTA (del inglés Anti-Counterfeiting Trade Agreement -que puede ser traducido como Acuerdo Comercial Anti-falsificación-), que es un proyecto de acuerdo multilateral nacido en EE.UU. que busca establecer un nuevo marco legal internacional al cual los países pueden adherir voluntariamente.

---

las propuestas estaban redactadas en términos tan vagos que la determinación de quienes serían objeto de investigación dependía de la interpretación que se hiciera de sus artículos. Además, afirmaban que las leyes podrían ser usadas para cerrar por completo sitios web sólo por el hecho de estar sospechados de poseer información fuera de regla.

<sup>231</sup> *Grandes de la web, en un “apagón” contra una ley de EEUU*, edición on line del Diario Clarín, del 18.01.2012, disponible en: [http://www.clarin.com/internet/Grandes-web-apagon-ley-EEUU\\_0\\_629937192.html](http://www.clarin.com/internet/Grandes-web-apagon-ley-EEUU_0_629937192.html). (Beatriz Busaniche es directora de la filial argentina de la Fundación Wikimedia, la organización detrás de Wikipedia).

<sup>232</sup> No obstante, otro proyecto de similar entidad -e igualmente polémico- comenzó posteriormente a gestarse también en el ámbito del Congreso de los EE.UU. La nueva iniciativa (aprobada por la Cámara de Representantes de los EE.UU. en fecha 26.04.2012), denominada CISPA (Cyber Intelligene Sharing and Protection Act) no persigue regular la piratería de contenidos en Internet sino que permite al gobierno americano acceder a información personal de sus usuarios. Contempla, entre otras cosas, las siguientes situaciones: (a) faculta a los proveedores de servicios de Internet (ISP) a monitorear la información de aquellos usuarios que consideren sospechosos de una acción delictiva sin una orden judicial previa; (b) le permite a la Agencia de Seguridad Nacional (NSA) solicitar a los ISP cualquier información a la que tengan acceso respecto de un internauta que contenga un contacto, dentro de su directorio de correo electrónico, sospechoso de alguna acción de terrorismo y (c) faculta a las dependencias del gobierno americano a compartir datos personales de usuarios de compañías proveedoras de servicios on line no obstante cualquier otra previsión legal en contrario (*Se abre un nuevo debate sobre la privacidad en Internet*, por Fernando Tomeo, Edición on line del Diario La Nación de fecha 04.05.2012, disponible en <http://www.lanacion.com.ar/1470069-se-abre-un-nuevo-debate-sobre-la-privacidad-en-internet>).

## ***II.b) El movimiento del Software Libre***

En franca contraposición con la postura de quienes se enrolan en la corriente de pensamiento antes mencionada; encontramos a los partidarios del movimiento del Software Libre.

En relación a ello, cabe señalar que, en los últimos tiempos, comenzaron a gestarse distintos movimientos sociales que luchan contra los abusos y la radicalización de los sistemas de patentes y copyright. Estos movimientos buscan generar conciencia crítica sobre los esquemas jurídicos y técnicos que regulan los bienes intelectuales; y se oponen fervientemente a las nuevas tendencias que propician expandir y fortalecer aún más los clásicos derechos de propiedad intelectual.

Sintéticamente, y sólo con el propósito de reseñar las bases sobre las que se asienta este movimiento, corresponde recordar que en los orígenes de la informática, cuando el software no había adquirido la autonomía que hoy tiene respecto del hardware, los fabricantes de computadoras entregaban los programas de computación a los usuarios para que las máquinas pudieran ser usadas.

En esa época, era habitual observar que los desarrolladores y los usuarios compartían el software libremente; fue recién en una etapa posterior –aproximadamente a partir de 1980- cuando las computadoras comenzaron a utilizar sistemas operativos que impedían la realización de modificaciones por parte de los usuarios.

Cuenta la historia que un buen día, el programador estadounidense Richard Stallman<sup>233</sup>, al intentar solucionar los defectos que presentaba una impresora, solicitó a los fabricantes el código fuente de la misma, quienes no accedieron a su pedido.

Luego, en el año 1984, Stallman comenzó a trabajar en el proyecto GNU, y posteriormente fundó la *Free Software Foundation*; y a partir de allí sentó las bases del movimiento de Software Libre, el que lentamente se fue expandiendo a lo largo y ancho de todo el mundo.

---

<sup>233</sup> Richard Stallman se graduó en la Universidad de Harvard y es mundialmente conocido por haber sido el gestor del proyecto GNU, y luego de ello el impulsor de la Fundación de Software Libre.

En términos generales, se sostiene que un software es “libre” cuando garantiza las siguientes cuatro libertades básicas: **[a]** la de usar el programa con cualquier finalidad; **[b]** la de estudiar cómo funciona el programa, modificarlo y adaptarlo; **[c]** la de distribuir copias del mismo, y **[d]** la libertad de mejorar el programa y publicar esas mejoras.

Contrariamente, se denomina software no libre –o software privativo- a aquellos programas informáticos en los que el usuario tiene determinadas limitaciones para usarlo, modificarlo o redistribuirlo (esto último con o sin modificaciones).

En general, las leyes sobre propiedad intelectual (copyright, derecho de autor) reservan la mayoría de los derechos de modificar, copiar y distribuir la obra para su dueño.

Así, la persona física o jurídica que posee los derechos de autor sobre un software tiene la posibilidad de controlar y restringir los derechos del usuario sobre un programa. Normalmente, el usuario del software privativo sólo tiene derecho a ejecutarlo bajo ciertas condiciones, comúnmente fijadas por el proveedor, a partir de las cuales se le restringen una o algunas de las cuatro libertades que antes se han mencionado.<sup>234</sup>

Además el código del software está oculto, los usuarios no pueden acceder al mismo, no lo pueden inspeccionar; todo lo cual impide descubrir sus defectos, vulnerabilidades, fallos de seguridad, etc.; de modo que el usuario se encuentra en una clara situación de dependencia tecnológica respecto del proveedor.

### ***III.- Situación legal en Argentina***

En primer término, resulta preciso destacar que –según la tradicional clasificación que se hace en nuestro sistema jurídico-, los Derechos Intelectuales pueden ser divididos en dos grandes ramas: los derechos de propiedad industrial y los derechos de autor:

---

<sup>234</sup> El uso, redistribución o modificación está prohibida o requiere autorización.

- *Propiedad industrial*: bajo esta denominación normalmente se engloba a las patentes<sup>235</sup>, las marcas, las denominaciones de origen, las indicaciones geográficas<sup>236</sup>, los diseños y secretos industriales, las obtenciones vegetales y la transferencia de tecnología.

- *Derechos de autor*: a través de los mismos se protegen diferentes tipos de obras intelectuales. Se entiende por obra intelectual “...toda producción científica, literaria, artística o didáctica, sea cual fuere el procedimiento de reproducción” (art. 1, ley 11.723).<sup>237</sup>

Sentado ello, corresponde indicar que el artículo 17 de la Constitución Nacional, dispone que todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerda la ley; pero no debemos olvidar que el artículo 14 también establece que todos los derechos constitucionales deben ser gozados de conformidad a las leyes que reglamentan su ejercicio.

Es por ello que, dentro del sistema constitucional argentino, el artículo 17 no consagra una protección absoluta sino que traza el perfil de un derecho constitucional, cuyos contornos específicos deben ser definidos por la legislación infraconstitucional. Así lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación en un antiguo precedente<sup>238</sup> que –aún cuando refería a

---

<sup>235</sup> Al igual que en el ámbito internacional, también en el régimen de patentes argentino se han producido importantes modificaciones en los últimos tiempos. En tal sentido, cabe indicar que -luego de un largo proceso- se derogó la vieja ley 111 que databa del año 1864; dicho proceso –caracterizado por sucesivas reformas- se inició con la sanción de la ley 24.425 (B.O. 5/1/95) y concluyó con el dictado del decreto 260/96 (B.O., 22/3/96) en el cual se encuentra incluido el texto ordenado de la ley 24.481 de patentes de invención y modelos de utilidad -modificada por la ley 24.572- y la reglamentación propiamente dicha.

<sup>236</sup> Las indicaciones geográficas se protegen como propiedad industrial, y están destinadas a identificar productos originarios de una región, cuando determinada calidad, reputación u otra característica del producto sea imputable fundamentalmente a su origen geográfico.

<sup>237</sup> La legislación sobre derechos de autor –ley 11.723, del año 1933- sufrió varias modificaciones a lo largo de su historia. Entre las últimas reformas, cabe destacar las introducidas por la ley 25.036, sancionada por el Congreso Nacional el 14 de octubre de 1998 y publicada en el Boletín Oficial el 11 de noviembre del mismo año; ley que –además de otras modificaciones- incorporó expresamente a los programas de computación y a las compilaciones de datos, dentro del elenco de obras protegidas por el derecho de autor (vid. art. 1, ley 11.723). La sanción de la norma respondió, por un lado, a la necesidad de dar cumplimiento a las obligaciones asumidas en virtud del Acuerdo TRIPs; y por otro, a la conveniencia de definir una problemática que había generado discusiones doctrinarias y la aparición de jurisprudencia contradictoria.

<sup>238</sup> “*American Cyanamid Company c. Unifa S.A. Química e Industrial s/ usurpación de patente de invención*” (C.S.J.N., fallo del 21.12.1971).

la vieja ley de patentes 111 y se discutía sobre la patentabilidad de los productos farmacéuticos- no puede ser soslayado

Sostuvo allí nuestro máximo Tribunal que

[...] en cuanto a la tardía alegación por la actora de la inconstitucionalidad del artículo 4° de la ley 111 –que se hallaría en colisión con el artículo 17 de la Ley Suprema, en tanto éste reconoce a todo autor o inventor la propiedad exclusiva de su obra, invento o descubrimiento por el término que acuerda la ley-, carece, a juicio de esta Corte, de suficiente fundamento. Como lo dice el procurador general, es obvio que todos los derechos consagrados por la Constitución son susceptibles de una reglamentación razonable. Y no puede, pues, ser considerada inválida la disposición legal que por motivos de seguridad, moralidad o salubridad pública niega la protección, concedida en términos generales por el artículo 17, a las invenciones que, por una u otra razón, resultan perjudiciales para aquellos altos objetivos del Estado (*Considerando N° 13*).

Destacó además la Corte que

[...] La tesis de la inconstitucionalidad basada en una protección absoluta se muestra, pues, insostenible. Por lo demás, como el procurador general lo dice, si fuese contraria al artículo 17 de la Ley Suprema la prohibición de patentar composiciones fármaco-medicinales, también lo sería –y nadie osa sostenerlo- la de patentar inventos contrarios a las buenas costumbres y a las leyes de la República. (*Considerando N° 14*).

Tales pautas –agregó el Alto Cuerpo-

[...] no se compadecen con el espíritu y la letra de la Constitución, en cuyo Preámbulo ya se encuentran expresiones referidas al bienestar general, objetivo preeminente en el que, por cierto, ha de computarse, con prioridad indiscutible, la preservación de la salud.

En lo que respecta a los programas de computación, cabe destacar que cuando se empezó a debatir cuál era el sistema más adecuado para la protección legal de los mismos, algunos sostenían que correspondía incluirlos dentro de los derechos de propiedad industrial, mientras que



desde otros sectores se consideraba más conveniente otorgarle protección en base a los derechos de autor.<sup>239</sup>

Asimismo, no faltaron quienes -a partir de las dificultades que existían para brindarles protección en base a los sistemas existentes- comenzaron a pensar en la posibilidad de adoptar sistemas de protección específicos, *sui generis*; o bien recurrir a la aplicación de varios tipos de derechos a un mismo objeto.

Por último, cabe consignar que cuando la industria del software adquirió cierto protagonismo en el escenario económico -y luego del impacto provocado por algunas decisiones judiciales<sup>240</sup>-, se comenzó a reclamar un régimen de protección más fuerte, con apoyo en la idea de que la protección del derecho de autor es débil, puesto que protege la *expresión* de una obra, pero no la *idea* en sí misma.

#### **IV.- Legislación y decisiones judiciales**

El desarrollo precedente pone en evidencia que, en el campo de los derechos intelectuales, es lógico que se produzcan colisiones entre valores y principios de idéntica jerarquía, toda vez que entran en juego intereses contrapuestos: por un lado el interés del creador de la obra y por el otro el interés de la sociedad.

Los derechos intelectuales consagran básicamente facultades de “control” sobre el uso de las obras intelectuales, por lo que cabe preguntarse si deben existir límites al poder de quienes detentan ese control.

Bien lo señala Peña, cuando dice que “La teoría legal aún en construcción para la sociedad de la información deberá responder además a

---

<sup>239</sup> La mayoría de la doctrina, se inclinó por la protección de los derechos intelectuales de los creadores de software bajo el régimen legal del Derecho de Autor, y esta preferencia se ha visto plasmada en la mayoría de las legislaciones de los países que sancionaron normas al respecto. En el plano internacional, prevalece el criterio de proteger el software como obra literaria en virtud del Convenio de Berna, tal como lo dispone la Directiva del Consejo de la Unión Europea del 14 de mayo de 1991, sobre protección de los programas de ordenador.

<sup>240</sup> Algunos precedentes jurisprudenciales en los EE.UU. pusieron en alerta a la industria del software. En “*Apple Computer Inc. v. Microsoft*” (24 USPQ2d 1081 –N.D.Cal. 1982-) se rechazó el pedido de la demandante que solicitaba ser indemnizada por haberse violado sus derechos al copiarse una interfaz (especialmente el uso de íconos ) de su programa. Por su parte, en “*Lotus v. Borland*” (49 F.3d 807 –1º Cir 1995-) se resolvió que el menú de instrucciones del programa Lotus no era protegido por el régimen de copyright (MARESCA, Fernando – BENDINI, Federico; *Protección legal del software*, L.L. 2000-D-1191).

preguntas relacionadas con el límite de la propiedad privada frente al dominio público con fines redistributivos de la riqueza inmaterial”.<sup>241</sup>

Entre aquellos que reclaman un excesivo endurecimiento de las leyes de propiedad intelectual, los que sostienen ideas más progresistas como el movimiento del Software Libre y quienes pregonan prácticamente la abolición de los derechos sobre los bienes inmateriales por considerarlos intrínsecamente disvaliosos, existe un gran brecha cuyo vacío debe ser llenado por el derecho.

La legislación y las decisiones judiciales, serán las encargadas de encontrar un punto de equilibrio entre aquellas posiciones.

#### ***IV.a) El legislador***

En el ámbito de la propiedad intelectual –al igual que en otros temas vinculados a las tecnologías digitales, como la protección de datos personales- se advierte la existencia de concepciones y criterios contrapuestos entre la corriente anglosajona y la continental europea.

En lo que respecta al derecho de autor, se observa que el derecho anglosajón parte de un enfoque estrictamente económico, mientras que la concepción europea lo concibe como un derecho de la personalidad, lo que se traduce –por ejemplo- en el reconocimiento de ciertos derechos morales, cuestión que no está comprendida en el marco del copyright anglosajón.

Cada Estado debe definir su política legislativa en torno a este tema, y en base a ella, perfilar las pautas y criterios en los que apoyará su posición en el plano internacional a la hora de suscribir o adherir a convenios internacionales.

Comparto la opinión de Bercovitz, en cuanto a que

[...] la política relacionada con la protección de la propiedad intelectual deberá integrarse dentro del conjunto de la política industrial y comercial. Es decir, que la protección de la propiedad intelectual no puede concebirse ya como algo aislado del resto de la economía, sino

---

<sup>241</sup> PEÑA, Daniel; *El Derecho del Ciberespacio. Fundamentación Tecnológica en el Análisis del Derecho*, disponible en Internet: <http://www.alfa-redi.org/revista/data/38-15.asp>).

como una parte importante del tráfico económico y de las relaciones económicas internacionales.<sup>242</sup>

Teniendo en cuenta esta vinculación entre el sistema de protección de la propiedad intelectual y la política económica, cada país debe evaluar “...qué derechos de propiedad intelectual se está dispuesto a otorgar a cambio de compensaciones en otros ámbitos del comercio o de la economía”.<sup>243</sup>

En ese marco general, resulta imprescindible destacar que desde algunos sectores se han comenzado a efectuar serias advertencias en cuanto a que la propiedad intelectual ya no cumple con sus objetivos iniciales, sino que “...está siendo utilizada para facilitar el control de las grandes compañías sobre la cultura, el arte y la innovación tecnológica”; y que los derechos de autor “...en lugar de incentivar a los verdaderos autores, que apenas se benefician de los mismos, están siendo utilizados para restringir las libertades de los individuos y permitir el mantenimiento del control de las grandes compañías sobre la creación y la distribución de libros, revistas, literatura, música, cine, software y demás”.<sup>244</sup>

#### **IV.b.) Los magistrados**

Como se ha visto, la vertiginosa realidad tecnológica impone al Legislador la difícil tarea de adecuar las leyes a los tiempos que corren. Pero también es necesario remarcar que los nuevos desafíos que se presentan a los operadores jurídicos, no están únicamente referidos a las tareas de elaboración normativa, puesto que el impacto de las nuevas tecnologías también se hace sentir en otras actividades jurídicas, como pueden ser la interpretación, argumentación y aplicación del Derecho.

---

<sup>242</sup> BERCOVITZ, Alberto; *El Derecho de Autor en el Acuerdo TRIPs*, Temas de Derecho Industrial y de la competencia 1. Propiedad Intelectual en el GATT, Ed. Ciudad Argentina, Bs. As. 1997, págs. 46/47.

<sup>243</sup> BERCOVITZ, Alberto; *ibidem*. Puede ocurrir –añade– que dado el diseño de la política de propiedad intelectual no interese resistirse a determinadas presiones sobre ciertos derechos de propiedad intelectual que no tengan suficiente importancia para el desarrollo nacional en sus diversos aspectos, y que pueda interesar por consiguiente utilizarlos como moneda de cambio para obtener ventajas económicas en otros sectores del comercio o de las relaciones económicas internacionales”.

<sup>244</sup> VILLATE, Javier; *La propiedad intelectual en la nueva era digital*, 2001, disponible en: <http://www.cibersociedad.net/archivo/articulo.php?art=40>.

En ese orden de ideas, cabe señalar que -al igual que en otras materias que integran el objeto de estudio del Derecho Informático-, también en el ámbito de la protección de los Derechos Intelectuales en el mundo digital han comenzado a incrementarse notoriamente los conflictos jurídicos que llegan a los estrados judiciales.

Sin perjuicio de que se volverá sobre este punto más adelante, corresponde recordar aquí que la importancia de la interpretación jurídica en estos temas está dada principalmente por dos hechos salientes: en primer lugar, por la ausencia de normas que todavía es posible constatar en muchas de las mencionadas problemáticas; y en segunda instancia, porque aún en caso de contar con tales normas, la mayor parte de los conflictos ponen en pugna valores fundamentales y/o principios jurídicos de idéntica jerarquía, los que deben ser interpretados en cada caso concreto.<sup>245</sup>

En relación a esto último, es dable observar que el “derecho de propiedad” de los titulares de derechos intelectuales se contrapone -muchas veces- con el bien común, el progreso social, el acceso a la educación y otros valores de igual jerarquía consagrados constitucionalmente. Además, suele ocurrir que las partes que representan esos intereses contrapuestos exponen sus argumentos con similar solidez y fuerza de convicción.

En virtud de la trascendencia que adquiere hoy el rol interpretativo del juez, es posible señalar que, en el marco de los complejos desafíos que plantea la tecnología, los magistrados tienen frente a sí una enorme responsabilidad, puesto que deben resolver importantes conflictos que ponen en pugna valores fundamentales y/o principios jurídicos de idéntica jerarquía.

Los casos complejos en general -y en particular los conflictos jurídicos vinculados a nuevas tecnologías- imponen la necesidad de acudir a los principios y valores constitucionales consagrados en la Constitución Nacional<sup>246</sup>; de modo que el juez deberá interpretar, determinar e integrar

---

<sup>245</sup> FUMIS, Federico; *Las tecnologías de la información...cit.*

<sup>246</sup> Además del Preámbulo -el que nos habla de “afianzar la justicia”, “promover el bienestar general” y “asegurar los beneficios de la libertad”-, son numerosas las disposiciones del texto constitucional en las que se hace referencia a ciertos principios, valores públicos y bienes colectivos, entre los cuales cabe mencionar los siguientes:

las normas constitucionales en juego, para posteriormente trasladar el precepto constitucional al caso concreto.<sup>247</sup>

Al igual que lo que viene ocurriendo desde hace un largo tiempo en los países desarrollados, también en nuestro país se incrementaron significativamente las decisiones judiciales relacionadas con la responsabilidad de los “intermediarios de Internet” por violaciones a los derechos de autor<sup>248</sup>; cuestión comenzó a adquirir notoriedad a partir de los precedentes judiciales conocidos como “Taringa” y “Cuevana”.

#### **IV.b.1) El caso “Taringa”**

En primer lugar, y a los fines de realizar una primera aproximación, cabe señalar que Taringa puede ser definido como

[...] un sitio web o plataforma digital que permite a los usuarios compartir contenidos creados en forma directa o enlaces que pueden contener diferentes tipos de archivos, como juegos, videos, noticias y programas, entre otros. Muchas veces, el material o contenido compartido, está protegido por derechos de autor.<sup>249</sup>

La causa jurisdiccional se inició a raíz de la denuncia formulada por autoridades de la firma GRADI S.A. contra los responsables del sitio, argumentando que -en dicho espacio- se ofrecían obras cuyos derechos le pertenecían a dicha empresa y se posibilitaba la reproducción y descarga de los mismos sin autorización.

---

propiedad, prosperidad del país, investigación, aprovechamiento científico y tecnológico, educación, derechos de incidencia colectiva, intimidad, bienestar general, etc.

<sup>247</sup> No debemos olvidar que “...el control de constitucionalidad de las leyes que compete a los jueces, y especialmente a la Corte Suprema, en los casos concretos sometidos a su conocimiento en causa judicial, no se limita a la función en cierta manera negativa, de descalificar una norma por lesionar principios de la Ley Fundamental, sino que se extiende positivamente a la tarea de interpretar las leyes con fecundo y auténtico sentido constitucional, en tanto la letra o el espíritu de aquéllas lo permita” (Fallos, 308:653).

<sup>248</sup> Es posible encontrar precedentes jurisprudenciales similares en distintos lugares del mundo (“Napster”, “Grokster” y “Viacom vs. YouTube” en EE.UU., “KaZaA” en Australia, “The Pirate Bay”, en Suecia, etc.).

<sup>249</sup> TOMEO, Fernando; *Responsabilidad Penal de los administradores de sitios web. El caso Targina!*, LL 2011-C-442. Este mismo autor, en una definición más acotada también lo conceptualiza como “...una comunidad virtual de origen argentino en la cual los usuarios pueden compartir todo tipo de información por medio de mensajes (posts) a través de un sistema colaborativo de interacción”.

El magistrado a cargo de las actuaciones (Expte. N° 48.776/09, del registro del Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción N° 44) imputó concretamente a Alberto Nakayama, Matías y Hernán Botbol -en su carácter de propietarios de la firma “Wiroos SRL”- el hecho de contratar el servicio de hosting del portal web [www.taringa.net](http://www.taringa.net) y ofrecer a usuarios anónimos la posibilidad de compartir y descargar gratuitamente archivos cuyo contenido no estaban autorizados a publicar, facilitando con ello la reproducción ilícita del material publicado.

En primera instancia, los tres imputados fueron procesados en carácter de partícipes necesarios del delito tipificado en el artículo 72 inc. a) de la ley 11.723; y posteriormente la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelación en lo Criminal confirmó dichos procesamientos mediante sendos decisorios de fecha 29.04.2011 y del 07.10.2011.

En el primero de ellos -que confirmó los procesamientos de Matías y Hernán Botbol- sostuvo que:

[...] Los imputados a través de su sitio permitían que se publiciten obras que finalmente eran reproducidas sin consentimiento de sus titulares [...] Si bien ello ocurría a través de la remisión a otro espacio de Internet, lo cierto es que justamente tal posibilidad la brindaba su servicio.

Han reconocido tanto en la audiencia como en sus escritos y además surge de la causa, que son los administradores de la página, debiendo responder en tal sentido.

Adviértase que si bien los autores del hecho finalmente serían aquellos que subieron la obra al website y los que "la bajan", lo cierto es que el encuentro de ambos obedece a la utilización de la página Taringa, siendo sus responsables al menos partícipes necesarios de la maniobra y además claros conocedores de su ilicitud [...]

Por su parte, en el segundo decisorio -que confirmó la imputación contra Alberto Nakayama- entendió la Alzada que:

[...] Se ha acreditado prima facie que Alberto Nakayama es titular junto a los hermanos Matías y Hernán Botbol del sitio “www.taringa.net” [...] y que permitían que se publicaran obras que eran reproducidas sin el consentimiento de sus titulares [...] Si bien ello ocurría mediante la

remisión a otro espacio de Internet, lo cierto es que no era posible si no se hacía a través de “Taringa”.

Se invocó como estándar internacional una “Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión en Internet” [...] que propone deslindar de responsabilidad a los intermediarios de sus servicios por los contenidos generados por terceros que se difundan a través de ellos. Sin embargo, esa manifestación no fue suscripta por la Argentina, ni tampoco sus parámetros han sido receptados por la legislación interna por lo que, de momento, no pueden ser aplicados al sub examine.

Más allá de que los links desde los cuales se habrían descargado las obras reproducidas ilegalmente (rapidshare.com, 4shared.com y mediafire.com) están ubicados fuera de nuestro país, lo cierto es que los servidores del dominio “taringa.net” desde donde se ofrecía su descarga (kui.wiroos.com.ar y lanark.wiroos.com) y cuyos titulares serían los imputados, registran domicilio en la República Argentina [...]. Sin perjuicio de ello, los efectos del delito se habrían producido en el territorio nacional, por lo que en virtud del principio de ubicuidad previsto en el artículo 1° del Código Penal es procedente la aplicación de la ley penal argentina.

La imputación formulada por el a quo no sólo se construyó a partir de un tipo omisivo, el que es arduamente criticado por el apelante, sino también sobre una acción comisiva, consistente en facilitar los medios para que los usuarios pudieran compartir y descargar gratuitamente archivos que contenían obras sin las respectivas autorizaciones de sus autores. Este extremo es reconocido por el propio impugnante.

El agravio relacionado a que no se determinó que efectivamente alguna persona hubiera “descargado” los archivos que contenían las publicaciones ilegales no prosperará, pues se comprobó que las obras fueron reproducidas indebidamente al “colgarlas” en una página web sin los permisos pertinentes, por los usuarios cuyos nicknames surgen a fs. 7 y a la cual “Taringa” re-direccionaba la búsqueda de terceros no identificados.

Resulta importante destacar que, en ambos decisorios, la Cámara señaló expresamente que algunos agravios expuestos por las defensas técnicas de los procesados eran susceptibles de ser debatidos “...en una

eventual etapa de debate, a la luz de los principios de oralidad e intermediación”; lo cual evidencia que aún resta esperar el resultado del plenario y, eventualmente, el arribo de la causa a instancias superiores.

#### ***IV.b.2) El caso “Cuevana”***

En cuanto al sitio web [www.cuevana.tv](http://www.cuevana.tv) –que básicamente se caracteriza por facilitar la reproducción *on line* de contenidos audiovisuales–, cabe señalar que el mismo también fue llevado a la justicia por no respetar los derechos de autor, aunque en este caso la empresa demandante optó por interponer una acción de naturaleza civil a fin de bloquear el acceso de los usuarios a los recursos que ofrecía el sitio.

La causa jurisdiccional, caratulada *“Imagen Satelital S.A. c/ Quien resulte responsable del sitio web cuevana s/medidas precautorias”* (tramitada por ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 1), se inició a raíz de la demanda presentada por la actora, quien invocando los derechos que le correspondían en relación a las series televisivas “Bric”, “Falling Skies” y “26 personas para salvar el mundo” solicitó el dictado de una medida cautelar para evitar la reproducción y descarga de las mismas a través del mencionado sitio web.

Accediendo a la solicitud formulada, el Juzgado dispuso:

Ordenar a las empresas proveedoras de servicios de acceso a Internet (ISP) identificadas en la lista aportada por la actora, que, en forma inmediata, procedan a bloquear el acceso de cualquier usuario de Internet a los recursos del sitio Web conocido como Cuevana, en tanto lo por ellos requerido sea la reproducción o comunicación de las obras audiovisuales “Falling Skies”, “Bric” y “26 personas para salvar el mundo”, ello bajo apercibimiento de imponerles una multa de pesos un mil (\$ 1000) diarios, en caso de incumplimiento, así como de considerar a sus responsables incurso en delito de desobediencia, formulando la denuncia pertinente (art. 177 del Código Procesal Penal de la Nación).

Si bien el fallo está fundado en diversas normas de fuente constitucional y legal que tutelan la propiedad intelectual (vgr. arts. 17 CN, arts. 79 y 13 ley 11.723); no puede pasarse por alto que, en la problemática



objeto de controversia, también se encuentran involucrados otros derechos de similar jerarquía (como ser, la privacidad de los usuarios, la libertad de empresa de los PSI, el principio de neutralidad de Internet, etc.).

En tal sentido, resulta necesario remarcar que la resolución adoptada ha sido criticada por la doctrina especializada, señalándose que

[...] un precedente como el caso “Cuevana” puede ser de lo más peligroso para la privacidad de los usuarios y el secreto de las comunicaciones, así como podría ser utilizado para violar otros tantos derechos amparados por nuestra Carga Magna, todo lo cual permite concluir que no es acorde a derecho.

Asimismo, cabe concluir que en este tipo de causas los aspectos técnico-informáticos son tan importantes como los técnico-jurídicos, razón por la cual resulta evidente que ambos deben ser tenidos en cuenta en las resoluciones judiciales. Incluso cuando las intenciones son buenas y justas, dejar de lado alguno de estos aspectos puede ser la razón para obtener una resolución injusta.

La neutralidad de la red de redes es un tema que merece ser tenido en cuenta en este tipo de sentencias así como para el dictado de leyes, como modo de evitar tanto violaciones de derechos o para proteger a Internet de algunas ambiciones (sobre todo de empresas privadas) que podrían lograr que ésta deje de ser ese medio democrático tan especial y acabe siendo un medio más, gobernado por algunos monopolios.<sup>250</sup>

#### ***V.- A modo de síntesis***

Los desafíos que anteriormente se han reseñado, ponen al Legislador y al Juez frente a un arduo problema, puesto que deben conciliar, compatibilizar y equilibrar los intereses, valores y principios en juego, a cuyos efectos deberán tener en cuenta –entre otros puntos- los siguientes:

- la sociedad se beneficia frente al aporte intelectual que realizan los creadores a través de sus obras;
- los creadores tienen derecho a que se les reconozca la autoría de sus obras y ciertos derechos económicos en relación a ellas;

---

<sup>250</sup> GINI, Santiago Luis; *La neutralidad de Internet*, La Ley, diario del 20.12.2011.

- el aporte de los creadores favorece el progreso de la ciencia, la cultura, el conocimiento y -en general- el bienestar social;
- la sociedad debería recompensar adecuadamente a los autores e inventores, para no desalentar la producción de sus creaciones intelectuales;
- a través de la naturaleza y alcance de las “recompensas e incentivos”, se debería evitar que los derechos se conviertan en irrazonables trabas para el nacimiento y desarrollo de otras creaciones intelectuales, el desarrollo de la cultura y el derecho a la educación.

A la luz de las consideraciones precedentes, es posible afirmar que en el desarrollo de la sociedad de la información, resultará extremadamente importante encontrar un punto de equilibrio en el ámbito de la protección de la propiedad intelectual.

Este “delicado equilibrio” entre las legítimas expectativas de los creadores y los intereses de la sociedad, no puede quedar –a mi juicio- en manos privadas o a merced de las reglas del mercado, sino que debe surgir a partir de las definiciones políticas que se adopten en la órbita del Poder Legislativo y de la razonable interpretación judicial de los valores públicos y los bienes colectivos que nuestra norma fundamental consagra; entre ellos la noción de “bienestar general”, el “bien común”, la “prosperidad”, el “progreso” y tantos otros que adquieren significativa relevancia en el marco de cuestiones interpretativas complejas como la que aquí se viene desarrollando.

SECCIÓN III  
EL PODER REGULADOR DEL CÓDIGO INFORMÁTICO  
EN LOS ENTORNOS DIGITALES

***I.- Introducción***

En suma, y como corolario de lo antedicho, cabe concluir que los sistemas expertos –como género- y los sistemas informáticos y telemáticos – como especie de aquellos- tienen un fuerte impacto en las actividades humanas; lo cual evidencia que el individuo de las sociedades de las ciencias y las técnicas está fuertemente condicionado e influenciado por el diseño de tales sistemas. Tal circunstancia –vale reiterarlo- amerita un detenido análisis de las consecuencias jurídicas que puede traer aparejadas.

Concretamente, el punto medular de este trabajo consistirá en intentar demostrar el poder regulador del *Código Informático* que configura los nuevos entornos virtuales; tratando de comprobar la situación de especial vulnerabilidad en que se encuentran quienes se desenvuelven en dichos entornos. Desde esa perspectiva, se buscará proponer algunas herramientas jurídicas para evitar la posibilidad de que se conculquen determinadas libertades individuales.

A continuación intentaré describir –tomando ejemplos concretos de la realidad social- la situación problemática que este trabajo se ha propuesto abordar. Persiguiendo tal objetivo, haré referencia a los principales dispositivos electrónicos y sistemas informáticos que los individuos utilizan hoy en día en las distintas actividades de su vida cotidiana; con el propósito de demostrar de qué modo las relaciones entre el ser humano y los sistemas; y los vínculos entre seres humanos, entre el ser humano y las organizaciones sociales (Estado, empresas, etc.) se encuentran fuertemente condicionados por el diseño y la configuración de tales dispositivos.

Estos ejemplos servirán para comprender de qué modo tales dispositivos digitales y sistemas informáticos fueron generados un “entorno virtual” del cual el individuo moderno no puede abstraerse, puesto que necesariamente debe recorrerlo, visitarlo, trabajar en él, utilizarlo para comunicarse, informarse, comprar, vender, divertirse, relajarse, y muchas

otras actividades que antes se realizaban en un entorno diferente y bajo otras modalidades.

Estos nuevos entornos –cuyos diseños se basan en la arquitectura del hardware y el software que los constituyen- brindan al individuo un sinnúmero de ventajas y posibilidades que sin duda le facilitan sus actividades; pero paralelamente generan también una serie de problemáticas e inconvenientes que el Derecho debe abordar.

Las ventajas son –en la mayoría de los casos- bastantes evidentes y, además de ello, son resaltadas por las diferentes acciones de marketing que permanentemente invaden al individuo; razón por la cual la función del Derecho ha de ser el estudio y la resolución de aquellas situaciones conflictivas con entidad para lesionar los derechos de los usuarios de las TICs.

## ***II.- Tecnologías puntuales***

A mi entender, el desarrollo teórico efectuado precedentemente permite concluir que el individuo de las sociedades actuales se encuentra *situado* en un nuevo entorno social –el Tercer Entorno, en la tesis de Echeverría- y que, en dicho espacio, el Código Informático se desempeña como un poderoso regulador de las conductas que allí se despliegan.

Tales cuestiones –es decir, la existencia del Tercer Entorno y la potencialidad reguladora del Código Informático- pueden ser fácilmente constatadas con numerosos ejemplos de la realidad social.

Sólo para ubicarnos en la problemática, mencionaré algunos casos que permiten advertir –en forma clara y evidente- de qué modo las tecnologías han creado un nuevo entorno en el que el individuo debe desenvolverse; y a la vez constatar la importancia del rol que desempeña allí el *Código Informático*; a saber: la neutralidad de Internet, el algoritmo de búsqueda de Google, la configuración de la privacidad y la propiedad de la información en Facebook y, finalmente, la prestación de servicios informáticos *en la nube*.

## **1.- La neutralidad de Internet**

En primer lugar, corresponder remarcar que si bien el Derecho ya se había ocupado de distintas problemáticas vinculadas a la Informática con anterioridad a la irrupción de Internet, fue recién a partir del extraordinario crecimiento y la rápida masificación de la *red de redes* cuando los juristas comenzaron a advertir en su verdadera dimensión el impacto y las consecuencias jurídicas que el desarrollo de las TIC traerían aparejadas a la sociedad.

Internet puede ser entendida –si se quiere una definición sencilla– como una *red de redes* que utiliza un protocolo de comunicación denominado TCP/IP. Algunos sostienen que el vocablo Internet es el resultante del acrónimo INTERconnected NETworks (Redes Interconectadas); mientras que otros afirman que proviene de la contracción de las voces INTERnacional NET (cuya traducción sería Red Mundial).

Resulta acertada la descripción de Internet como *red de redes*, puesto que ella no interconecta solamente computadoras sino *redes de computadoras*, lo cual posibilita el enlace de pequeñas redes con la consecuente ampliación de la cobertura de cada una de ellas, en tanto pasan a formar parte de una red global.

La intercomunicación de los distintos elementos heterogéneos que componen la red, es posible gracias a la utilización de un lenguaje común, técnicamente denominado protocolo (el ya citado TCP/IP –*Transfer Control Protocol/Internet Protocol*)–.

Según algunas estimaciones, la cantidad de sitios web existentes al mes de diciembre de 2010 ascendía a 255 millones<sup>251</sup>; mientras que el número de usuarios alcanzó un total de 1.110 millones en 2006, y se estima que alcanzará los 2000 millones en el año 2016.

Si bien Internet posee diferentes servicios –como el acceso remoto a otras máquinas (SSH y Telnet), la transferencia de archivos (FTP), el correo

---

<sup>251</sup> *Qué pasó con Internet en 2010? (Sitios Web)*; disponible en: <http://cuartogeek.net/%C2%BFque-paso-con-internet-en-2010-sitios-web/> . No obstante, cabe aclarar que algunos autores opinan que existe una *Internet superficial* (en referencia a los sitios indexados por los motores de búsqueda); pero además de ella es posible reconocer la existencia de una *Internet profunda* (que incluiría además los sitios que no son indexados por los buscadores, como las páginas en Flash, sitios protegidos por contraseña, etc.).

electrónico (SMTP), las conversaciones en línea (originariamente con el programa ICQ y luego a través del MSN Messenger), la transmisión de archivos (P2P)-; haré hincapié en el funcionamiento de la World Wide Web – www-, puesto que en la actualidad es el que mayor relevancia ha adquirido en el uso diario.

La respuesta a la pregunta ¿cómo se organiza y controla Internet?, no resulta sencilla. Simplificando la cuestión, podría afirmarse que son básicamente dos organizaciones las que estructuran el gobierno de la red de redes: una de ellas es la ICANN (que tiene a su cargo la asignación de los números y direcciones) y la otra es Internet Society, que decide cuestiones tecnológicas vinculadas con el funcionamiento de la red y que –a través de la Internet Engineering Task Force, IETF- trabaja sobre los protocolos y las mejoras tecnológicas.

Dentro de las distintas problemáticas jurídicas que plantea la *red de redes*, la cuestión de la neutralidad de Internet es la que ha acaparado la mayor atención en los últimos tiempos y no parece arriesgado afirmar que este tema –como bien lo señala Raúl Echeberría- es uno de los más importantes del momento y del futuro más cercano.<sup>252</sup>

El principio de neutralidad de Internet –cuya conceptualización se atribuye a un profesor de Derecho de la Universidad de Columbia- significa que las empresas que ofrecen servicios de Internet deben brindar igual trato a cualquier tipo de dato que se envía o se recibe. Así, según este principio los Proveedores de Internet deben distribuir los paquetes de datos en forma igualitaria a todos los usuarios.

Desde su nacimiento –y hasta el día de la fecha- Internet se ha caracterizado por su neutralidad<sup>253</sup>; es decir que la información circula por los distintos servidores y computadoras interconectadas sin prioridad alguna para nadie. Ya en sus orígenes, el funcionamiento de Internet se basó en que

---

<sup>252</sup> *Sacarle Internet a la gente es una mala idea*; <http://www.pagina12.com.ar/diario/cdigital/31-162355-2011-02-16.html>. Raúl Echeberría es de nacionalidad uruguaya y ocupa actualmente uno de los cargos más relevantes en lo que respecta al gobierno de Internet.

<sup>253</sup> Desde los primeros momentos, ha sido una tradición del mundo *on line* la ausencia de privilegios: los paquetes de datos que circulan por la red lo hacen un pie de igualdad.

cualquier individuo podía crear un sitio o servicios, enviar o recibir un mensaje y usarla a la misma velocidad que cualquier otro individuo sin importar el tipo de datos o el contenido de lo que envía o recibe.

En un reportaje publicado en setiembre de 2007, Vinton Cerf -uno de los “padres de Internet”-, expresó su visión sobre el estado que en ese momento exhibía la Red. En lo que aquí interesa, resulta útil transcribir la respuesta que brindó ante una consulta relacionada con la neutralidad de Internet:

Históricamente, construíamos cada red para un fin específico. Una para telefonía. Una red separada para televisión. Y podría haber otra red separada para datos. Pero Internet es al revés, es completamente ignorante respecto de qué aplicaciones se ejecutan en ella, así que desde este punto de vista es neutral. La otra clase de neutralidad tiene que ver con que la gente que ofrece servicios en Internet debe ser libre para inventar cualquier cosa que se le ocurra, no debe tener ninguna restricción al respecto, a menos que se trate de algo ilegal. Pero no debemos imponer ninguna restricción porque queremos que la gente explore nuevas formas de usar estas tecnologías. Si no la mantenemos neutral, suprimimos la innovación. Cuando Larry Page y Sergey Brin fundaron Google, no tuvieron que pedirle permiso a nadie para hacerlo, o pagar un costo. Y lo mismo ocurre con eBay, Yahoo!, Amazon o Skype, ellos simplemente pusieron sus servicios en línea y la gente los pudo probar. Eso es muy importante porque te permite saber qué le interesa al público, qué le resulta útil, y no debemos interferir con ese proceso.<sup>254</sup>

En esa misma orientación, Mariano Blejman ha señalado –con claridad y recurriendo a ejemplos de actualidad- que:

Esa posibilidad de que cualquier servicio sea considerado de la misma manera por quienes dan acceso a Internet ha permitido que empresas pequeñas pasen a ser grandes corporaciones. En esa característica se ha basado la cultura de las nuevas empresas de Internet, las llamadas start-ups. Google, por ejemplo, pasó de ser un buscador con un buen algoritmo a un gigante informático en pocos años, gracias a que nadie le

---

<sup>254</sup> Vinton Cerf: un predicador en la Red; <http://www.lanacion.com.ar/939775-vinton-cerf-un-predicador-en-la-red>

impidió el acceso a millones de usuarios. Facebook pasó de ser una red social de los estudiantes de Harvard a convertirse en una plataforma de 550 millones de usuarios gracias a que, básicamente, estaba en Internet. Pero la neutralidad de Internet está en el ojo de la tormenta, desde que hace unos meses Google y Verizon (empresa proveedora móvil de Internet en Estados Unidos) anunciaron un acuerdo de mutua conveniencia específicamente aplicada a dispositivos móviles.<sup>255</sup>

En el año 2009 el presidente de la Comisión Federal de Comunicaciones de los EE.UU. (FCC, según sus siglas en inglés) propuso nuevas normas para exigir que los proveedores de Internet respeten la “neutralidad de la red”.<sup>256</sup>

De esta forma, [...] propone añadir dos nuevas reglas al conjunto que guía a la FCC en su enfoque por mantener una Internet abierta. La primera norma impedirá que los proveedores de acceso a la Red discriminen contenidos o aplicaciones, mientras permite una gestión "razonable" de la red. La segunda norma busca asegurar la transparencia de los proveedores de acceso sobre las prácticas de gestión de la red que implementan. Estas nuevas reglas tienen por objetivo impedir que [los proveedores de acceso a Internet](#) bloqueen o reduzcan la velocidad de transmisión de ciertos contenidos, tales como videos u otras aplicaciones que consumen una gran transferencia de datos y que pueden colapsar sus redes. Sin embargo, diversas [empresas](#) y grupos defensores de los consumidores apoyan la decisión del Gobierno de resguardar la "neutralidad" del Internet porque consideran que eso impedirá que las compañías privadas interfieran con la transmisión de diversos contenidos por la Red.

En diciembre de 2010 se conoció que la Comisión Federal de Comunicaciones estableció una norma que garantiza un trato igualitario en la conexión a banda ancha, a fin de evitar que las compañías y proveedores de acceso a la Red favorezcan u obstaculicen el ingreso a sitios o servicios.<sup>257</sup>

---

<sup>255</sup> <http://www.pagina12.com.ar/diario/elmundo/4-159326-2010-12-26.html>

<sup>256</sup> <http://www.lanacion.com.ar/1177263-estados-unidos-busca-mantener-la-neutralidad-de-la-red>

<sup>257</sup> *EE.UU. aprobó la ley de neutralidad en Internet;* <http://www.lanacion.com.ar/1335517-eeuu-aprobo-la-ley-de-neutralidad-en-internet> .



El debate sobre el principio de neutralidad de Internet terminó de instalarse definitivamente luego de una información periodística publicada por el prestigioso diario New York Times en la cual se consignaba que Google -el buscador estrella de la red- había llegado a un acuerdo con uno de los principales proveedores de acceso a Internet de EE.UU -la empresa Verizon- “...para que sus sitios vayan más rápido por la red”.<sup>258</sup>

Allí se consigna que -en opinión de los proveedores de acceso- “se debe dar más paso” a los datos provenientes de los sitios más visitados y que mayor ancho de banda demandan (vgr. los que transmiten videos, como el conocidísimo sitio YouTube -propiedad de Google-); ya que de esa forma “...podrían financiar la modernización que la red necesita para que este tipo de contenido se vea mucho mejor. [...] Los sitios más demandantes de ancho de banda, o quien quiera, deberían pagarle a ellos para obtener mayor prioridad que el resto”.

En caso de concretarse ese supuesto acuerdo entre Google y Verizon, se estaría posibilitando que si alguien se conectara a Internet utilizando los servicios de Verizon y accediera a Google podría hacerlo a una velocidad diferenciada, superior a la media que la primera empresa ofrece a cualquier otro dato en Internet.

Si bien las dos empresas se encargaron al principio de desmentir la información, luego decidieron publicar una declaración en conjunto, en la que se manifiestan enfáticamente a favor de mantener las actuales reglas de juego en Internet. Pero con dos excepciones: el mundo de la Internet móvil y los "servicios online adicionales":

Para Verizon y Google, la gran cantidad de nuevos "smartphones" está produciendo que las redes inalámbricas se recarguen, una y otra vez. "La banda ancha inalámbrica es diferente a la tradicional. En parte, porque el mercado móvil es más competitivo y cambia rápidamente. Como consecuencia de su naturaleza inicial, creemos que estos principios (de

---

Cabe aclarar que durante la campaña electoral del actual presidente de los EE.UU. efectuó un expreso compromiso a favor de la neutralidad de la red.

<sup>258</sup> [http://www.clarin.com/internet/Google-pagara-tener-privilegios-Web\\_0\\_311369096.html](http://www.clarin.com/internet/Google-pagara-tener-privilegios-Web_0_311369096.html)

neutralidad) no se aplican para el mercado inalámbrico, excepto los requerimientos de transparencia", sostienen las empresas.

Google y Verizon creen, además, que corresponde considerar como una excepción los llamados "servicios online adicionales". Ivan Seidenberg, de Verizon, lo explicó de este modo: "Imagínese que la Ópera de Nueva York quiera transmitir todas sus funciones por Internet en 3D". Para el ejecutivo, la red, en ese caso, estaría demandando de un ancho de banda mayor que el razonable, y por eso deberían considerarse nuevas reglas de juego.<sup>259</sup>

El tema en cuestión ha generado diversas posiciones y posturas encontradas. Por un lado, quienes están en contra de que el Estado se inmiscuya en cuestiones relacionadas con la neutralidad de Internet, argumentan que las regulaciones que tratan a Internet como una utilidad pública tendrán por efecto una disminución de la innovación y la inversión.

A partir de ese supuesto principio de acuerdo al que habrían arribado Google y Verizon, algunos empiezan a sostener –y defender– posturas que mantienen la neutralidad de Internet para las conexiones “alámbricas”, aunque comienzan a justificar que tal principio sea abandonado en el ámbito de las conexiones “inalámbricas”.

Esta última postura, permitiría que cualquier empresa proveedores de servicios y/o contenidos en la web pacte con un proveedor de servicios de acceso un trato preferencial para el tránsito de sus propios “datos” por la red.

En la vereda de enfrente, una gran mayoría de usuarios y consumidores de Internet, han manifestado su disconformidad con aquella posición por cuanto entienden que contradice el espíritu original de Internet.

Finalmente, resta consignar que –en un importante avance para el Derecho latinoamericano– el Congreso Nacional de Chile aprobó a mediados de 2010 un proyecto de ley sobre Neutralidad en la Red. Según informaciones periodísticas, el proyecto aprobado

---

<sup>259</sup> Google defiende la “neutralidad” de la Web, excepto para los celulares; [http://www.clarin.com/internet/Google-defiende-neutralidad-Web-celulares\\_0\\_313768820.html](http://www.clarin.com/internet/Google-defiende-neutralidad-Web-celulares_0_313768820.html)

[...] establece expresamente una prohibición para los prestadores de servicio de Internet de intervenir el servicio en forma tal que implique interferir o bloquear arbitrariamente el derecho de los usuarios a utilizar cualquier contenido o servicio legal a través de Internet, además de fijar obligaciones de información de la calidad del servicio prestado.<sup>260</sup>

## **2. El algoritmo de búsqueda de Google**

Antes de referirme al buscador mas utilizado de la Red, me parece oportuno efectuar algunas consideraciones previas sobre los motores de búsqueda en general.

En tal sentido, cabe señalar que desde que Internet apareció entre nosotros, la cantidad de información disponible en la red comenzó a incrementarse de modo exponencial. Frente a tal circunstancia, se hizo evidente la necesidad de pensar de qué modo los usuarios podrían localizar la información que necesitaban dentro del inmenso volumen de datos disponibles.

Fue así que fueron surgiendo diversos sitios web especializados en la búsqueda de información, normalmente denominados motores de búsqueda –o simplemente buscadores–; los cuales se han transformado hoy en herramientas imprescindibles a la hora de utilizar Internet.

Tanta es la importancia que ellos revisten en el actual funcionamiento de la Red, que no resulta arriesgado afirmar que junto a los tradicionales proveedores de servicios de acceso a Internet y de hosting, hoy los buscadores se han consolidado como un *nuevo proveedor* que presta un servicio tan indispensable como aquellos: *el servicio de búsqueda de información*.

---

<sup>260</sup> Chile: Las dudas del proyecto de ley sobre neutralidad en la red; <http://www.vialibre.org.ar/2010/07/28/chile-las-dudas-del-proyecto-de-ley-sobre-neutralidad-en-la-red/> Sin embargo, también se señala allí que “...el texto legal aprobado todavía plantea importantes incógnitas sobre las posibles consecuencias prácticas de la nueva normativa:” y si bien el proyecto es “muy valioso en cuanto a sus intenciones” se plantean ciertas dudas “...que esperamos comiencen a ser despejadas ya desde la promulgación del respectivo reglamento”.

John Battelle -uno de los periodistas especializado en tecnología mas reconocido del mundo-<sup>261</sup> ha señalado acertadamente que las consultas que millones de internautas realizan minuto a minuto en los distintos motores de búsqueda, son un “producto vivo, de inmenso poder” que puede ser calificado como una base de datos de las intenciones. En ese orden de ideas, ha afirmado además que “Enlace por enlace, clic por clic, la búsqueda posiblemente está creando el aparato cultural más duradero, sólido y significativo de la historia de la humanidad”; destacando asimismo que, tomada en su conjunto, "esta información representa una historia real de la cultura post Red, una base masiva de datos de deseos, necesidades y preferencias en un clic que se puede descubrir, citar, archivar, rastrear y explotar para todo tipo de fines".<sup>262</sup>

A raíz de la extraordinaria relevancia que los buscadores fueron adquiriendo en los últimos tiempos, muchos autores comenzaron a prestarles especial atención, al advertir el enorme poder que ellos detentan en el actual contexto de las Tecnologías de la Información.

En lo que respecta al buscador Google, cabe señalar que dicho motor de búsqueda –propiedad de la empresa comercial denominada Google Inc.- se gestó a partir de la tesis de doctorado realizada por dos jóvenes estudiantes de la Universidad de Stanford. Al poco tiempo de comenzar a funcionar, consiguió un éxito rotundo y superó ampliamente al buscador Altavista que –hasta ese momento- era el que contaba con mayor popularidad.

El algoritmo en el cual se basa el funcionamiento de Google –se dice- es la fórmula de su éxito, y es por ello que el mismo se mantiene guardado bajo siete llaves. El algoritmo de Page Rank TM se encuentra patentado en los EE.UU. (patente N° 6.285.999) y su denominación original fue “Method for node ranking in a linked database”.

Para decidir la importancia de una página web dentro de los cientos de millones que existen, Google acude a Page Rank TM que es el

---

<sup>261</sup> John Battelle es autor del libro *Buscar. Cómo Google y sus rivales han revolucionado los mercados y transformado nuestra cultura*.

<sup>262</sup>[http://www.elpais.com/articulo/primer/plano/base/datos/intenciones/elpnegsem/20060827elpneglse\\_6/Tes](http://www.elpais.com/articulo/primer/plano/base/datos/intenciones/elpnegsem/20060827elpneglse_6/Tes)

sistema ideado por Larry Page y Sergey Brin –sus fundadores- para representar en términos numéricos el “valor” de cada página.

El resultado de la búsqueda –que generalmente no demora mas de medio segundo en aparecer- es una cuestión de extremada importancia para los sitios web, puesto que la mayor parte de los usuarios del buscador por lo general no consulta mas allá de la tercera o cuarta página de los resultados con los sitios seleccionados, por no decir que presta atención únicamente a la primera página.

En una reciente nota periodística del prestigioso The New York Times, se señala que los ingenieros de Google ajustan su algoritmo varias veces al año, y al respecto se indica que

[...] el impacto potencial del algoritmo de Google sobre la economía de Internet es tan grande que vale la pena explorar formas de garantizar que la política editorial que guía los ajustes de la compañía solamente tiene el propósito de mejorar la calidad de los resultados, y no ayudarles a los otros negocios de Google.<sup>263</sup>

Para que ello ocurra –se sugiere en dicho artículo- Google debería explicar, con cierto nivel específico de detalle, la política editorial que rige sus ajustes. Otra posibilidad consistiría en otorgar, a alguna Comisión gubernamental, la facultad de estudiar esos ajustes. También la citada nota hace hincapié en que el servicio que presta el buscador es extremadamente valioso y el gobierno debería tener cuidado de no frustrar su habilidad para innovar:

Obligarla a publicar el algoritmo o el método que usa para evaluarlo permitiría que cada sitio en la Red jugara con las reglas para lograr ascender en la tabla de clasificación: destruyendo su valor como motor de búsqueda. Requerir que cada ajuste al algoritmo sea aprobado por reguladores podría reducir drásticamente sus mejoras. Prohibirle a Google que favorezca sus propios servicios -como cuando ofrece un Google Maps ante preguntas sobre direcciones- pudiera reducir el valor de sus búsquedas.

---

<sup>263</sup> Para The New York Times , se debería fiscalizar el algoritmo de Google; [http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota\\_id=1286305](http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=1286305).

Con estas restricciones en mente, si Google va a seguir siendo el principal mapa a la carretera de la información, a todos nos concierne que nos conduzca con equidad a donde deseemos ir.

Desde mi punto de vista, el citado artículo efectúa una clara exhortación en pos de alcanzar un equilibrio entre intereses contrapuestos: la idea central es que no se puede obligar a Google a revelar sus secretos comerciales, pero ello no implica otorgar a dicha empresa una libertad irrestricta en la diagramación e implementación de los servicios de búsqueda que ofrece a los usuarios.

Si bien Google Inc. nació y se consolidó gracias al popular buscador del mismo nombre, la empresa comenzó a expandirse notoriamente a partir de la incorporación de distintos servicios adicionales (Gmail, Google Hearth, Google Maps, Google Street View, Google Chrome, Google Books, Google Page Creator, Picasa, etc. ).

Además de ello, ese extraordinario crecimiento también se consolidó a partir de la adquisición de otras empresas vinculadas al sector de las TIC, como ser el famoso sitio de videos *YouTube* (2006), la empresa dedicada a la publicidad en Internet *DoubleClick* (2007) y –también ese mismo año- el sitio denominado *Panoramio* (en el cual los usuarios pueden subir fotografías con indicación de la posición geográfica de la misma).

En suma, hace tiempo que Google Inc. dejó de ser solamente una empresa que explota un motor de búsqueda. Poco a poco fue diversificando sus negocios y expandiéndose hasta llegar a lograr claramente una posición dominante en el mercado de las Tecnologías de la Información.

No parece exagerado señalar que hoy en día, es Google –a través de sus ingenieros y programadores- quien decide de qué modo se busca la mayoría de la información en Internet, cómo se presentan los resultados de esa búsqueda, cómo se visualizan las fotos satelitales de la tierra –y también de las casas particulares-, los mapas, los libros, cómo se navega en Internet y las modalidades con que se envían los correos electrónicos de la mayor parte de los seres humanos del planeta.

Google adquirió en estos últimos tiempos una posición de liderazgo en el mercado de los servicios, al igual que ocurrió con Microsoft en el rubro software hace un par de décadas atrás.

A medida que se iba expandiendo en el mundo de los negocios, Google fue recibiendo numerosas críticas relacionadas con sus estrategias y prácticas comerciales; cuestionamientos que -con mayor o menor fundamento- han colocado a la empresa en el centro de la escena.

En tal sentido, cabe señalar que Google ha comenzado a ser investigada por presunto abuso de posición dominante en el mercado de búsqueda de información en Internet. Se sospecha también que el buscador programa su algoritmo para situar a los servicios rivales mas abajo de lo que correspondería.<sup>264</sup>

Además de ello, también se lo acusa de:

- recolectar datos de las redes Wi-Fi mientras los coches con cámaras de Google Street View<sup>265</sup> recorrían las calles tomando fotografías (se le reprocha a la compañía el obtener y almacenar las direcciones IP en los sistemas de los coches, como así también algunos datos que transmitían las redes, cuentas de correo, etc.);<sup>266</sup>
- violar derechos de autor, a través de su servicio Googlebooks;<sup>267</sup>
- cooperar con las autoridades de la República Popular China para filtrar resultados sobre temas que el gobierno considera sensibles o inconvenientes.<sup>268</sup>

---

<sup>264</sup> *Google, investigada por la UE por posible abuso de posición dominante*; edición del diario La Nación on line de fecha 30.11.2010; disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/1329490-google-investigada-por-la-ue-por-posible-abuso-de-posicion-dominante>

<sup>265</sup> El servicio de cartografía Street View de Google; permite realizar un recorrido virtual por las calles de las principales ciudades del mundo, y está conformado por millones de imágenes multidireccionales que en los últimos años Google ha tomado con el uso de automóviles especialmente preparados a tal efecto.

<sup>266</sup> En España, la Agencia de Protección de Datos decidió iniciar una investigación para dilucidar si su legislación de protección de datos había sido violada.

<sup>267</sup> Este nuevo servicio, que consiste en digitalizar libros y ofrecer fragmentos de ellos on line, ha recibido fuertes críticas debido a que, en su gran mayoría, los libros escaneados están protegidos por la legislación sobre derechos de autor de diferentes países.

<sup>268</sup> Cabe asimismo remarcar que, para evitar enfrentamientos con el gobierno chino, Google decidió restringir determinados servicios y contenidos que ofrecía a los usuarios y optó por no ofrecer servicio de correo electrónico, chats o blogs.

### **3.- La configuración de las opciones de privacidad y propiedad de la información de la red social Facebook**

En primer lugar, cabe señalar que en los orígenes de Internet, su principal servicio –la World Wide Web– sólo permitía la visualización de los sitios allí alojados y el acceso a la información disponible en ellos; pero desde hace unos años comenzaron a generalizarse sitios web que se caracterizan por su interactividad, por incrementar las posibilidades de los usuarios de comunicarse y compartir información, lo que usualmente se conoce como la web 2.0.

En este último tiempo, se hizo evidente que Internet se ha convertido en “...un ambiente de convivencia humana general, en un lugar de encuentro de personas, en un medio privilegiado de comunicación y en un dispensador ecuménico de bienes y servicios”.<sup>269</sup>

Luego de asomar tímidamente durante 2008 y 2009, la expansión de las redes sociales terminó de consolidarse en 2010. En términos sencillos, pueden ser definidas como “...plataformas alojadas en la Red que permiten almacenar y transmitir datos personales, imágenes, pensamientos, información y organizar, en definitiva, la forma de interactuar con otros usuarios en el espacio virtual”.<sup>270</sup>

Las redes sociales, son cada vez más utilizadas por los individuos para estar en contacto con sus familiares y amigos –también para establecer nuevas amistades y/o relacionarse con otras personas–, subir fotos, hacer comentarios sobre sus actividades diarias, etc. También incrementaron notoriamente las posibilidades de formar comunidades de individuos que se agrupan y organizan para defender una causa común.

Los famosos (deportistas, cantantes, modelos, actores y actrices, etc.) la utilizan para distintos fines, sea para revelar su condición sexual, publicar fotos íntimas, confirmar su fecha de casamiento, el sexo de su bebe,

---

<sup>269</sup> MILLÉ, Antonio; *Motores de búsqueda en Internet y Derecho de Autor. Los casos judiciales de la ‘generación Google’*; JA, 2008-IV-1274.

<sup>270</sup> BORDA, Guillermo J; *Las redes sociales y los derechos de la personalidad en la Internet*; LA LEY 16/09/2010.



desmentir romances y/o separaciones, etc.<sup>271</sup>; e incluso para efectuar comentarios por demás frívolos e intrascendentes. Es más, se pueden usar tanto para delinquir<sup>272</sup> como para perseguir hechos delictivos.<sup>273</sup>

Dentro de las diversas redes sociales, se considera que Facebook es la red social más popular del mundo –también la que más controversias ha generado–; y se afirma que es el segundo sitio web más visitado del planeta (en ocasiones supera al famoso buscador Google). La cantidad de usuarios registrados equivale a la suma de la población de Estados Unidos, Japón y Alemania (algo así como un 8% de la población mundial).<sup>274</sup>

Jeffrey Sharlach muestra su posición crítica frente a cómo interactúan las personas, las empresas y las nuevas tecnologías; y sostiene que la gente se está empezando a dar cuenta que lo “gratis” se paga con menos privacidad; y agrega que –al menos en los EEUU– comienza a advertirse una preocupación real por este tema, y el público le empieza a prestar mucha más atención a esta problemática<sup>275</sup>.

Sostiene que, en el futuro, los usuarios dejarán de compartir tanta información en las redes sociales. También comenta que en un reciente artículo del The New York Times se hizo referencia a los problemas de privacidad de Facebook diciendo que sus términos y condiciones eran más largos que la Constitución de aquel país; y que para lograr “no compartir nada” de la información el usuario tenía que realizar más de 50 cambios diferentes en la configuración inicial y realizar más de 170 pasos.

En relación a la red social Facebook, David Post afirma que “Es un mecanismo que permite a la gente agruparse y controlar su propio destino, en forma muy parecida a un Estado nación”.<sup>276</sup>

---

<sup>271</sup> [http://www.clarin.com/espectaculos/television/confesiones-famosos-red\\_0\\_307769390.html](http://www.clarin.com/espectaculos/television/confesiones-famosos-red_0_307769390.html)

<sup>272</sup> [http://www.clarin.com/policiales/banda-secuestradores-elegia-victimas-sociales\\_0\\_309569228.html](http://www.clarin.com/policiales/banda-secuestradores-elegia-victimas-sociales_0_309569228.html)

<sup>273</sup> [http://www.clarin.com/sociedad/Publico-fotos-Facebook-presas-Justicia\\_0\\_310769131.html](http://www.clarin.com/sociedad/Publico-fotos-Facebook-presas-Justicia_0_310769131.html)

<sup>274</sup> [http://www.perfil.com/contenidos/2010/08/03/noticia\\_0006.html](http://www.perfil.com/contenidos/2010/08/03/noticia_0006.html)

<sup>275</sup> “Los usuarios compartirán menos información en las redes sociales”; entrevista a Jeffrey Sharlach; por Pablo Martín Fernández, Edición del Diario La Nación on line, del 05.10.2010; disponible en [http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota\\_id=1311373](http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=1311373)

<sup>276</sup> *Redes sociales y condición de Estado. El futuro es otro país*; artículo originario publicado en el diario The Economist, cuya traducción reprodujo el diario La Nación de Costa Rica, edición del viernes 30 de julio de 2010, disponible en

En oportunidad de comentar el citado artículo periodístico, Eliseo Verón señaló que:

[...] The Economist especula acerca de qué tipo de colectivo conforman los 500 millones de usuarios de Facebook. Ese colectivo, el tercero del planeta en “población”, ¿es un país, un Estado, una nación?. Así formulada, la pregunta es claramente absurda, porque la única respuesta correcta es tautológica: lo único que tienen en común los 500 millones de usuarios de Facebook es ser usuario de Facebook, es decir, ser el target de los negocios del señor Zuckerberg (su fundador). Más allá de esta definición, esa “población” se descompone inmediatamente en innumerables socialidades microscópicas que no guardan relación alguna entre sí.<sup>277</sup>

No comparto la opinión de Verón, en cuanto a la respuesta tautológica que él ensaya. Es verdad que –hoy por hoy- resulta tal vez exagerado establecer demasiadas similitudes entre la “comunidad *Facebook*” y un Estado; pero entiendo que el hecho de afirmar que “...lo único que tiene en común los 500 millones de usuarios de Facebook es ser usuario de Facebook” no hace más que minimizar una problemática que ya ha empezado a instalar en toda la sociedad.

En tal sentido, cabe señalar que a partir de la masificación de las redes sociales comenzaron a sucederse numerosos reclamos de usuarios que invocaban la vulneración de diversos derechos a la personalidad (en especial violaciones a la intimidad, la identidad, la imagen, el honor, etc.); y a lo largo de todo el mundo el tema dio lugar a distintos casos jurisprudenciales y fue objeto de diversos artículos doctrinarios.<sup>278</sup>

Pero a pesar de la importancia de tales temáticas y su actualidad, excedería al objeto de esta tesis ingresar a analizarlas, puesto que lo que aquí nos interesa remarcar es un hecho concreto y puntual que puede ser resumido mediante el siguiente interrogante: ¿Quién regula, de qué modo, y

---

[http://www.myvirtualpaper.com/doc/Nacion/la\\_nacion-30julio2010/2010073002/21.html](http://www.myvirtualpaper.com/doc/Nacion/la_nacion-30julio2010/2010073002/21.html)  
. En dicho artículo periodístico se sostiene también que “Pese a su gigantesca población, Facebook no es un Estado soberano, pero está empezando a dar esa impresión y a actuar como si lo fuera”

<sup>277</sup> VERÓN, Eliseo; *Las misteriosas poblaciones de Internet*, disponible en: [http://www.perfil.com/contenidos/2010/07/31/noticia\\_0030.html](http://www.perfil.com/contenidos/2010/07/31/noticia_0030.html)

<sup>278</sup> Se citarán algunos de estos precedentes en el Capítulo 5 de la presente obra.

bajo qué tipo de control las conductas que despliegan esos 500 millones de “meros usuarios de facebook”?

Minimizar esta problemática, implica desconocer el enorme poder que tiene esta corporación económica sobre ese conjunto de 500 millones de personas, que puede invadir la intimidad de las mismas, ver todos los mensajes y la información que se publica, proceder al tratamiento de sus datos personales, regular sus conductas y la forma en que se desenvuelven dentro de ese “espacio virtual”. Significa desconocer la rentabilidad económica que obtiene gracias a la publicidad, la facilidad con que puede censurar y dar de baja determinados contenidos, decidir que se hace con los “perfiles” y los contenidos publicados por usuarios que han dado de baja el servicio o han fallecido, etc.

Pero de todo ello, lo que aquí interesa puntualmente remarcar es que los directivos de Facebook<sup>279</sup> actúan como verdaderos legisladores, imponiendo las reglas que deben respetar los usuarios; y al mismo tiempo se constituyen en jueces de los conflictos que se suscitan en el marco de la “convivencia” de los –por ahora- 500 millones de individuos.

En efecto, Facebook tiene un sistema de denuncias de contenidos, mediante el cual han “legislado” qué cosas se pueden denunciar y de qué modo se puede llevar a cabo ese trámite en su página; también existe un “sistema de comunicación”; cuando algo no entra en las categorías de lo “denunciable”. Como bien lo señala Borda, Facebook “...concentra una suerte de jurisdicción sobre la ofensa, en tanto recibe las quejas, las analiza y finalmente las resuelve”.<sup>280</sup>

#### **4.- Cloud computing o prestación de servicios informáticos en la nube.**

El término Cloud Computing (que puede traducirse como Nube en castellano) tiene su origen “...en el dibujo en forma de nube que se usa hace

---

<sup>279</sup> Si bien tomo como ejemplo a Facebook, las consideraciones siguientes pueden ser traspoladas –en mayor o menor medida – a las otras redes sociales (vgr. Twitter, LinkedIn, etc.)

<sup>280</sup> BORDA, Guillermo; *ob. cit.*

décadas en los diagramas técnicos para representar una red de amplio alcance como es Internet”.<sup>281</sup>

Este vocablo –y otros que se utilizan con un significado similar como “SaaS” (Software as Service) o “Web 2.0”- tienen diversas interpretaciones “...que varían según quien lo nombra y qué tenga para ofrecernos, pero podemos resumir algunas características comunes a todos ellos: concretamente se trata de servicios informáticos a través de software instalado en máquinas remotas”<sup>282</sup>.

Estos programas –agrega Acquistapace-

[...] están instalados y se ejecutan en servidores del proveedor y son accesibles usando una red de datos como Internet desde clientes livianos que no requieren mayor inteligencia o lógica propia. Los datos se almacenan en el servidor y el mantenimiento lo realiza el proveedor. La implementación completa de este modelo supone una computadora de usuario vacía como cliente que accede a programas y datos alojados en la nube.

Continúa luego su explicación destacando que:

Servicios como Blogspot, Facebook, Google (Gmail, Docs, Maps, etc.), Microsoft Windows Live, LinkedIn, Salesforce, Twitter y Youtube son ejemplos de servicios en la nube, en los que los usuarios carecen de las libertades que definen al software libre. Podría decirse que esos servicios son un caso particular de software privativo, a los que podemos denominar como “servicios privativos”. Este tipo de servicios, además de tener las restricciones propias del software privativo tradicional, agregan nuevos problemas asociados al control directo sobre los datos y el acceso a los mismos. En los servicios privativos no se tiene acceso ni siquiera al binario ejecutable de los programas, lo que elimina la posibilidad de realizar copias para ejecutarlo sin la intervención del proveedor o fuera de línea”.

---

<sup>281</sup> ACQUISTAPACE, Gabriel; *Turbulencias en la nube*, en: AA.VV: Argentina Copyleft. La crisis del modelo de derecho de autor y las prácticas para democratizar la cultura, pág. 129, disponible en: ; <http://vialibre.org.ar/arcopy.pdf>.

<sup>282</sup> ACQUISTAPACE, Gabriel; *ibidem*.

Así, advierte este autor que

[...] no alcanza con usar software libre en nuestra computadoras personales si nuestra información y la lógica que la controla se encuentra en una nube diseñada bajo consignas que poco tienen que ver con proteger nuestra libertad e independencia. Todos los beneficios del software libre pueden desaparecer en la nube, ya que en este modelo aumenta el nivel de dependencia y control presente en el software privativo tradicional. El software libre que corremos en nuestras computadoras personales termina siendo poco más que una terminal que nos conecta a programas que corren en servidores remotos.

[...] la innovación no es para los usuarios sino para quienes se anotaron en el enorme negocio del manejo global de la información, que entendieron hace tiempo que la propiedad de la infraestructura informática, entendida como medio de producción, es estratégica y permite generar ganancias económicas al ubicar al proveedor del servicio como intermediario obligatorio, a la vez que sirve como herramienta efectiva de control social”.

Estas grandes empresas multinacionales –agrega Acquistapace-

[...] tienen la capacidad de relacionar la información de los usuarios que obtienen en sus distintos servicios. Tienen el poder de saber acerca de nuestras relaciones, qué buscamos, qué leemos, dónde estamos en tiempo real. Nunca en la historia de la humanidad alguien tuvo tal poder de seguimiento sobre las personas. La historia nos demuestra que no podemos dejar este tipo de información bajo el control de las multinacionales ni de los gobiernos. Este tipo de información no debería existir, al menos, no sin el control ciudadano.

También remarca que la nube privativa “...significa que unos pocos mantendrán el poder” y afirma que ella busca “...lo que el DRM<sup>283</sup> no consiguió”.

---

<sup>283</sup> Digital Rights Management, por sus siglas en inglés, Gestión Digital de Derechos/Restricciones)

### **III.- Lo que se viene**

Luego del panorama descrito, resulta inevitable que nos preguntemos: ¿Qué nos depararán las tecnologías en los próximos años o décadas? Creo que nadie puede dar hoy una respuesta certera a tal interrogante; no obstante ello, resulta interesante traer a colación algunos vaticinios y predicciones que han formulado últimamente algunos especialistas en la materia.

En tal sentido, cabe en primer término señalar que el Doctor en Física de la Universidad de Nueva York, Michio Kaku menciona a la *Realidad Aumentada* como una de las tecnologías que se destacarán en el futuro, señalando al respecto que en 10 o en 20 años los cristales de los lentes servirán de pantallas para complementar la información que el mundo real transmite; y actuarán como complemento a la información personal, ya sea para subtítular a tiempo real a personas que hablan en otra lengua, o bien para recordar, mediante reconocimiento facial, si conoces a una persona que te esta saludando.<sup>284</sup>

En otro orden de ideas, también es dable advertir que comienza a establecerse una íntima relación entre el diseño de las tecnologías (hardware, software y sistemas) y los contenidos. Así, es posible observar que determinados contenidos están exclusivamente disponibles en ciertos entornos específicos: recientemente, en febrero de 2010, se presentó un periódico digital exclusivo para la iPad de Apple, cuyo contenido solo puede ser leído en ese dispositivo y no puede ser visualizado en la web<sup>285</sup>.

También se señala que en poco tiempo más, las máquinas superarán la inteligencia humana<sup>286</sup>; y se prevé que las interfaces cerebrales permitirán a una persona con parálisis total navegar por Internet.

Para el período 2011/2012 se pronostica una mayor interacción entre Internet y la telefonía móvil, gracias a la masificación de dispositivos

---

<sup>284</sup> KAKU, Michio, conferencia "*The Next 10 to 20 Years into the Future*" brindada en el marco de la Movil Forum Conference organizada durante el año 2010 por la empresa Telefónica ("Las tecnologías que cambiarán el mundo"; edición digital del diario Uno de Santa Fe, de fecha 21.10.2010, <http://unosantafe.com.ar>).

<sup>285</sup> Llega "The Daily", el periódico exclusivo para iPad; [http://www.lacapital.com.ar/canales/tecnologia/contenidos/2011/02/01/Noticia\\_0001.html](http://www.lacapital.com.ar/canales/tecnologia/contenidos/2011/02/01/Noticia_0001.html)

<sup>286</sup> Josh Harris: "La batalla por la privacidad está perdida"; disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/1319682-josh-harris-la-batalla-por-la-privacidad-esta-perdida>

móviles que incorporan mayores funciones y capacidades (teléfonos inteligentes, tablet PC, etc.); al mismo tiempo se vaticina que aparecerán nuevas aplicaciones y widgets para las redes y servicios en la nube. Los teléfonos inteligentes y las tablet PC incrementarán seguramente las compras por Internet, el aprendizaje, consumo de música, videos y TV, pagos a través del celular, etc.

#### ***IV.- Conclusiones preliminares***

Como corolario de lo expuesto –y como claros ejemplos del funcionamiento del Código Informático como regulador de conductas humanas- cabe señalar que los entornos virtuales (de Internet, de Google, de Facebook, etc.) se construyen a partir de las decisiones técnicas que adoptan los “arquitectos” que diseñan el hardware, software y sistemas sobre los que están estructurados, y que tales decisiones tienen un profundo impacto en los derechos y libertades de los individuos.

Quien diseña el software de los proveedores de Internet, quien decide qué algoritmo se utiliza para realizar las búsquedas y presentar los resultados de Google, quien configura las opciones de privacidad de Facebook, y los que deciden cómo se prestan los servicios en la nube; están imponiendo “sus normas” y regulando las conductas de los usuarios. No hay dudas que ello es así; razón por la cual cabría que nos preguntemos: ¿pueden hacerlo a su arbitrio y sin restricción alguna?.

La circulación de la información, los contenidos y las conductas de quienes actúan en dichos entornos puede ser fácilmente controlada, y consecuentemente quienes los diseñan pueden ejercer fuertes influencias sobre el comportamiento humano, las actividades son permanentemente monitorizadas, la identidad y ubicación de cada individuo puede ser rastreada sin inconvenientes, la intimidad y la privacidad resultan seriamente amenazadas.

De este modo, el ser humano está mucho mas limitado, condicionado y controlado en el entorno virtual (el Tercer Entorno) que en el mundo real (la naturaleza –Primer Entorno- y la ciudad –Segundo Entorno-); y ello no hace más que evidenciar que

La comunicación se reconoce hoy como un tema político central. El modelo de ordenamiento del mundo se basa cada vez más en la arquitectura de las redes y las nuevas tecnologías digitales de información y comunicación (TIC), que van conformando un modelo de sociedad futura.<sup>287</sup>

Todo lo dicho hasta aquí –cabe aclararlo- está circunscripto a las problemáticas que presentan las TIC, sin ingresar en otras cuestiones que se plantean en el ámbito de la ciencia y la tecnología que son aún más delicados y tienen que ver directamente con el futuro de la especie humana, como la utilización de células madres para reconstruir órganos para utilizarlos para trasplantes, las nanocápsulas que podrán recorrer el cuerpo humano, investigándolo, medicándolo y/o reparándolo, etc.

---

<sup>287</sup> *La sociedad hipervigilada*, Diario La Capital on line, 30.07.2010, Hernán Maglione, disponible en [http://www.lacapital.com.ar/columnistas/hmaglione/noticia\\_0073.html](http://www.lacapital.com.ar/columnistas/hmaglione/noticia_0073.html) “No hay manera de detener lo que se viene, una sociedad cada vez más vigilada donde todos nuestros movimientos queden registrados en algún rincón virtual. Claro que tendrá beneficios, tantos como los perjuicios que pueda acarrear que esa información llegue a manos de la gente equivocada”.



## **CAPÍTULO 5**

### **EL DERECHO Y SU VINCULACIÓN CON EL CÓDIGO INFORMÁTICO**

#### ***I.- Las interrelaciones entre el Derecho y el Código Informático***

Tal como ha quedado establecido en otras partes de esta obra – especialmente allí donde se delimitó la situación problemática de la tesis- el eje principal de este trabajo consiste en estudiar la especial situación de vulnerabilidad en que se encuentra el individuo del Tercer Entorno cuando debe interactuar con sistemas informáticos. En ese contexto, se intentará realizar un pormenorizado análisis de la interrelación que existe entre el “Derecho” y el “Código Informático”; haciendo hincapié en la situación de este último cuando se desempeña como regulador de conductas humanas en los ambientes digitales.

A mi entender, la especial interrelación de esos reguladores de conductas, no ha sido aún suficientemente explorada desde lo jurídico; y fue ésa la principal motivación de este trabajo.

Ello no implica desconocer que, desde que el Derecho comenzó a abordar la problemática de las TIC y de los conflictos en Internet se fueron estableciendo distintos puntos de contactos, vinculaciones, influencias recíprocas e interrelaciones entre el Derecho y el *Código Informático* (entendido éste como el modo que está diseñado el hardware y/o el software de un dispositivo digital o sistema informático). Entre las conexiones mas relevantes, cabe mencionar –a título ejemplificativo- las siguientes situaciones:

a) en primer lugar, el Derecho debió necesariamente tomar contacto con el *Código Informático*, para comprender el funcionamiento de las partes esenciales de la realidad tecnológica por cuanto ella forma parte de la realidad social que es objeto de regulación;

b) también el Derecho ejerció su influencia sobre el *Código Informático* imponiendo límites y restricciones a los diseñadores de dichos

Códigos, en aquellos casos en que se verificaba la existencia de un daño o una lesión a un derecho individual;

c) en estrecha relación con los casos anteriores, el Derecho también se vinculó con el *Código Informático* en aquellos supuestos en que: (c.1) se tornaba necesario establecer si era o no posible cumplimentar lo ordenado en una resolución judicial; y (c.2) cuando resultaba pertinente recabar información técnica de interés para una causa judicial iniciada o a iniciarse;

d) finalmente, resta consignar aquellos los supuestos en que el Derecho –generalmente a través de una ley o un decreto reglamentario– estableció los requisitos y/o características que debía reunir el *Código Informático*, imponiendo medidas técnicas de seguridad, fijando estándares tecnológicos, estableciendo normas y procedimientos técnicos, etc.

Así las cosas, parece conveniente realizar ahora un breve desarrollo de cada una de las vinculaciones Derecho-Código Informático que se han mencionado supra; ello con el doble propósito de:

a] dejar sentado que la vinculación entre el Derecho y el *Código Informático* como regulador de conductas humanas que constituye el objeto de esta tesis resulta absolutamente diferente a las interrelaciones Derecho-Código Informático que hasta el momento se han establecido, lo cual demuestra que estamos frente a un área de vacancia en el conocimiento jurídico desarrollado hasta el momento. Lo relevante de la temática de este trabajo es el abordaje del *Código Informático* como regulador de conductas humanas y la situación de especial vulnerabilidad en que se encuentra el individuo frente a tal situación; y

b] trazar un panorama de algunas cuestiones puntuales que se han presentado en el ámbito del Derecho y las TIC, priorizando el análisis de aquellos aspectos y circunstancias que posteriormente pueden resultar útiles para fundamentar las tesis principales a las que arribará este trabajo.

## **II.- El necesario abordaje del Código Informático para comprender la realidad tecnológica que debe regular [punto I.a) anteriormente citado]**

Sin dudas, fue este el primer punto de contacto entre el Derecho y el *Código Informático*, ya que a medida que las TIC e Internet se fueron incorporando a la vida cotidiana aumentaron también los conflictos de naturaleza jurídica, y fue así que muchos de ellos llegaron lógicamente a los estrados judiciales.

De modo que el Derecho debió necesariamente acercarse al Código Informático –esto es, a la configuración de la arquitectura del hardware y software de los sistemas informáticos- para comprender qué son y cómo funcionan las Tecnologías Digitales; toda vez que ello se presentaba como absolutamente necesario antes de adoptar cualquier decisión de contenido jurídico.

Es verdad que esta necesidad de comprender la realidad social que se pretende regular ha estado siempre presente en la historia del Derecho y constituye un presupuesto básico de su funcionamiento; pero también es cierto que el nivel de complejidad de algunas Tecnologías Digitales<sup>288</sup> es un dato de la realidad que no debe ser soslayado.

En efecto, resulta evidente que en las anteriores oportunidades en que el Derecho debió abordar el impacto de nuevas tecnologías en la sociedad (vgr. el maquinismo en el ámbito laboral, la problemática de los daños causados por automotores, etc.); las cuestiones técnicas no presentaban el grado de sofisticación que poseen las tecnologías actuales.

Otro importante elemento a tener en cuenta es que, paradójicamente, esta mayor complejidad de los desarrollos científicos-tecnológicos se oculta detrás de una aparente simplicidad. La tecnología se le presenta al inexperto como extremadamente simple (piénsese en lo sencillo que resulta hoy día utilizar una computadora en comparación con los primeros ordenadores, o lo fácil que es navegar por Internet); pero para

---

<sup>288</sup> Es necesario aclarar que este incremento de la complejidad no se da únicamente en el ámbito de las TIC e Internet sino que, en términos generales, está presente en casi todos los ámbitos del desarrollo científico-tecnológico (ingeniería genética, desarrollos en materia de nanotecnología, etc.).

llegar a comprender su funcionamiento interno, sus potencialidades, los defectos y riesgos que representa se requieren importantes niveles de conocimiento que el usuario común no posee.

Tal como se podrá apreciar en los ejemplos que se citarán a continuación, en la mayor parte de los casos complejos que las TIC presentaron al mundo del Derecho, resultó imprescindible intentar previamente comprender algunos aspectos técnicos básicos para recién posteriormente realizar análisis de naturaleza jurídica.

Antes de comenzar con dicha reseña jurisprudencial, cabe aclarar que sólo se expondrá una breve síntesis de los precedentes, priorizando la transcripción de aquellas partes de cada fallo en que –con mayor o menor nivel de profundidad, según el caso- los Tribunales debieron abordar cuestiones técnicas que resultaban necesarias a fin de proceder al encuadre jurídico de la problemática sometida a decisión.

- **“ACLU vs. Reno”**:<sup>289</sup> seguramente, fueron éstos los primeros casos trascendentes a nivel mundial en los que se abordaron cuestiones directamente relacionadas con las TIC e Internet. En estos precedentes, los Tribunales de los Estados Unidos debieron determinar qué era –en términos jurídicos- esa novedosa red mundial de computadoras que, a la época de los fallos, recién comenzaba a ser conocida.

La cuestión –según surge del texto de los decisorios- giró en torno a determinar cuál era la naturaleza jurídica de Internet: si debía ser entendida como un medio de comunicación idéntico a los medios tradicionales o si poseía determinadas características específicas que la diferenciaban de aquellos y -en este último caso- si ello traía aparejada alguna consecuencia de índole jurídica.

Sintéticamente, interesar remarcar que el fallo de la Corte de Distrito de Pensilvania<sup>290</sup> señaló que

---

<sup>289</sup> En una primera oportunidad la Corte del Distrito Este de Pensilvania, declaró que la Ley de Decencia en las Comunicaciones (C.D.A., por sus siglas en inglés) era “prima facie” inconstitucional. Posteriormente, el Tribunal Supremo confirmó la sentencia.

<sup>290</sup> “American Civil Liberties Union y otros, accion civil c/ Janet Reno, fiscal general de los Estados Unidos”, Corte de Distrito para el Distrito Este de Pensilvania, decisorio del 11.06.1996. Puede verse traducción al castellano en PARDINI, Anibal; *Derecho de Internet*, Ed. La Rocca, Bs. As., 2002, pág. 239 y sigs.

Cerca de cincuenta años atrás, el juez Jackson reconoció que ‘la pantalla con figuras animadas, la radio, el periódico, los folletos, la banda de sonido y el orador tienen diferentes naturalezas, valores, abusos y peligros. Cada uno (...) es una ley en sí mismo’ ‘Kovacs c/Cooper’, 336 U.S. 77,97 (1949) (voto del juez Dalzell).

En ese mismo orden de ideas, el citado magistrado destacó que en el caso “*Turner Broadcasting System Inc. c/ F.C.C.*”, 114 S. Ct. 2445 (1994) la Suprema Corte concluyó que las reglas para la radiodifusión era ineptas para el cable, por las “diferencias tecnológicas fundamentales entre la radiodifusión y la televisión por cable”; razón por la cual –a su juicio- dicho precedente “...confirma así que el análisis de un particular medio de comunicación masivo debe ser enfocado en la tecnología subyacente que brinda la información al usuario”.

Por último, y como un ejemplo de esta relación entre aspectos técnicos y repercusiones jurídicas, me interesa especialmente remarcar una de las citas que Dalzell efectúa en su voto:

Yo señalo aquí, también, que hemos encontrado como un hecho que la operación de una computadora no es tan simple como sintonizar el televisor, y que la naturaleza sorpresiva de la televisión [...] está ausente en el uso de Internet. Ver consideraciones 87-89. El uso de advertencias y encabezados, por ejemplo, normalmente protegerá a los usuarios del ingreso inmediato en una Web con material sexualmente explícito o un grupo de noticias. Ver consideración 88. El gobierno puede entender que el contenido sexualmente explícito está justo a pocos clicks del usuario, pero hay una enorme significación legal en esos pocos clicks (el subrayado me pertenece).

- “**Martolio c. Lanata**”: en el ámbito de nuestro país, es posible citar –como uno de los primeros casos jurisprudenciales- el comúnmente denominado caso “Lanata”.

En lo que aquí interesa, cabe puntualizar que, al momento de interpretar las disposiciones penales en juego, se debió definir qué significado jurídico se asignaba al correo electrónico (e-mail), herramienta que en esa época (1999) aún resultaba bastante novedosa. Al resolver, el

Tribunal entendió que “...nada se opone para definir al medio de comunicación electrónico como un verdadero correo en versión actualizada”.<sup>291</sup>

Asimismo, también se señaló que

[...] el correo electrónico posee características de protección de la privacidad más acentuadas que la inveterada vía postal a la que estábamos acostumbrados, ya que para su funcionamiento se requiere de un prestador del servicio, el nombre del usuario y un código de acceso que impide a terceros extraños la intromisión en los datos que a través del mismo puedan emitirse o archivarse.

En relación a esto último, cabe señalar que –a mi juicio- la cuestión que describe el tribunal es puramente técnica y ha dividido a los especialistas, y digo esto ya que son numerosos los autores que opinan en dirección contraria. En tal sentido, Perez Luño afirma que Internet ha abierto nuevas y preocupantes posibilidades operativas a los sistemas de control social y político. Volveré sobre este punto más adelante.

Dicho precedente constituye un buen ejemplo en cuanto a que es necesario ser muy cuidadosos a la hora de realizar apreciaciones que involucren elementos técnicos ya que se corre el riesgo de que queden rápidamente desvirtuadas con el correr del tiempo. En efecto, hoy en día parece demasiado terminante y aventurado afirmar de modo categórico – como se hizo en el fallo citado- que “...el correo electrónico posee características de protección de la privacidad más acentuadas que la inveterada vía postal”.

• **“Halabi, Ernesto c. P.E.N. ley 25.873 dto. 1563/04”**:<sup>292</sup> en lo que respecta a los hechos de la causa, cabe destacar que el actor –de profesión abogado- promovió acción de amparo con el objeto de que se

---

<sup>291</sup> Autos: “Martolio c. Lanata”, publicado en LL 1999-C-458. La decisión adoptada fue objeto de discrepancias doctrinarias: muchos autores criticaron el fallo señalando que se había efectuado una interpretación analógica de la ley (lo cual se encuentra vedado en materia penal en virtud del principio de legalidad); pero desde otro sector de la Doctrina se estimó que la decisión adoptada era correcta ya que, no había recurrido al instituto de la analogía, sino que se había basado en una interpretación progresiva de la ley penal.

<sup>292</sup> C.S.J.N., fallo del 24.02.2009

declare la inconstitucionalidad de la ley 25.873 y de su decreto reglamentario 1563/04; invocando la vulneración de los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional, al autorizar la intervención de las comunicaciones telefónicas y por Internet sin que una ley determine en qué casos y con qué justificativos podía hacerlo.

Alegó que esa intromisión constituye una violación de sus derechos a la privacidad y a la intimidad, en su condición de usuario, a la vez que menoscaba el privilegio de confidencialidad que, como abogado, ostenta en las comunicaciones con sus clientes. Al producir su informe, el Estado Nacional sostuvo que la vía del amparo no resultaba apta para debatir el planteo. En primera instancia se hizo lugar a la pretensión. La Cámara confirmó el fallo, atribuyéndole carácter erga omnes. Interpuesto recurso extraordinario federal, el demandado dirigió su impugnación a descalificar el efecto otorgado a la sentencia. La Corte Suprema de Justicia de la Nación confirmó el pronunciamiento.

Mas allá de las distintas aristas que presenta el fallo y la importancia que el mismo ha tenido en nuestro Derecho –especialmente en cuanto representó el acogimiento de los *procesos colectivos* por parte de nuestro más Alto Tribunal-; resulta de interés señalar aquí que la Corte, al propiciar “...la aplicación de criterios de interpretación restrictivos en el examen de las interceptaciones de las comunicaciones personales”, debió hacer referencia a cuestiones técnicas relacionadas con la red de redes en tanto señaló que

[...] es evidente que lo que las normas cuestionadas han establecido no es otra cosa que una restricción que afecta una de las facetas del ámbito de la autonomía individual que constituye el derecho a la intimidad, por cuanto sus previsiones no distinguen ni precisan de modo suficiente las oportunidades ni las situaciones en las que operarán las interceptaciones, toda vez que no especifican el tratamiento del tráfico de información de Internet en cuyo contexto es indiscutible que los **datos de navegación** anudan a los **contenidos** (vid. voto de mayoría, considerando 26) (el subrayado y el énfasis me pertenece).

No resulta necesario detenernos aquí en cuestiones relacionadas a las otras aristas que presenta el caso “Halabi”, pero sí interesa señalar que la problemática relativa a la diferenciación entre datos de navegación y datos de contenido, ha adquirido una notable importancia en el marco de los debates que se han generado en torno a las legislaciones que imponen obligaciones de retención de datos a los proveedores de servicios de comunicaciones, a los fines de su eventual utilización en la investigación de hechos delictivos.<sup>293</sup>

- **“Pinamonti”**:<sup>294</sup> en este caso, el Tribunal decidió absolver al imputado al entender que el borrado de un software no importaba delito de daño. Puntualmente, se argumentó allí que la desaparición o destrucción no se encontraba penalizada por cuanto un software no podía ser considerado una cosa. Consecuentemente no se pudo encuadrar el caso en el delito de daño del artículo 183 del Código Penal.

- **“Gornstein”**:<sup>295</sup> el sitio web de la Corte Suprema de Justicia de la Nación fue objeto de una manipulación y su página de inicio original fue reemplazada por una foto del periodista José Luis Cabezas en recuerdo de un aniversario de su fallecimiento.

Mediante resolución de fecha 20.03.2002, el magistrado a cargo de la causa resolvió sobreseer a los imputados al entender que el hecho no encuadraba “en figura legal alguna”. Para así resolver, consideró que

[...] no es dable considerar a la página web de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como una “cosa”, en los términos en que ésta debe ser entendida. A los efectos de lograr un claro significado jurídico de la palabra “cosa”, debemos remitirnos al artículo 2311 del Código Civil de la Nación que define a ésta como los objetos materiales susceptibles de tener un valor. A su vez, prescribe que las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de

---

<sup>293</sup> Sobre el tema puede consultarse el interesante artículo de Pablo Palazzi, titulado “La controversia sobre los datos de tráfico en Internet” (Diario La Ley, edición del 28 de abril de 2005).

<sup>294</sup> “Pinamonti, Orlando M”, CNac. Crim. y Corr. Cap. Fed. sala VI, fallo del 30.04.1993.

<sup>295</sup> “Gornstein, Marcelo Hernán y otros s/ delito de acción pública”, Juzg. Nac. Crim. y Corr. Cap. N° 12, Secretaría N° 24, fallo del 20.03.2002 (Expte. N° 8515/98).



apropiación. Debemos señalar que la doctrina no ha sido pacífica en lo que respecta a los elementos característicos de la cosa. En efecto, un sector doctrinario entendió que aquellos son su corporeidad y su valor patrimonial. Sin embargo el concepto de corporeidad no es unánimemente reconocido por la doctrina, ya que para algunos existe la ocupación de un lugar en el espacio –concepto sostenido por Soler– mientras que para otros resulta ser condición suficiente su materialidad, de manera que bastaría que un objeto pueda ser detectado materialmente para que sea considerado “cosa”-criterio adoptado por Nuñez-. Ahora bien, sentado lo expuesto, puede advertirse que se opte por uno u otro concepto, una página web no puede asimilarse al significado de “cosa”. Ello así, en tanto y en cuanto por su naturaleza no es un objeto corpóreo, ni puede ser detectado materialmente. Cabe destacar que una interpretación extensiva del concepto de cosa, a tal punto que permita incluir a la página web dentro del mismo, comprendería una acepción que implicaría un claro menoscabo al principio de legalidad establecido en el artículo 18 de nuestra Constitución Nacional. Claro es advertir que nos encontramos ante un claro vacío legal<sup>296</sup> [...], en tanto los datos y sistemas informáticos, al igual que las páginas web, resultan ser extrañas al significado jurídico de la palabra cosa contemplado en nuestro ordenamiento legal vigente.

• **“M., Gabriel G.”:**<sup>297</sup> en este precedente se revocó el procesamiento de un persona acusada de haber inutilizado un sistema informático. En sus considerandos, la Cámara de Apelación interviniente afirmó que el hecho no encuadraba en el tipo penal en base al cual se lo había procesado

[...] toda vez que aquel requiere que destruya o inutilice la cosa misma objeto de derechos de un tercero, privándolo de su valor o disminuyéndolo, y que el objeto material del delito debe ser un bien mueble o inmueble o un animal [...] el ataque provocado a través de mensajes electrónicos infectados con virus puede haber afectado a la

---

<sup>296</sup> A la fecha del fallo aún no se había sancionado la ley 26.388 que modificó diversas disposiciones del Código Penal a fin de incorporar nuevas figuras de delitos informáticos.

<sup>297</sup> “M., Gabriel G. s/ procesamiento”, Cámara Nacional Criminal y Correccional Federal, de fecha 02.09.2003.

empresa en cuestión, interrumpiendo su línea de producción, lo que ha causado pérdida de tiempo, con el consecuente perjuicio económico, pero de ninguna manera se verifica un daño del tipo tutelado por el artículo 183 del Código Penal y la reparación de aquel deberá ser resuelta en sede civil, totalmente ajena al derecho penal.

• **“M.G.G. s/recurso de casación”**:<sup>298</sup> contra el decisorio antes mencionado, tanto el Ministerio Público Fiscal como los apoderados de la querellante interpusieron recurso de casación, los que fueron oportunamente concedidos. La Cámara Nacional de Casación señaló –en lo que aquí resulta de interés- que

[...] la Sala I de la Cámara de Apelaciones se ha limitado a decir que la conducta que, en hipótesis, M. habría llevado a cabo, causó la “no utilidad” del sistema por las consecuencias que tuvo, como por ejemplo, provocar “corrupción informática en los archivos de procesamiento de los servidores de mail”, pero que en sus máquinas no se advierte un “daño”, y que por ello no se puede imputar el delito de “daño” (empleada en este último caso la voz “daño” con un particular sentido jurídico-penal).

Asimismo, cuestionó el fallo de la Cámara de Apelación en cuanto a que

[...] ha obviado injustificadamente brindar un pormenorizado relato de los aspectos relevantes del caso, [que] permita comprender cuáles han sido concreta y minuciosamente las consecuencias que, desde un punto de vista pre-jurídico, generó el obrar del encausado [...]

agregando seguidamente que

[...] resulta al menos gravemente infundado el razonamiento que, sin más, vincula la recuperación de la utilidad del sistema informático de la empresa que sufrió el ataque a la idea de que, por esa misma razón, no se produjeron modificaciones “físicas” en sus computadoras.

A continuación de ello, el fallo también señaló que

[...] una simple idea de cómo opera el disco rígido de una computadora – que fue donde se instalaron los programas que habría enviado M. a Y &

---

<sup>298</sup> CNCP – Sala IV, fallo del 18.03.2005.

R.- permite concluir que cualquier proceso de borrado o grabación de datos genera una modificación física.

Aún cuando el fallo lo ameritaría, debido a la extensión de los considerandos obviaré la transcripción textual de muchas de sus partes, pero sí me interesa destacar que la Cámara de Casación efectuó una detallada explicación técnica sobre la composición y el funcionamiento de un disco rígido, la función de los cabezales de grabación y la transformación de energía eléctrica en variaciones de pulso magnético –entre otras cuestiones- para luego fundamentar su posición diciendo:

De lo expuesto se infiere que, por ejemplo, insertar en un disco rígido lo que llamamos un “virus”, no es sino cambiar en una medida dada las particulares características que posee, efectuando en él un proceso determinado de magnetización, que luego será reconocido, al ser leído por la computadora, como un conjunto de órdenes que tenderán a afectar, en definitiva, la utilidad que el usuario pretende dar al ordenador. Si el programa que cumple dicha tarea perjudicial (por eso denominado “virus”), tiene por misión, por ejemplo, borrar datos de la computadora insertos en el disco rígido, el proceso importará necesariamente una nueva modificación de las propiedades o características magnéticas de los sectores o cluster pertinentes.

Como puede comprenderse, en rigor cualquiera sea el efecto que se siga con el grabado o borrado de datos en un disco rígido, ambas acciones importan una modificación en las características físicas de la unidad.

Si esa modificación importa o no un delito, y particularmente el de daño, contemplado por el art. 183 del C.P., dependerá de su definición y de la tarea de interpretar si “lo ocurrido” puede ser relatado de un modo tal que la descripción establecida por el tipo penal pertinente le resulta aplicable.

Finalmente, y criticando una vez más el fallo objeto de recurso, se señaló que:

De lo dicho puede verse claramente cómo la sentencia recurrida se encuentra insuficientemente fundada en un doble sentido, pues por una parte no se describe o narran los hechos con el grado de minuciosidad necesario, ni luego –y en buena medida por ese mismo defecto- se efectúa

un motivado análisis de los alcances de los tipos penales contenidos en el art. 183 del C.P. y de la posibilidad de que ellos encierren conceptualmente aquella narración (juicio de subsunción).

• **“Nardini, Carlos A”:**<sup>299</sup> en este precedente se dijo que incurre en delito de daño quien borra archivos del sistema informático de una empresa, pues -aun cuando su comisión hubiere sido anterior a la sanción de la ley 26.388-, la información de una computadora es una obra humana que se puede detectar, aprehender, destruir o eliminar, de modo que al hacer desaparecer un archivo de computadora, se estaría dañando una cosa en el sentido del tipo previsto en el art. 183 del Código Penal.

En cuanto a la materialidad del hecho, cabe señalar que en este caso se tuvo por acreditado que del sistema operativo de la empresa se habían “borrado” múltiples directorios conteniendo datos, programas, registros y archivos; y que los datos de facturación de la noche anterior al 19 de febrero de 2008 habían desaparecido, pudiendo restablecerse mediante back-up. En lo que aquí resulta de interés, sostuvo el tribunal que

[...] en cuanto a la alegada atipicidad, si bien es cierto que este hecho habría sido cometido con anterioridad a la sanción de la ley 26.388 (4/6/08, B.O. 25/6/08) que introdujo el delito de daño informático –art. 183, segundo párrafo, CP-, lo que impide su encuadre legal en dicho tipo por el principio nulla poena sine lege, consideramos que encuadra en el delito de daño, previsto en el primer párrafo de la citada norma”.

[...] mas allá de la reforma, nos enrolamos en el sector de la doctrina y jurisprudencia que consideraba que un hecho como el denunciado ya encontraba adecuación en el tipo previsto por el art. 183, primera parte CP pues, además de lo oportunamente resuelto [...] cabe señalar lo expuesto por Rodrigo F. Caro [...] en cuanto a que la información se almacena en el soporte a través de un campo magnético. De este modo, luego de ferromagnéticas que lo componen están esparcidas al azar. Para organizarlas se utilizan pulsos eléctricos a través de una bobina enrollada alrededor de un núcleo de hierro; dicho conjunto forma la cabeza de lectura/escritura, ubicada a escasa distancia de la superficie

---

<sup>299</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala I, fallo del 05.05.2010; publicado en La Ley, del 13.07.2010. Cita online: AR/JUR/19804/2010.

del disco. Así el campo inducido por la bobina sobre el núcleo pasa a la superficie y magnetiza las partículas, forzándolas a alinear sus polos positivos con negativos. De esta manera, la cabeza crea una banda magnética sobre el disco, y, próxima a ésta, una segunda; juntas, representan un bit. Si ambas bandas se alinean en la misma dirección, representa un cero; caso contrario, un uno. Este proceso de constitución lógica del disco, como vemos, se encarga de agrupar el conjunto de bits en estructuras de datos que tengan significado dentro del maremagno de efectos magnéticos que existen en el interior del disco. De todo esto tenemos que los cabezales escriben los datos al alinear partículas magnéticas sobre las superficies del soporte. A su vez, los cabezales leen datos al detectar las polaridades de las partículas que de tal modo se han alineado. Así los datos se almacenan mediante pequeños cambios en la imanación, en uno y otro sentido y los datos se almacenan de manera organizada en unidades de asignación denominadas clusters, la cual sólo podrá ser ocupada por un archivo –nunca dos diferentes-[...] La información de este modo almacenada en la computadora ocupa un espacio: existe, no de una manera perceptible por el ojo humano sino a través de la tecnología, en el caso, representada por cabezales de lectura/escritura y confirmando su presencia física, también es transportable electrónicamente.

Sin duda es una obra humana que se puede detectar, aprehender, destruir o eliminar. Solo que, puntualmente este modo de existir, es una determinada conformación magnética. Entonces, es aceptable pensar que al destruir o inutilizar –a través de un virus- al hacer desaparecer –mediante el borrado- un archivo de computadora –como campo magnético conformado tecnológicamente- se estaría dañando una cosa en el sentido del tipo previsto en el art. 183 del Cód. Penal, en tanto es objeto del delito un elemento detectable materialmente.

También en este precedente, la Cámara citó la opinión de Pablo Palazzi, quien –con claridad y precisión- señala que

[...] un sistema operativo se compone de hardware y del software o programa de ordenador. Este último es el componente lógico o ‘intangible’ del sistema informático, y que el procedimiento del imputado consistió en alterar el conjunto de instrucciones logrando que el

hardware ejecutase órdenes que se tradujeron en acciones nocivas, no aprobadas por sus legítimos usuarios, siendo el ejemplo más claro el borrado de archivos de datos insertos en el disco rígido.

Así, entendiendo ambos como una unidad compleja tangible-lógica, la afectación de uno implica la del otro, por lo que concluye que éste sí reúne los requisitos de cosa en el sentido del art. 2311, CC, ya que está compuesto –además de una parte intangible- de una parte claramente material, soporte físico.

• **“S.M. y L.E.M. c. Jujuy Digital y otros s/ ordinario por daños y perjuicios”**:<sup>300</sup> este caso se inició a raíz de la presentación materializada por el Dr. S.F.M. por propio derecho y en nombre y representación de su esposa M.E.M. de M. contra “Jujuy Digital y/o Jujuy.com” y el apoderado de la empresa citada.

Los actores reclamaron la indemnización del daño causado como consecuencia de la actividad omisiva y negligente de los demandados en relación a mensajes de carácter injurioso que estaban escritos en el sitio web [www.jujuy.com](http://www.jujuy.com), los cuales atribuían a M.E.M. de M. una conducta adúltera y, de ese modo, creaban alrededor del matrimonio una situación de humillación. El Tribunal entendió que:

[...] el servidor de Internet, es quien técnicamente ofrece al usuario la posibilidad de acceso a Internet. El servidor sólo posee el completo control del contenido de los datos cuando el mismo actúa como creador de los contenidos, por ejemplo cuando crea su propia página WWW. 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, que participó activamente de otro (colaboró en la conformación de contenido) o que omitió hacer lo que debía hacer (conociendo el carácter ilícito de los contenidos y pudiendo evitar difusión, no lo hizo). En el caso de autos al

---

<sup>300</sup> Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Jujuy, Sala I, fallo del 30.06.2004.

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. [Carta Documento] que luce a fs. 4.

Luego de efectuar dichas consideraciones, el Tribunal terminó de perfilar sus argumentos diciendo:

[...] acreditado el hecho ilícito, la responsabilidad de los accionados resulta incuestionable, a mérito de lo dispuesto por el art. 1113, 2º parte, 2 párr. del Cód. 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.

Desde algunos sectores de la Doctrina, el fallo citado recibió comentarios favorables. En tal sentido, es posible traer a colación la opinión de René Padilla (h), quien señala que

A través de este pronunciamiento se pretende –con singular éxito- darle organicidad al sistema de responsabilidad civil en una cuestión tan novedosa como compleja: la red de redes. En la sentencia comentada se analiza y resuelve acerca de la naturaleza jurídica de la informática como fuente de publicidad capaz de provocar daño, aplicándole el régimen de la responsabilidad objetiva por el vicio o riesgo de las cosas.

[...] El núcleo de la sentencia gira alrededor de la determinación de la mentada naturaleza jurídica de la publicidad informática frente a la provocación de un daño determinado. Luego, tal afirmación es el soporte necesario para la aplicación del art. 1113 (2º párr., 2º parte) del Código Civil. Tanto el enfoque previo como la conclusión arribada estimamos son plausibles.

[...] el Tribunal pone en el tapete la similitud de la actividad desplegada por los creadores de la página web con la que realizan los editores o

difusores de cualquier información de la prensa. Ese razonamiento también resulta acertado<sup>301</sup>.

A mi modo de ver, parece más acertada la postura de Ezequiel Zabale, quien aún cuando sostiene que la sentencia “...está en la senda correcta...” no deja de remarcar que “...la técnica del fallo no es la mas adecuada”<sup>302</sup>. En similar orientación, Gonzalo Peñalba Pinto también señala que la sentencia es poco clara.<sup>303</sup>

Como es sabido, resulta cada vez más frecuente que, en la búsqueda de una mayor interacción con los usuarios, los sitios web permitan a aquellos incorporar contenidos en forma totalmente anónima, tal como ocurrió en el caso *supra* analizado.

En relación a ello dice Peñalba Pinto que

[...] cuando una página web es “abierta” por sus responsables y/o titulares, quienes permiten que cualquier persona en forma anónima publique cualquier clase de mensajes, la situación cambia y la página web se transforma en “riesgosa”. [...] puede hablarse del ‘riesgo’ del bien y la responsabilidad será objetiva.

Comparto plenamente la opinión de este autor, toda vez que la decisión de permitir la incorporación directa de contenidos por parte de terceras personas, representa un riesgo que debe ser asumido por quién decidió configurar el sistema de ese modo.

En similar orientación, también en el ámbito de la jurisprudencia francesa se ha otorgado una gran importancia a la cuestión del anonimato. En el caso “Halliday”, por ejemplo, se sostuvo que

[...] quien ofrece dar “hosting” en Internet anónimamente –en un “sitio” por él creado y administrado- a toda persona que bajo cualquier denominación lo solicita para poner a disposición del público o de categorías de público, signos, señales, escritos, imágenes, sonidos o

---

<sup>301</sup> PADILLA, René (h); *Responsabilidad civil por información injuriosa en Internet*, publicado en LLNOA-2004,1405 y RCyS-2004,509.

<sup>302</sup> ZABALE, Ezequiel; *Responsabilidad civil e Internet. Responsabilidad Civil de los actores de la red por los contenidos difundidos en Internet*; tesis doctoral presentada en el marco del Doctorado en Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

<sup>303</sup> PEÑALBA PINTO, Gonzalo; *Responsabilidad por injurias vertidas en Internet*, LLNOA-2004 (octubre), 11



mensajes de cualquier naturaleza que no tienen el carácter de correspondencia privada, excede manifiestamente la calidad técnica de un simple transmisor de informaciones y debe asumir, respecto de los terceros cuyos derechos pudieran verse afectados en tales circunstancias, la consecuencia de una actividad que ejerce en forma remunerativa y con propósitos deliberados.<sup>304</sup>

Adoptando un criterio similar, un tribunal de la localidad de Minas Gerais (Brasil) aplicó a Google una multa porque una persona acusó a un cura de pedófilo en una red social de su propiedad denominada “Orkut”. El tribunal –según dan cuenta algunas noticias periodísticas– rechazó el argumento de la demandada en cuanto a que ella no era responsable de lo que los usuarios escribían en la red social. El veredicto confirmó una resolución de un tribunal inferior.

Entre los fundamentos esgrimidos en apoyo de la decisión, el juez brasileiro Alvimar de Avila señaló que “Al dar espacio en sitios virtuales de la red, en los que los usuarios pueden subir cualquier tipo de mensaje sin confirmarlo previamente, con contenido ofensivo e injurioso, y, en muchos casos, de origen desconocido, (Google) asume el riesgo de causar daño”.<sup>305</sup>

• **“Jujuy.com” (Superior Tribunal de Justicia)**:<sup>306</sup> para concluir con el análisis de este caso, resulta necesario consignar que finalmente el Máximo Tribunal de dicha provincia rechazó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el decisorio de la Cámara de Apelaciones, por cuanto entendió que los agravios esgrimidos por la recurrente solo constituían una mera discrepancia con la interpretación de las normas efectuada por el órgano decisor.<sup>307</sup>

Sin perjuicio de ello “...y solo a mayor abundamiento” el Superior Tribunal entendió pertinente efectuar “otras consideraciones que ponen en

---

<sup>304</sup> “Haliday, Estelle c. Lacambre, Valentín”, Capel París, Sala 14, 10.02.1999, publicado en RCy-S, 1999, pág. 1392.

<sup>305</sup> Google es responsable de lo que dicen sus usuarios; edición de DiarioJudicial.com de fecha 25.04.2010; disponible en: [http://www.diariojudicial.com/contenidos/2010/04/26/noticia\\_0007.html](http://www.diariojudicial.com/contenidos/2010/04/26/noticia_0007.html)

<sup>306</sup> Superior Tribunal de Justicia de Jujuy, fallo del 28.06.2005.

<sup>307</sup> Concretamente el Superior Tribunal sostuvo que los argumentos del recurrente “...lejos de demostrar la ilegitimidad o injusticia del fallo sólo representan meras discrepancias con la interpretación que efectúa el tribunal a quo tanto respecto a los hechos como a la aplicabilidad del derecho al caso de autos”.

evidencia la improcedencia de los recursos propuestos”, entre las cuales es posible citar las siguientes:

[...] procede señalar que [...] O.L [...] y S.A. [...] son quienes ‘operativamente están a cargo del desarrollo, gráfica y mantenimiento de Jujuy.Com’. Teniendo en cuenta, entonces, las calidades mencionadas, no puede concluirse que no les cabe responsabilidad alguna frente a los mensajes injuriantes vertidos en dicha página Web o que no se encuentran legitimados pasivamente. Esto así, además, puesto que en la página de mensajes Jujuy.com [...] se efectúa la siguiente advertencia ‘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 borrarlo’, y que conforme a lo manifestado en la audiencia de vista de causa [...] por Mario Ariel Gómez Campos –auxiliar del Departamento de Informática del Poder Judicial de la Provincia de Jujuy-, si bien el mensaje se genera automáticamente, ‘el usuario no puede borrarlo, el diseñador, si, todo depende del diseñador de la página.

En este punto, más allá de la naturaleza jurídica que cabe asignar a Internet, sus sitios o páginas web, o la postura doctrinaria asumida respecto al factor atributivo de responsabilidad del diseñador o creador y del representante oficial de la página Jujuy. Com., por las conclusiones establecidas por los sentenciantes de la instancia anterior, que comparto, opino que el decisorio impugnado debe ser confirmado.

De los argumentos que “a mayor abundamiento” agregó el Superior Tribunal, es posible concluir que por un lado, se pone especial énfasis en la responsabilidad de quienes poseen el control técnico de la página, y específicamente en la advertencia que allí se formula en relación a la posibilidad de borrar aquellos mensajes con contenidos inconvenientes. Además, pareciera ser que la intención del Tribunal fue evitar tomar posición sobre la naturaleza jurídica de Internet y el factor de atribución de responsabilidad (subjetivo u objetivo) que cabría asignar en ese caso concreto.

Para finalizar, cabe también señalar que las modalidades con que fue diseñado el sitio pueden tener influencia al momento de considerar si

una de las partes ha prestado su consentimiento. En tal sentido, la jurisprudencia ha estimado que la ubicación en que se hallan dispuestos los términos y condiciones y la inclusión de una “ventana” que debe “clicarse” antes de continuar con la consulta del sitio son dos elementos del diseño tecnológico que tienen importantes consecuencias jurídicas.

En el caso **“Ticketmaster Corp. c. Tickets.Com”**<sup>308</sup> se resolvió – tal como se consigna en uno de los sumarios del fallo- que

Es insuficiente para ser considerados como aceptados, los términos y condiciones de contratación que sólo figuran al pie de la “homepage” de un sitio de Internet y conforme a los cuales todo el que pase la página inicial presta su consentimiento. Máxime si el titular del sitio no incluyó una ventana de aceptación que el usuario deba clicar antes de proseguir con la consulta de la web.

• **Causa “Vita-González Eggers” I (Cámara de Apelación):**<sup>309</sup>

esta causa llegó a conocimiento del Tribunal de Alzada a raíz de los recursos de apelación interpuestos por las defensas de Leonardo Gustavo Vita y de Matías González Eggers, contra la resolución del juez de primera instancia que, a su turno, había dictado el procesamiento de los nombrados por considerarlos autores del delito previsto por el artículo 12 inc. a) de la ley 23.737 <sup>310</sup>, en concurso ideal con el delito previsto por el artículo 28 de dicha ley.<sup>311</sup>

La Cámara revocó dicho auto de procesamiento. En primer término –y en lo que respecta al tipo penal previsto en el citado artículo 12, inc. a-, se sostuvo que las publicaciones realizadas en Internet en un sentido contrario

---

<sup>308</sup> “Ticketmaster Corp. Et al. C. Tickets.Com, Inc.”, Tribunal Federal de California, 27.03.2000. (publicado en castellano en: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, Ed. La Ley – Año II, N° 6 –Noviembre-Diciembre de 2000, págs. 244 y sigs.

<sup>309</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y correccional Federal –Sala I; decisorio de fecha 13.03.2002.

<sup>310</sup> Artículo 12, ley 23.737: “Será reprimido con prisión de dos a seis años y multa de seiscientos a doce mil australes: a) El que preconizare o difundiere públicamente el uso de estupefacientes, o indujere a otro a consumirlos; b) El que usare estupefacientes con ostentación y trascendencia al público”.

<sup>311</sup> Artículo 28, ley 23.737: “El que públicamente imparta instrucciones acerca de la producción, fabricación, elaboración o uso de estupefacientes, será reprimido con prisión de dos a ocho años. En la misma pena incurrirá quien por medios masivos de comunicación social explique en detalle el modo de emplear como estupefaciente cualquier elemento de uso o venta libre”.

a la política criminal del Estado Nacional en materia de estupefacientes, se encuentran alcanzadas por las garantías que protegen tanto la libertad de expresión como la libertad de prensa.; y afirmó que el derecho de los ciudadanos a expresarse en dirección contraria a la política criminal del Estado debe prevalecer sobre el interés estatal expresado en el mencionado texto legal.<sup>312</sup>

En segundo término –y en lo que resulta de mayor interés a los fines de este trabajo–, el Tribunal entendió que la mera acción de colocar en una página de Internet un aviso que informaba sobre la existencia de otra página donde se muestran los distintos usos de la marihuana no puede considerarse un elemento suficiente como para sostener la imputación subsumida en el tipo penal previsto por el artículo 28 de la ley 23.737:

[...] Sobre la imputación relacionada con la infracción al Art. 28 de la Ley 23.737 le asiste razón a las defensas acerca de la ajenidad de los imputados en relación con el sitio de “Internet” en el que se impartirían las instrucciones para consumir y/o producir estupefacientes.

En efecto, tal como surge de fs. 3/26 es en la página <http://porros.freehomepage.com> en la que se muestran los distintos usos de la marihuana y no en las páginas [www.cannabis.com.ar](http://www.cannabis.com.ar) y [www.fasito.cjb.net](http://www.fasito.cjb.net). Por lo expuesto, puede concluirse que ni Vita ni González Eggers tenían el control o dominio sobre el contenido publicado en el sitio <http://porros.freehomepage.com>. Esta circunstancia impide imputarle a los nombrados el delito por el que el juez los sometió a proceso. En el marco de esta imputación, la conducta de ambos se limitó a informar, en sus respectivos sitios, la existencia de la página <http://porros.freehomepage.com>. Por lo tanto, la mera acción de colocar en la página de “Internet” un aviso que informaba sobre la existencia de dicha página no puede considerarse un elemento suficiente como para sostener la imputación subsumida en el tipo penal previsto por el Art. 28

---

<sup>312</sup> En lo que respecta al análisis efectuado por el Tribunal sobre el artículo 12 inc. a) de la ley 23.737 y la interpretación de dicha norma a la luz de las disposiciones constitucionales, puede verse el trabajo de Hernán Gullco, titulado “*La “preconización” del uso de estupefacientes y los límites del control de constitucionalidad*”, publicado en LA LEY 2002-C-425 y Sup. Penal 2002 (mayo), pág. 1.

de la Ley 23.737. Por estos argumentos, habrá de resolverse, sobre este tramo de la imputación, la desincriminación de los imputados.

Para decirlo en pocas palabras: la Cámara afirma que el hecho de que colocar un “link” remitiendo a otro sitio o página web no implica que se pueda atribuir al autor del sitio en que se encuentra el *link* el contenido del sitio o página “linkeado”. La mayoría de los autores ha elogiado la decisión del Tribunal. En tal sentido, Kollman y La Rosa opinan que

[...] otro de los puntos más destacables de la resolución [...] lo [constituye] la consideración jurídica de los enlaces que se establecían en las páginas de Internet, por las cuales se accedían a otros sitios con contenidos diversos [...] denotando ello que los links solo constituyen un medio de acceso a información situada en otro sitio distinto al que lo deriva, escapando su contenido al ámbito de acción y decisión de su administrador.<sup>313</sup>

• **Causa “Causa “Vita-González Eggers” II (Cámara de Casación Penal):**<sup>314</sup> finalmente, y al haber sido recurrido el fallo por parte del Ministerio Público Fiscal, la causa arribó a la Cámara Nacional de Casación Penal -Sala IV-; órgano que –en fecha 11.04.2005- resolvió no hacer lugar al recurso interpuesto (votos de los Dres. Hornos, Berraz de Vidal y Capolupo de Durañona y Vedia –esta última en disidencia-).

A continuación se transcribirán algunos de los principales argumentos de dicho fallo, especialmente aquellos que, a mi entender, resultan de interés por su conexión con los temas que se abordan en este trabajo de tesis.

En tal sentido, cabe comenzar haciendo referencia al voto del Dr. Gustavo Hornos, quien –al interpretar el tipo penal que consagra el artículo 12 inciso a) de la ley 23.737 que reprime a quien difunda públicamente el uso de estupefacientes o induzca a otros a consumirlos- realizó algunas

---

<sup>313</sup> KOLLMANN, Gustavo - LA ROSA, Mariano; *La libertad de expresión y la Constitución Nacional en Internet*, DJ-2002-2, 385.

<sup>314</sup> “Vita, Leonardo G. y otro s/ rec. de casación”, Cámara Nacional de Casación Penal, sala IV, fallo del 11.04.2005; publicado en LL 2005-E122 y Sup. Penal 2005 (agosto), 43.

consideraciones sobre la relación que –a su juicio- se entabla entre el proveedor de contenidos (titular del sitio web) y el usuario de Internet:

[...] en lo que hace a la publicidad, como referencia de modo, se cumple cuando existe la posibilidad de que la instigación –o incitación- sea conocida y recibida por un destinatario indeterminado o por alguien “no personalmente convocado” [...]; lo que equivale a decir que el concepto de “pública” no se refiere a que la “instigación” se dirija a muchas personas, sino a que no exista una consciente limitación en el círculo de destinatarios que venga a establecer una especie de relación personal entre éstos y el instigador [...], tal como –de alguna manera- acontece en el “sub examine”, toda vez que –como señala la defensa oficial- no era posible el acceso al contenido cuestionado sin expresa voluntad de adquirir la información allí existente, ya sea a partir de una conducta activa de búsqueda por parte del receptor, o bien, como además ocurre respecto del sitio atribuido a Vita, bajo la advertencia previa de querer informarse acerca de la postura despenalizadora e ingresar a la página o no entrar y aceptar la cultura oficial.

[...] no siendo ostensible el elemento de la publicidad para la generalidad, sino para quienes efectivamente procuraron ingresar a esta suerte de “foro de discusión”, no puede hablarse en el caso de la configuración de un acontecer típico, pues no sólo no cumple con la “idoneidad” requerida, sino que tampoco se observa la referencia de “modo” que a nivel objetivo se exige (el subrayado me pertenece).

En otro tramo de su argumentación, el Dr. Hornos trae a colación el ya citado precedente “*Reno vs. ACLU*” para continuar reforzando la idea de que las particulares características de Internet exigen al usuario una serie de pasos activos para localizar determinada información:

[...] Similar razonamiento se desprende del [...] caso ‘*Reno Attorney General v. American Civil Liberties Union*’ (521 U.S. 844), donde además de señalar que conforme a las diversas características que posee Internet no es exagerado concluir con que su contenido es tan diverso como el pensamiento humano, la Corte Suprema de los Estados Unidos sostuvo que aún estando disponible para cualquiera, supone un esfuerzo para localizar sitios en un tema de interés. Esto es, por un lado, que los usuarios “raramente se encuentran con ciertos contenidos

accidentalmente” y, por el otro, que “el título del documento o su descripción aparecerá frecuentemente antes del documento mismo”, lo que importa la necesidad de otro paso antes de acceder al contenido del documento en cuestión. Por tal razón, agrega, son escasas las posibilidades de encontrar un sitio por accidente. A diferencia de las comunicaciones recibidas por radio o televisión, “el receptor de información en Internet requiere una serie de pasos afirmativos, más deliberados y directos que el mero cambiar un dial.

Recordando lo que se ha dicho al momento de abordar la cuestión de la naturaleza de Internet, resulta evidente que la postura del Dr. Hornos se ubica junto a la de aquellos que la conceptualizan como un medio de información; en tanto analizan la problemática desde la óptica del usuario entendiendo que es este último quien libremente va en busca de la información que le interesa.

Lo dice con toda claridad el magistrado al señalar -en otra parte de su voto- que

[...] tratándose de Internet, se respeta en un todo el derecho –si bien generalmente referido a datos personales- a la autodeterminación informativa, pues cada uno de los usuarios puede escoger leer lo allí contenido o abstenerse. Asimismo, puede sostenerse válidamente que el derecho a la información se amplía, pues como se dijo, tanto se perjudica a la sociedad cuando no es informada cuanto si se le ofrece una sola postura o se ejerce sobre las mentes su manipulación, al no poder discutirse –en determinada materia y época- las razones de política criminal que interesan a la comunidad.

Comparto la idea de que Internet posee características y particularidades que la diferencian de los medios de comunicación tradicionales (diarios, radio, televisión, etc.), y que –términos generales- el usuario tiene variadas opciones cuando “navega” en ella y ejerce su derecho a la información; pero ello por sí sólo no significa que siempre –y en todos los casos- es el usuario el que se “autodetermina” y ejercita sus libertades sin restricciones.

La línea argumental que se desprende del voto del Dr. Hornos –que puede resumirse diciendo: es el usuario de Internet quien va en busca de los

contenidos y decide libremente a cuales acceder y a cuáles no- parece un tanto simplista y no resulta útil para resolver la mayoría de los complejos problemas que plantea Internet, sea en materia de libertad de expresión o en otras temáticas.

Concebir a Internet como un modelo de paraíso democrático basado en el libre acceso e intercambio de opiniones –dice Lorenzetti- puede ser considerado “...una situación meramente transitoria y fugaz”<sup>315</sup>; razón por la cual es necesario hacerse cargo de la complejidad de las cuestiones involucradas y advertir –entre otras cosas- que la concentración de la información en manos de los grandes sitios y portales, el control social, el funcionamiento económico de la red y la posibilidad de direccionar conductas, se han vuelto cada vez más frecuentes; lo cual no hace mas que colocar al usuario en una situación de especial vulnerabilidad.

Retomando el análisis del fallo, cabe ahora realizar un último comentario en relación a los argumentos del voto del Dr. Hornos en cuanto al tipo penal del artículo 28 de la ley 23.737. Luego de señalar que no cabía la aplicación del artículo 49 del Código Penal “...por cuanto no se ha identificado al autor ni puede decirse que la cooperación –que pudieron haber prestado al vincular a las suyas otras páginas- sea necesaria; pero precisamente por ello, mucho menos puede entenderse que pudieran tener alguna responsabilidad como autores”; el magistrado hizo referencia a que “...un tribunal de Berlín –si bien de primera instancia- absolvió a la estudiante Angela Marquardt por colocar, en su página personal de la red, “mirrors” con contenidos de la revista “Radikal”.

Aprovechando la mención que allí se efectúa del precedente “Radikal”, resulta pertinente traer a colación algunas de las circunstancias que rodearon al mismo, siguiendo el resumen del caso que efectúa Javier Villate:<sup>316</sup>

El gobierno alemán coaccionó a los PAIs [Proveedor de Acceso a Internet] de su país para que bloquearan el acceso a la sede web que la revista

---

<sup>315</sup> LORENZETTI, Ricardo; *Tratado... cit.*, pág. 838.

<sup>316</sup> VILLATE, Javier; *La libertad de expresión en Internet: Retos y amenazas*, disponible en: [http://www.une.edu.ve/~iramirez/te1/censura\\_internet.html](http://www.une.edu.ve/~iramirez/te1/censura_internet.html)



alemana Radikal tenía en el servidor holandés XS4ALL. Esta revista, de extrema izquierda, es ilegal en Alemania, pero no en Holanda .

La aparente imposibilidad o dificultad para bloquear únicamente las páginas de Radikal condujo a los PAIs alemanes a bloquear XS4ALL en su totalidad. Los ciudadanos alemanes no sólo no podían acceder a las páginas de Radikal, sino a las más de seis mil que se alojaban en dicho servidor. Esto supone una clara violación del derecho de los alemanes al libre acceso a la información.

El bloqueo, que se inició en septiembre de 1996 y se reanudó, de nuevo el 11 de abril de 1997, sólo duró una semana. En respuesta a la medida censora, gran cantidad de internautas crearon mirrors o páginas que replicaban exactamente la sede web de Radikal. Esto, unido a la magnífica publicidad gratuita que supuso para Radikal este escándalo, hizo absolutamente ineficaz el bloqueo. Según un portavoz del proveedor académico alemán de Internet, Deutsches Forschungsnetz (DFN), "se ha demostrado que el bloqueo efectivo de información ilegal no está dentro de los límites de lo posible".

Pese a todo, la policía alemana procedió a la detención de una antigua militante del Partido Comunista de Alemania Oriental, Angela Marquardt, acusada de tener, en su página web, un enlace a uno de los mirrors de Radikal. Marquardt fue juzgada y declarada inocente.

Mas allá de que entiendo –tal como lo ha hecho el fallo en cuestión- que el hecho de colocar un link no importa más que informar de la existencia de un determinado sitio (y en este punto se asemejaría a una cita bibliográfica), me interesa puntualizar que el voto del Dr. Hornos parece establecer una especie de analogía entre el hecho de colocar un link y crear un “mirror”; cuestiones que –desde mi punto de vista- presentan diferencias sustanciales.

En tal sentido, cabe reparar que un “mirror” (“espejo” en castellano) es un “Sitio web copiado a otro servidor con el propósito de facilitar el acceso a sus contenidos desde el lugar más cercano o más conveniente para el usuario”<sup>317</sup>; es una réplica exacta, y suele sincronizarse

---

<sup>317</sup> [http://www.sitiosespana.com/webmasters/diccionario\\_tecnico.htm#m](http://www.sitiosespana.com/webmasters/diccionario_tecnico.htm#m)

periódicamente con el servidor principal para mantener la integridad de la información.

Así, surge evidente que el hecho de replicar la totalidad de un sitio ajeno en un sitio propio y sincronizarlo en forma periódica es algo completamente diferente que la mera colocación de un link (cuya principal función es la de informar sobre la existencia de dicho sitio). En esa sintonía, cabe señalar que el argumento de la falta de control o dominio sobre el contenido de lo publicado en el sitio linkeado (argumento del primer precedente “Vita-González Eggers”) perdería aquí gran parte de su fuerza, puesto que quien crea un mirror –a diferencia de quien simplemente coloca un link- está expresa y voluntariamente “haciendo propio” el contenido ajeno a través de la decisión de sincronizar periódicamente su sitio con el sitio ajeno.

- ***A modo de resumen:***

Los casos jurisprudenciales que se han reseñado permiten apreciar cómo se fue desarrollando ese primer vínculo entre Derecho y *Código Informático*, que se generó –como vimos- a partir de la necesidad de aquél de comprender los aspectos técnicos básicos de la realidad tecnológica que debía regular.

Como conclusión de lo expuesto, cabe sintéticamente señalar que:

a) el Derecho debe intentar comprender –al menos en sus partes esenciales- el funcionamiento y la configuración de la arquitectura del hardware y software de los sistemas tecnológicos; toda vez que ello se presenta como un indispensable paso previo a la toma de las decisiones jurídicas;

b) así lo evidencian los distintos casos jurisprudenciales analizados, en los que fue necesario ingresar en consideraciones técnicas antes de adoptar conclusiones jurídicas, tal como se desprende de los fragmentos que sintéticamente se han transcripto (vgr. explicación sobre el proceso de borrado o grabación de datos en un disco rígido –casos “M.G.G.” y “Nardini”-, diferenciación entre datos de navegación y datos de contenido – caso “Halabi”-, etc.);

c) la realidad tecnológica debe ser interpretada en clave jurídica, y por ello se observa que, en muchos casos, el diseño y la configuración de algunas variables técnicas tiene importantes repercusiones en el ámbito jurídico (vid. caso “Jujuy.com”, “Halliday”, “Ticketmaster”, entre otros).

A raíz de lo expuesto, es posible advertir que los operadores jurídicos que se interesan en las problemáticas del mundo digital se enfrentan a la necesidad de comprender determinadas cuestiones técnicas básicas como ser: cuáles son los distintos “actores” que intervienen en Internet y que función cumple cada uno de ellos, qué es un sitio web, en qué se diferencia un “link” de un “mirror”, cómo funciona un motor de búsqueda de información, por sólo citar los ejemplos más paradigmáticos.

### **III.- La imposición de límites y restricciones al Código Informático como medio para evitar/hacer cesar daños a las personas y/o la vulneración de determinados derechos individuales [punto I.b) citado al inicio del capítulo].**

Dentro del segundo tipo de relaciones entre el Derecho y el *Código Informático*, es posible encontrar distintos casos jurisprudenciales en los que se observa que el regulador Derecho –ante la invocación de un daño y/o la vulneración de un derecho individual- impone determinados deberes y restricciones a los titulares de un sitio web o una empresa; limitando de ese modo sus facultades de decidir libremente el diseño y la arquitectura del *Código Informático*.

En las decisiones judiciales que a continuación se comentarán, se entendió que existían determinados derechos (a la intimidad, al honor, a la integridad de los menores, etc.) que debían ser priorizados y, consecuentemente, correspondía restringir el ejercicio de determinadas libertades (libertad de ejercer el comercio y toda industria lícita, de expresión, etc.) e imponer ciertos límites al *Código Informático*.

- **“.....c/Internet: *www.yahoo.com*”**:<sup>318</sup> éste fue uno de los

---

<sup>318</sup> “.....c/Internet: *www.yahoo.com* y otros s/ Medida cautelar autosatisfactiva”; Juzgado Federal N° 2 Rosario, decisorio de fecha 13.03.2001, publicado en Zeus-Tomo 86-J-355.

primeros precedentes de nuestro país en que se solicitó el dictado medidas autosatisfactivas en relación a problemáticas relacionadas con Internet.

En cuanto a los hechos de la causa, cabe señalar que la actora había comenzado a recibir en su domicilio familiar –en donde habitaba con sus padres y hermanos- incesantes llamados telefónicos de personas que pretendían hablar con ella con la intención de requerir la contratación de servicios de contenido sexual. Interrogado uno de los requirentes respecto del lugar en donde se había generado esa información se toma conocimiento de que el número telefónico estaba insertado dentro de una página de Internet del portal [www.yahoo.com](http://www.yahoo.com). Se encuentra en dicha página la fotografía (que no es más que una fotocomposición, donde lo único verdaderamente real es el rostro de la actora), datos precisos sobre su persona y frases altamente lesivas hacia su persona.

Al fundamentar su resolución, el magistrado señaló que

El alto contenido agravante de esa información, lesiona arteramente su aspecto moral e incide abiertamente en su ámbito académico-laboral. La identificación de su nombre y apellido, conjuntamente con datos precisos de profesión, domicilio, teléfono y fotografía personal, hace que no sea difícil lograr un acoso de orden moral, que lesiona derechos personalísimos de imposible reparación ulterior.

En el caso, se ha verificado la existencia de "...", ingresando al portal [www.yahoo.com](http://www.yahoo.com) y a través de la voz Sexo en Rosario de su buscador, constatando la correspondencia de la imagen y leyenda obrante en la misma con la página impresa adjuntada al presente como prueba.

Emerge claramente del planteo formulado que no existe más interesado en la permanencia o no de dicha página en Internet que la propia actora y, no habiendo intervenido en su creación, la imposibilidad de suprimirla por otra vía que no sea la presente. De lo expuesto, y de la notoria afectación a derechos elementales de la persona que se derivan de la posibilidad de acceso público a información del tenor de la contenida en la página de Internet en cuestión, resulta palmaria la presencia de las condiciones de excepcionalidad que justifican la adopción de las medidas pertinentes a fin de procurar la imprescindible tutela requerida, ordenando la supresión inmediata de la referida página.

- **“Bartomioli”**:<sup>319</sup> el actor –en representación y ejercicio de la patria potestad de su hijo menor de edad, DANTE BARTOMIOLI- solicitó la inmediata eliminación de determinados sitios web, como así también que la empresa demandada se abstenga 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, agreda, vulnere, menoscabe o afecte de cualquier manera, el nombre, el honor, la imagen, la intimidad y/o la integridad del citado menor de edad.

Sintéticamente expuesta, la plataforma fáctica de la causa puede ser presentada del siguiente modo: durante el mes de diciembre de 2009 el menor Dante Bartomioli, fervoroso simpatizante del Club Atlético Newell’s Old Boys, concurre al estadio de dicha institución a presenciar el cotejo en el cual su equipo enfrentaba a Arsenal de Sarandí, y fue indiscriminadamente filmado por cámaras de televisión en el momento en que estaba llorando debido a la derrota que sufrió su equipo, perdiendo puntos determinantes para la obtención del campeonato, imagen que se convirtió de la noche a la mañana en una suerte de bandera de burla y mofa empleada por miles de personas contra Dante, quienes insultaron, agredieron verbalmente, y humillaron de diversas maneras al hijo del actor a través de espacios públicos de internet, sin ser debidamente sancionados.

El tribunal resolvió hacer lugar a la medida autosatisfactiva interpuesta y ordenó a la empresa Facebook Inc. “...la inmediata eliminación de los sitios individualizados con precisión en la demanda, (y que por razones inherentes a la télesis y esencia de la Medida instaurada habré de omitir su transcripción textual en la presente resolución [...])”; pero en este caso la solución fue mas allá y ordenó a la empresa demandada “...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, agreda, vulnere, menoscabe o afecte de cualquier manera, el nombre, el honor, la imagen, la intimidad y/o la integridad del menor DANTE BARTOMIOLI [...] (el subrayado me pertenece).

---

<sup>319</sup> “Bartomioli, Jorge Alberto c/ Facebook Inc. s/ medida autosatisfactiva”; Expte N° 1385/09 del registro del Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial de la Décima Nominación de Rosario.

Interesa especialmente destacar, que en este precedente, la resolución judicial ordena no solo la eliminación de un sitio -lo cual resulta técnicamente sencillo de realizar-, sino también una importante modificación del *Código Informático*, lo cual implica –sin dudas- una mayor dificultad.

En efecto, resulta evidente que para el cumplimiento de este mandato judicial (que impone un deber de abstención a futuro) la empresa debe necesariamente introducir diversos cambios en el diseño del software de su sitio a efectos de que –en forma automática- el sistema impida a cualquier usuario la realización de algunas de las conductas descriptas en el fallo.

Un interesante tema para el debate –que aquí sólo corresponde mencionar al pasar- es el siguiente: ¿qué parámetros o criterios debe utilizar la empresa para determinar cuándo se está en presencia de un hecho que pueda injuriar, ofender, menoscabar o afectar el hombre la imagen y la intimidad del menor en cuestión?.

• **“Protectora Asociación Civil de Defensa del Consumidor”**:<sup>320</sup> al igual que en el caso anterior, en este precedente se hizo lugar a la medida precautoria solicitada (bien que en forma parcial <sup>321</sup>) y se ordenó a Facebook Inc.

[...] el cese inmediato de los grupos creados o a crearse por menores de edad, respecto de los contenidos que sean vistos en la Provincia de Mendoza o recibidos y/o dirigidos a menores que se encuentran en ésta, con el objeto de promover la falta al ciclo escolar, sin el debido consentimiento de sus padres o la autoridad escolar, para juntarse en un sitio específico para poder festejar dicho incumplimiento; como también hacer extensivo a posibles otros objetos donde los menores de edad

---

<sup>320</sup> Protectora Asociación Civil de Defensa del Consumidor c/Facebook Inc. p/Sumario. Cuestión: eliminación de grupos formados por menores con motivo de ausencia masiva de clases organizada por dichos grupos”; Causa: 152.628. - Segundo Juzgado en lo Civil, Comercial y Minas de Mendoza; decisorio de fecha 11.05.2010.

<sup>321</sup> Corresponde remarcar que el acogimiento de la demanda fue parcial, puesto que magistrado entendió –tal como lo señala con claridad en los *considerandos*- que lo solicitado resultaba procedente pero que encontraba “...una limitación de competencia territorial, que impide la aplicación de lo resuelto fuera del ámbito provincial por lo que la medida debe otorgarse respecto de los contenidos que sean vistos en la Provincia de Mendoza o subidos y/o dirigidos a menores que se encuentren en ésta”.

promuevan objetivos que puedan causarse daño ellos o a terceros con su accionar [...] y haga efectivo el control de los contenidos de los grupos de menores de edad y su seguridad, conforme lo manifestado en las condiciones publicadas en <http://www.facebook.com/policy.php>, hasta que exista en el presente expediente resolución definitiva (el subrayado es propio).

Resulta importante destacar que en los *considerandos* de dicho decisorio, el magistrado destacó la función social que hoy cumplen las redes en la sociedad y sostuvo que ello supone que han de actuar con la más amplia libertad; no obstante lo cual hizo también hincapié en que

[...] el ejercicio del derecho de expresarse no puede extenderse en detrimento de la necesaria armonía con los restantes derechos constitucionales, entre los que se encuentran el de la integridad moral y física de las personas y en particular de los menores [...] El derecho de informar no constituye de por sí una causa de justificación de los daños a la integridad espiritual y social, sino que debe ser ejercido regularmente, sin abuso ni exceso [...].

• **“P.O. c/ Facebook Inc.”:**<sup>322</sup> en cuanto a los hechos de la causa, cabe sucintamente señalar que el señor O.P. interpuso una medida autosatisfactiva contra el sitio de Internet Facebook Inc. de Argentina y/o quien resulte responsable de la activación, registro, actualización y funcionamiento del sitio de Internet [www.facebook.com](http://www.facebook.com) – “ME DA VERGÜENZA QUE O. P. QUIERA SER GOBERNADOR EN EL 2011”; solicitando: a) la remoción del contenido de diversas secciones de dicho “perfil” de facebook y de la fotografía del actor, como así también la eliminación de la palabra corrupto; y b) se intime a dicha empresa a que –al momento de dejar constancia en el juzgado sobre el cumplimiento de dicha medida, informe dirección IP desde la que dicha cuenta fue creada y domicilio o radio dentro del cual se encontraba el ordenador o computadora desde la cual fue registrada, modificada o actualizada dicha cuenta; de no

---

<sup>322</sup> “P.O. c/ Facebook Inc. s/ med. Autosatisfactiva” (Expte. N° 1113/2010), tramitado ante la Justicia Civil y Comercial de Primera Instancia de los tribunales de la ciudad de Rafaela –Provincia de Santa Fe- fallo del 29.09.2010 registrado bajo el N° 1021 F° 391.

poder brindar tal información, deberá proporcionar datos y detalles técnicos para su investigación.

En lo que respecta a la petición citada en el punto a) –y luego de desarrollar diversos argumentos- el juez entendió que “...un estricto equilibrio entre la libertad de expresión y el respeto a los derechos personalísimos lleva a ordenar la suspensión solicitada limitada estrictamente a suprimir los contenidos detallados por el compareciente insertos en la cuenta mencionada como ‘Información’ y su fotografía en el ‘Muro’ y la eliminación en esa sección de la palabra ‘corrupto’”; y en función de ello se resolvió “Hacer lugar a la medida autosatisfactiva peticionada por el Sr. O. P. y, en consecuencia, ordenar a Facebook Inc. de Argentina, la inmediata suspensión de los contenidos de la página denunciada en autos, de acuerdo a lo dicho en los considerandos”.

Por su parte –y en lo referente a la solicitud supra consignada en el acápite b)- el magistrado entendió que “...la intimación a Facebook Inc. para que informe la dirección IP desde la que dicha cuenta fue creada excede el marco de esta medida”; motivo por el cual resolvió desestimar la misma.

### **• Casos jurisprudenciales relativos a los motores de búsqueda de información en Internet**

Los motores de búsqueda de información –o simplemente *buscadores*- cumplen un rol fundamental en el funcionamiento de la actual tecnología de Internet, puesto que sin ellos sería prácticamente imposible rastrear la información que el usuario necesita dentro del inmenso volumen de datos que hoy en día se encuentra disponible en la Red.

En los últimos años, se ha podido apreciar en la jurisprudencia argentina, un notorio incremento de las acciones judiciales (medidas cautelares, autosatisfactivas y/o demandas de resarcimiento de daños) dirigidas contra los motores de búsqueda de Internet (en la mayoría de los casos los destinatarios fueron los buscadores Google y Yahoo, por ser los más reconocidos y utilizados por los usuarios).

En efecto, son muchos los casos de artistas, modelos publicitarias –también funcionarios públicos, aunque en menor medida-, que han



recurrido a la justicia, ya sea: a) interponiendo medidas cautelares o autosatisfactivas a fin de impedir la difusión de información propia y/o de imágenes (en la mayoría de los casos se trataba de personas de sexo femenino que no querían aparecer relacionadas con sitios y páginas de Internet de contenido sexual, servicios de acompañantes, etc.); o bien b) reclamando el resarcimiento por los daños de índole patrimonial o moral causados por idénticos hechos<sup>323</sup>.

Seguidamente, se efectuará una breve síntesis de esos precedentes, no sin antes aclarar que debido a la cantidad de casos y teniendo en cuenta que las resoluciones adoptadas resultaron en gran medida similares, se ha optado por incluir los que –a mi juicio– presentan algunas características particulares.

En primer lugar me ocuparé de las resoluciones referidas a medidas cautelares y/o autosatisfactivas y luego será el turno de los decisorios que resolvieron peticiones de resarcimiento de daños.

#### **a) Medidas cautelares/autosatisfactivas**

- **“Treviño”**:<sup>324</sup> la actora promovió demanda de daños y perjuicios contra Google Argentina S.R.L., Google Inc. y/o contra toda persona que jurídicamente deba responder por las consecuencias emergentes de los daños y perjuicios totales materiales y morales, estimados en la suma de \$180.000.

En el relato de los hechos, se señaló que la Dra. Treviño es Coordinadora del Departamento Jurídico de la Asociación Empleados de Comercio de Rosario y Coordinadora del Área Jurídica de la Asociación Mutual de Empleados de Comercio de Rosario, y que -al tipear su nombre en los buscadores- pudo constatar que arrojaba como resultado directo de la búsqueda el acceso a un “blog” alojado bajo el dominio [resisteaec.blogspot.com](http://resisteaec.blogspot.com), en el que se difunden falsamente expresiones

---

<sup>323</sup> Cabe remarcar que, en algunos casos, se interpusieron ambas peticiones en forma conjunta.

<sup>324</sup> “TREVIÑO Susana c/ Google Argentina s/ Daños y Perjuicios”, Expte. N° 86.630, del Juzgado Federal N° 1, Secretaría B, fallo del 04.12.2009; disponible en: <http://www.hfernandezdelpech.com.ar/JurisprudenciaMedidaCautelarTrevinocontraGoogle.html>

altamente injuriantes y agraviantes hacia ella, su persona, su honra y dignidad. Afirmó que ello constituía un verdadero atentado contra las actividades que desarrollaba en el ejercicio de su profesión de abogada.

También solicitó el dictado de una medida cautelar innovativa, consistente en que se oficie a Google Argentina S.R.L. y a Google Inc. a fin de que por medio de quien corresponda, procedan a dar de baja el blog <http://resisteaec.blogspot.com/>, eliminando toda referencia de imágenes, figuras o frases agraviantes contra su dignidad.<sup>325</sup>

En fecha 04.12.2009 se hizo lugar a la medida cautelar innovativa, y en lo que aquí particularmente interesa, el magistrado señaló:

Sin perjuicio del pronunciamiento de una eventual responsabilidad de la demandada –sobre la que oportunamente habré de pronunciarme- no caben dudas que es el buscador quien facilita a los usuarios el acceso a los sitios de Internet. Se ha demostrado objetivamente la existencia de información dañosa para la actora. El buscador –en el caso Google- facilita a los usuarios el acceso a los sitios de internet donde la misma se encuentra, y es quien se encuentra en mejores condiciones para evitar la continuación del daño. Por ello debe la demandada implementar los mecanismos a tal fin.

En función de ello, hizo lugar a la petición de la medida cautelar innovativa y dispuso oficiar a las demandadas a fin de que por medio de quien corresponda y –en forma inmediata- “...procedan a dar de baja el blog <http://resisteaec.blogspot.com/>, eliminando toda referencia de imágenes, figuras o frases agraviantes contra la dignidad de la Dra. Susana Treviño Ghioldi”.

• **“B.E.C.”**<sup>326</sup> el actor requirió el dictado de una medida cautelar a fin de que se ordene a la contraparte arbitre los medios necesarios para

---

<sup>325</sup> En última instancia, petitionó que ello sea ordenado en un plazo de cumplimiento de dos días bajo apercibimiento de astreintes, las que estimó en la suma de \$500 diarios; y que –en forma previa a la intimación-, se proceda a la certificación actuarial de las copias impresas del blog referido que no se encuentren notarialmente certificadas; todo lo cual fue desestimado por el juzgado: “En el primer caso –sostuvo en cuanto a la astreintes- porque en esta etapa procesal ellas son a todas luces improcedentes. En el segundo, porque la certificación actuarial carece de naturaleza cautelar, pudiendo ser suplida –si la parte lo estimara necesario- por otro medio como una certificación notarial”.

<sup>326</sup> “B.E.C. c/ Google Inc. y otros s/daños y perjuicios”; Expte. N° 59.532/09, fallo del 20.10.2009.

evitar que al ingresar su nombre o la dirección <http://e.b.blogspot.com> en sus sitios [www.google.com](http://www.google.com) o [www.google.com.ar](http://www.google.com.ar) se acceda al contenido del Blog personal de E.B. contenido en [www.blogspot.com](http://www.blogspot.com) y/o [www.blogger.com](http://www.blogger.com).

La Dra. Amabile Cibils –a cargo del órgano jurisdiccional- hizo lugar a la medida precautoria requerida con fundamento en las disposiciones contenidas en el art. 232 del Cód. Procesal, y en lo que resulta de interés citar en esta ocasión, resolvió:

Con objeto de efectivizar la misma, intímase a las demandadas Google Inc. y Google Argentina S.R.L. para que, dentro del perentorio plazo de 10 días de notificadas por cédula de la presente, realicen todos los actos necesarios -utilizando los medios técnicos, humanos y económicos que se requieran- para eliminar toda posibilidad de que a través del buscador o facilitador que ofrecen como servicio en sus sitios [www.google.com](http://www.google.com), o bien [www.google.com.ar](http://www.google.com.ar), pueda accederse al contenido del Blog personal de E. B. mostrado en las direcciones [www.blogspot.com](http://www.blogspot.com) y/o [www.blogger.com](http://www.blogger.com).

Pero existen dos aspectos puntuales del fallo en los cuales cabe hacer especial hincapié. El primero de ellos es que, a fin de brindar mayor precisión al contenido de su resolución, luego del párrafo antes citado, la magistrado aclaró: “Entiéndase en consecuencia que para tener por cumplida esta manda, se deberá verificar que a partir del ingreso del nombre del actor (sea "B.", "E.C.B.", "E.B." o "C.B.") o bien de la dirección <http://e.b.blogspot.com> en el referido buscador, no podrá accederse al contenido del Blog personal de E.B. mostrado en las direcciones antes mencionadas”.

El segundo aspecto de relevancia, tiene que ver con el criterio adoptado por la magistrada a fin de corroborar el efectivo cumplimiento de la medida cautelar dispuesta, en tanto decidió fijar una audiencia “...a la cual deberán comparecer las partes, personalmente o mediante representante, en su caso, a fin de constatar a través del servicio de internet con que cuenta el Juzgado sobre el cumplimiento de la manda”.

- **“Pitra”**: en esta causa, la modelo Melina Pitra solicitó una medida cautelar a fin de lograr la eliminación de su nombre y fotografías de

distintos sitios de Internet. Señaló la actora que el proceso lo iniciaba contra Yahoo Argentina y contra Google Inc. y solicitó que se “haga extensiva” la medida cautelar a la totalidad de los sitios mencionados.

Al resolverse la causa se dijo -en lo que respecta a la instrumentación de la medida-, que la misma no presentaba dificultades en relación a los sitios web, por cuanto surgen las personas que lo han constituido, por tal razón ordenó eliminar de dichos sitios el nombre, fotografías y toda referencia a la actora.

Como dato particular de este precedente, cabe señalar que el magistrado sostuvo que la situación de las codemandas Yahoo y Google era diferente, ya que el servicio que prestan se limita a brindar un fácil acceso a la información mediante patrones de búsqueda; lo que motivó que -en uso de las facultades consagradas por el artículo 204 C.P.C.C.- el juez resolviera readecuar la cautelar y ordenar a los citados buscadores tomar las medidas necesarias para eliminar de sus patrones de búsqueda toda referencia que permita hallar información que vincule a la accionante con páginas de contenido sexual o de actividades relacionadas con servicios de acompañantes o demás ofertas relativas a la prostitución.

- **“Unterubacher”**:<sup>327</sup> en este caso, el tribunal de alzada resolvió rechazar el recurso interpuesto contra la decisión del juez de primera instancia que hizo lugar a la medida innovativa solicitada por la actora y ordenó a las demandadas “Yahoo! de Argentina S.R.L.” y “Google Inc.” realizar los actos necesarios para la eliminación del nombre de la actora y su vinculación con los sitios detallados en la demanda -de contenido sexual, pornográfico, de acompañantes y otras actividades vinculadas al tráfico de sexo- a los que se accede a través de sus respectivos servidores "www.yahoo.com.ar" y "www.google.com.ar".

Para así resolver, la Cámara argumentó que “...se debe distinguir entre el destinatario de la medida y quien pudiera resultar responsable por los daños susceptibles de ser atribuidos a la vinculación mencionada”, y

---

<sup>327</sup> “Unterubacher Nicole c/ Yahoo de Argentina S.R.L. y otro s/ medidas cautelares”; CNCiv. y Com. Fed., Sala I (Dres. Farell, Najurieta y de las Carreras), C. 3042/2006 -I; fallo del 15.03.2007.

remarcó que las cuestiones relativas a la determinación de una eventual responsabilidad, como así también los planteos de la apelante en lo que respecta a las relaciones entre usuarios, propietarios de sitios y prestadores de servicios, son aspectos que exceden el estrecho marco de conocimiento y la finalidad provisional que caracterizan a las medidas cautelares.

Desde ese punto de vista –agregaron los magistrados–

[...] es indudable que el servicio prestado por la apelante, por sus propias características, contribuye a facilitar la difusión de las páginas cuestionadas por la actora, por lo cual, la decisión adoptada por el a quo, resulta el medio más idóneo para evitar la prolongación de la situación se quiere hacer cesar. No obsta lo expuesto la ineficacia alegada por la apelante, habida cuenta de que la elección de los medios procesales es de exclusiva incumbencia de la actora. A lo que cabe añadir la posibilidad - aun en el caso de que los titulares de los sitios excluyeran toda relación con la accionante o los eliminaran- de acceder a versiones anteriores de las páginas a través de la función "en caché", disponible en los resultados de las búsquedas [...]

Un punto destacable de este precedente, está dado por lo manifestado por el tribunal en cuanto a que “...surge de la prueba documental aportada por la actora, que en algunos casos "Yahoo! Argentina" se guarda el derecho a elegir los sitios que incluye en su directorio...”; razón por la cual “En tales condiciones, no se advierte cuál es el gravamen que le genera la resolución apelada desde que sólo comporta el ejercicio, por orden judicial, de la facultad que se reserva”.

- **“Mazza”**:<sup>328</sup> al igual que en el caso anterior, la sala L de la Cámara Civil también hizo referencia a que los agravios del apelante que versan sobre cuestiones que harán al fondo de la cuestión principal escapan al limitado marco del proceso cautelar; y no pueden ni deben debatirse esas responsabilidades, so pena de caer en prejuzgamiento.

---

<sup>328</sup> “Mazza, Valeria Raquel c/ Yahoo de Argentina S. R. L. y otro s/ medidas precautorias” CNCiv. y Com. Fed., Sala L, (Dres. Marcela Pérez Pardo, José Luis Galmarini y Víctor Fernando Liberman) Expte. n° 67.068 (23.392/07) - Juzg. 50 -

## ***b) Demandas de resarcimiento de daños***

Desde los primeros estudios sobre los aspectos jurídicos de la *red de redes*, cuando la doctrina mencionaba a los proveedores de servicios de Internet era común incluir en tal categoría a los proveedores de acceso y a los proveedores de servicio de hosting; pero es dable advertir que, de un tiempo a esta parte, ha aparecido un nuevo actor que por la importancia del rol que cumple, acaparó la mayor parte de la atención: los proveedores de servicios de búsqueda.

No digo nada nuevo si señalo que la tecnología avanza a una velocidad superior a la del Derecho. Pero sí me interesa puntualizar que la problemática citada es un claro ejemplo de ello, puesto que cuando recién empezaban a asomar algunas legislaciones a nivel mundial sobre la responsabilidad de los proveedores de servicios de intermediación en Internet (vgr. proveedores de acceso y hosting) y cuando aún no se había alcanzado un consenso generalizado sobre qué tipo de responsabilidades podrían caberle a los clásicos proveedores de servicio en Internet, la realidad tecnológica tornó necesario un replanteo de los desarrollos jurídicos que se venían efectuando, para analizar mas detenidamente la situación de los proveedores de servicios de búsqueda.

Antes de proseguir, resulta pertinente señalar que en nuestro país no contamos con legislación específica sobre la responsabilidad de los proveedores de servicios en Internet; razón por la cual –como es obvio- los precedentes jurisprudenciales debieron aplicar las normas y principios generales que gobiernan la responsabilidad civil en general.

En el ámbito del derecho comparado existen diversas normas que regulan la situación de los proveedores de servicios en Internet, las que –en general- establecen la falta de responsabilidad de los buscadores por contenidos ajenos, entre las cuales cabe citar:

*a) En EE.UU la Ley de Decencia de las Comunicaciones, dictada en el año 1996 (Communications Decency Act –C.D.A.-); norma que establece –en la sección N° 230- que “Ningún proveedor o usuario de un servicio*

interactivo de computación será tratado como el editor o interlocutor de cualquier información provista por otro proveedor de contenidos”.<sup>329</sup>

b) *Comunidad Europea: Directiva 2000/31/CE sobre Comercio Electrónico*, que en su artículo 12 –bajo el título “Mera transmisión”- dispone que

1. Los Estados miembros garantizarán que, en el caso de un servicio de la sociedad de la información que consista en transmitir en una red de comunicaciones, datos facilitados por el destinatario del servicio o en facilitar acceso a una red de comunicaciones, no se pueda considerar al prestador de servicios de este tipo responsable de los datos transmitidos, a condición de que el prestador de servicios:

- a) no haya originado él mismo la transmisión;
- b) no seleccione al destinatario de la transmisión; y
- c) no seleccione ni modifique los datos transmitidos.

2. Las actividades de transmisión y concesión de acceso enumeradas en el apartado 1 engloban el almacenamiento automático, provisional y transitorio de los datos transmitidos siempre que dicho almacenamiento sirva exclusivamente para ejecutar la transmisión en la red de comunicaciones y que su duración no supere el tiempo razonablemente necesario para dicha transmisión.

3. El presente artículo no afectará a la posibilidad de que un tribunal o una autoridad administrativa, de conformidad con los sistemas jurídicos de los Estados miembros, exija al prestador de servicios que ponga fin a una infracción o que la impida<sup>330</sup>.

c) *España: Ley N° 34/2002, denominada Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSICE)*; cuyo artículo 17 al referirse a la responsabilidad de los prestadores “de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda”, señala que.

---

<sup>329</sup> GARCÍA, Fernando Adrián; *Responsabilidad civil de los buscadores de contenido en Internet*; trabajo presentado en el Concurso sobre idéntica materia realizado el 14 de julio de 2010 en el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y organizado por la comisión de derecho de la Alta Tecnología, a cargo del Dr. Horacio Granero; publicado en <http://www.eldial.com>. Traducción del inglés propia del autor: “No provider or user of an interactive computer service shall be treated as the Publisher or speaker of any information provided by another information content provider”.

<sup>330</sup> <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0031:Es:HTML>

1. Los prestadores de servicios de la sociedad de la información que faciliten enlaces a otros contenidos o incluyan en los suyos directorios o instrumentos de búsqueda de contenidos no serán responsables por la información a la que dirijan a los destinatarios de sus servicios, siempre que:

a) No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la que remiten o recomiendan es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o

b) Si lo tienen, actúen con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente.

Se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo a) cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse.

Sentado ello, y antes comenzar con la reseña del primer fallo dictado en nuestro país sobre la responsabilidad de los motores de búsqueda en Internet por daños causados por la información que ellos procesan, es preciso destacar que fue a partir de este decisorio que se instaló un intenso y profundo debate doctrinario al respecto; cuyos aspectos mas interesantes se sintetizarán posteriormente.

• **“D.C., V. c. Yahoo” o “Da Cunha” –también conocido como “Bandana”**:<sup>331</sup> en primera instancia se hizo lugar parcialmente a la demanda de daños y perjuicios interpuesta y se condenó a los Buscadores Google Inc. y Yahoo! a abonar un resarcimiento a la actora en concepto de daño moral por el uso indebido y no autorizado de su imagen personal.

---

<sup>331</sup> “D.C., V. c. Yahoo! de Argentina S.R.L. y otro”, Expte. 99.620/06, del registro del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil número 75 –a cargo del la Dra. Virginia Simari-. Cabe consignar que este precedente también es conocido como el caso “Bandana”, debido a que la actora se hizo públicamente conocida a raíz de su participación en un grupo musical que llevaba dicho nombre.



Este precedente –que fue el primero en nuestro país que se expidió sobre la responsabilidad de los motores de búsqueda en Internet por los contenidos que ellos proporcionan como resultados- constituye un claro ejemplo de lo que anteriormente se ha señalado en cuanto a la necesidad de que el Derecho comprenda básicamente el funcionamiento de las tecnologías antes de proceder a encuadrarlas jurídicamente.

Es por ello que –en primer término- me parece oportuno transcribir algunos de los principales párrafos en los que la magistrada, apoyándose en un dictamen pericial oficial de la causa, describe el funcionamiento de estos buscadores de información.

Al respecto, la Dra. Virginia Simari comienza señalando que

El rol de los buscadores (tal los demandados) es facilitar a sus usuarios el acceso a páginas de Internet que, en principio, presentan contenidos relacionados con esa búsqueda. Los buscadores realizan las búsquedas utilizando programas informáticos diseñados a tal fin por seres humanos y los resultados que se muestran son seleccionados y ordenados en forma automática de acuerdo a criterios definidos por los seres humanos que los diseñaron.

Los buscadores utilizan diversas técnicas y procedimientos y si bien resulta imposible describir su funcionamiento sin tener acceso a sus sistemas, podría resumirse diciendo que comparan la palabra buscada por el usuario con un archivo índice de datos procesados previamente y almacenado en una ubicación determinada y en base a las coincidencias encontradas, publican los resultados de acuerdo a los criterios preestablecidos por cada buscador. Para deducir los registros mas pertinentes, el algoritmo de búsqueda aplica estrategias clasificatorias diseñadas por cada buscador.

Un programa de computadora es un algoritmo que le dice a la computadora los pasos específicos para llevar a cabo un tarea. Los algoritmos son rigurosamente definidos para que la computadora pueda interpretarlos. El orden en que se ejecuta cada uno de los pasos que constituyen un algoritmo es fundamental. El orden más básico es de arriba hacia abajo, ejecutándose una instrucción tras otra de un código; un algoritmo puede variar en su flujo u orden de ejecución de pasos dependiendo de los valores de inicio o de los que entran durante su

ejecución. El flujo es manejado por las estructuras de control (el subrayado pertenece al suscripto).

Gran parte del decisorio se ocupa de exponer los elementos mas salientes del citado dictamen pericial en el que se explica –en lenguaje accesible y con gran claridad- de qué modo funcionan los buscadores y otras cuestiones de interés sobre las Tecnologías de la Información. A modo de resumen, la magistrada desarrolla lo que –a su entender- son los aspectos mas relevante del dictamen:

[...] los buscadores comparan la palabra buscada por el usuario con un archivo índice de datos procesados previamente y almacenado en una ubicación determinada y en base a las coincidencias encontradas; que publican los resultados de acuerdo a los criterios preestablecidos por cada buscador; que determinan el procedimiento de carga de contenidos a cuyo fin recorren periódicamente con programas informáticos las direcciones de todas las páginas web existentes en Internet accediendo a su contenido, que es clasificado y almacenado para ser utilizado en las búsquedas; que en los dos buscadores (Google y Yahoo) es posible realizar una búsqueda que evite que en los resultados aparezca determinada palabra; que el buscador gobierna la información y que periódicamente los buscadores recorren con programas informáticos las direcciones de todas las páginas web que existen en internet accediendo a su contenido que clasifican y almacenan, para ser utilizado por las búsquedas que se realizan en los buscadores.

Luego de las consideraciones precedentes, la magistrada expone los fundamentos de su fallo afirmando que

[...] está claro que aún cuando en la actividad desplegada por los buscadores no media intervención humana por tratarse de procesos automatizados, no puede desligarse al titular de las consecuencias que generen sus diseños.

Su quehacer constituye un servicio que facilita la llegada a sitios que de otro modo serían de muy dificultoso acceso, y además, esa facilitación hace precisamente al núcleo de una de las actividades centrales que desarrollan.

Así pues, nos hallamos en condiciones de afirmar que el buscador al contribuir al acceso a los sitios de Internet se encuentra en las mejores condiciones técnicas para prevenir la eventual generación de daño y de allí surge el perfil de los buscadores como responsables de su actividad facilitadora del acceso a sitios.

La dimensión de los buscadores como herramienta amerita su aliento para que puedan sostener un adecuado desarrollo, más ello en modo alguno implica que deba apoyarse ese crecimiento a expensas de los derechos individuales o con afectación de los mismos (el subrayado me pertenece).

Lo hasta aquí expuesto –sostuvo la magistrada al finalizar el acápite I del decisorio-

[...] me conduce a asignar responsabilidad a los demandados en el supuesto de que el acceso que posibilitaron a los sitios que incluían imágenes de la actora, le hubiera producido afcción a sus derechos personalísimos y/o hubiera constituido un uso no autorizado de su imagen”.

Finalmente, y a la luz de las consideraciones efectuadas, resolvió hacer lugar a la demanda promovida por Virginia Da Cunha y condenar a Google Inc. y a Yahoo de Argentina a pagarle la suma de \$ 50.000 cada uno de ellos en concepto de daño moral y disponer la eliminación de las vinculaciones entre los citados buscadores y los sitios de contenido sexual, erótico y/o pornográfico que contengan el nombre, imagen y fotografías de la actora sin perjuicio de los alcances con que ya fue dictada y cumplida la medida ordenada en el incidente de medidas cautelares y las respectivas ampliaciones.

- **“Rodríguez”**:<sup>332</sup> en lo que respecta a los hechos del caso, cabe sintéticamente señalar que la actora promovió una acción de daños y perjuicios, demandando a Google Inc. y Yahoo! de Argentina S.R.L. un resarcimiento económico en concepto de daño material por uso indebido de la imagen y daño moral por violación del derecho a la intimidad.

---

<sup>332</sup> “Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. y otro s/ Daños y Perjuicios” (Exp. N° 99.613/06), Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N 95, a cargo de la Dra. Nora Gonzalez de Rosello, sentencia del 04.03.2010.

Asimismo, solicitó se ordene el cese definitivo del uso antijurídico y no autorizado, de su imagen y nombre, como así también la eliminación de su imagen y nombre de los sitios de contenido sexual, erótico y pornográfico que mencionó en su demanda y/o a la supresión de las vinculaciones de su nombre, imagen y fotografía de tales sitios y actividades, a través de los buscadores de Internet [www.google.com.ar](http://www.google.com.ar) y [www.yahoo.com.ar](http://www.yahoo.com.ar) .

Sostuvo la actora que su nombre, fotografías e imágenes se relacionaban indebidamente y por cierto sin consentimiento alguno por todo el mundo, con sitios de contenido sexual, pornográfico, de acompañantes y otras actividades relacionadas con el tráfico de sexo. También imputó responsabilidad a las empresas demandadas y se agravió de que las mismas utilicen indebidamente su imagen con miras a obtener beneficios comerciales en sus portales denominados "IMAGENES".

En primer lugar, la magistrada comenzó haciendo referencia al rol y a las actividades que los demandados desarrollan en el ámbito de Internet, señalando que

[...] Google Inc. y Yahoo! de Argentina S.R.L., son buscadores o "robot" que recorren constantemente con programas informáticos las páginas web que existen en Internet accediendo a su contenido. De este repaso extraen una clasificación que les permite luego individualizar cuáles sitios web contienen información o prestan servicios vinculados con la palabra clave utilizada como argumento de búsqueda. También el sistema realiza una reproducción de archivos que almacena, esta versión "cache", se utiliza para juzgar la adecuación de las páginas respecto de las consultas de los usuarios y proveer una copia de "back-up" a la cual se puede llegar con más celeridad (Mille, Antonio, ob. cit., pág. 1278).

La definición de Frene es muy acertada: "los "buscadores web" son aquellos que prestan un servicio, el cual, a partir del ingreso de una palabra precisa en el índice de búsqueda en sus sitios de Internet, autoriza a los usuarios a conocer o acceder a través de un "link" a los sitios de Internet de terceros que contengan la palabra ingresada o las imágenes vinculadas con el aludido término..." ("Responsabilidad de los "buscadores" de Internet" La Ley, 17/11/09). También se los describió como "... un software al que se puede acceder desde un sitio web: estos

buscadores facilitan a los usuarios de Internet la búsqueda de los sitios web, a través de sistemas informáticos automáticos de actualización constante que rastrean la información que se va agregando a la www. En estos motores de búsqueda los usuarios escriben palabras "clave" y el buscador, de forma automática indica en cuáles sitios web se encuentran tales palabras objeto de la búsqueda del usuario, ya sea que estén en forma visible, dentro de su contenido o, en forma oculta, dentro de su código fuente ... ." (Gini, Santiago Luis, "Internet, buscadores de sitios web y libertad de expresión", La Ley, Sup.Act., 23/10/08,1).

Agregó también la magistrada que el perito informático designado por el Tribunal resume el concepto diciendo:

[...] comparan la palabra buscada por el usuario con un archivo índice de datos procesados previamente y almacenado en una ubicación determinada y en base a las coincidencias encontradas, publican los resultados de acuerdo a los criterios preestablecidos por cada buscador. Para deducir los registros más pertinentes, el algoritmo de búsqueda aplica estrategias clasificatorias diseñadas por cada buscador. El análisis de enlaces constituye otra estrategia muy utilizada. Esta técnica estudia la naturaleza de cada página (si se trata de una "autoridad", porque otras páginas remiten a ella, o si es un "eje", porque remite a otras páginas)..." (v. pericia de fs. 640vta.).

Luego de efectuar tales precisiones, y comenzando ya a desarrollar su argumentos, la jueza remarcó que en el caso se presentaba un conflicto entre los derechos constitucionales de libertad de expresión y a la intimidad; y en función de ello consideró que correspondía examinar la responsabilidad atribuida a Google Inc. y Yahoo! de Argentina S.R.L., "...sobre la base de jurisprudencia comparada, principios constitucionales y normas del Código Civil de acuerdo al principio genérico de no dañar '*alterum non laedere*', consagrado en el art. 19 de la Constitución Nacional".

Posteriormente, hizo referencia a las diferencias que existen –tanto en la doctrina como en la jurisprudencia nacional- en relación al factor de atribución en el ámbito de la responsabilidad civil relacionadas con actividades informáticas, mencionando –en primer término- las posturas doctrinarias que entienden que "el software" y los "servicios informáticos"

constituyen una "cosa riesgosa" en los términos del art. 1113, 2do. párrafo del Código Civil, por lo cual debe aplicarse el factor objetivo de atribución a los daños cometidos con los mismos.

Destacó también que, desde esa postura se considera que el titular del software y/o prestador de los servicios informáticos debe responder por tales daños aunque no haya culpa de su parte, salvo que pruebe "la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder" [Leiva, Claudio Fabricio, "Responsabilidad por daños derivados de Internet (Reparación y prevención de los daños)]",

Y luego de ello se enroló en la tesis contraria y –con cita de trabajos doctrinarios de Horacio Fernández Delpech, Lisandro Frene y Ricardo Lorenzetti- afirmó que

[...] el buscador de Internet no genera, modifica ni selecciona contenidos; lejos está de la figura de "editor", por lo que las empresas sólo podrán ser responsables, en la medida en que se demuestre que hubo un obrar culposo de su parte (art. 1109 del Código Civil). (Fernández Delpech, Horacio, "Internet. Su problemática jurídica", Lexis Nexis, 2004, p. 209 y ss; Frene, Lisandro, ob. cit.; Lorenzetti, Ricardo L., ob. cit, págs. 285 y ss).

Y desde esa posición entendió que:

[...] con anterioridad al reclamo del afectado solicitando el bloqueo del contenido que lo agravia disponible en Internet, ninguna negligencia existe de parte de los "buscadores web" por lo que no cabe adjudicarles culpa por el contenido cuestionado.

Contrariamente, a partir de tomar conocimiento de que contenidos de determinados sitios de Internet infringen los derechos de un sujeto y éste requiere al buscador la eliminación o bloqueo de tales páginas -no antes de verificarse la conducta culpable de la parte demandada, ella habrá de engendrar la obligación de reparar el daño causado por violación del principio ya referido del "alterum non laedere" que el Código Civil prevé en el art.1109.

Surge del examen de la causa principal y del incidente cautelar que con fecha 30.8.2006 (v. fs. 127, expediente N° 59.090/06) y 13.9.2006 (v. fs. 105 de esta causa) que Google Inc. y Yahoo! de Argentina S.R.L., tuvieron

conocimiento efectivo de que a través de sus motores de búsqueda se podía acceder a determinados contenidos de sitios de terceros indexados en sus búsquedas que utilizan la imagen y/o vinculan el nombre de la actora con textos eróticos y/o pornográficos.

[...] La conducta en que incurrieron Google Inc. y Yahoo! de Argentina S.R.L., al no proceder a bloquear o impedir de modo absoluto la existencia de contenidos nocivos o ilegales perjudiciales a los derechos personalísimos de la actora, a partir de serles comunicada la aludida circunstancia (v. notificación de fs. 127 del incidente cautelar y audiencia de mediación de fs. 105 de esta causa), no es menor como parece entenderlo esa parte y no es excusable.

Si bien dichas empresas son proveedoras de herramientas de búsqueda - no de contenidos- advertidas por la afectada de que su sistema proveía en la lista de resultados hipervínculos a sitios de terceros que infringían los derechos a la intimidad y al respeto de los datos personales de la reclamante, por contar, como vimos, con todos los medios técnicos a su alcance, debieron sin demora proceder a impedir o bloquear cualquier tipo de acceso a los contenidos cuestionados, como finalmente lo hizo Yahoo! de Argentina S.R.L..

Tal comportamiento de las co-demandadas se debió entonces, utilizando las palabras de la ley, a una negligencia culpable, la cual en el caso de Google Inc., a no dudarlo ha expandido sus efectos hasta el presente.

En otra parte del decisorio, la Dra. González de Rosello afirmó que no puede decirse que la conclusión a que arriba el fallo vulnere la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión del servicio de Internet prevista a través del decreto 1279/97 y de la ley 26.032

[...] pues como ha dicho la Corte Suprema en un importante precedente aplicable analógicamente: "... la función primordial que en toda sociedad moderna cumple el periodismo supone que ha de actuar con la más amplia libertad, pero el ejercicio del derecho de informar no puede extenderse en detrimento de la necesaria armonía con los restantes derechos constitucionales, entre los cuales se encuentran el de la integridad moral y el honor de las personas (art. 14 y 33 de la Constitución Nacional)." (causa Campillay, Julio C. c. Diario La Razón y otros, Fallos 308:789 y La Ley 1986-C406).

Y en última instancia agregó:

Ante tanta resistencia me pregunto qué suerte habría tenido el reclamo de la actora en caso de utilizar el procedimiento diseñado por los buscadores demandados para recibir notificaciones de abusos de sus sistemas en las direcciones <http://www.google.com/support/webmasters/bin/answer.py?&answer=164734> y <http://help.yahoo.com/l/ar/yahoo/search/search/deletions/>.

Así, la conducta culpable de las demandadas, nacida -reitero- a partir de la notificación fehaciente de la afectación a los derechos personalísimos de la actora, engendra la obligación de reparar el daño causado. Tienen pues responsabilidad directa por violación al principio legal del "alterum non laedere" que el Código Civil prevé en el art. 1109, debiendo responder por las consecuencias dañosas, en tanto medie adecuado nexo de causalidad entre ésta y los daños probados (cfr. arts. 901, 905, 906, 1067, 1068, 1069 y cc del Código Civil).

Finalmente, y con base en los argumentos que se han reseñado, resolvió hacer parcialmente lugar a la demanda y condenar a Google Inc. y a Yahoo! de Argentina S.R.L., a pagar un resarcimiento; y dispuso la eliminación definitiva de las vinculaciones del nombre, imagen, y fotografías de la actora con sitios y actividades de contenido sexual, erótico y/o pornográfico a través de los buscadores [www.google.com.ar](http://www.google.com.ar) y [www.yahoo.com.ar](http://www.yahoo.com.ar).

#### • **Repercusión doctrinaria de los fallos**

Si bien con anterioridad a tales fallos, importantes juristas de nuestro país -Lorenzetti, Galdós, Parellada, entre otros- ya habían abordado cuestiones relativas a la responsabilidad civil en Internet, los mencionados precedentes "Da Cunha" y "Rodríguez" generaron -como suele suceder ante fallos novedosos- un notorio incremento de las opiniones doctrinarias sobre esta problemática.

En primer lugar, y entre los autores que han criticado la resolución de primera instancia en el caso "Da Cunha", es posible citar la opinión de Martín Rico, quien señala que "...nos encontramos frente a una de esas



sentencias, que si bien fueron decididas conforme a derecho, o mejor dicho, a una posible interpretación del derecho (que desde ya adelantamos, no compartimos), la misma resulta intrínsecamente injusta”<sup>333</sup>.

En diversos pasajes de su artículo, este autor se esfuerza por destacar que los procesos que lleva a cabo un buscador son realizados en forma automática sin intervención de seres humanos:

[...] durante el quehacer cumplido por los buscadores web, no media intervención humana ya que la búsqueda importa un proceso automatizado, por medio de robots. [...] Lo importante, que nos tiene que quedar en claro de este análisis técnico, para nuestra tarea jurídica, es que el 95% del proceso antes descrito, es automático (o mejor dicho realizado por robots).

Disiento con la opinión de Rico, puesto que –a mi entender- el hecho de que la tarea de los buscadores sea realizada a través de la actividad humana o por medio de procesos automatizados, aún cuando pueda tener alguna incidencia en el marco de otras problemáticas, carece de relevancia en lo que respecta a la resolución del tema debatido en el fallo. Ello así, por cuanto lo medular de la cuestión es el servicio que ofrecen estos buscadores (actividad empresarial muy lucrativa por cierto); y resulta un elemento tangencial el hecho de que sea realizado automáticamente o no.

Otra crítica a este fallo la formuló la Dra. Analía Zygier, quien señaló que la jueza

[...] debería haber ordenado que se suprimieran los links dañinos (como lo hizo), y haber ordenado a los buscadores implementar métodos de denuncia de abuso que permitieran gestionar las remociones en forma rápida, clara y simple (ambos sitios lo tienen, pero extrañamente el perito informático no los halló y no lo informó a la juez), podría haber recomendado ir contra los autores del daño, y podía ordenar astreintes si

---

<sup>333</sup> RICO, Martín; *Los riesgos de aplicar analogías jurídicas para resolver cuestiones tecnológicas: comentarios al fallo 'Da Cunha Virginia c/ Yahoo de Argentina SRL y otros s/ daños y perjuicios'*; publicado en el Suplemento de Derecho de la Alta Tecnología de la Biblioteca Jurídica Online El Dial.com ([www.eldial.com](http://www.eldial.com)).

los buscadores no cumplieran con estas órdenes (el subrayado pertenece al suscripto)<sup>334</sup>.

Finalmente, resta consignar que en una entrevista al diario La Nación, el Director de Comunicaciones y Asuntos Públicos para América Latina de Google, Alberto Arévalos señaló que la mayoría de las medidas cautelares dictadas contra su empresa estaban en instancia de apelación y que “Nos pedían sacar nombres de personas del buscador y nosotros consideramos que eso hubiese penalizado a muchas páginas que son totalmente legales y sería un claro caso de censura previa”<sup>335</sup>.

Desde mi punto de vista, resulta evidente que las decisiones judiciales referidas no pueden –en modo alguno- ser calificadas como ejemplos de “censura previa”, dado que existe un generalizado consenso doctrinario en cuanto a que el hecho de impedir o evitar que alguna persona se exprese resulta completamente diferente a las consecuencias jurídicas que pueden derivarse a partir de una información ya publicada o una opinión ya expresada.

- **“D.C., V. c. Yahoo” (segunda instancia)**:<sup>336</sup> al momento de resolver los recursos de apelación interpuestos contra el decisorio de primera instancia que anteriormente se ha mencionado, el órgano de alzada hizo lugar a los agravios planteados por los demandados y revocó el decisorio impugnado (con dos votos a favor de dicha solución –Dras. Barbieri y Brilla de Serrat- y con la disidencia del Dr. Sánchez).

La Dra. Barbieri –que tuvo a su cargo el primer voto- entendió que la situación de los buscadores debe ser analizada desde la óptica de los factores de atribución de naturaleza subjetiva. Señaló en relación a ello que no resulta aplicable la teoría del riesgo creado, toda vez que los buscadores

[...] actúan proporcionando una herramienta al usuario que utiliza la computadora (cosa riesgosa) para localizar los contenidos o la

---

<sup>334</sup> ZYGIER, Analía; *Matar al mensajero. Paren a los jueces, me quiero bajar*, edición del Diario Judicial del 03.08.2009; disponible en [www.diariojudicial.com](http://www.diariojudicial.com).

<sup>335</sup> La Argentina pagó un precio muy caro por la censura, por Ariel Tiferes, Edición digital del Diario La Nación, del 17.10.2008, disponible en: [http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota\\_id=1060354](http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=1060354)

<sup>336</sup> “D. C., V. c/ Yahoo de Argentina SRL y otro s/ Daños y Perjuicios”, Excma. Cámara Nacional de la Apelaciones en lo Civil, Sala “D”, fallo del 11.08.2010.

información por él definida, dichos contenidos o información no son creados o puestos en la red o editados por los buscadores [...] El rol de los buscadores es facilitar a sus usuarios el acceso a páginas de Internet, que, en principio, presentan contenidos relacionados con la búsqueda realizada [...] Pero quien o quienes deciden el contenido que se carga en cada sitio web, es precisamente cada sitio [...].

En otro párrafo del decisorio, la magistrada destacó que

[...] aún admitiendo la responsabilidad civil, la misma sólo puede hacerse efectiva contra las demandadas en la medida en que, frente a una situación ilícita, y advertidas a través de los mecanismos pertinentes, no realicen la conducta atinente y necesaria para obtener la cesación de las actividades nocivas, pues, recién en ese momento, se configuraría una falta propia susceptible de ser apreciada en los términos de los arts. 512, 902, 1109 y cc. del Código de fondo [...] Resumiendo entonces, con anterioridad a cualquier reclamo del afectado solicitando el bloqueo del contenido que considera agravante y disponible en Internet a través de los buscadores demandados, no puede a los mismos serle atribuida o adjudicada culpa alguna por los contenidos cuestionados.

En base a tal razonamiento, y en relación a los agravios expresados en cuanto a la indemnización fijada en primera instancia a favor de la actora, entendió que:

[...] sin perjuicio de los filtros que las demandadas puedan voluntariamente establecer a fin de impedir la indexación de sitios o imágenes que vinculen a determinadas palabras con contenidos de carácter pornográfico, erótico, sexual u otros contenidos que se consideren ilícitos, y que a tenor de lo que surge de la pericia informática son factibles desde el punto de vista técnico, o de la política que el Estado pueda llegar a adoptar en el futuro a fin de impedir el acceso a determinada información o a determinadas páginas de la web (tal el caso de algunos países que como es de público y notorio conocimiento han impuesto restricciones a los usuarios de los mismos en las búsquedas - China y Cuba-) considero que debe hacerse lugar a los agravios vertidos por las demandadas y en consecuencia revocarse la sentencia de primera

instancia en tanto condena a las mismas a abonar a la actora la indemnización allí establecida.

Por otra parte, y en lo que respecta al agravio formulado por Google Inc. en cuanto a la eliminación de todas las vinculaciones entre los buscadores de las demandadas y los sitios de contenido sexual, erótico y/o pornográfico que contengan el nombre la imagen y/o fotografías de la actora, sostuvo que

[...] sin perjuicio de lo ya ordenado y cumplimentado en los autos sobre medidas cautelares caratulado “D. C., V. c/ Yahoo de Argentina SRL” expte. N° 63.314/2006 no surgiendo de la pericia informática sino solamente la posibilidad técnica de efectuarlo, más no se establece expresamente la manera de materializar dicho cumplimiento, no cabe sino mantener la decisión adoptada por la “a quo” y en tanto sea la interesada la que comunique a las demandadas los sitios web con contenido ilícito o que considere agraviantes que deban ser bloqueados a los fines de impedir su acceso a través del buscador, ello sin perjuicio de las demás medidas que la propia actora pueda requerir respecto de los dueños de los sitios de Internet donde se encuentren alojados los contenidos que considere dañosos.

Dicho ello, cabe ahora transcribir algunos párrafos del voto en disidencia del Dr. Sánchez, quien -aún cuando coincide parcialmente con los argumentos del primer voto- arriba a una conclusión diferente. En tal sentido, comienza destacando que

[...] Se afirma en el primer voto que la responsabilidad de los buscadores debe analizarse a la luz de lo normado por el artículo 1109 del Código Civil. Aunque hay fundados argumentos para sostener la atribución objetiva de responsabilidad en los términos del artículo 1113 del mismo Código (ver CACAzul, Sala I, voto del Dr. Esteban Louge Emiliozzi del 19-02-09, in re “Heim, German Luis y otro c/Zito Cono y otro” y nota de Fernando Tomeo, “La responsabilidad civil en la actividad informática”, LL Revista Responsabilidad Civil y Seguros, 03-10, págs. 99/111), admitiré la imputación subjetiva en el supuesto hipotético del que aquí me ocupo.

Luego, citó textualmente los párrafos del primer voto en que se admitió que cabría la posibilidad de endilgársele cierto grado de responsabilidad a los buscadores cuando tuvieran

[...] conocimiento efectivo de que la información existente es ilícita, o lesiona bienes o derechos, por ejemplo, cuando son notificados por la autoridad competente que así lo ha determinado, mediando una resolución judicial que lo indique, y no actúen con la diligencia necesaria para retirar los datos, o bien, hacer imposible el acceso a ellos (caso de los buscadores, por ejemplo).

Y finalmente, sostuvo que desde su punto de vista resultaba inadmisibile

[...] que según constancias del incidente de medidas cautelares (exp. N° 63314/06, que tengo a la vista) se las haya decretado con fecha 23 de agosto de 2006 (fundado entre otras constancias, en la de fs. 64, que es el acta notarial del esc. Arias del 27-06-06) y notificado de inmediato a la demandada; se presentó Google el 7 de setiembre siguiente (fs. 147/9) y a principios de este año 2010 (fs. 2139/40, ahora de este expediente principal) ¡más de tres años después de decretada judicialmente la medida cautelar! mantiene vínculos y enlaces que permiten identificar el nombre de la demandante con sitios de contenido sexual y pornográfico  
[...] La conducta en que incurrieron las demandadas al no cumplir oportunamente las medidas cautelares ordenadas y firmes, procediendo a bloquear o impedir la existencia de contenidos ilegales y perjudiciales de los derechos personalísimos de la actora, es relevante e inexcusable”.

En comentario al fallo “Da Cunha” de segunda instancia al que se ha hecho mención, Fernando Tomeo sostiene que “...la inteligencia del fallo es acertada” en tanto que

[...] no resulta viable imputar responsabilidad objetiva al Buscador de Internet, ya que no contribuye a la generación del daño ni como autor ni como editor del contenido. El Buscador no es el creador del contenido dañoso ni tampoco el administrador del sitio donde el mismo se aloja. Ello conforme el criterio adoptado por la normativa americana y europea

que fue citada por la Dra. Patricia Barbieri [...], como así también por la jurisprudencia del Reino Unido<sup>337</sup> .

Aunque no lo señala expresamente, Tomeo se acerca a la posición argumental expuesta en el voto del Dr. Sanchez, en tanto afirma que deben aplicarse a los buscadores los principios de responsabilidad subjetiva (arts. 512, 1109 y conc. del CC) por contenidos publicados por terceros “...cuando existe un obrar negligente de su parte...”; y posteriormente remarca que “Si se ordena judicialmente al Buscador dar de baja o bloquear un contenido determinado, éste debe cumplir la orden judicial. Si no cumple la orden judicial, entonces, habrá culpa y responsabilidad”.<sup>338</sup>

En similar orientación, Macarena Pereyra Rozas, afirma que “...ninguna responsabilidad le compete a los buscadores con anterioridad a la toma de conocimiento del hecho dañoso”, y agrega asimismo que de la lectura de los fallos Rodríguez y Da Cunha “...se podría desprender que nuestros tribunales están imponiendo a los buscadores la obligación de controlar contenidos y de erigirse en mediadores entre quien invoca el daño y quien podrá estar produciéndolo”.<sup>339</sup>

[...] Si los buscadores –intermediarios- accedieren a desindexar contenidos de ciertos resultados de sus búsquedas y eso generare un perjuicio al productor del contenido, con idénticos fundamentos a los utilizados por nuestros tribunales para asignarles responsabilidad indirecta en los casos en que se analizan, los mismos tribunales podrían volver a asignarles responsabilidad por el daño producido por la desindexación. [...] El productor del contenido podría dirigirse contra los buscadores por omitirlos deliberadamente en los resultados de ciertas búsquedas, aún cuando dichas omisiones provengan de hacer lugar a un pedido de un particular (sin intervención de la justicia). Ante esta

---

<sup>337</sup> TOMELO, Fernando; *Responsabilidad civil de buscadores de Internet*, Diario La Ley del 30.08.2010, pág. 10.

<sup>338</sup> TOMELO, Fernando; *Ibidem*.

<sup>339</sup> PEREYRA ROZAS, Macarena; *Responsabilidad de los motores de búsqueda en Internet*, Concurso sobre idéntica materia realizado el 14 de julio de 2010 en el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y organizado por la comisión de derecho de la Alta Tecnología, a cargo del Dr. Horacio Granero; publicado en <http://www.eldial.com>.

situación pareciera que la condena a los buscadores puede venir por ambos frentes.<sup>340</sup>

Resulta interesante destacar la posición que –en minoría pero a partir del desarrollo de sólidos fundamentos- ha sustentado Norma Cherñavsky. Esta autora se apoya en la premisa básica de que “...todo aquel que maneja riesgos sociales derivados de su actividad debe responder por los daños que ocasione”; y a partir de allí señala que

[...] la propia función del derecho civil es la de distribuir las cargas y costos sociales en forma equitativa y siendo los buscadores de Internet facilitadores de acceso a contenidos dispersos por la red global, no es menos cierto que con dicho accionar, pueden exponer a los usuarios de estas tecnologías a nuevos riesgos e incluso a la efectiva producción de daños, los que siendo ocasionados en el curso de la prestación del servicio, deben ser asumidos por quien lo brinda<sup>341</sup>.

En base a tales argumentos, postula un factor de atribución de responsabilidad de naturaleza objetiva “...en función de que poseen el gobierno de la información y la capacidad técnica de acceder, analizar y seleccionar contenidos”; toda vez que “...quien gobierna la información debe asumir los costos de la eventual dañosidad social que la prestación de tal servicio genere a los usuarios, como así también el deber de colaborar en el esclarecimiento de los ilícitos de contenido o de tráfico cometidos por la red”.<sup>342</sup>

Por último, y a modo de conclusión, su trabajo termina afirmando en forma clara y contundente:

[...] Si las empresas de motores de búsqueda pueden crear programas de búsquedas seguras y controladas, ofrecer filtros de contenidos y desarrollar sistemas para indexar contenidos de acuerdo a su localización, a fin de evitar incurrir en responsabilidad propia por delitos contra la propiedad intelectual, pornografía infantil, etc., pueden ser

---

<sup>340</sup> PEREYRA ROZAS, Macarena; *Ibidem*.

<sup>341</sup> CHERÑAVSKY, Nora; *Responsabilidad civil de los buscadores de contenido en Internet*, Concurso sobre idéntica materia realizado el 14 de julio de 2010 en el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y organizado por la comisión de derecho de la Alta Tecnología, a cargo del Dr. Horacio Granero; publicado en <http://www.eldial.com>.

<sup>342</sup> CHERÑAVSKY, Nora; *Ibidem*.

responsabilizadas **objetivamente** por aquellas conductas antijurídicas generadoras de daños a terceros, sin necesidad de que el usuario del servicio funcione como ‘policía’ poniendo en su cabeza la obligación de denuncia del **uso ilícito** que se ejerza mediante –por ej- la injuriosa indexación de textos o imágenes **lícitas**, a sitios ilícitos o de contenidos nocivos” (el énfasis pertenece al texto original).

Para finalizar –y aunque la problemática que se viene desarrollando se relaciona sólo tangencialmente con los temas específicos de esta tesis- me parece oportuno señalar que si bien es cierto que los proveedores de servicios de búsqueda pueden ser considerados como “intermediarios” al igual que los otros dos clásicos proveedores de servicios (de acceso a Internet y de hosting); de ahí no puede deducirse sin más que a la hora de juzgar las eventuales responsabilidades de cada uno de ellos las soluciones deban ser idénticas.

En efecto, no puede pasarse por alto que, aún cuando todos “intermedian”, la función específica que cumplen es completamente distinta, las posibilidades técnicas de actuar son diferentes, el lugar de mayor o menor importancia en el contexto de Internet no es el mismo, los réditos económicos que obtienen varían sustancialmente y la posición que ostentan en el mercado tecnológico tampoco es la misma. Todos ellos son –a mi juicio- elementos que no deben quedar fuera del análisis.

***IV.- La interrelación Derecho-Código Informático en casos en que se invoca la imposibilidad técnica de cumplir una orden judicial o se recaba información de tal carácter para ser utilizada como elemento probatorio [punto I.c) citado supra].***

En el punto II se hizo un repaso de los principales casos jurisprudenciales que –a mi modo de ver- resultan útiles para ejemplificar de qué modo el Derecho se ha acercado al *Código Informático* para comprender el funcionamiento de la tecnología, como un requisito indispensable y paso previo a la adopción de conclusiones jurídicas.

Luego, en el apartado III se analizaron situaciones en las que –ante un daño o una lesión a un derecho individual- el Derecho ejercía su



influencia sobre el *Código Informático* imponiéndoles límites y restricciones a los diseñadores del mismo.

En este acápite se hará referencia a otras de las aproximaciones del Derecho hacia el *Código Informático*; mostrando las vinculaciones que se dan entre ambos en aquellos supuestos en que (a) es necesario establecer si es posible o no proceder a cumplimentar lo ordenado en una resolución judicial; y (b) cuando resulta pertinente recabar información técnica que puede revestir interés en una causa judicial iniciada o a iniciarse:

***a) Casos en que los destinatarios de una orden judicial invocan dificultad y/o imposibilidad técnica para cumplir la orden contenida en una sentencia judicial.***

• ***“LICRA c/ Yahoo Inc. y Yahoo Francia”***: este proceso judicial se inició a raíz de una presentación efectuada ante el Tribunal de Grande Instance de Paris por la Liga contra el racismo y el antisemitismo (LICRA) y la Unión de Estudiantes Judíos de Francia (UEJF) contra las empresas Yahoo! Inc. –con sede en California- y Yahoo Francia.

Independientemente de las distintas aristas que presenta este caso (vgr. en lo que respecta por ejemplo a cuestiones de jurisdicción y competencia)<sup>343</sup>, en lo que aquí interesa cabe señalar que mediante decisorio de fecha 22.05.2000, el citado Tribunal hizo lugar a la petición de los actores y ordenó a las demandadas que impidiesen el acceso de ciudadanos franceses a sitios de remates virtuales en los que subastaban objetos nazis o en los cuales se efectuase apología o defensa del nazismo.

Posteriormente, en fecha 24.07.2000 se celebró una audiencia en la que Yahoo! Inc. sostuvo –a través de un perito de parte- que las medidas técnicas a que se refería la resolución no podían ser puestas en práctica y que no había un método seguro para conocer la nacionalidad o el país de

---

<sup>343</sup> Para un análisis mas pormenorizado de este precedente, puede verse: COTINO, Lorenzo – DE LA TORRE FORCADELL, Sonia; *El caso de los contenidos nazis en Yahoo ante la jurisdicción francesa: un nuevo ejemplo de la problemática de los derechos fundamentales y la territorialidad en Internet*, Actas del XV Seminario de Derecho e Informática, Aranzadi, Madrid, 2002, págs. 897-917, disponible en: <http://www.cotino.net/investigacion/>.

origen de los usuarios y bloquear el acceso de los mismos a su sitio norteamericano.

Frente a tal posición el juez francés ordenó, el 11 de agosto de 2000, la constitución de un Comité de expertos internacionales integrado por especialistas en la materia<sup>344</sup> a fin de que se expidieran sobre distintas cuestiones técnicas (vgr. si era posible determinar el origen geográfico de las conexiones que se establecían en Internet, sobre los procedimientos de filtrado que la empresa Yahoo Inc. podía adoptar a fin de prohibir el acceso de los internautas que intentaban hacerlo desde Francia, etc.).

Al emitir sus conclusiones, los expertos propusieron que Yahoo! Francia y Yahoo! Internacional instalasen filtros para tratar de impedir el acceso de los usuarios franceses al sitio de subastas de objetos nazis<sup>345</sup>.

Del citado artículo surge que los expertos también postularon como posible solución

[...] que se aplique el filtro de la nacionalidad, ya que el 70 por ciento de los ordenadores revela automáticamente el país de origen de quien visita un sitio.

Para el 30 por ciento restante, sugirieron que se ponga en marcha un sistema de declaración voluntaria de nacionalidad y de filtros de búsqueda por nombres clave.<sup>346</sup>

• **“Napster”**:<sup>347</sup> durante el transcurso del año 1999 la RIAA (Recording Industry Association of America)<sup>348</sup> demandó al sitio web Napster.com; solicitando un resarcimiento económico y que también se prohiba la actividad del mismo dado que dicho sitio -a través un software que conectaba a distintos usuarios en línea-, permitía la descarga de temas musicales protegidos por derechos de autor.

---

<sup>344</sup> Dicho Comité estuvo integrado por Vinton Cerf (EE.UU), Francois Wallon (Francia) y Ben Laurie (Gran Bretaña).

<sup>345</sup> ROSSI, Jorge Oscar; *El caso Yahoo!, o la Internet políticamente correcta*, disponible en <http://www.jurisconsultora.com.ar/casoyahoo.html>.

<sup>346</sup> ROSSI, Jorge Oscar; *ibidem*. No obstante, cabe aclarar –como dice este autor– que “...esto presenta el inconveniente de que un usuario siempre puede mentir sobre su nacionalidad”.

<sup>347</sup> “A&M Records Inc. y otros c. Napster, Inc.”, Corte de Apel. 9no. Circuito, Estados Unidos, 12.02.2001, LA LEY 2001-D, pág. 165 y sigs.

<sup>348</sup> En esta institución está agrupadas la mayoría de las empresas discográficas de los EE.UU.

No interesa aquí analizar los pormenores del caso ni las distintas alternativas procesales por las que transitó el mismo, pero sí resulta pertinente mencionar algunos de los principales aspectos que guardan relación con la problemática que aquí estamos estudiando<sup>349</sup>, los que pueden sintetizarse del siguiente modo:

✓ En fecha 26 de julio de 2000, después de una audiencia en una Corte de San Francisco, la juez de Distrito Marilyn Hall Patel ordenó a Napster detener el intercambio de materiales protegidos por los derechos de autor antes de la medianoche del 28 de Julio de ese año. En el fallo, se ordenó “...no copiar, ayudar, facilitar o contribuir con la reproducción del material amparado por las leyes de derechos de autor, del cual el demandante es propietario”; señalándose además que como Napster creó el software para compartir música, así mismo tiene la obligación de crear uno nuevo para evitar que los usuarios copien canciones protegidas.

✓ El abogado de la demandada, David Boies, señaló que “Si el fallo de la Corte requiere bloquear un grupo no identificado de canciones, es imposible que podamos cumplir con esa sentencia sin tener que quitar los componentes más importantes de nuestro servicio”; es decir que ante la imposibilidad de determinar cuáles canciones corresponden a copias ilícitas y cuales no, el sitio tendría que dejar de operar por no poder cumplir con la orden de la jueza Patel.

✓ En fecha 28 de julio de 2000, la 9ª Corte del Circuito de Apelaciones de San Francisco, resolvió que Napster podía seguir funcionando mientras el caso se examinaba con mayor profundidad.

✓ Luego de ello, el 12 de Febrero de 2001, el Tribunal Federal de Apelaciones del Distrito Noveno, permitió a Napster continuar con su actividad, pero le impuso fuertes restricciones y estableció que la empresa sería responsable de las violaciones de los derechos de autor en que

---

<sup>349</sup> A tales fines, me apoyaré en dos excelentes trabajos doctrinarios en los que se realiza un detallada cronología de las distintas etapas por la que transitó dicho proceso: DIEZ NOGUEIRA, Gonzalo; *Caso Napster*, disponible en: <http://www.delitosinformaticos.com/trabajos/napster.shtml>, y el Capítulo 2.2: *El juicio a Napster*, (compuesto sobre la base del trabajo: *Chile: El fenómeno del MP3 y el Caso Napster*, de Claudio Ossa). Fuente: Alfa Redi <http://www.alfa-redi.org/revista/data/33-7.asp>; disponible en el sitio web: Propiedad Industrial/Intelectual & Mercado, de la Universidad de Buenos Aires: <http://www.dpi.bioetica.org/gdpi/mp3-4.htm>.

incurran sus usuarios (aunque el servicio podía seguir funcionando deberían respetarse las leyes de copyright).

✓ De ese modo, Napster debía cesar sus operaciones relacionadas con materiales protegidos por derechos de autor y podía ser demandado si no vigilaba su sistema de copia de música por Internet; razón por la cual tenía necesidad de habilitar los medios técnicos necesarios para impedir que sus usuarios tengan acceso al material con derechos de propiedad intelectual.

✓ El 6 de Marzo de 2001, la juez federal Patel impone a Napster un plazo de 72 horas para bloquear las canciones protegidas por copyright.

✓ Después de ello la RIAA continuó denunciando que todavía existían canciones protegidas por derechos de autor que estaban disponibles para su intercambio on line. Señaló que Napster era consciente de que los filtros que utilizaban eran “tecnológicamente arcaicos” y que no podía limitar en su totalidad el acceso a la música registrada; y afirmaron que no tenían voluntad de emplear un filtro más efectivo "por temor a que funcione".

✓ para finalizar, con lo que aquí interesa a los fines de este trabajo, cabe destacar que la juez Patel ordenó a un experto en tecnología que estudie las alegaciones de la industria discográfica y evalúe si hay tecnología disponible que le permita a Napster el bloqueo de las canciones.

Por último, y aún cuando en el caso Yahoo Francia y en el caso Napster las cuestiones técnicas debatidas eran sustancialmente diferentes; resulta interesante remarcar que presentan un denominador común: en ambos el cumplimiento de una decisión jurídica se halla supeditado a la posibilidad de su materialización desde el punto de vista tecnológico, y ante la existencia de diferentes opiniones en cuanto a si eso era o no viable, los tribunales debieron recurrir a expertos en la materia, que fueron quienes en última instancia definieron sobre la cuestión.

***b) Casos en que resulta pertinente recabar información o datos relacionados con cuestiones técnicas, dado que ello resulta de interés para una causa judicial iniciada o a iniciarse.***

Otra de las vinculaciones que es posible establecer entre Derecho y *Código Informático* en el marco de un proceso judicial está directamente vinculada a las cuestiones probatorias. En efecto, poco a poco comienza a hacerse evidente una realidad que –a mi juicio- no es más que un anticipo de lo que será una regla en un futuro inmediato: la justicia –sea de oficio o a pedido de parte- comienza a requerir elementos probatorios consistentes en información técnica y/o datos relacionados con cuestiones tecnológicas.

A título meramente ejemplificativo, cabe señalar algunos de los casos con mayor trascendencia que se han planteado hasta el momento:

- Hace unos años, un hombre de nacionalidad india fue condenado en Gran Bretaña por haber matado a su esposa. Si bien había otras pruebas que incriminaban al acusado, resultó fundamental el hallazgo de las búsquedas en Internet que había realizado el día anterior, ya que se pudo constatar que utilizó Google y realizó búsquedas tales como: “matar con un bate de béisbol” y “cómo matar a alguien y no ser atrapado”.<sup>350</sup>

Este caso no fue el primero en el que se capturó a un sospechoso usando las búsquedas efectuadas en la web. Hace tres años, Robert James Petrick fue apresado por matar a su mujer luego de introducir en Google la frase "falls lake depth" (algo así como "cae lago profundidad").

En Carolina del Norte (EEUU) se realizó un juicio contra Robert Petrick, a quién se le imputó el asesinato de su esposa en 2003. Durante el juicio, la acusación utilizó los datos obtenidos de una investigación llevada a cabo por un especialista en Mac, de la cual surgía que Petrick buscó en Google términos como 'neck', 'snap', 'break' ('cuello', 'partir', 'romper') días antes de la muerte de su mujer.

- En las últimas elecciones presidenciales realizadas en Brasil, el Ministerio Público Electoral solicitó a Google que diera de baja distintos

---

<sup>350</sup> *Googleó, mató y lo pescaron: una búsqueda en Internet sirvió para develar un crimen;* <http://edant.clarin.com/diario/2006/09/20/um/m-01275108.htm>

sitios de Internet (vgr. "amigosdopresidentelula.blogspot.com", entre otros); toda vez que el contenido del mismo constituía publicidad política anticipada que estaba en contravención con la legislación electoral de ese país. Asimismo, solicitó a dicha empresa la identificación de los responsables del sitio a fin de hacer efectivas las multas previstas para tales infracciones por la legislación electoral.<sup>351</sup>

- en el caso “*O.P. c. Facebook*” citado anteriormente, la parte actora solicitó -en una de sus pretensiones- se intime a la empresa a informar la dirección IP desde la que dicha cuenta fue creada y el domicilio o radio dentro del cual se encontraba el ordenador o computadora desde la cual fue registrada, modificada o actualizada dicha cuenta; de no poder brindar tal información, deberá proporcionar datos y detalles técnicos para poder investigar tales circunstancias. Si bien se denegó el pedido, cabe aclarar que ello fue debido a que el magistrado entendió que “...la intimación a Facebook Inc. para que informe la dirección IP desde la que dicha cuenta fue creada excede el marco de esta medida...” que -cabe recordarlo- era una medida cautelar (el subrayado pertenece al suscripto).

- Finalmente, y aunque este último caso<sup>352</sup> no se relaciona con una causa judicial, también cabe traer a colación que -en el año 2006- el gobierno estadounidense solicitó a Google información sobre los registros de búsquedas realizadas por los usuarios de su servicio, toda vez que tales datos podían serle de utilidad para defender los cuestionamientos que recibía la “Child Online Protection Act” (C.O.P.A.). Mas allá de las distintas aristas de relevancia que presentó dicho caso, interesa aquí señalar que el planteo fue resuelto por un tribunal federal de primera instancia de California en fecha 17.03.2006 y el magistrado -si bien con algunas limitaciones- hizo lugar al pedido efectuado por el gobierno.<sup>353</sup>

---

<sup>351</sup> Ordenan a Google retirar blogs de candidatos brasileños; edición de Diariojudicial.com, de fecha 23.06.2010; disponible en: [http://www.diariojudicial.com/contenidos/2010/06/22/noticia\\_0002.html](http://www.diariojudicial.com/contenidos/2010/06/22/noticia_0002.html) .

<sup>352</sup> Caratulado “Gonzalez v. Google”, debido a que la solicitud fue originariamente materializada por Alberto Gonzales actuando en su carácter de “attorney general”.

<sup>353</sup> Un resumen de dicho precedente y un interesante comentario respecto del mismo puede verse en el artículo de Pablo Palazzi, titulado “Google y el derecho a la

A modo de conclusión, cabe señalar que al haber invadido las TIC casi todos los ámbitos de la vida cotidiana de los seres humanos, la mayor parte de las actividades que ellos desarrollan en sociedad se efectúa a través de o en contacto con un entorno constituido por dispositivos electrónicos que procesan información, y de allí que se torne lógico y natural que en los procesos judiciales sea cada vez mas frecuente la necesidad de requerir elementos probatorios relacionados con información técnica y/o datos que pueden ser aportados por dispositivos tecnológicos.

**V.- La interrelación Derecho-Código Informático en aquellos supuestos en los que –sea por vía legal o reglamentaria- el primero de ellos determina los requisitos y/o características que debe reunir el Código Informático, imponiendo medidas técnicas de seguridad, fijando estándares tecnológicos, estableciendo normas y procedimientos técnicos, etc.**

En estos casos, se observa que el regulador Derecho –generalmente a través de una ley o un decreto reglamentario- determina las condiciones y los límites dentro de los cuales las tecnologías han de desenvolverse; generalmente en función de la protección de ciertos derechos o intereses jurídicos directamente vinculados a desarrollos tecnológicos.

- **Ley N° 25.326:** La ley de protección de datos personales 25.326 es un claro ejemplo de ello, toda vez que allí es posible encontrar numerosos supuestos de normas legales que –con el objeto de garantizar el derecho a la protección de datos personales que se busca tutelar- establecen expresas y claras restricciones a la arquitectura del hardware y el software que componen el sistema informático que procesa datos de ese tipo.

En otras palabras, el *Código Informático* –esto es, el diseño y funcionamiento del hardware y software que forman parte de un sistema que realiza tratamiento<sup>354</sup> de datos personales- debe adecuarse a las

---

privacidad sobre las búsquedas realizadas en Internet”; disponible en: <http://www.habeasdata.org/wp/2006/09/10/Dont-Be-evil-Google-is-not/> .

<sup>354</sup> “Tratamiento de datos personales: “Operaciones y procedimientos sistemáticos, electrónicos o no, que permitan la recolección, conservación, ordenación, almacenamiento,

disposiciones de la ley, las cuales le fijan determinados límites –en algunos casos- o le imponen expresas condiciones –en otros-.

En tal sentido, resulta interesante puntualizar que existen numerosas disposiciones –tanto en la ley 25.326 como en el decreto reglamentario 1558/2001- que en mayor o en menor medida implican una limitación o restricción a la libertad de diseñar y/o implementar un sistema informático de tratamiento de datos personales.

En efecto, el responsable de un archivo, registro, base o banco de datos<sup>355</sup>, debe tener especialmente en cuenta que existe una serie de restricciones que se debe tener en cuenta al momento de diseñar el sistema informático con el cual desarrolla su actividad, pudiéndose citar –a título ejemplificativo- las siguientes:

✓ Los datos deben ser almacenados de modo que permitan el ejercicio del derecho de acceso de su titular (artículo 4, inc. 6; ley 25.326).

✓ El responsable o usuario del archivo de datos debe adoptar las medidas técnicas y organizativas que resulten necesarias para garantizar la seguridad y confidencialidad de los datos personales (art. 9, inc. 1, ley cit.), e incluso expresamente se prohíbe “registrar datos personales en archivos, registros o bancos que no reúnan condiciones técnicas de integridad y seguridad” (art. 9, inc. 2, ley cit.).

También tienen que tomar medidas de seguridad aquellos prestadores de servicios de tratamiento de datos personales que están autorizados a no destruir los datos objeto de tratamiento luego de cumplida la prestación contractual (vid. art. 25, ap. 2, ley cit.).

✓ Al momento de cumplir con su deber de proporcionar la información solicitada por el titular de los datos al ejercitar el derecho de acceso previsto en el artículo 14; el responsable debe brindar la información

---

*modificación, relacionamiento, evaluación, bloqueo, destrucción, y en general el procesamiento de datos personales, así como también su cesión a terceros a través de comunicaciones, consultas, interconexiones o transferencias” (artículo 2, ley 25.326).*

<sup>355</sup> Según las definiciones adoptadas por el citado artículo, los términos “archivo”, “registro”, “base o banco de datos”, designan indistintamente “...al conjunto organizado de datos personales objeto de tratamiento o procesamiento, electrónico o no, cualquiera que fuere la modalidad de su formación, almacenamiento, organización o acceso”; y se entiende por responsable de los mismos a la “Persona física o de existencia ideal pública o privada, que es titular de un archivo, registro, base o banco de datos”.



“...en forma clara, exenta de codificaciones y en su caso acompañada de una explicación, en lenguaje accesible al conocimiento medio de la población, de los términos que se utilicen” (artículo 15, ley cit.).

✓ Durante el proceso de verificación y rectificación del error o falsedad de la información “...el responsable o usuario del banco de datos deberá o bien bloquear el archivo, o consignar al proveer información relativa al mismo la circunstancia de que se encuentra sometida a revisión” (art. 16, inc. 6, ley cit.).

✓ En el artículo 21, inc. 2 de la ley 25.326 se establece la información mínima que se debe consignar al registrar un archivo de datos en el Registro, y entre otros datos es necesario consignar el “Modo de interrelacionar la información registrada” (punto F).

A todo ello cabe asimismo agregar que en materia de tecnología es cada vez mas frecuente que las normas legales –sea por intermedio de una ley, o a través de la autoridad administrativa en ejercicio de funciones delegadas por la ley- fije los estándares mínimos a los cuales debe adecuarse determinada tecnología.

En relación a ello, resulta necesario puntualizar que el organismo de control –la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales- tiene un importante rol que cumplir a los fines de garantizar el cumplimiento de la ley.

En ese orden de ideas, corresponde señalar que el artículo 11 del Decreto N° 1558/2001 (reglamentario de la ley 25.326), establece que “La Dirección Nacional de Protección de Datos Personales fijará los estándares de seguridad aplicables a los mecanismos de disociación de datos”<sup>356</sup>.

También resulta importante traer a colación que en el caso de los archivos, registros o bancos de datos con fines de publicidad, el artículo 27 de la ley establece que el titular de los datos está facultado para solicitar –en cualquier momento- “...el retiro o bloqueo de su nombre de los bancos de datos”; y consecuentemente con ello el mismo artículo del decreto

---

<sup>356</sup> Se entiende por disociación de datos “Todo tratamiento de datos personales de manera que la información obtenida no pueda asociarse a persona determinada o determinable” (artículo 2, ley 25.326),

reglamentario establece que “Las Cámaras, asociaciones y colegios profesionales del sector que dispongan de un Código de Conducta homologado por la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales, implementarán (...) un sistema de retiro o bloqueo a favor del titular del dato que quiera ser excluido de las bases de datos con fines de publicidad”.

El artículo 29 de la ley 25.326 establece –entre las funciones y atribuciones de la Dirección- la de “Controlar la observancia de las normas sobre integridad y seguridad de datos por parte de los archivos, registros o bancos de datos. A tal efecto, podrá solicitar autorización judicial para acceder a locales, equipos, o programas de tratamiento de datos a fin de verificar infracciones al cumplimiento de la presente ley”.

Por su parte, el artículo 29 del Decreto reglamentario, establece – en su apartado 5- que son funciones de la DNPDP –además de las que surgen de la ley 25.326- la de dictar “...las normas y procedimientos técnicos relativos al tratamiento y condiciones de seguridad de los archivos, registros y bases o bancos de datos públicos y privados” (inc. a) y “homologar los códigos de conducta que se presenten de acuerdo a lo establecido por el art. 30 de la ley 25.326”.

En suma, de las disposiciones antes citadas cabe concluir que a los fines de cumplir con su objetivo de garantizar la protección de los datos personales, la ley 25.326 –y también su decreto reglamentario- contienen diversas disposiciones que imponen precisos límites a la libertad de diseñar y organizar un sistema informático de procesamiento de datos personales. Se observa así que, tanto la ley como el decreto reglamentario establecen la manera de almacenar los datos, las medidas de seguridad y confidencialidad, los mecanismos de disociación, las modalidades bajo las cuales debe brindarse la información, el bloqueo de los archivos, el modo de funcionamiento (vgr. modo de interrelacionar la información registrada), y el sistema de retiro o bloqueo de los datos; entre otras cuestiones.

• ***Ley Nacional Nº 26.653 de Accesibilidad de la Información en las páginas web:*** <sup>357</sup> esta norma establece –en su artículo 1- que los tres

---

<sup>357</sup> Sancionada el 03.11.2010, promulgada de hecho el 26.11.2010.

poderes del Estado nacional, sus organismos descentralizados o autárquicos, los entes públicos no estatales, las empresas del Estado y las empresas privadas concesionarias de servicios públicos, empresas prestadoras o contratistas de bienes y servicios “...deberán respetar en los diseños de sus páginas Web las normas y requisitos sobre accesibilidad de la información que faciliten el acceso a sus contenidos, a todas las personas con discapacidad con el objeto de garantizarles la igualdad real de oportunidades y trato, evitando así todo tipo de discriminación”.

Se entiende por accesibilidad, según lo establece la propia ley, “...la posibilidad de que la información de la página Web, pueda ser comprendida y consultada por personas con discapacidad y por usuarios que posean diversas configuraciones en su equipamiento o en sus programas” (artículo 3).

Las normas y requisitos de accesibilidad serán las determinadas por la Oficina Nacional de Tecnologías de la Información (ONTI), debiendo actualizarse regularmente (artículo 5). Si bien tales normas y requisitos todavía no han sido determinados, cabe señalar que:

Una guía de la que se pueden valer los organismos y organizaciones en las modificaciones son las recomendaciones a nivel internacional establecidas por parte de W3C-WAI (Web Accessibility Initiative del World Wide Web Consortium).

Entre ellas, puede mencionarse: evitar el uso de tamaños de fuentes fijas y que la persona desde su navegador podrá cambiar el tamaño del texto para adaptar la página a sus necesidades visuales. También las unidades deberán ser relativas y no absolutas, para que se adapten a las distintas resoluciones de los monitores, por ejemplo, en el ancho de columnas.

Diseñar con independencia del tipo de dispositivo, teniendo en cuenta que hay usuarios que navegan con navegadores de texto, de voz, en distintos sistemas operativos, web-tv, celulares o computadoras antiguas o de conexiones lentas o costosas, también es una de las

recomendaciones, así como el subtulado en los elementos multimedia.<sup>358</sup>

Por su parte, el artículo 7 establece los plazos máximos en que deberán ser implementadas “Las normas y requisitos de accesibilidad otorgando mayor plazo a las páginas existentes con anterioridad (24 meses) y un plazo menor (12 meses) a las páginas web en proceso de elaboración” y señala asimismo que debe priorizarse “...las que presten servicios de carácter público e informativo”.

La ley 26.653 también establece que el Estado “...promoverá la difusión de las normativas de accesibilidad a las instituciones de carácter privado a fin de que incorporen las normas y requisitos de accesibilidad antes mencionados, en el diseño de sus respectivos sitios de Internet y otras redes digitales de datos” (artículo 8).

- **Ley N° 863 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires:** <sup>359</sup> esta norma establece que los establecimientos comerciales que, en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, brinden acceso a Internet, “...deben instalar y activar en todas las computadoras que se encuentren a disposición del público, filtros de contenido sobre páginas pornográficas” (artículo 1) y –en el artículo siguiente– dispone que “El/la titular o responsable del establecimiento comercial puede desactivar los filtros de contenido en sus equipos de computación, cuando los usuarios de los mismos sean mayores de 18 años. (Conforme texto Art. 1° de la Ley N° 943, BOCBA N° 1604 del 08/01/2003)”.

- **Ley 25.690:** <sup>360</sup> en el marco de este texto legal se establece que las empresas ISP (Internet Service Provider) tendrán la obligación de ofrecer –como servicio adicional– “...software de protección que impida el acceso a sitios específicos al momento de ofrecer los servicios de Internet,”

---

<sup>358</sup> *Para que accedan todos, de verdad*; artículo publicado en Diariojudicial.com, edición del 30.11.2010 <http://www.diariojudicial.com/noticias/Para-que-accedan-todos-de-verdad-20101130-0004.html>

<sup>359</sup> Sancionada el 15.08.2002, promulgada el 10.09.2002 y publicada el 16.09.2002.

<sup>360</sup> Sancionada el 28.11.2002, promulgada de hecho el 02.01.2003.

independientes de las formas de perfeccionamiento de los contratos de los mismos (Telefónicos o escritos)” (artículo 1).

• **Ley Provincial N° 13.164 (Provincia de Santa Fe):** esta normativa provincial regula –según ella misma lo establece en su artículo 1- “...la instalación y uso de sistemas de captación de imágenes y sonidos de personas físicas, obtenidas en lugares públicos o privados de acceso público, ya sean abiertos o cerrados y establece las reglas para el posterior tratamiento de la información colectada, con el objetivo de garantizar la convivencia ciudadana, la utilización pacífica de los espacios públicos y la prevención de los delitos y faltas sin poner en riesgo las garantías individuales ni afectar derechos por efecto del tratamiento indebido de la información derivada de las captaciones reguladas por esta ley” (el subrayado me pertenece).

En el artículo 10 se ocupa del *Registro de Sistemas de Captación*, estableciéndose que

Todo sistema de captación, sea instalado por el sector público o por particulares, en espacios públicos o privados con acceso público, debe inscribirse en el Registro que al efecto habilite la Autoridad de Aplicación, en el que conste primordialmente la localización, características y acto de autorización de todos los sistemas de captación que se hayan instalado en todo el territorio provincial, especificando su estado operativo y otros datos que puedan resultar de interés. (el subrayado es propio).

En dicha norma, se detalla la información que necesariamente debe registrarse, entre la que puede consignarse –en lo que aquí resulta de interés- la siguiente:

“b) características y finalidad del sistema; d) forma en la que se tratarán las imágenes, sonidos y la información derivada de ellas; e) destino de la información que se recabará, de los datos que fueran su consecuencia y de las personas físicas o de existencia ideal a las que pueden ser transmitidos; f) modo de interrelacionar la información o datos registrados; g) medios utilizados para garantizar la seguridad de la información y de los datos, debiendo detallar la categoría de personas con acceso al tratamiento de la información; h) tiempo de conservación

de las grabaciones, y de los datos; i) forma y condiciones en que las personas pueden acceder a la información y a los datos referidos a ellas y los procedimientos a realizar para garantizar el ejercicio de sus derechos, en particular la rectificación, actualización, confidencialidad, etc., de los datos obtenidos”.

Asimismo, el artículo que se viene citando dispone que –dentro de los doce meses de entrada en vigor de la ley- la Autoridad de Aplicación “...debe relevar las instalaciones de sistemas de captación actualmente existentes, y debe disponer la destrucción de las grabaciones que no reúnan las condiciones legales para su conservación” y “...debe reglamentar la obligación contenida en este artículo de modo tal de facilitar la inscripción al registro considerando la cantidad y calidad de sistemas de captación, las posibilidades de afectación de particulares, acorde a los principios de esta ley”.

Finalmente –y como otra de las normas de mayor importancia dentro de la ley-, resta consignar que el artículo 15 consagra expresamente el derecho a la información, estableciendo que

Los ciudadanos deben ser informados por medio de colocación de carteles gráficos que especifiquen, de manera clara y permanente, el emplazamiento en los lugares públicos o de acceso público, de videocámaras o cualquier otro medio análogo, excepto orden judicial en contrario.

Los carteles indicativos que adviertan que determinados sectores están sujetos a observación remota, deben especificar además la autoridad responsable de su aplicación ante la que pueden recurrir los afectados para ejercer sus derechos.

La Autoridad de Aplicación debe establecer las características y ubicación de dichos carteles indicadores, que deben ser claramente visibles y estar ubicados de forma que no dejen lugar a dudas el inicio y culminación de los sectores captados por los sistemas instalados.

La cartelería debe contener un teléfono de acceso gratuito, la dirección electrónica y la dirección postal de los lugares u oficinas para presentar reclamos y quejas.

- ***En síntesis***

Como corolario de lo expuesto, es dable observar que los ejemplos que se han reseñado en este último acápite presentan una característica común que es aspecto central que he querido poner de relieve: en todos ellos el Derecho –en tanto regulador de conductas humanas- impone una restricción o limitación al diseño y funcionamiento de la arquitectura del Código Informático, con el propósito de proteger determinados derechos individuales (derecho a la autodeterminación informativa, derecho de acceso a la información, derecho a la integridad de los menores, derecho a la intimidad, etc.).

En efecto, las distintas disposiciones legales que sintéticamente se han citado –aún cuando tienen el propósito de proteger derechos de distinta índole- poseen un común denominador: todas ellas restringen de algún modo las libertades de quienes son titulares y/o responsables de determinados sistemas informáticos; imponiendo distintos deberes y restricciones a quienes tienen a su cargo registros o bases de datos personales, a quienes deciden el diseño de sitios web relacionados con actividades estatales, a los titulares de establecimientos comerciales que cuentan con computadoras en las que brindan acceso a Internet, a las empresas que proveen servicios de acceso a Internet y a quienes deseen instalar sistemas de captaciones de imágenes y sonidos de personas físicas.





## **CAPÍTULO 6**

### **ESTADO, CONSTITUCIÓN Y PODERES SOCIALES**

*“Dado que las ciencias nos están gobernando, se debe plantear la cuestión casi institucional de la organización jurídica de ese gobierno”.*<sup>361</sup>

#### SECCIÓN I CONSIDERACIONES GENERALES

##### **I.- Introducción**

Como hemos visto a lo largo del Capítulo 1, en los orígenes de la ciencia la idea de *episteme* se relacionaba con un conocimiento desinteresado, movilizado sólo por el deseo de saber y sin relación alguna con los mecanismos de poder que gobernaban la sociedad.

Luego, en una etapa posterior, comenzó a advertirse la interrelación que existía entre saber y poder, y fueron ganando espacio los estudios que focalizaban su atención en una epistemología ampliada a lo político-social. De ese modo, es posible sostener que desde las culturas mas simples y primitivas hasta nuestra actual e hipercompleja sociedad, verdad y poder “...han sido conceptos destinados a cruzarse, a confundirse, transferirse uno al otro múltiples significados”.<sup>362</sup>

Desde mi punto de vista –y como ya lo he mencionado en el Capítulo 1- esa relación entre verdad y poder, potencia hoy su significado en el mundo actual, debido a que en las sociedades modernas -caracterizadas por la complejidad y el riesgo- la propiedad de la información y del conocimiento se ha convertido en un recurso esencial.<sup>363</sup>

Se puede decir –sin temor a exagerar- que las TIC han atravesado nuestras relaciones sociales y, por qué no, la totalidad del sistema jurídico-político y las estructuras sociales de las sociedades actuales. Las *sociedades de las ciencias y las técnicas* –como bien las define Hermitte- determinan la necesidad de repensar muchas de las categorías y conceptos de las teorías

---

<sup>361</sup> HERMITTE, M-A.; *ob. cit.*, pág. 26.

<sup>362</sup> PARDO, Rubén; *Verdad e historicidad....cit.*, pág. 37.

<sup>363</sup> PARDO, Rubén, *ob. cit.*, pag.37.

políticas y jurídicas que dominaron el centro de la escena en el pasado reciente.

Así como el conocimiento sobre el régimen de inundaciones del Nilo y los secretos de la partición del átomo (vid. nota al pie n° 30, Capítulo 1) fueron “posesiones socialmente determinantes en sus respectivas épocas”; hoy emerge con particular fuerza el conocimiento relativo a las Tecnologías de la Información y la Comunicación. Sin mayor esfuerzo, hoy se puede advertir que la mayoría de las relaciones sociales están *mediadas* por dispositivos electrónicos y/o *captadas* por ellos; razón por la cual no resulta arriesgado sostener que vamos camino a una sociedad del control, similar a la que imaginara George Orwell en su clásica obra 1984.<sup>364</sup>

Es posible tener por suficientemente corroborado que, a partir de la fuerza que le otorga su omnipresencia y ubicuidad en el quehacer del hombre, las TIC han quedado definitivamente instaladas como un nuevo e importante factor de poder social. Es por ello que resulta imperioso determinar quién y cómo se deciden las cuestiones medulares que involucran a las mismas; estudiando por ejemplo todo lo relativo al diseño de tales tecnologías y el dominio de algunas empresas en el mercado tecnológico.

Ante tal panorama, resulta inevitable que nos preguntemos cómo puede controlarse el ejercicio de ese poder social que, además de su relevancia actual, exhibe una clara tendencia a un paulatino incremento. No hay dudas que hay que poner el foco en las sociedades de control que se están gestando. Hoy en día, la empresa Google Inc. posee un detallado conocimiento –de modo instantáneo y en tiempo real- sobre cuáles son las consultas que están realizando la mayor parte de los usuarios informáticos del planeta. Del mismo modo, Facebook y Twitter recopilan diariamente valiosa información sobre los gustos y actividades que realizan los millones de usuarios que integran esas redes sociales.

Y así, podríamos detallar un gran número de ejemplos sobre la importantísima cuota de poder que hoy en día detentan quienes dominan el

---

<sup>364</sup> Está claro que hay muchos otros “conocimientos relevantes” en la actualidad pero es particularmente el relativo a las TIC el que me interesa destacar a los fines de este trabajo de tesis.

escenario de las Tecnologías de la Información. Nadie podría poner en tela de juicio que quienes poseen esos conocimientos, y especialmente quienes los administran y/o controlan –vgr. empresas, gobiernos- poseen un gran poder social y que ese poder –como lo señala Hermitte con claridad en el epígrafe que se ha citado al inicio del capítulo- en gran medida “nos está gobernando”.

En lo que puntualmente aquí interesa, cabe señalar que los dispositivos electrónicos y sistemas informáticos nos están gobernando a través de la imposición de los *entornos digitales* en los que debe habitar el individuo, los cuales se diseñan, configuran e implementan sin participación o mínima posibilidad de contralor por parte de los usuarios de tales sistemas.

A diferencia de lo que ocurría hace un par de décadas atrás, hoy día nadie puede negar que detrás de la hipotética neutralidad de la ciencia existen –y existirán siempre- diversos tipos de intereses y un complejo entramado de relaciones de poder.

Como un dato que no es menor, cabe también señalar que paralelamente al surgimiento y consolidación de este poder científico-tecnológico, asistimos también a un evidente debilitamiento del poder de los Estados nacionales, que han perdido el antiguo rol de actor político central en la organización de las sociedades de la modernidad.

Finalmente, y como un anticipo del desarrollo que se efectuará en este capítulo, interesa destacar que desde hace unas décadas se ha venido gestando una nueva etapa dentro de la evolución del constitucionalismo - que se ha dado en llamar el Estado Constitucional de Derecho-; concepción que ha traído aparadas profundas repercusiones en el ámbito jurídico y en las relaciones sociales; razón por la cual será desde este nuevo paradigma desde donde intentaré abordar las problemáticas anteriormente descriptas.

## ***II.- Las normas constitucionales y la regulación del Poder***

En términos sencillos, puede decirse que el ordenamiento normativo constitucional tiene como principal finalidad regular todas aquellas materias que se relacionan con la libertad de los individuos y el

ejercicio del poder. En ese marco, es posible individualizar dos clases de normas:

- las que reconocen derechos a los miembros de la comunidad;
- las que institucionalizan el poder y lo organizan;

En ese orden de ideas, resulta acertado señalar que

[...] toda norma que quiera llamarse realmente Constitución debe ser concebida como un instrumento jurídico dirigido a limitar efectivamente el ejercicio del poder, en particular del poder político. Esta finalidad puede alcanzarse a través de dos medios. El primero es evitar la concentración del poder político en un solo titular y, por lo tanto, prever facultades a órganos constitucionales distintos, como pueden ser el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial (la constitucionalmente conocida división de poderes). El segundo es reconocer y garantizar a través de una lista, cerrada o abierta, los derechos de la persona en cuanto persona.<sup>365</sup>

Desde mi punto de vista, el sistema de pesos y contrapesos y la idea de los controles recíprocos –que originariamente fueron esbozadas en referencia a la clásica tríadas de poderes estatales- debe ser repensado a los fines de aplicarlos a cualquier otro actor/institución que detente una determinada cuota de poder en la sociedad, como puede ser el sector científico-tecnológico.

En efecto, resulta evidente que en el marco de las democracias actuales, no sólo hay que prestar atención a los poderes políticos, sino también a los poderes privados y, dentro de ellos, a los denominados *poderes ocultos*.

En relación a ello –y siguiendo las enseñanzas del maestro Luigi Ferrajoli- es preciso recordar que el constitucionalismo no es sólo un logro y un legado del pasado, sino también un programa para el futuro. En tal sentido, señala Luigi Ferrajoli que el paradigma de democracia constitucional es un paradigma embrionario que debe y puede ampliarse en

---

<sup>365</sup> CASTILLO CÓRDOVA, Luis; *El carácter normativo fundamental de la Constitución peruana*, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2006, AA.VV., Tomo I, Konrad-Adenauer – Stiftung E.V., Uruguay 2006., Tomo II, pág. 880; <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/20062/pr/pr12.pdf> .

un triple sentido: 1) en primer lugar a garantizar todos los derechos, no sólo de la libertad sino también los derechos sociales, 2) en segundo lugar, contra todos los poderes, no sólo del gobierno sino también los poderes privados y 3) en tercer lugar en todos los niveles, no sólo de la ley estatal, sino también el derecho internacional.<sup>366</sup>

Por otra parte, y en referencia a lo que Norberto Bobbio denomina como “poder oculto”; es posible señalar que dicha problemática fue uno de los ejes centrales que este autor abordó en sus análisis sobre la democracia y los peligros que a ella le acechaban.<sup>367</sup> Como acertadamente lo resume José Fernández Santillán:

La tesis fundamental [de Bobbio] es que la democracia –valga el juego de palabras- es ‘el gobierno del poder público en público’. Donde, en el primer caso, “público” es contrapuesto a “privado”; en tanto que, en el segundo caso, “público” es contrapuesto a “secreto”. De manera que, la democracia, podría decirse, es el gobierno del poder político a la vista de todos los ciudadanos. La idea del Estado constitucional consiste en someter todos los poderes, sin excepción, a control y a la publicidad de sus acciones.<sup>368</sup>

Si entendemos a la ciencia como un elemento relevante de la vida política; resulta inevitable reflexionar sobre la legitimidad de las decisiones científicas y su adecuación a los principios y las reglas del Estado Constitucional de Derecho.

Como bien lo señala M-A. Hermitte, el poder científico y técnico requiere una adaptación de las definiciones propias al Estado de Derecho:

El fenómeno es observado en la jerarquía de las normas y derechos fundamentales (1), en el reconocimiento de principios generales del

---

<sup>366</sup> FERRAJOLI, Luigi; *Lección doctoral pronunciada en oportunidad de recibir el título de Doctor Honoris Causa en la Universidad Nacional del Litoral (año 2010)*.

<sup>367</sup> El tema del poder oculto fue abordado por Norberto Bobbio principalmente en los siguientes trabajos: “La democracia y el poder invisible” (un capítulo del libro “El futuro de la democracia”) y “Democracia y secreto” (incluido en Norberto Bobbio: el filósofo y la política).

<sup>368</sup> FERNÁNDEZ SANTILLAN, José; *Norberto Bobbio, In memoriam*, disponible en: <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/286/28640710.pdf>

derecho propios a la materia (2), en la creación de institución particulares (3) y, tal vez, en la organización de la economía liberal(4).<sup>369</sup>

Es así que la Constitución –entendida en sintonía con Ferrajoli, como un sistema de límites y vínculos a *todo poder*- está llamada a cumplir un rol de extraordinaria importancia en lo que respecta al complejo entramado de relaciones entre la Ciencia-Tecnología y la sociedad.

Y en ese orden de ideas, cabe categóricamente afirmar que –en el marco de una democracia republicana- cualquier concentración de poder debe ser controlada. Es necesario subordinar la utilización de las nuevas tecnologías al respeto de valores propiamente humanos, y es allí donde el derecho actual se encuentra con uno de sus desafíos más relevantes; el que –a mi entender- debe ser afrontado desde una perspectiva constitucional. Todo ello sin olvidar –como se ha señalado siguiendo a Benvenuti-Uberti- que la racionalización del poder además de ser una exigencia de la estructura política es, ante todo, un imperativo de la estructura ética de la sociedad.<sup>370</sup>

### **III. El Estado Constitucional de Derecho**

*“...las constituciones rígidas de la segunda posguerra (...) completan el paradigma del Estado de derecho sometiendo también al legislador a la ley –a la ley constitucional, precisamente- y transformando así el viejo Estado de derecho en Estado constitucional de derecho” (Luigi Ferrajoli).<sup>371</sup>*

En estos últimos tiempos, han perdido fuerza las posturas que concebían a la Constitución únicamente como un documento de naturaleza política, y en forma paralela, han comenzado a consolidarse las teorías que la consideran como una verdadera norma jurídica de carácter general.

Desde esta última perspectiva, se sostiene que la Constitución no sólo determina “quién” y “cómo” manda, sino también “qué” puede y no

---

<sup>369</sup> HERMITTE, M-A.; *Los fundamentos...cit.*, pág. 27.

<sup>370</sup> Vid. Capítulo 1, punto VIII.

<sup>371</sup> ATIENZA, Manuel - FERRAJOLI, Luigi; *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho*, disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1695>, págs. 89/90.

puede mandarse; y de ese modo traza los límites de la ley y, por lo tanto, de las mayorías legislativas y sociales.

En virtud de ello, adquiere singular relevancia el significado de la Constitución desde el punto de vista ideológico, puesto que sus principios y directrices conforman un conjunto de valores jurídico-políticos en donde descansa la organización institucional del Estado; condicionando los contenidos de las normas inferiores, como así también los resultados de toda interpretación que deba efectuarse para su aplicación judicial.

Claro está que el paradigma constitucional actual, no es sino el fruto de una progresiva evolución del *constitucionalismo*, y es por ello que – antes de proseguir- resulta conveniente realizar algunas precisiones en torno al significado de aquél término.

En opinión de algunos autores, el constitucionalismo o movimiento constitucionalista tiene su versión inicial a partir del siglo XVIII, y tiene por objetivo

[...] establecer en cada Estado un documento legal –la constitución- con determinadas características; procurando con ello “racionalizar el poder político” creando la imagen del gobierno de la ley (todo acto del Estado, para ser válido y legítimo, debe derivar de una competencia prevista en una constitución).<sup>372</sup>

Para otro sector de la doctrina, el constitucionalismo “...es tan viejo como la humanidad”, puesto que el hombre –desde sus orígenes- “...actualizó, necesariamente, su apetito de vida política; y todas esas organizaciones, aún rudimentarias, han tenido `su` constitución, su orden, su modo de ser”.<sup>373</sup>

Néstor Sagües reconoce que todas las organizaciones políticas (incluida la horda, la tribu, la polis griega, etc.) ya tenían una estructura

---

<sup>372</sup> SAGÜES, Néstor; *Elementos de derecho constitucional*, Tomo 1, 3ra. ed. actualizada y ampliada, Ed. Astrea, 2001, pág. 3.

<sup>373</sup> BIDART CAMPOS, Germán; *Derecho Político*, Ed. Aguilar, Bs. As., 1962, pág. 529. El constitucionalismo –agrega este prestigioso jurista- “...podría asimilarse a una larga trayectoria que, no obstante la distinta búsqueda de fines concretos en el decurso de la historia, ha perseguido y ha realizado una cierta organización de la vida política. A través del estudio de las ideas y las realizaciones políticas, conocemos el constitucionalismo antiguo (...) La edad media también tuvo su constitucionalismo. Y allí empiezan los antecedentes del constitucionalismo moderno, que elabora el concepto formal de constitución” (*ob. cit.*, pág. 529).

política o constitución; pero antes del constitucionalismo “...tal estructura no contaba con un texto constitucional que cubriese los requisitos de forma y de contenido que hemos señalado”.<sup>374</sup>

#### **IV.- Principales etapas del constitucionalismo**

Escapa al objeto del presente trabajo el análisis detallado de las distintas etapas de este movimiento de naturaleza socio-política, no obstante lo cual resulta pertinente realizar un breve repaso histórico y resumir las principales características de algunas de las etapas por las que ha atravesado el constitucionalismo y las organizaciones estatales modernas; hasta llegar a lo que hoy se denomina el *Estado Constitucional de Derecho*, que –según un importante sector de la doctrina- “...es la forma de Estado típica de nuestro siglo...”.<sup>375</sup>

**IV.a)** En lo que respecta al *constitucionalismo clásico*, podemos señalar –siguiendo a Ricardo Haro<sup>376</sup>- que esta etapa se basó en los siguientes postulados:

- la organización política tiene como finalidad la protección de los grandes objetivos de libertad, seguridad y propiedad;
- dicha organización se asienta sobre dos principios insoslayables: los derechos y las garantías individuales; y la división y equilibrio de los poderes;
- ello está prescripto en una Constitución, elaborada apriorísticamente como fruto deductivo de la razón y formulada en un texto escrito, solemnemente proclamado y rígido;
- esta Constitución es una ley de garantías y es suprema, porque es la fuente última de validez de todo el ordenamiento jurídico (superlegalidad o supremacía constitucional);

---

<sup>374</sup> SAGÜES, Néstor; *ob. cit.*, pág. 4.

<sup>375</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo; *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Editorial Trotta, 5ta. ed., Madrid, 2003, pág. 21.

<sup>376</sup> HARO, Ricardo; *Curso de Derecho Constitucional Argentino*, Tomo I, Advocatus, Cordoba, 2003, pág. 16.



- surge así el Estado de Derecho, regido por: la racionalidad de las normas jurídicas, la voluntad de la ley por encima de la del monarca y el poder limitado por el derecho;

- el poder debe estar dividido y equilibrado: Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial, teniendo siempre presente que el Poder Legislativo es la expresión máxima de la soberanía y de la voluntad popular;

- afirmación del sistema representativo y republicano;
- en lo social, prima el individuo; en lo político, el ciudadano;
- Estado liberal, abstencionista, no intervencionista y gendarme.

El Estado de Derecho –una de las características esenciales de esta etapa- buscaba limitar el poder del Estado y precisar acabadamente los derechos de los ciudadanos, partiendo de la idea central de una estricta sujeción del Estado a la ley.

El Estado liberal de derecho –dice Gustavo Zagrebelsky- era “...un Estado legislativo que se afirmaba a sí mismo a través del principio de legalidad”; y este último, suponía “...la reducción del derecho a la ley y la exclusión, o por lo menos la sumisión a la ley, de todas las demás fuentes del derecho”.<sup>377</sup>

**IV.b)** Luego de la primera posguerra mundial, el modelo del constitucionalismo clásico entra en crisis y aparece en escena el paradigma del *constitucionalismo social*. Este movimiento –sin pretender dejar de lado los contenidos del constitucionalismo moderno o clásico- intenta presentarse como superador de aquél y rescata la función social de los derechos individuales. Al lado de los derechos individuales, el constitucionalismo social declara y jerarquiza los derechos sociales.

---

<sup>377</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo; *ob. cit.*, pág. 24. A la ley –agrega este autor- se le reconocía superioridad frente a todos los demás actos jurídicos y también frente a los documentos constitucionales de entonces; de ese modo, las Cartas constitucionales, venían degradadas a “constituciones flexibles”, esto es, susceptibles de ser modificadas legislativamente. “Así pues las leyes, al ocupar la posición más alta, no tenían por encima ninguna regla jurídica que sirviese para establecer límites, para poner orden. Pero no había necesidad de ello. Jurídicamente la ley lo podía todo, porque estaba materialmente vinculada a un contexto político-social e ideal definido y homogéneo” (*ob. cit.*, pág. 31). La ley por excelencia –recuerda- era el código, “...cuyo modelo histórico durante todo el siglo XIX estaría representado por el Código civil napoleónico. En los códigos se encontraban reunidas y exaltadas todas las características de la ley” (*ob. cit.*, pág. 32).

Puede decirse que esta nueva etapa, es la respuesta del constitucionalismo frente a las modificaciones sociales producidas a partir de la revolución industrial (aparece en escena la denominada cuestión social, y a la luz de la misma se entiende que el Estado no sólo debe proteger la libertad, sino también asegurar y promover la justicia social).

Estos cambios comienzan a advertirse en las constituciones posteriores a la primera guerra mundial (1914), destacándose –entre otras– las constituciones de México (1917), República de Weimar (1919), Polonia (1921), Austria (1920), España (1931), Perú (1933), Brasil (1934 y 1937), Paraguay y Cuba (1940).

Dicho ello, resulta interesante resumir algunos de los postulados de esta etapa histórica que cita Haro, con el objeto de observar las profundas diferencias que ellos presentan en relación al modelo del constitucionalismo clásico antes reseñado:

- junto a la libertad, propiedad y seguridad, se afirman los valores de la justicia y la solidaridad, insuflando toda una dimensión social del Derecho;

- la Constitución debe ser una elaboración racional de los aspectos históricos y sociológicos de la concreta realidad común;

- surge un nuevo Estado, ya se lo llame social de derecho, de justicia o de bienestar;

- se produce una crisis en la división y equilibrio de los poderes con acrecentamiento del Poder Ejecutivo (liderazgo) como motor impulsor del gobierno, con un decrecimiento del Poder Legislativo por crisis en el funcionamiento de los órganos parlamentarios y la delegación de facultades legislativas;

- por sobre el individuo aislado, emerge “el hombre situado” (el individuo integrado en toda la realidad social), y el constitucionalismo asume la problemática integral de la persona humana;

- socialización, como intensificación de las interrelaciones sociales, individuales y grupales. Entre el Estado y el individuo, aparecen infinidad de agrupamientos sociales (grupos de interés o de presión) que posibilitan el desarrollo integral, pero también crean nuevos centros de

poder con posibilidades de extralimitaciones en su ejercicio y afectaciones a la dignidad de la persona humana;

- Estado intervencionista, mediante un poder actuante, promotor, planificador. A la plena libertad de las relaciones económicas-sociales, la sustituye la libertad solidaria, mediante una planificación democrática y participativa.<sup>378</sup>

La aparición del concepto de *Estado Social de Derecho* –cabe aunque sea mencionarlo al pasar- generó algunas controversias en torno a su compatibilidad con el *Estado de Derecho*; ya que algunos consideran que el Estado de Derecho está construido sobre la base de garantías y libertades básicas y, por ende, no puede coincidir con el Estado social, que apunta a la participación. Contrariamente, otros ven al Estado social como el complemento del Estado de Derecho, señalando que se trata de la protección que el Estado debe proporcionar al individuo libre para defenderlo contra los peligros de la era industrial.<sup>379</sup>

**IV.c)** Luego de un largo proceso de *desconstitucionalización*<sup>380</sup> caracterizado por la irrupción -a partir de 1920-, de movimientos ideológicos totalitarios (comunismo soviético, fascismo italiano, nacionalsocialismo alemán), surge una nueva etapa dentro del proceso que venimos comentando.

Los regímenes totalitarios que se extendieron en gran parte del continente europeo durante el siglo pasado, marcaron un hito en la historia de la humanidad, ya que luego del horror por ellos causados –y tras la finalización de la segunda guerra mundial- “...se abrió un profundo debate sobre la necesaria existencia de límites internos y externos a las mayorías como un reaseguro que imposibilitara repetir las dolorosas experiencias sufridas por la comunidad mundial”.<sup>381</sup>

---

<sup>378</sup> HARO, Ricardo; *ob. cit.*, pág. 20/21.

<sup>379</sup> BRAND, Jürgen; *La evolución del concepto europeo de Estado de derecho*, en: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2006, AA.VV., Tomo I, Konrad-Adenauer – Stiftung E.V., Uruguay 2006, pág. 57, disponible en: <http://www.kas.de/wf/doc/5588-1442-4-30.pdf> .

<sup>380</sup> Así lo llaman algunos autores.

<sup>381</sup> GIL DOMÍNGUEZ, Andrés; *Los derechos humanos como límites a la democracia*, en: *Los Derechos Humanos del siglo XXI. La revolución inconclusa*, AA.VV., Ediar, Bs. As., 2005, pág. 97.

Es por ello que dentro de esta etapa, cobra especial significación la temática de los derechos humanos. Aparecen en escena distintos documentos que reconocen nuevos derechos humanos y/o incorporan mayores contenidos en derechos ya previstos, consagrando también normas y principios vinculados a los aspectos sociales y económicos (entre otros, cabe mencionar a: la Carta de las Naciones Unidas (1945), la Carta Interamericana de las Garantías Sociales, firmada en Bogotá en 1948, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de la ONU (1948), etc.). En idéntica orientación, las constituciones europeas posteriores a la segunda guerra mundial incorporan ciertos valores y derechos fundamentales con el objeto de trazar límites a la voluntad del legislador.

Es posible afirmar que luego de la sanción de estos instrumentos comienza una nueva etapa, la que un importante sector de la doctrina coincide en denominar como *Estado Constitucional de Derecho*.

Mientras algunos sostienen que se trataría de una “evolución del constitucionalismo social” (Haro), otros autores piensan que los cambios son más profundos. En esta última tesitura encontramos a Zagrebelsky, quien sostiene que la transformación producida es de una importancia tal, que induce a pensar que se trata de “...un auténtico cambio genético...”; ya que si se pasa a comparar los caracteres concretos del Estado de Derecho decimonónico con los del Estado Constitucional actual, se advierte que, “...más que de una continuación, se trata de una profunda transformación que incluso afecta necesariamente a la concepción del derecho”.<sup>382</sup>

En opinión de Gil Domínguez, el paradigma del Estado constitucional de derecho puede resumirse de la siguiente manera: “...una Constitución transformadora que pretende condicionar de modo importante las decisiones de la mayoría, donde el protagonismo fundamental ha de

---

<sup>382</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo, *ob. cit.*,pág. 34. No todos están de acuerdo en sostener que se trata de un cambio radical, puesto que –tal como este autor lo menciona- la innovación que exhibe este “Estado Constitucional” ha sido presentada por algunos como “...un simple continuación de los principios del Estado de derecho que lleva hasta sus últimas consecuencias el programa de la completa sujeción al derecho de todas las funciones ordinarias del Estado, incluida la legislativa (a excepción, por tanto, sólo de la función constituyente). Con ello, podría decirse, se realiza de la forma más completa posible el principio del gobierno de las leyes, en lugar del gobierno de los hombres, principio frecuentemente considerado como una de las bases ideológicas que fundamentan el Estado de derecho” (*ibidem*).

seguir correspondiendo al legislador democrático, pero donde irremediablemente la última palabra se encomienda a los jueces”.<sup>383</sup>

El mencionado autor –con cita de Luis Prieto Sanchís-<sup>384</sup> señala como elementos caracterizadores del Estado Constitucional de Derecho a los siguientes:

- carácter normativo o fuerza vinculante de la Constitución;
- supremacía de la Constitución dentro del sistema de fuentes;
- eficacia o aplicación directa;
- garantía judicial;
- presencia de un denso contenido normativo que tiene como destinatarios a los ciudadanos en sus relaciones con el poder y con los particulares, que está formado por principios, derechos y directrices más o menos precisos, pero que están llamados a ser aplicados en los casos concretos;
- rigidez constitucional (en donde se produce una relación que indica que a mayor dificultad de reforma para la mayoría legislativa, mayor fortaleza del modelo constitucional).

#### **V.- El Estado constitucional de Derecho y sus principales desafíos.**

Tal como ha quedado caracterizado el Estado Constitucional de Derecho, cabe ahora preguntarnos cuáles son las principales implicancias que esta nueva concepción ha traído aparejadas y qué repercusiones ellas han tenido en el ámbito social, político y jurídico.

En primer lugar, corresponde remarcar que dentro del paradigma constitucional actual, se reconoce a la Constitución el carácter de verdadera norma jurídica de carácter general. De ese modo, adquiere particular importancia su significado desde el punto de vista ideológico; ya que sus

---

<sup>383</sup> GIL DOMÍNGUEZ, Andrés; *ob. cit.*, pág. 98. Destaca además que el Estado Constitucional de Derecho reúne elementos de dos tradiciones (la norteamericana y la francesa) o modos de concebir la función de la ley fundamental: fuerte contenido normativo y garantía jurisdiccional.

<sup>384</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis; *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Trotta, España, 2003, pág. 116, cit. por GIL DOMÍNGUEZ, Andres; *ob. cit.*, pág. 98.

principios y directrices conforman un conjunto de valores jurídico-políticos que limitan -con mayor fuerza que en el pasado- los contenidos de las normas inferiores.

En esta nueva etapa de la evolución del constitucionalismo, se sigue otorgando un protagonismo fundamental al legislador democrático, pero la Constitución puede condicionar de modo importante las decisiones de la mayoría.

A la luz de lo expuesto, no resulta exagerado afirmar –siguiendo a Gil Domínguez- que hoy en día “...la última palabra se encomienda a los jueces”; lo cual evidencia que la concepción del Estado Constitucional de Derecho implica una transformación de significativa trascendencia, que puede ser concebida como un *auténtico cambio genético* (Zagrebelsky) que afecta incluso la concepción del Derecho.<sup>385</sup>

En idéntico sentido, puede citarse la opinión de Ferrajoli, quien señala que luego de la constitucionalización de los derechos fundamentales –políticos, civiles, de libertad y sociales-

[...] ha cambiado la naturaleza tanto del derecho como de la democracia. Cambió la naturaleza del derecho, cuya validez ya no depende sólo de las formas legislativas de su producción, sino también de sus contenidos, es decir, de la sustancia de las leyes producidas, la cual no puede derogar los principios y los derechos establecidos constitucionalmente, siendo que en tal caso resultaría inválida. Simultáneamente, cambió la naturaleza de la democracia, que ya no consiste sólo en la omnipotencia de las mayorías y, por lo tanto, en su dimensión política o formal, sino también en los límites y vínculos de contenido que le impone como su

---

<sup>385</sup> Aún cuando excede ampliamente el objeto de este trabajo, no está demás mencionar aquí la opinión de Jürgen Habermas, quien señala que cuanto más se recurre al Derecho como medio de regulación y control político y de configuración social “...tanto mayor es la carga de la legitimación que la génesis democrática del derecho ha de soportar”; lo cual determina la necesidad de insertar filtros de legitimación con la ayuda de lo que él llama *derecho procedimental* (en relación a este tema, nos remitimos a las consideraciones efectuadas en nuestro trabajo *Aproximación al pensamiento de Jürgen Habermas*, monografía final del Módulo “Epistemología”, del Doctorado en Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, año 2004).

dimensión sustancial, lo que podemos llamar 'esfera de lo que no es posible decidir' [...].<sup>386</sup>

En cuanto a los cambios en relación al Derecho, resulta pertinente destacar que en el paradigma del Estado Constitucional de Derecho, la validez de una norma queda supeditada a la adecuación de la misma a los derechos que reconoce el bloque de constitucionalidad. Volveré sobre este punto mas adelante, en oportunidad de explicitar mi propia visión del fenómeno jurídico.

En función de lo antedicho, es posible afirmar entonces la existencia de un orden público constitucional que está conformado por la dimensión que se asigna a los derechos fundamentales.

A raíz de esta transformación en el Derecho, cambia la concepción de la democracia. En relación a ello, y en cuanto a la situación de los sistemas democráticos de la actualidad, resulta interesante traer a colación la diferencia que traza Ferrajoli entre democracia mayoritaria o plebiscitaria y democracia constitucional. Esta última –dice el prestigioso jurista italiano– puede ser entendida como

[...]un modelo de democracia fruto de un cambio radical de paradigma acerca del papel del derecho producido en estos últimos cincuenta años: un cambio sobre el que aún hoy en día no hemos tomado suficiente conciencia y –sobre todo– cuyas formas y técnicas de garantía aún estamos lejos de haber elaborado y asegurado.<sup>387</sup>

También cabe destacar que autores de la talla de Norberto Bobbio, yendo incluso un poco más allá, vienen realizando advertencias en torno a la *crisis de la democracia*; señalado que –entre otras paradojas–, las democracias actuales presentan ciertas características, que exigen particular atención.

---

<sup>386</sup> FERRAJOLI, Luigi; *Democracia y Derechos Fundamentales frente al desafío de la globalización*, "Lectio Doctoralis" pronunciada el 22 de noviembre de 2005 en ocasión del doctorado honoris causa otorgado por de la Universidad Nacional de la Plata, trad. de Pablo Eiroa y Nicolás Guzmán, L.L. 2005-F, pág. 1200.

<sup>387</sup> FERRAJOLI, Luigi; *La democracia constitucional*; en: Desde otra mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho. AA.VV. Christian Courtis (compilador). Ed. Eudeba, Bs. As., 2009, pág. 434.

Entre ellas, interesa aquí destacar dos aspectos que son particularmente relevantes en los temas que se analizan en este trabajo de tesis, a saber: a) el contraste entre la incompetencia del ciudadano situado frente a problemas cada vez más complejos y la exigencia de soluciones técnicas accesibles sólo a los especialistas; y b) el contraste, entre el presupuesto ético de la democracia, la autonomía del individuo, y la sociedad de masas, caracterizada por el individuo heterodirigido.<sup>388</sup>

En síntesis, y para ponerlo en términos más sencillos, me interesa remarcar dos aspectos puntuales de lo que dice Bobbio: el ciudadano de las sociedades actuales es incompetente para resolver los cada vez más complejos problemas que se le plantean; y además de ello la autonomía del individuo –en tanto presupuesto ético de la democracia- tiende a ser sustituida por el individuo heterodirigido de la sociedad de masas.

## ***VI.- La fuerza normativa de la Constitución***

En la actualidad, las posturas que concebían a la Constitución únicamente como un documento político van dejando paso a estas nuevas corrientes que ponen el acento en la función normativa que desempeñan las Constituciones modernas. Es así que las Cartas Fundamentales de los Estados –que antes sólo eran objeto de estudio de los “constitucionalistas”- reciben hoy la atención de juristas especializados en distintas ramas del derecho público y el derecho privado.

En tal sentido, Joaquín Arcé y Flórez-Valdés sostiene que si bien la Constitución otorga verdaderos derechos al ciudadano frente a la organización estatal, también vincula a los propios ciudadanos “...erigiéndose, en definitiva, en verdadera norma jurídica de carácter general”. Efectivamente –agrega- “..tanto desde una óptica formal como desde una perspectiva material, la Constitución es verdadera norma jurídica,

---

<sup>388</sup> BOBBIO, Norberto; *La crisis de la democracia y la lección de los clásicos*, disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/16052009/filosofia03.pdf>. Agrega asimismo este autor que los mencionados, son efectos perversos del régimen democrático, en el sentido que en el propio seno de las democracias se desarrollan situaciones que la contradicen y amenazan con derrocarla.



porque responde en un todo a los requisitos que el Derecho objetivo debe reunir”.<sup>389</sup>

Para este autor, resulta importante estudiar la interacción Constitución-Derecho Civil y, a partir de allí, elaborar un “Derecho civil constitucional”. La condición de este Derecho Civil Constitucional –agrega– “...será la de constituir, por su especial predicamento formal, la infraestructura del Derecho civil, su base de partida, un punto de referencia del ordenamiento jurídico civil”, porque en razón de la suprema instancia normativa, es en la Constitución “donde radican las piedras fundamentales sobre las que se asienta cada una de las ramas del Derecho”.<sup>390</sup>

Entre los aspectos más sobresalientes de este “Derecho Civil Constitucional”, puede señalarse: su tarea en orden a precisar los “derechos fundamentales”, su función promotora de la transformación de las instituciones tradicionales del Derecho Civil, y su lucha por la eficacia directa, derogatoria, invalidatoria, interpretativa e informadora de la norma constitucional.<sup>391</sup>

### **VII.- La reforma constitucional de 1994 en la República Argentina**

La reforma constitucional de 1994 –tal vez la más importante de la historia argentina por la cantidad de materias que abarcó– significó un cambio radical<sup>392</sup> en la estructura constitucional de nuestro país, toda vez que introdujo sustanciales modificaciones dentro de esas dos clases de

---

<sup>389</sup> ARCÉ y FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín; *El Derecho civil constitucional*, Editorial Civitas, S.A., material del módulo “Derecho Privado” del Doctorado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la U.N.L., pág. 23. La Constitución –nos dice– “...no sólo es una norma jurídica, es también norma cualitativamente distinta y superior a las demás del ordenamiento, en cuanto incorpora el sistema de valores esenciales de convivencia, que ha de servir de piedra de contraste y de criterio informativo e interpretativo de todo el ordenamiento jurídico” (*ob. cit.*, pág. 27).

<sup>390</sup> ARCÉ y FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín; *ob. cit.*, pág. 40. Asimismo, destaca que este Derecho Civil Constitucional, puede ser concebido como “...fruto de la superación de la presunta contraposición entre las normas jurídicas contenidas en los códigos y los principios políticos presentes en la Constitución” (*ob. cit.*, págs. 38/39).

<sup>391</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge; *La difusa frontera entre lo público y lo privado*, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Santa Fe, 2002, pág. 33.

<sup>392</sup> A punto tal que algún sector de la doctrina se ha preguntado si estamos frente a una reforma constitucional o una nueva constitución.

normas que se han citado supra (normas que reconocen derechos y normas que institucionalizan el poder y lo organizan).

En efecto, la reforma incluyó un amplio conjunto de temáticas, y en muchas de ellas, es indudable que el constituyente siguió las tendencias del constitucionalismo contemporáneo, el que –entre otros elementos- se caracteriza por:<sup>393</sup>

- el auge del derecho trasnacional, presente en las nuevas Constituciones con distintas variaciones; pero, en general, con un reconocimiento, en las Constituciones nacionales, de las normas del derecho internacional, lo cual “...importa admitir, normalmente, la existencia de la jurisdicción y de la magistratura transnacional, por sobre las autoridades locales”;

- la acentuación del principio de desconcentración (división de funciones y multiplicación de estructuras), con la aparición de numerosos órganos extrapoder, situados fuera de la esfera de los tres poderes clásicos (Ministerio Público, Consejo de la Magistratura, Jurado o Tribunal Superior de elecciones, etc.);

- el enunciado de nuevos derechos personales, como por ejemplo el derecho a la propia imagen, el derecho a la protección del medio ambiente y de protección a los consumidores; denominados derechos de tercera generación.

Dicho ello, y anticipando los ejes temáticos sobre los que proseguirá este trabajo; cabe que nos preguntemos si en el estadio actual de evolución de las sociedades de las ciencias y las técnicas no es necesario pensar en la posibilidad de consagrar nuevos derechos a los individuos de estas sociedades caracterizadas por desarrollos científico-tecnológicos con tanta repercusión en la vida diaria del hombre medio.

Intentaré esbozar una respuesta a tal interrogante, pero antes de ello –y a título introductoria-, me parece pertinente efectuar una sintética referencia sobre la evolución de los derechos humanos, partiendo de la tradicional clasificación que los agrupa en tres diferentes generaciones.

---

<sup>393</sup> SAGÜES, Néstor; *ob. cit.*, pág. 30.

### **VIII.- Las tres generaciones de derechos**

En términos generales, la doctrina mayoritaria reconoce la existencia de *tres generaciones de derechos humanos*, clasificación que –más allá de algunas críticas que se le han realizado<sup>394</sup> resulta útil para apreciar la evolución que ha habido en esta materia y analizar de qué modo cada etapa del constitucionalismo ha ido enriqueciendo el plexo de derechos que se le reconocen al hombre en su condición de tal.<sup>395</sup>

Tal como se podrá advertir de lo hasta aquí dicho, existe una suerte de paralelismo entre los distintos momentos históricos que anteriormente hemos reseñado y el nacimiento de las distintas generaciones de derechos humanos, toda vez que:

- se entiende por derechos de primera generación al conjunto de derechos civiles y políticos que se consideran esenciales para la construcción de una sociedad democrática (ellos surgen en la segunda mitad del siglo XVIII, en el contexto de lo que hemos caracterizado como la etapa del constitucionalismo clásico);
- la segunda generación de derechos está integrada por derechos económicos, sociales y culturales, que apuntan a corregir las desigualdades sociales advertidas con posterioridad a la revolución industrial (el surgimiento de los mismos es consecuencia del constitucionalismo social);
- finalmente –y en lo que se conoce como la tercera generación– aparecen los derechos a una vida digna, al desarrollo de la personalidad, a la protección de los datos personales, el derecho a un ambiente sano, la tutela de los consumidores y usuarios, y en general los derechos de incidencia

---

<sup>394</sup> Se ha dicho que esa clasificación resulta contradictoria con la concepción de los derechos humanos que los considera indivisibles, interdependientes y con una íntima relación entre ellos.

<sup>395</sup> Con la claridad acostumbrada, Bidart Campos señala que “...el reconocimiento constitucional de tres generaciones de derechos (más el ‘embarazo’ de la que ya parece advenir como una cuarta) aporta a la ciencia jurídica, a la iusfilosofía, y al derecho constitucional positivo un muy rico producto. Una vez que, admitida la historicidad de los derechos y el devenir del régimen político como un ‘estar-siendo’ en continuo dinamismo, captamos todo cuanto las necesidades y las valoraciones sociales hacen apetecer y pretender a las gentes de cada época, comprobamos que el tiempo histórico del constitucionalismo (en lo que Maritain llamaba el progreso hacia el bien) nos ha proporcionado un acrecimiento del sistema de derechos” (BIDART CAMPOS, Germán; *Las tres generaciones de derechos*, L.L: 2003-F, 1485).

colectiva (cuya titularidad no recae sólo en los individuos sino en la sociedad toda).

Para finalizar, no está de más recordar que en nuestro país, el texto constitucional originario –y los surgidos luego de cada reforma- fueron plasmando, a su turno, los distintos derechos humanos que emergieron en cada una de las etapas del constitucionalismo que se han mencionado precedentemente.<sup>396</sup>

---

<sup>396</sup> Los derechos de primera generación fueron reconocidos por la Constitución de 1853, los de segunda generación quedan cristalizados en el año 1957, y por último, vemos aparecer algunos de los denominados derechos de la tercera generación en las modificaciones introducidas por el constituyente de 1994.

## SECCIÓN II TECNOLOGÍA Y DERECHOS FUNDAMENTALES

### ***I.- ¿Vamos camino hacia una cuarta generación de Derechos Humanos?***

Es necesario repensar los derechos humanos en una sociedad en que la ciencia y la tecnología aparecen como una característica definidora de las mismas, y es por ello que algunos autores sostienen que muchos derechos humanos están a la espera de ser reformulados y que nos encaminamos hacia una cuarta generación de derechos humanos.

Una de las cuestiones principales, puede resumirse en el siguiente interrogante: ¿hay nuevos derechos inherentes al hecho mismo de vivir en una sociedad tecnológica?

Según Bustamante Donas, se abre un camino que es el reto del siglo XXI: las nuevas formas que cobran los derechos de primera, segunda y tercera generación en el entorno del ciberespacio, es decir, la cuarta generación de los derechos humanos. Internet aparece así como uno de los escenarios donde se dirime una de las más decisivas batallas por la libertad de expresión y, por ende, por los derechos humanos en general.

En similar orientación, Jesús Ortega Martínez señala que las profundas transformaciones sociales que provocan las tecnologías de la información y la comunicación abren el camino

[...] para el gran desafío del derecho constitucional del siglo XXI: el desarrollo y proceso de positivación de nuevas categorías de derechos fundamentales, así como la adecuación de las ya existentes de la primera, segunda y tercera generaciones, al entorno de la sociedad de la información y del conocimiento; es decir, el advenimiento de la cuarta generación de los derechos humanos.<sup>397</sup>

Para este autor, los derechos humanos de la cuarta generación deberían garantizar "...el nuevo estatus del individuo de la sociedad digital"; agregando asimismo que los elementos esenciales para la definición de los

---

<sup>397</sup> ORTEGA MARTÍNEZ, Jesús; *Sociedad de la Información y Derechos Humanos de la Cuarta Generación. Un desafío inmediato para el Derecho Constitucional*, pág. 664; disponible en <http://info5.juridicas.unam.mx/libros/4/1510/26.pdf>

mismos sería “...la universalización del acceso a las TIC, la libertad de expresión en la red y la libre distribución de la información y conocimiento...”.<sup>398</sup>

Agrega también que los derechos humanos de la cuarta generación se sustentarán

[...] en la necesidad inédita de asegurar a todos los individuos el acceso a las tecnologías de información y comunicación, fomentar el flujo e intercambio de información y comunicación, alentando la transferencia de conocimientos y estimulando la innovación y formación de capital humano con el objetivo de que la sociedad de la información esté orientada a eliminar las diferencias socioeconómicas existentes, evitar la aparición de nuevas formas de exclusión y transformarse en una fuerza positiva para todos los pueblos del mundo, reduciendo la disparidad entre los países en desarrollo y los desarrollados, así como en el interior de las naciones”.<sup>399</sup>

Desde mi punto de vista, resulta evidente que a raíz de la omnipresencia de diversas tecnologías en la vida social, en poco tiempo mas se irá gestando una cuarta generación de derechos humanos como respuesta a las nuevas problemáticas sociales. En lo que respecta a las TIC, cabe señalar que ya se comienza a hablar de nuevos derechos como la universalización del acceso a la tecnología, la comprensión sobre su funcionamiento, la transparencia, la neutralidad tecnológica, la libertad de expresión, la privacidad e intimidad y la libre distribución de información - entre otros-; y también nuevos principios como hemos visto en el Capítulo 3 -Sección II-.

Para analizar en profundidad esta posible existencia de una cuarta generación de derechos humanos vinculados a las TIC, hay que comenzar por señalar que dicha cuestión forma parte de una problemática un tanto mas compleja y general, que es la relación que hoy es posible establecer entre Ciencia, Tecnología y Derecho Constitucional.

---

<sup>398</sup> ORTEGA MARTÍNEZ, Jesús; *ibidem*.

<sup>399</sup> ORTEGA MARTÍNEZ, Jesús; *ibidem*.

Por tal motivo, me parece oportuno traer a colación aquí un excelente trabajo del catedrático español Juan Francisco Sánchez Barrilao; en el que este autor comienza afirmando que en las sociedades actuales la preponderancia cuantitativa y cualitativa de la ciencia y la tecnología en las relaciones económicas, culturales y sociales hace que aquellas “...pasen progresivamente a considerarse como nuevos retos del Derecho constitucional de este siglo”.<sup>400</sup> Y en función de ello –remarca- es necesario

[...] plantearse en qué grado la ciencia y la tecnología llegan efectivamente a incidir en el Derecho constitucional; es decir, si la ciencia y la tecnología tan sólo son un fenómeno que de manera tangencial y singular entronca con la Constitución, o si, al contrario (y como sostenemos), van más allá, penetrando en el entero sistema constitucional aún vigente: el relativo al Estado constitucional de Derecho.

Y al comenzar su análisis de la problemática, este jurista español remarca que desde la primera perspectiva (que entiende que la ciencia y la tecnología se relacionan sólo en forma *tangencial* con la Constitución), se considera que aquéllas “...se muestran normalmente como fenómeno dinámico y factor de transformación social, que da lugar a nuevas realidades en conflicto con específicas parcelas de la Constitución, especialmente con los derechos fundamentales y las libertades públicas”; y es por ello que para esta posición “...el reto constitucional se enmarcaría en la simple respuesta a dichas realidades según éstas vengan planteándose”.

Pero la postura de Sánchez Barrilao –a la que personalmente adhiero- ingresa en el análisis de cuestiones mas profundas, puesto que parte de considerar que “...la tecnología como motor de la globalización y fundamento de la actual sociedad del riesgo y de la información presenta por sí misma un específico valor añadido, político y sustantivo, en el entramado constitucional”. En ese orden de ideas sostiene que:

[...] mas allá de la consideración de la ciencia y la tecnología como fenómeno cultural y social que acompaña al hombre desde sus orígenes y en su ulterior evolución, cabría presentar ambas ahora como sustrato de

---

<sup>400</sup> SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco; *ob. cit.*, pág. 259/260.

un nuevo orden que apenas hoy se consigue vislumbrar, pero que efectivamente está en marcha; un orden, insistimos, en el que lo científico tecnológico ocuparía un espacio y un tiempo propios, y en torno al cual, o a través del cual, giraría buena parte de las relaciones sociales, económicas, jurídicas y políticas.<sup>401</sup>

Desde esta dimensión –afirma– la ciencia y la tecnología no requerirían de simples respuestas constitucionales al ritmo de las necesidades que vayan surgiendo al compás de las innovaciones científicas y tecnológicas,

[...] sino la propia consideración constitucional de éstas en cuanto eje sobre el que orbita buena parte de la realidad social; y ello, además, desde el entendimiento de la tecnología en su conjunto, como motor social, y no sólo desde concretas y novedosas manifestaciones tecnológicas, dada la tecnificada sociedad en la que hoy ya nos movemos: en definitiva, la estimación constitucional de la tecnología en cuanto tal, y no únicamente respecto a sus más diversas manifestaciones en los diferentes campos, y sus consiguientes consecuencias sociales.<sup>402</sup>

Y esta postura de Sánchez Barrilao guarda a mi juicio estrecha relación con la posición del Tercer Entorno de Javier Echeverría a la que me he referido en capítulos anteriores: las Tecnologías de la Información y la Comunicación son actualmente el eje sobre el que giran las sociedades actuales toda vez que han configurado un entorno virtual y digital en el cual se desarrolla la mayor parte de la realidad social.

La problemática de la relación Ciencia, Tecnología y Derecho Constitucional presenta un sinnúmero de aristas, cuya consideración excedería ampliamente el objeto de este trabajo. Sin perjuicio de ello, cabe aquí mencionar algunas de ellas a fin de poder luego relacionarlas con los temas que son objeto de esta tesis.

En tal sentido, entiendo que en el marco de un abordaje constitucional de la Ciencia y Tecnología no pueden obviarse algunos aspectos básicos, entre los cuales cabría señalar: a) la gravitación de los

---

<sup>401</sup> SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco, *ob. cit.*, pág. 260/261.

<sup>402</sup> SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco, *ob. cit.*, pág. 261.



científicos en las decisiones políticas, b) los cuestionamientos que en la actualidad se efectúan al pretendido carácter objetivo de la Ciencia y la Tecnología, y c) la aprobación y el beneplácito de la sociedad ante la mayoría de las innovaciones tecnológicas.

En relación a cada uno de los tres aspectos referenciados, resulta necesario puntualizar –siguiendo a Sánchez Barrilao- que:

a) desde la óptica de la tecnocracia, los científicos ganan todavía mas presencia en la toma de decisiones políticas, y se cree –como una nueva ideología o fundamentalismo- que la Tecnología es un fin en sí mismo (tecnologismo);

b) hoy se incrementa la percepción de que la ciencia y la tecnología no resultan tan objetivas y neutrales como algunos sostenían en el pasado, puesto que la ciencia como conocimiento cierto de las cosas por sus principios y causas, no se salva ni del error, ni de la propia mentira. No puede desconocerse que detrás del poder científico-técnico, pueden esconderse y/o imponerse intereses políticos y/o económicos. Y al respecto dice textualmente el autor que citamos:

[...] una decisión científico-técnica, al amparo de la *auctoritas* que supone la pretendida objetividad comentada, puede acabar escondiendo e imponiendo intereses políticos, y esto al margen del cauce democrático constitucionalmente establecido: así, es posible que el gobierno democrático en el Estado constitucional de Derecho termine desvirtuándose y resulte necesario un rearme de la Constitución y de la democracia ante la tecnología, como garantía frente a los verdaderos sujetos titulares de los intereses desarrollados por ésta;<sup>403</sup>

c) también se plantea el problema de que, una vez desarrollado un determinado avance científico o tecnológico, resulta dificultoso sustraerlo o eliminarlo de la *mens colectiva*; lo cual no es un tema menor puesto que –en algunos casos- el Derecho deberá aparecer cuestionando o restringiendo el alcance de alguna tecnología que ya se encuentra definitivamente instalada en el quehacer diario de los habitantes.

---

<sup>403</sup> SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco, *ob. cit.*, pág. 269.

## **II.- Ciencia, Tecnología, democracia y libertades**

En primer lugar, y reafirmando los argumentos desarrollados en el Capítulo 1, cabe recordar aquí que en el marco de la estrecha conexión que es posible establecer entre Tecnología y Democracia, los textos constitucionales deben garantizar la regulación básica de la primera, “...encauzándola y limitándola, en su caso”.<sup>404</sup>

Según Sánchez Barrilao, al analizar el rol de los poderes públicos frente a las realidades tecnológicas, es necesario prestar especial atención a la aparición de nuevos modos de entender la producción del Derecho; y en relación a ello hace referencia a algunos supuestos en los que –a su entender- es posible apreciar

[...] la huida, si no total, de la tecnología respecto de poderes sustantivamente políticos [...] una clara y directa intervención de técnicos, tecnócratas, tecnólogos, científicos y expertos, además de otros interesados privados y corporativos, alejando la norma jurídica resultante de la legitimidad democrática media del sistema.<sup>405</sup>

Y en ese mismo orden de ideas, remarca que los técnicos, los científicos y las empresas tecnológicas se presentan frente a lo político en “...espacios de autonormatividad”; lo cual –lejos de ser un tema menor- evidencia “...profundas alteraciones de principios constitucionales ordenadores, no ya del sistema de fuentes estatal en sí, sino del propio Estado en cuanto que social y democrático de Derecho”.<sup>406</sup>

Y aquí resulta inevitable volver a Lessig y recordar su tesis en relación a la importancia del *Código Informático* como regulador de conductas humanas. Ello se debe a que, aún cuando el *Código Informático* no puede ser entendido como una fuente productora de derecho, sí es –como ya se ha mencionado- un poderoso regulador de conductas que –en múltiples ocasiones- intenta desplazar al regulador Derecho.

---

<sup>404</sup> Vid. Capítulo 1, punto VIII.

<sup>405</sup> SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco, *ob. cit.*, pág. 275.

<sup>406</sup> SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco, *ob. cit.*, pág. 276.

Y desde esa perspectiva, y en estrecha conexión con el desarrollo de Sánchez Barrilao, es posible advertir que el *Código Informático* también se nos presenta como un *espacio de autonormatividad que aleja a la norma jurídica resultante de la legitimidad democrática media del sistema*.

En suma, el crecimiento desmesurado del poder regulador del *Código Informático* afecta ni más ni menos que la libertad del hombre de autorregularse. Se ha producido un cambio radical en el campo efectivo de acción de las leyes y ello ocasiona una mayor concentración del poder.<sup>407</sup>

Y esto que se viene desarrollando tiene –a mi entender– una innegable relación con los fundamentos filosóficos-políticos de la democracia. En efecto, como magistralmente podemos leerlo de la pluma de Bobbio:

El principio inspirador del pensamiento democrático siempre ha sido la libertad entendida como autonomía, es decir como capacidad para darse leyes a sí mismos, según la famosa definición de Rousseau, que debería tener como consecuencia la perfecta identificación entre quien establece y quien recibe una regla de conducta, y por tanto, la eliminación de la distinción tradicional, sobre la que se ha fundamentado todo el pensamiento político, entre gobernados y gobernantes. La democracia representativa, que es la única forma de democracia que existe y funciona, es ya por sí misma una renuncia al principio de libertad como autonomía.<sup>408</sup>

### **III.- Las libertades individuales en la sociedad de las ciencias y las técnicas**

Estas sociedades de las ciencias y las técnicas se caracterizan –entre otras cosas– por la existencia de un Tercer Entorno en el cual los individuos pueden –y muchas veces *deben*– realizar sus actividades diarias. Y este Tercer Entorno tiene como protagonista central al *Código Informático*, toda vez que el diseño y la configuración de ese espacio está determinada por

---

<sup>407</sup> LESSIG, Lawrence; *Cultura Libre*, Cómo los grandes medios están usando la Tecnología y las Leyes para encerrar la cultura y controlar la creatividad, Trad. de Antonio Córdoba / Elástico, pág. 9: [http://www.worcel.com/archivos/6/Cultura\\_libre\\_Lessig.pdf](http://www.worcel.com/archivos/6/Cultura_libre_Lessig.pdf) .

<sup>408</sup> BOBBIO, Norberto; *El futuro de la democracia*, Fondo de Cultura Económica, pág. 4.

la arquitectura del hardware y software que componen los numerosos sistemas informáticos sobre los que se asienta dicho entorno.

Lo esencial pasa por estudiar y abordar profundamente cual es la situación en que se encuentra el ciudadano frente a ese panorama, intentando describir si esas nuevas realidades pueden conculcar algunos derechos y libertades de los que gozaba cuando desarrollaba sus actividades en el primer o segundo entorno (naturaleza y ciudad, según lo señala Echeverría).

Como magistralmente lo señala un prestigioso doctrinario italiano:

En un mundo interdependiente, en el seno de sociedades interconectadas, la garantía de los derechos cívicos se halla en directa conexión, para bien o para mal, con los procesos que definen su instalación tecnológica. El estudio actual de los derechos humanos no puede omitir esta referencia contextual, ni puede abdicar del juicio crítico de sus implicaciones.<sup>409</sup>

Se impone hoy a la teoría jurídico-política una profunda reflexión sobre las libertades, la cual ya no puede transitar por los cómodos carriles preestablecidos por una larga historia doctrinal e institucional.

Se trata de lograr –como dice Pérez Luño– que los desarrollos tecnológicos no menoscaben las libertades cívicas ni se alcancen a costa de ellas: “Por ello es que, las reflexiones interdisciplinarias tendentes a establecer un diálogo fluido entre el universo tecnológico y la esfera de los derechos de los ciudadanos se han hecho cada vez más perentorias”.<sup>410</sup>

Como muchas otras, las Tecnologías Digitales se nos presentan frecuentemente exhibiendo su carácter ambivalente. En tal sentido, cabe señalar que así como han incrementado en forma notoria muchas de nuestras libertades (libertad de expresión, de comunicación, de acceso a la información, de interrelación entre individuos, etc.); también han permitido aumentar –en igual o mayor medida– las posibilidades de controlar de qué modo se ejercitan esas “mayores libertades”.

---

<sup>409</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique; *Derecho y Nuevas Tecnologías: Impacto de la Red en las libertades*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, Derecho y Nuevas Tecnologías, Núm. 8. 2005, pág. 228.

<sup>410</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique; *ibidem*.

Para decirlo en pocas palabras: quien domina las tecnologías (siempre hay alguien detrás de ellas) puede controlar de un modo sencillo, eficiente y económico cómo utilizo esas mayores libertades que las tecnologías me permiten ejercitar.

Frente a tal panorama, y desde la óptica de la relación riesgo-beneficio, el ciudadano común podría válidamente preguntarse si le conviene tener mayores libertades cuando ellas están sujetas a un incremento de las posibilidades de controlar su ejercicio; o si se prefiere una menor cantidad de libertades pero que puedan ser ejercidas sin tantos controles.

Básicamente, entiendo que Internet pone en riesgo cuatro tipo de libertades: la referida a la relación entre la propiedad protegida por derechos de autor y los derechos de los consumidores, la libertad de expresión, el derecho a la privacidad y la libertad de legislar de los estados. Se aprecia de tal modo que el ciberespacio "...enseña una nueva amenaza a la libertad. Nos enfrentamos con un nuevo y poderoso regulador del ciberespacio, el código, y aún no sabemos cómo controlarlo".<sup>411</sup>

#### ***IV.- La regulación a través de la arquitectura de la tecnología***

La revolución digital hace confluir por primera vez los tres sistemas de comunicación tradicionales (palabra, escritura y gráficos). Ello es posible debido a que las comunicaciones actuales se realizan "...mediante bits – ecuaciones hechas de unos y ceros- que pasan a ser la nueva unidad de comunicación. Todo sonido, imagen o texto se traduce en bits que pueden ser enviados a la velocidad de la luz mediante un conductor que permite acercar al usuario los tres elementos a ser decodificados".<sup>412</sup>

---

<sup>411</sup> Cfr. DEVOTO, Mauricio; *ob. cit.*, pág. 131.

<sup>412</sup> MONTANARO, Domingo Esteban; *La informática como poder. Estatización estratégica de las bases de datos. Control público de las bases de datos informáticos*, Suplemento La Ley Actualidad, 17 de febrero de 2000. Y completa la idea, describiendo lo que ocurría en el pasado: "Existían tres maneras de comunicar: mediante el sistema sonoro (la palabra), por un sistema gráfico (el dibujo), o a través de la escritura. Cada forma se encontraba encerrada en su propia expansión tecnológica, la imprenta no permitía imprimir sonidos, el grabador no permitía grabar textos, las tecnologías nunca se mezclaban".

El código<sup>413</sup> preestablecido es -desde antaño- el lenguaje y la escritura, pero antes no se necesitaban mayores recaudos para entablar una comunicación. En la actualidad hay nuevas formas de comunicación, pero ellas requieren el conocimiento de nuevos códigos. Hoy aparecen otros *códigos* que interactúan con los códigos tradicionales, se les superponen y – en muchos casos- amenazan con desplazarlos. Quien posee una gran computadora, puede sentirse impotente frente a ella si desconoce el *Código Informático* que le permite interactuar con (o a través de) ella. De tal modo, ese *Código* –como bien dice Lessig- regula su conducta, la limita sustancialmente.

En un reciente artículo periodístico, se informa que un equipo de trabajo del *Centro de investigación para la creación de robots inteligentes* de Corea del Sur, desarrolló un software que –según sus creadores- permitiría la fabricación de robots inteligentes, “...capaces de razonar, sentir pasión e inclusive reproducirse”. Según consigna la información, el software tomó como modelo una simplificación del ADN (ácido desoxirribonucleico) humano, “...lo que dio lugar a un *código informático* que determina la capacidad del robot para experimentar una serie de sentimientos, como la felicidad y la tristeza; o sensaciones como el miedo, el sueño y el hambre”.<sup>414</sup>

En similar orientación, otras noticias dan cuenta que IBM, una de las empresas mas importantes a nivel mundial en el rubro informático, se encuentra desarrollando chips que emulan “...las habilidades del cerebro humano para la percepción, la acción y el conocimiento”.

Según Dharmendra Modha –jefe de proyecto de IBM Research- dichos chips marcarían el comienzo de una nueva generación de máquinas. Desde la empresa, también se señala que las computadoras cognitivas, como el cerebro humano “aprenderán a través de experiencias, encontrarán

---

<sup>413</sup> Utilizado en el sentido de las siguientes acepciones: “5. m. Combinación de signos que tiene un determinado valor dentro de un sistema establecido. (...) 6. m. Sistema de signos y de reglas que permite formular y comprender un mensaje” (Diccionario de la Real Academia Española, disponible en: <http://www.rae.es>).

<sup>414</sup> *Desarrollan cromosomas para robots inteligentes*, diario El Litoral, edición del lunes 7 de febrero de 2005, pág. 12. Jong-Hwan, director del citado centro de investigación, afirmó que “estamos ante lo que podría considerarse el origen de una nueva especie artificial”, y agregó: “Esto podría ser muy peligroso para la humanidad, pero si dotamos a los robots con unos cromosomas artificiales ‘buenos’, no representarían ninguna amenaza”.

correlaciones, elaborarán hipótesis, y recordarán –y aprenderán- los resultados”.

A título ejemplificativo, se consigna que “...un sistema de computación cognitiva de vigilancia del agua del mundo podría emitir alertas de tsunami usando una red de sensores que dan información sobre temperatura, presión, altura de la olas y acústica”.<sup>415</sup>

El *Código Informático* –cabe aquí recordar los conceptos de Lessig desarrollados en el Capítulo 3- es, junto a las leyes, las normas sociales y el mercado, una de las cuatro modalidades que funcionan como reguladores de las relaciones humanas en los ambientes digitales.

Las cuatro modalidades son “analíticamente independientes”, pero ellas interactúan entre sí, de modo que las restricciones impuestas por una pueden verse reforzadas o socavadas por otra. Si queremos comprender la libertad efectiva que alguien tiene en un momento dado para hacer una cosa en particular –agrega- “...tenemos que considerar cómo interactúan estas cuatro modalidades. Haya o no otras restricciones (puede que las haya; no pretendo ser exhaustivo), estas cuatro están entre las más significativas, y cualquier regulador (ya esté controlando o liberando) debe considerar cómo interactúan estas cuatro en particular”.<sup>416</sup>

Y en ese marco, las leyes tienen un papel especial, en tanto que afectan a las otras tres, observándose que a veces operan para aumentar o disminuir las restricciones de una modalidad determinada.<sup>417</sup>

---

<sup>415</sup> <http://www.infobae.com/notass/601107-IBM-desarrollo-un-chip-que-emula-el-cerebro-html>. Desde la empresa, sostienen que “Dar sentido a la información en tiempo real que fluye a un ritmo cada vez más vertiginoso sería una tarea hercúlea para las computadoras actuales, pero sería natural para un sistema inspirado en el cerebro”.

<sup>416</sup> LESSIG, Lawrence; *Cultura...*, cit., pág. 143. Y pone como ejemplo “...la ‘libertad’ de conducir un coche a alta velocidad”. Esa velocidad –agrega- está restringida en parte por las leyes: límites de velocidad que dicen cuán rápido puedes conducir en determinados lugares a determinadas horas. Está restringida en parte por la arquitectura: los badenes, por ejemplo, hacen que la mayoría de los conductores racionales desaceleren; los reguladores en un camión, en otro ejemplo, marcan la velocidad máxima a la que puede ir el conductor. La velocidad está restringida en parte por el mercado: la eficiencia en el consumo de gasolina cae conforme aumenta la velocidad, así que el precio de la gasolina limita indirectamente la velocidad. Y, finalmente, las normas de una comunidad pueden o no restringir la libertad para pisar el acelerador. Pasa a 90 Km/h por la escuela de tu propio barrio y es probable que los vecinos te castiguen. La misma norma no sería tan efectiva en una ciudad diferente, o por la noche (pág. 144).

<sup>417</sup> LESSIG, Lawrence; *Cultura...*, cit., pág. 144. De esa manera –dice en relación al ejemplo anterior- las leyes pueden usarse para subir los impuestos de la gasolina, para

Como vimos, Lessig sostiene que el ciberespacio no tiene una naturaleza propia, puesto que es “...el producto de un conjunto de decisiones, un espacio configurado y no descubierto; por lo mismo carente de naturaleza”, de modo que Internet admite “...una amplia gama de diseños o arquitecturas, con algunas de ellas no resulta regulable y con otras sí”.<sup>418</sup>

La más importante de las restricciones de las conductas en el ciberespacio –prosigue el autor que comentamos– es la equivalente a la arquitectura en el espacio real; a la que él llama código. El código es “...el software y el hardware que constituyen el ciberespacio tal como es: el conjunto de protocolos y reglas implementadas, o codificadas, en el software del ciberespacio mismo, las cuales determinan cómo interactúan, o existen, las personas en este espacio”.<sup>419</sup>

A los fines de ejemplificar de qué modo la arquitectura –o mejor dicho el código– regula la conducta en el ciberespacio, Lessig relata su experiencia en dos Universidades de los Estados Unidos, y remarca las diferentes políticas que adoptaron las autoridades de las Universidades de Chicago y de Harvard. En la Universidad de Chicago –nos dice– para acceder a la red sólo había que conectar el ordenador a uno de los enchufes distribuidos a lo largo del edificio, de modo que el acceso era anónimo, completo y libre. La razón de que existiera esta libertad –afirma Lessig– fue una decisión de la administración. En cambio, en la Universidad de Harvard

---

así incrementar los incentivos para conducir despacio. Las leyes pueden usarse para exigir más badenes, para así incrementar la dificultad de conducir rápido. Las leyes pueden usarse para financiar anuncios que estigmaticen la conducción temeraria. O las leyes pueden usarse para exigir que sean más estrictas -requisitos federales de que los estados bajen los límites de velocidad, por ejemplo- para así disminuir los atractivos de conducir rápido.

<sup>418</sup> DE LA MAZA, Iñigo; *ob. cit.*

<sup>419</sup> LESSIG, Lawrence; *Las leyes del ciberespacio*, traducción de Javier Villate, consultar en <http://derecho.udp.cl/e/materiales/lessig%20leyes%20sobrecyberespacio.doc>. URL del documento original: [cyber.harvard.edu/works/lessig/laws\\_cyberspace.pdf](http://cyber.harvard.edu/works/lessig/laws_cyberspace.pdf). En cuanto a la *arquitectura*, destaca que “...es la restricción que presenta el mundo tal y como lo encuentro, aunque sea un mundo que otros han hecho antes. El hecho de que no pueda ver a través de esa pared es una restricción de mi capacidad para saber qué está sucediendo al otro lado de la misma. El hecho de que no haya una rampa de acceso a una biblioteca restringe la entrada de quien debe utilizar una silla de ruedas. Estas restricciones regulan, en el sentido que doy aquí a ese término”. Como ya se ha visto anteriormente, dicho código, al igual que la arquitectura en el espacio real, establece los términos en los que se entra o se existe en el ciberespacio, dado que “...la vida en el ciberespacio está sometida al código, al igual que la vida en el espacio real está sometida a las arquitecturas del espacio real”. Desde esa perspectiva, Lessig afirma que el modo más eficiente de regular conductas en el ciberespacio es a través del código.



no se podía conectar un ordenador a la red a menos que el mismo esté registrado, autorizado, aprobado y verificado. Remarca en tal sentido, que sólo los miembros de la comunidad universitaria podían registrar sus ordenadores y agrega que una vez registrados, todas las interacciones con la red estaban en condiciones de ser supervisadas y asignadas a un ordenador determinado, dado que la comunicación anónima no estaba permitida en esta red. Al igual que en el caso anterior, el diseño de la red se debió a una decisión de un administrador.

Finaliza este punto señalando que en Harvard, el objetivo era controlar el acceso, mientras que en la Universidad de Chicago la intención era facilitar el acceso. En virtud de ello, en un caso se optó por tecnologías que hacían posible el control y en el otro, se eligieron técnicas que simplificaban el acceso.

Y concluye indicando que estas dos arquitecturas “...reflejan dos filosofías distintas sobre el acceso. Reflejan dos conjuntos de principios, o valores, sobre cómo deben controlarse los contenidos. En mi opinión, reflejan la diferencia entre regímenes políticos de libertad y regímenes políticos de control. (...) Es una diferencia entre la libertad y el control, la cual se expresa en la arquitectura o el diseño del código. Estas arquitecturas posibilitan valores políticos. Son, en ese sentido, políticas”.<sup>420</sup>

Para Lessig, la elección entre las distintas arquitecturas posibles es una opción política, de modo que en el mundo del ciberespacio “...la elección de una arquitectura es tan importante como la elección de una constitución. Básicamente, el código del ciberespacio es su constitución. Establece los términos en los que la gente accede al mismo; establece las reglas, controla nuestras conductas. En este sentido, es su verdadero poder soberano. Un poder soberano alternativo, que compite con los poderes soberanos del espacio real en la regulación de la conducta llevada a cabo por los ciudadanos del espacio real”.<sup>421</sup>

En el desarrollo que hace Lessig, resulta importante establecer la diferencia que existe entre el código (como forma indirecta de regular

---

<sup>420</sup> LESSIG, Lawrence; *Las leyes... cit.*

<sup>421</sup> LESSIG, Lawrence; *Las leyes... cit.*

conductas) y la ley (que regula de modo directo). En relación a ello, remarca que la regulación del código es escasamente perceptible y fácilmente disimulable, razón por la cual el problema "...no es que la regulación se realice en forma indirecta, sino la falta de transparencia de este tipo de regulación".

Para Lessig, los teóricos del ciberespacio (los ideólogos, y especialmente los abogados que piensan en la regulación de este espacio) incurren en el mismo error en que incurrió la Corte Suprema de los Estados Unidos.<sup>422</sup> Es el error del naturalismo aplicado al ciberespacio. Es el error de pensar que la arquitectura que se tiene ahora será la que se tendrá siempre; que el espacio nos garantizará la libertad; que nos libraré de los gobiernos que quieren controlarnos.

Este punto de vista –prosigue– es profundamente erróneo. Lo es porque, mientras celebramos la libertad "inherente" de la red, la arquitectura de la red está cambiando ante nosotros. La arquitectura está pasando de ser una arquitectura de libertad a una de control.

Como constitucionalistas –afirma enfáticamente, puesto que es ésa el área del Derecho desde donde él proviene– es necesario afrontar una cuestión fundamentalmente constitucional: "...si tenemos la opción de elegir entre arquitecturas de control y arquitecturas de libertad, ¿cómo decidimos estas cuestiones constitucionales? Si las arquitecturas son muchas, ¿nos guiará la misma constitución en la selección de tales arquitecturas?". Y agrega en forma terminante: "En mi opinión, los valores constitucionales implican la arquitectura de este espacio. En mi opinión, los valores constitucionales deberían guiarnos en nuestro diseño de este espacio. Y, en mi opinión, los valores constitucionales deberían limitar los tipos de regulabilidad que esta arquitectura permite".<sup>423</sup>

Además hay que tener presente que –en el pensamiento de Lessig–, los códigos

---

<sup>422</sup> Señala Lessig que el máximo Tribunal de su país trató la cuestión de la arquitectura como si la misma fuera algo dado, como si sólo existiera un único diseño posible para el ciberespacio: el diseño que, de hecho, tenía en ese momento.

<sup>423</sup> LESSIG, Lawrence; *Las leyes... cit.*

[...] constituyen la amenaza y al mismo tiempo la salvación de los ideales liberales. Podemos construir, diseñar o codificar el ciberespacio para proteger valores que consideramos esenciales. Y podemos construir, diseñar o codificar el ciberespacio para permitir que estos valores desaparezcan. No existe opción que no incluya algún tipo de construcción. Los códigos no surgen de la nada. Los códigos se construyen. Y somos nosotros, personas de carne y hueso, quienes los construimos.<sup>424</sup>

De este modo, resulta evidente que una de las cuestiones más importantes en torno a este tema consiste en definir cuáles son los valores que deben protegerse en el ciberespacio, y es por ello que volveré sobre este punto más adelante, oportunidad en la que se remarcará la importancia de las *normas fundamentales* en el actual contexto.

Lessig considera que en el espacio virtual los valores no se protegen solos y que los mismos no pueden quedar librados a la mano invisible del mercado, dado que si ello ocurre, el ciberespacio va camino a convertirse en una poderosa herramienta de control.

Dice al respecto que

La mano invisible del ciberespacio está construyendo una arquitectura muy diferente a la que existía en el nacimiento del ciberespacio. La mano invisible, a través del comercio, construye una arquitectura de perfecto control, una arquitectura que hace posible una eficiente regulación. Cuando observamos la evolución que sufre Internet vemos que aquella libertad presente en el nacimiento del ciberespacio tiende a desvanecerse”.<sup>425</sup>

Resulta a esta altura importante recordar que, en su obra *Cultura Libre*, Lessig realiza un exhaustivo análisis en lo que respecta a la relación que existe entre las leyes y el código del copyright; pero va más allá y remarca que también es posible reconocer esa misma problemática en otros contextos, tales como: el derecho a la intimidad, la problemática del software libre y las cuestiones vinculadas al acceso a la información.

---

<sup>424</sup> Cfr. DEVOTO, Mauricio; *ob. cit.*, pág. 130.

<sup>425</sup> Cfr. DEVOTO, Mauricio; *ob. cit.*, pág. 129.

En relación al derecho a la intimidad, explica que antes de Internet no había que preocuparse demasiado por la información sobre nuestras vidas, ya que la intimidad

[...] estaba asegurada gracias a una arquitectura ineficiente a la hora de recoger datos y, por tanto, a las limitaciones del mercado (costes) para cualquiera que quisiera recopilar esos datos (...). La arquitectura altamente ineficiente del espacio real implica que todos podemos disfrutar de una muy robusta dosis de intimidad. Esa intimidad nos está garantizada por la fricción. No por ley (no hay leyes que protejan la 'intimidad' en lugares públicos), y en muchos lugares, no por la norma (curiosear y chismear es divertido), sino, por contra, por los costes que la fricción le impone a cualquiera que quiera espiar.<sup>426</sup>

Pero cuando llega Internet –prosigue- los costes se hacen mínimos y “...gracias a la arquitectura de la Red y la función de las cookies en la Red, es más fácil recopilar información que no hacerlo. La fricción ha desaparecido y por tanto cualquier ‘privacidad’ protegida por la fricción lo ha hecho también”. Se advierte que la tecnología puede eliminar todo aquello que la fricción nos dio antes, lo que conduce a muchos a promover leyes que hagan lo que la fricción hacía en el pasado.<sup>427</sup>

Luego de describir los riesgos del *código* en el ámbito del derecho a la intimidad, Lessig afirma que similares situaciones se presentan en relación al software libre y al acceso a la información. Para Lessig, en estos dos supuestos -al igual que en el caso anterior-, la cuestión central pasa por **reconstruir libertades perdidas**, toda vez que “...una tecnología cambiante y el mercado han reducido una libertad que se daba antes por sentada” (el énfasis me pertenece).<sup>428</sup>

---

<sup>426</sup> LESSIG, Lawrence; *Cultura...*, cit., pág. 308.

<sup>427</sup> *ibídem*. Y agrega: “Un cambio en la tecnología nos fuerza ahora a los que creemos en la intimidad a actuar de una forma afirmativa donde, antes, la privacidad se nos daba por defecto”.

<sup>428</sup> LESSIG, Lawrence; *Cultura...*, cit., pág. 311.

## **V.- El Código Informático y el software**

En unas recientes jornadas organizadas por la Fundación Vía Libre<sup>429</sup> y la Fundación Heinrich Böll<sup>430</sup> se distribuyeron materiales bibliográficos y distintos folletos en los que –bajo el título ¿por qué nos ocupamos del software?– se explicaba con claridad la importancia de esta problemática en las sociedades actuales. Las computadoras –se señalaba allí–

[...] intervienen en cada vez más aspectos de nuestra vida cotidiana. son tan comunes que se han vuelto invisibles: casi nadie reconoce como computadoras a los teléfonos, cajeros automáticos, balanzas, ascensores, televisores. Las computadoras controlan nuestras comunicaciones públicas y privadas y el almacenamiento de datos que conforman nuestra memoria social. Las computadoras, a su vez, obedecen ciegamente a sus programas. Son éstos los que permiten o impiden el establecimiento de una comunicación, el almacenamiento o la recuperación de información.

Sin temor a exagerar, es posible afirmar que los programas son los que determinan quién puede comunicar qué cosas a quienes, y cuándo puede hacerlo; lo cual demuestra –como se señala en los citados folletos– que:

Quien controla el software controla, literalmente, nuestras comunicaciones y el acceso a nuestra memoria social. El control de los programas es, así, un asunto político que debe estar en las manos de todas las personas, y no puede ser privilegio de ninguna entidad.

A la luz de lo expuesto, considero sumamente importante estudiar los derechos fundamentales en el contexto de las Tecnologías de la Información, sobre todo teniendo en cuenta que aún no se ha advertido la

---

<sup>429</sup> La Fundación Vía Libre ([www.vialibre.org.ar](http://www.vialibre.org.ar)) es una organización sin fines de lucro radicada en Córdoba, Argentina. Desde el año 2000 trabaja en difusión del conocimiento desde los postulados del movimiento global de Software Libre y en la defensa de derechos ciudadanos en la era digital.

<sup>430</sup> La Fundación Heinrich Böll ([www.boell-latinoamerica.org/](http://www.boell-latinoamerica.org/)) es una fundación política alemana sin fines de lucro cercana a la Alianza 90/Los verdes, cuyo objetivo primordial es promover el concepto de ciudadanía y los valores democráticos a través del debate crítico en cuestiones políticas, económicas y culturales relevantes, haciendo especial foco en los derechos de las mujeres y la democracia de género, la defensa del medio ambiente y el desarrollo sustentable.

importancia de estas cuestiones ni su impacto en el ámbito de las relaciones sociales. En tal sentido, resulta evidente que este tema aún no se encuentra social ni jurídicamente instalado como otras problemáticas relativas al medio ambiente o la salud humana.

En parte, se puede encontrar una explicación a ello en la siguiente reflexión de Bustamante Donas:

En el mundo real, los ataques a los derechos humanos en forma de acciones políticas tienen una traducción casi inmediata en términos de hambre, tortura, discriminación, flujos migratorios o de refugiados, recorte de libertades civiles, etc. En el ciberespacio, dichas acciones cobran un cierto carácter de invisibilidad frente al escrutinio público, y por tanto, la aparente inmaterialidad e invisibilidad de los ataques precisa nuevas formas de análisis.<sup>431</sup>

Lo que a mi juicio sí resulta indudable es que las TIC han incrementado sustancialmente las posibilidades operativas de todos aquellos interesados en implementar sistemas de control social y político.

Como gráficamente lo señala Phillip Zimmerman:

[...] en el pasado cuando el Estado pretendía violar la intimidad de los ciudadanos, debía esforzarse en interceptar, abrir al vapor y leer el correo, o escuchar, grabar y transcribir conversaciones telefónicas. Eso era como pescar con caña, de pieza en pieza. Por el contrario, los mensajes del correo electrónico son más fáciles de interceptar, se pueden escanear a gran escala, y orden en función de palabras claves. Esto es como pescar con red; y supone una diferencia orwelliana cuantitativa y cualitativa para la garantía de la democracia.<sup>432</sup>

## **VI.- Valores, principios y Código Informático**

Lessig concluye que deben extraerse los valores que conforman la estructura constitucional y llevarlos al mundo del gobierno de Internet, ya sea que este gobierno actúe por medio de los códigos o por medio de personas. Pero acto seguido, reconoce que a través de esta forma de pensar,

---

<sup>431</sup> BUSTAMANTE DONAS, Javier; *Hacia la cuarta generación de Derechos Humanos: repensando la condición humana en la sociedad tecnológica*, disponible en <http://www.oei.es/revistactsi/numero1/bustamante.htm>, pág. 3.

<sup>432</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique; *Derecho y Nuevas Tecnologías...cit.*, pág. 238.

casi sin darse cuenta, está asumiendo que es el mundo real el que tiene algo que enseñar al otro mundo; y es así que luego se plantea si el gobierno de la red tendrá algo que enseñar al mundo real. Se pregunta si no corresponde identificar particulares valores de la tradición de Internet, si es que estos existen, y trasladarlos al mundo real.<sup>433</sup>

También resulta interesante transcribir la interpretación que Mauricio Devoto hace del pensamiento de Lessig, puesto que ella constituye –en mi opinión– un prolija síntesis de la postura de este último autor:

[...] en el ciberespacio primitivo todo se compartía en pos de un mundo mejor. Nadie vendía ni compraba, todo se intercambiaba. La apertura de Internet al comercio cambia las reglas de juego de este incipiente nuevo mundo. Las comunidades intelectuales primitivas van quedando relegadas. Una nueva sociedad nace. Aquél incipiente nuevo mundo y sus habitantes son cosa del pasado. Nace un *nuevo* nuevo mundo. En este *nuevo* nuevo mundo los códigos siguen reinando. Pero los diseñadores de los códigos ya no son los diseñadores del código del viejo nuevo mundo. Los valores que subyacen los códigos de este *nuevo* nuevo mundo tampoco son los valores sobre los que descansaban los códigos del viejo nuevo mundo. Las leyes y las constituciones del mundo real descansan en ciertos valores que persiguen el bienestar de la sociedad. Si los códigos son la ley del ciberespacio ('in cybersapce code is law', para ponerlo en palabras de Lessig) y los códigos son diseñados por las empresas (comerciales) sobre la base de sus intereses (comerciales), es válido preguntarnos: ¿Cómo es posible que los valores que subyacen estos códigos aseguren el bienestar de la sociedad en general? Esto resulta un contrasentido. De allí que aseverar que los gobiernos no deban entrometerse en el orden del ciberespacio significa no darse cuenta la transición del viejo nuevo mundo (ciberespacio original) hacia el *nuevo* nuevo mundo (ciberespacio comercial).<sup>434</sup>

En definitiva, la tesis de Lessig es la siguiente: “El ciberespacio no es un lugar. Son muchos lugares. Estos lugares no tienen ‘una’ sino ‘diferentes’ naturalezas. Estas naturalezas no son un don. Se construyen.

---

<sup>433</sup> Cfr. DEVOTO, Mauricio; *ob. cit.*, pág. 133.

<sup>434</sup> DEVOTO, Mauricio; *ob. cit.*, pág. 136.

Son establecidas por las arquitecturas que constituyen estos diferentes espacios. Estas arquitecturas tampoco nacen de la nada. Son creadas por los arquitectos del ciberespacio: los creadores de los códigos”.<sup>435</sup>

### **VII.- El Estado Constitucional de Derecho y las normas fundamentales**

Frecuentemente se señala que la cambiante realidad tecnológica impone al legislador una ardua tarea en pos de adecuar las leyes a los tiempos que corren. Si bien no caben dudas de ello, es preciso también remarcar que los nuevos desafíos que las modernas tecnologías plantean al Derecho, no están únicamente referidos a las tareas de elaboración normativa, puesto que el impacto de las nuevas problemáticas se hace sentir también en otras actividades del operador jurídico, tales como la interpretación, argumentación y aplicación del Derecho.

Al respecto –y sin perjuicio de que se volverá sobre este tópico mas adelante-, corresponde señalar que la importancia de la interpretación jurídica en estos temas está dada principalmente por dos hechos salientes: en primer lugar, por la ausencia de normas que todavía es posible constatar en muchas de las mencionadas problemáticas; y en segunda instancia, porque aún en caso de contar con tales normas, la mayor parte de los conflictos ponen en pugna valores fundamentales y/o principios jurídicos de idéntica jerarquía<sup>436</sup>, los que deben ser interpretados en cada caso concreto.

En estrecha relación con este último punto, cabe recordar que el Estado Constitucional de Derecho, se construye –como frecuentemente se afirma- sobre la base de ciertos derechos esenciales, los cuales deben encontrar debida protección a partir del reconocimiento de ciertas garantías procesales que se reconocen a cada uno de los individuos.

---

<sup>435</sup> Cfr. DEVOTO, Mauricio; *ob. cit.*, pág. 127.

<sup>436</sup> El principio –dice Lorenzetti siguiendo a Guido Alpa- es un enunciado amplio que permite solucionar un problema y orienta un comportamiento, resuelto en un esquema abstracto, mediante un procedimiento de reducción a una unidad de la multiplicidad de hechos que ofrece la vida real; se trata de normas *prima facie* sin una terminación acabada y, por lo tanto flexibles, susceptibles de ser completadas (LORENZETTI, Ricardo; *Comercio... cit.*, pág. 47).



En relación a ello, Andrés Gil Domínguez destaca que, desde esta nueva concepción del Estado, se entiende que

[...] todos los derechos fundamentales y los derechos humanos tienen a priori y en abstracto la misma jerarquía. Dichos derechos, al estar conformados bajo la estructura de principios, y consecuentemente, como normas abiertas e indeterminadas, posibilitan la existencia del pluralismo y la tolerancia en sociedades de composición heterogénea, donde cada biografía personal “vale lo mismo” que cualquier otra”<sup>437</sup>

Esta situación normativa -agrega el citado autor- trae aparejada dos situaciones distintas:

a) por un lado, la determinación de un derecho que consiste en verificar si un determinado supuesto de hecho se subsume en el campo conceptual delimitado por el derecho fundamental y el derecho humano -sin que se observe en dicha situación ninguna antinomia o controversia entre derechos-, a partir de lo cual, una persona titulariza un derecho oponible frente al Estado y los demás particulares; y

b) por el otro, la colisión, en donde existen dos o más derechos fundamentales y humanos que se encuentran en una situación de tensión que derivará en la prevalencia de uno respecto de otro -según las circunstancias del caso concreto- luego de haberse realizado el respectivo juicio de ponderación, sin que esto implique que el derecho prevalecido desaparezca de la faz normativa (sino por el contrario, subsiste a la espera de otra determinación o colisión, para volver a actuar).<sup>438</sup>

Dicho ello, cabe también puntualizar que existe en la actualidad un generalizado consenso en cuanto a que los derechos fundamentales no son sólo entendidos como garantías del ciudadano frente al poder público; sino que también es posible invocarlos contra los poderes privados y aún frente a los particulares. Y en relación a esto último -y en estrecha vinculación con el tema central de esta tesis- considero fundamental advertir que hoy en día es necesario establecer precisos límites a los poderes

---

<sup>437</sup> GIL DOMÍNGUEZ, Andrés; *Estado constitucional de derecho, ponderación y verdad*, LL 2009-E-374.

<sup>438</sup> GIL DOMINGUEZ, *ibidem.*

privados que manejan y dominan el mercado tecnológico de la información y los dispositivos electrónicos.

La mayor parte de los conflictos jurídicos vinculados a las tecnologías de la información y la comunicación involucran en su núcleo una marcada tensión entre principios jurídicos y valores de similar jerarquía.<sup>439</sup>

De modo que, en estos casos, la solución de los problemas estará ligada al resultado de la confrontación entre valores y principios de idéntica jerarquía (vgr. seguridad y privacidad; libertad de expresión e intimidad; libertad de comercio/autonomía de la voluntad y derechos del consumidor, derecho de propiedad de bienes inmateriales y derecho a la información, etc.); razón por la cual el operador jurídico debe allí determinar, interpretar e integrar las normas constitucionales en juego, para posteriormente trasladar el precepto constitucional al caso concreto.<sup>440</sup>

En un Estado Constitucional y democrático de derecho, el problema de los límites del poder político termina siendo, en última instancia, un problema de interpretación constitucional.

A partir de las consideraciones precedentes, es posible trazar las bases para ir esbozando dos de los interrogantes más importantes de este trabajo, los cuales intentan determinar:

a) si es posible ir perfilando un derecho o principio jurídico nuevo para proteger a los individuos de las nuevas vulnerabilidades que es posible constatar por la proliferación del *Código Informático* (Lessig) en el Tercer Entorno Social (Echeverría) en el que se desenvuelven los individuos de la Sociedad de la Información; y

b) cómo resolveremos los conflictos puntuales que nos presentes las TICs en donde se enfrenten cuestiones que pongan en colisión principios

---

<sup>439</sup> A diario observamos conflictos que involucran intereses igualitarios que son difíciles de resolver; y en ese contexto, las partes desarrollan y exponen sus argumentos con similar solidez y fuerza de convicción.

<sup>440</sup> En cuanto a ello, Jorge Galdós señala –en referencia a la responsabilidad civil en el ámbito de Internet–, que “...en este estadio interinal donde aún no se cristalizó una legislación específica destacamos el rol interpretativo del juez, en base al principio de la analogía y del ‘estándar de razonabilidad’...” (GALDÓS, Jorge Mario; *Responsabilidad civil e internet: Algunas aproximaciones*, J.A. 2001-III-851) .

de igual jerarquía como libertad y control; o libertades antagónicas como libertad de empresa vs. libertad y autonomía individual.

### **VIII.- Conclusiones**

En suma, la ciencia y la técnica se nos presentan hoy como un nuevo y efectivo poder social que se manifiesta en múltiples direcciones y resulta indudable que tal fenómeno requiere respuestas concretas desde el ámbito del Derecho.

Internet ha abierto nuevas y preocupantes posibilidades operativas a los sistemas de control social y político, y hoy es posible observar, la abusiva omnipresencia de los sistemas informativos y de control social, que se hallan lo mismo en manos del Estado y de las grandes empresas.

Es función del Derecho –y específicamente del derecho constitucional- propiciar el juicio crítico y la reflexión totalizadora e interdisciplinaria entre el mundo de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación y el mundo de los ciudadanos.

Es que vamos camino hacia un nuevo tipo de sociedad, en la cual lo científico y lo tecnológico serán los ejes en torno a los cuales se construirá buena parte de las relaciones y manifestaciones sociales, políticas, económicas, jurídicas y culturales. En este contexto de transición, corresponde tener presente que la ciencia y la tecnología se presentan como un importante factor de cambio social, y ante tal situación el Derecho, y en particular el Derecho Constitucional, no puede permanecer ajeno.

Y dentro de los nuevos desafíos jurídicos que se deben afrontar resulta necesario prestar especial atención a la situación de vulnerabilidad en que se encuentran los individuos frente a la masificación de distintos dispositivos electrónicos y sistemas informáticos que regulan su conducta.

A la luz de las consideraciones precedentes, es posible afirmar que en el desarrollo de la sociedad de la información, resultará extremadamente importante encontrar un equilibrio en todos aquellos sectores en los que el impacto de las tecnologías digitales se hace sentir con fuerza e involucra valores públicos y bienes colectivos de tanta trascendencia (propiedad, libertad, intimidad, acceso a la información, bienestar general, prosperidad,

desarrollo, etc); que muchas veces pone en tensión derechos y principios jurídicos de igual jerarquía. La búsqueda de ese “delicado equilibrio” – anticipo mi posición- no puede quedar en manos privadas.

En el marco de las tecnologías digitales, el *Código Informático* es mucho mas fuerte y menos perceptible que los otros reguladores de conductas (la ley, el mercado, y las normas sociales), y estas características incrementan su poder y efectividad.

Si este *Código* es el único que regula las relaciones humanas en el ámbito de las Tecnologías de la Información, serán los arquitectos o constructores de esos códigos (empresas, programadores, etc.) quienes decidan sobre los derechos y deberes de los ciudadanos en el espacio digital.

El crecimiento desmesurado y la fuerza reguladora del *Código* informático afecta, sin lugar a dudas, la autonomía de los individuos y su poder democrático de darse sus propias normas.

También afecta el ejercicio de otras libertades individuales, puesto que dichos *Códigos informáticos* determinan cuándo, cómo y bajo que condiciones aquellas libertades pueden ser ejercidas; todo ello de un modo poco visible. Es necesario un orden público protectorio que neutralice los distintos tipos de vulnerabilidades concretos que se presentan.

Es verdad que, desde una concepción amplia de los principios protectorios consagrados actualmente en nuestra Constitución Nacional y a la luz de las normas existentes en el campo infraconstitucional se podrían aplicar diversas normas microsistémicas (del Derecho de Consumidor, del Derecho a la Protección de Datos Personales, e incluso del Derecho Ambiental) para buscar las respuestas a las problemáticas que se vienen planteando, pero considero que ello no resulta suficiente dado que existen numerosas razones que determinan –como se verá mas adelante- la necesidad elaborar nuevos derechos y categorías jurídicas para abordar tales cuestiones; tal como ocurriera no hace tanto tiempo con el nacimiento y consolidación del instituto del Habeas Data.

En sintonía con la tesis de Sánchez Barrilao, entiendo que no basta con procurar concretas respuestas constitucionales a los incesantes retos que la tecnología nos presenta a cada momento, sino que es necesario procurar de apreciaciones globales de la ciencia y la tecnología desde la Constitución misma.

Se impone hoy a la teoría jurídico-política una profunda reflexión sobre las libertades, toda vez que en mundo interdependiente y en el seno de sociedades interconectadas, la garantía de los derechos cívicos se halla en directa conexión, para bien o para mal, con los procesos que definen su instalación tecnológica.

Se trata de lograr –como dice Pérez Luño– que los desarrollos tecnológicos no menoscaben ni se alcancen a costa de las libertades cívicas, razón por la cual resultan necesarias reflexiones interdisciplinarias tendientes a establecer “...un diálogo fluido entre el universo tecnológico y la esfera de los derechos de los ciudadanos”.

En función de lo expuesto, es dable observar que –en el futuro inmediato– tanto el legislador como el juez deberán afrontar trascendentes desafíos en su carácter de operadores jurídicos, lo cual les exigirá reflexionar profundamente sobre las cuestiones más importantes del fenómeno jurídico, y tendrán que hacerlo a la luz de los nuevos paradigmas que se perfilan en el universo jurídico.

Es necesario –como dice Sánchez Barrilao– procurar apreciaciones globales de la ciencia y la tecnología desde la Constitución misma, y para ello se debe primeramente tener en cuenta la situación de vulnerabilidad en que se encuentran los individuos situados frente a un nuevo entorno social de naturaleza tecnológica (el Tercer Entorno), y a partir de allí pensar en la necesidad de consagrar un orden público protectorio que permita realizar un abordaje integral de la Ciencia y la Tecnología que tenga como principal finalidad la protección de los derechos y las libertades del individuo en las sociedades tecnificadas actuales.



### SECCIÓN III

#### LAS RESPUESTAS DEL DERECHO FRENTE A LOS CAMBIOS SOCIALES

##### ***I.- Las interrelaciones entre las Ciencias/Técnicas y Derecho***

Desde los tramos iniciales de este trabajo, se ha intentado delinear un marco teórico básico para poder comprender el profundo impacto que el actual nivel de desarrollo científico tecnológico ha tenido en la configuración de las sociedades actuales; todo ello con el propósito de identificar –desde esa plataforma conceptual- cuáles son los nuevos desafíos que plantean las “*sociedades de las ciencias y las técnicas*” en el ámbito de las disciplinas jurídicas.

De ese modo, y luego de esbozar algunas de las principales problemáticas que existen dentro de ese nuevo campo de estudio que se denomina ciencia, tecnología y sociedad- quedó planteada la necesidad de reflexionar profundamente acerca de cuál debe ser el rol que ha de desempeñar el Derecho en las actuales sociedades modernas. Ingresando ya en la antesala de lo que será el abordaje del núcleo central de esta tesis, corresponde efectuar algunas consideraciones básicas en cuanto a las vinculaciones que es posible establecer entre las Ciencias/Tecnologías y el mundo del Derecho.

Entre los diversos puntos de contacto que a lo largo del tiempo se han presentado en la relación Ciencias/Tecnologías-Derecho, resulta pertinente, a los fines de este trabajo, diferenciar dos cuestiones puntuales: **a)** por un lado, las influencias que sin lugar a dudas han tenido algunas de las categorías conceptuales de las ciencias/tecnologías en el ambiente jurídico; y **b)** por otro lado, el abordaje que las disciplinas jurídicas fueron realizando de los distintos desarrollos científicos-tecnológicos que históricamente se fueron incorporando a la sociedad.

En relación a la primera cuestión, corresponde tan solo destacar que –en el pasado- los conocimientos producidos por las ciencias y las técnicas tuvieron una importante repercusión en el mundo del Derecho. En tal sentido, cabe señalar –siguiendo la tesis de Boaventura de Sousa Santos- que en un determinado período histórico la racionalidad cognoscitivo-

instrumental de las ciencias y de las técnicas se desarrolló en detrimento de los demás saberes y los fue “colonizando”; y en lo que respecta al campo jurídico, se terminó reduciendo la riquísima tradición de reflexión filosófica, sociológica y política sobre el derecho a mera ciencia dogmática.<sup>441</sup>

No interesa aquí realizar mayores consideraciones al respecto, puesto que dicha circunstancia no tiene una repercusión directa en los temas centrales que se abordarán en este capítulo. Además de ello, los puntos de contacto que tal temática posee con las distintas visiones del Derecho serán abordados –de manera tangencial- en otra parte de este trabajo. Solo cabe adelantar aquí que, en la actualidad, las tesis que concebían al Derecho como ciencia dogmática han perdido gran parte de su predicamento.

Pero sí resulta indispensable hacer hincapié en el segundo aspecto, repasando –en forma sintética- de qué modo el Derecho fue abordando –a lo largo de su rica evolución histórica- algunos de los principales problemas que se le presentaban a raíz de los distintos desarrollos científicos-tecnológicos que periódicamente fueron transformando la sociedad y la vida de sus integrantes.

En cuanto a ello, es necesario recordar que –ya desde antiguo- el Derecho se ha visto ante la necesidad de ocuparse de la resolución de diversos conflictos surgidos a raíz del impacto de las Ciencias/Tecnologías en la vida social; y sin lugar a dudas, puede afirmarse que el hecho de haberlos afrontado –y resuelto satisfactoriamente- significó un importante paso adelante para las disciplinas jurídicas, toda vez que puso en evidencia la relevante función que ellas cumplen en la sociedad.

## ***II.- El rol del Derecho frente a los desarrollos científicos-tecnológicos y los cambios sociales***

A mi modo de ver, el estudio de estas nuevas problemáticas del mundo digital debe comenzar mirando *hacia atrás*, a fin de buscar

---

<sup>441</sup> DUQUELSKY GÓMEZ, Diego; *Derecho y nuevos movimientos sociales. Algunas reflexiones sobre el ambiguo rol del discurso jurídico en los conflictos sociales*; en: Desde otra mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho.AA.VV. Christian Curtis (compilador); Ed. Eudeba, Bs. As., 2009, pág. 136.



elementos que puedan resultar de interés en aquellas experiencias históricas en las que el Derecho abordó problemas análogos.

Además de ello, es preciso estar atento al *presente* ya que en el estadio actual de evolución del Derecho existen nuevas disciplinas que cuentan con instituciones y herramientas jurídicas que pueden ser de utilidad.

Finalmente, y de cara al *futuro*, resulta imprescindible comenzar a estudiar qué nuevos principios jurídicos se pueden comenzar a elaborar para afrontar estas nuevas y complejas problemáticas actuales.

Desde esa perspectiva, entiendo que aún partiendo de los valiosos aportes que se pueden obtener de experiencias del pasado y de las instituciones y categorías jurídicas que existen en algunas disciplinas jurídicas actuales; corresponde anticipar que ello sólo no resulta suficiente ya que las nuevas problemáticas requieren –a mi entender– una importante cuota de innovación.

Mirando hacia atrás, es posible encontrar múltiples ejemplos de situaciones en las que el Derecho ha debido afrontar nuevas problemáticas surgidas a raíz del impacto de alguna nueva ciencia/tecnología en la sociedad.

Entre los casos más paradigmáticos de adaptación del Derecho a los nuevos escenarios sociales, es posible consignar los siguientes:

- el rol que desempeñó el Derecho Laboral con posterioridad a la revolución industrial;
- las reformulaciones al Derecho de Daños que fueron necesarias para enfrentar los problemas surgidos a raíz de la masiva utilización de automóviles en la sociedad y otros nuevos daños producto del desarrollo tecnológico (nacimiento y expansión del factor de atribución objetivo, consagración del principio de prevención, etc.);
- la aparición del Derecho del Consumidor, para proteger la situación de la parte débil del contrato ante la generalización de sistemas de contratación que, a diferencia de lo que ocurría en el pasado, no partían de la base de un equitativo e igualitario proceso de formación del consentimiento;

- el surgimiento del Derecho Ambiental y su consolidación como disciplina que tutela el medio ambiente;
- últimamente, el nacimiento del Derecho a la Protección de Datos Personales como una nueva disciplina que tutela al individuo frente a la recolección de sus datos personales.<sup>442</sup>

Las consideraciones precedentes ponen en evidencia –como acertadamente lo señala Santos Cifuentes- que:

[...] cíclicamente y a medida que se avanza en la ciencia, surgen peligros que tienen aristas propias y que nos llevan a emplear a fondo nuestra imaginación para enfrentarlos, sin recurrir al simple e inútil propósito de tratar de suprimir esos avances, de evitarlos o de desmerecerlos en lo que realmente valen.<sup>443</sup>

En suma, el Derecho siempre se ha enfrentado a las diferentes situaciones novedosas que le fueron presentando los acontecimientos sociales; y es por ello que desde hace un buen tiempo nuestra disciplina ha comenzado a ocuparse de las nuevas problemáticas relacionadas con el impacto social que han producido por las Tecnologías de la Información y la Comunicación –en general- y la creciente expansión de los dispositivos electrónicos, los sistemas informáticos e Internet –en particular-, tal como vimos en capítulos precedentes.

No es éste el lugar para desarrollar detenidamente cuestiones relacionadas al Derecho Laboral, Derecho de Daños, Derecho del Consumidor, Derecho Ambiental o el mas reciente Derecho a la Protección de Datos Personales; pero sí resulta conveniente efectuar algunas consideraciones básicas sobre tales disciplinas: **a)** en primer lugar, por cuanto me interesa destacar especialmente el importante rol que cumplió la Constitución Nacional en tales casos; y **b)** en segundo lugar, porque ello me

---

<sup>442</sup> Además de los ejemplos supra citados, cabe asimismo recordar que fue a partir de la masificación y perfeccionamiento de las tecnologías fotográficas cuando comenzó a esbozarse lo que hoy conocemos como el *derecho a la imagen*; lo mismo puede decirse en cuanto al nacimiento del *derecho a la privacidad*, toda vez que este último fue una consecuencia directa de la expansión de los medios periodísticos producida a raíz de la invención de la imprenta.

<sup>443</sup> CIFUENTES, Santos; *Los datos personales informáticos, un derecho autónomo personalísimo (Consecuencias de su reconocimiento y caracterización)*, J.A. 1999-IV, pág. 836.

dará la oportunidad de ir exponiendo algunos elementos que a mi juicio tienen una directa relación con el objeto de estudio de esta tesis.

### ***III.- El protagonismo de la Constitución Nacional***

Antes de ingresar en territorio de las disciplinas jurídicas mencionadas, corresponde efectuar algunas referencias genéricas previas en relación al rol protagónico que desempeñó nuestra Carta Fundamental en lo que respecta a la evolución verificada en aquellas ramas del Derecho.

En primer lugar, cabe recordar que en el marco de la Constitución histórica de 1853 –de neta ideología liberal- el derecho personal de propiedad<sup>444</sup> y la libertad contractual<sup>445</sup> eran considerados, obviamente, dos de sus pilares esenciales.

El reconocimiento jurídico a los acuerdos surgidos de los contratos, también se asentaba en aquella época en el clásico artículo 1197 del Código Civil que establecía (y establece aún hoy) como un principio general de nuestro de Derecho que “las condiciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma”.

Esta autonomía de la voluntad suponía (y supone) que cada individuo es libre de contratar o no hacerlo, de elegir con quien celebrar sus acuerdos, de discutir el contenido de las cláusulas, etc.; y no está de más recordar que en sus orígenes dicho principio general solo reconocía muy pocas limitaciones o excepciones.

Con la reforma de 1957, se incorporaron los derechos sociales del artículo 14 bis C.N., lo cual significó una morigeración de los principios liberales del constituyente originario.<sup>446</sup>

La reforma constitucional de 1994 agregó –a la Primera Parte de la Constitución histórica de 1853- un nuevo capítulo denominado “Nuevos

---

<sup>444</sup> El texto constitucional lo reconoce expresamente en sus artículos 14 y 17.

<sup>445</sup> Ella surge –de un modo implícito, pero con absoluta claridad- de diferentes derechos también reconocidos en el artículo 14 (por ej. del derecho de comerciar, navegar, de ejercer industrias lícitas, de trabajar, de asociarse, etc.).

<sup>446</sup> No obstante, es justo reconocer que muchas de las declaraciones del artículo 14 bis se quedaron únicamente en el texto leal y no tuvieron vigencia efectiva.

Derechos y Garantías”; dentro del cual se incorporaron los denominados “derechos humanos de tercera generación”.<sup>447</sup>

A partir de la reforma del año 1994, y con la incorporación de estos nuevos derechos o derechos de tercera generación, puede verse en nuestra Carta Fundamental –como dice María Angélica Gelli- “...una idea diferente del hombre, del Estado, de las corporaciones y de las relaciones entre todos ellos”.<sup>448</sup>

Desde mi punto de vista, este nuevo rumbo constitucional –magistralmente sintetizado por la mencionada autora en la frase supra citada- se torna evidente, tal como se verá mas adelante, en tres áreas fundamentales: el reconocimiento de los derechos de los consumidores y usuarios, la tutela del ambiente, y el derecho a la protección de los datos personales.

La Constitución –se admite actualmente con naturalidad- es fuente de diferentes *normas fundamentales iusprivatistas*. La reforma de 1994, a partir de la incorporación de distintas normas fundamentales de Derecho Privado y al otorgar rango normativo a los tratados ha cambiado notoriamente el espíritu y la concepción ideológica de la Constitución histórica.

Un importante contenido iusprivatista ingresó en la Constitución Nacional y ella –concebida ahora como una verdadera norma jurídica- se presenta como una indispensable fuente de disposiciones (principios y reglas jurídicas) de Derecho Privado.

Las normas fundamentales de Derecho Privado –enseña Lorenzetti- cumplen una función delimitadora, en tanto constituyen “...un sistema pétreo, duro, inexpugnable por la actividad privada, una frontera que no se puede transgredir”.<sup>449</sup>

---

<sup>447</sup> Es por ello que algunos autores señalan que el Constituyente de 1994 “constitucionalizó nuevos derechos humanos”.

<sup>448</sup> GELLI, María Angélica; *Constitución Comentada y Concordada*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2001, pág. 325.

<sup>449</sup> LORENZETTI, Ricardo; *Normas Fundamentales...cit.*, pág. 86. Esta línea fronteriza –añade el autor- está constituida por los valores, los principios, normas y reglas institucionales en esa función delimitadora.

#### **IV.- El rol del Derecho Laboral frente a la revolución industrial**

Siguiendo a Alain Supiot, es posible afirmar que fue en el Derecho Laboral donde se planteó más precoz y más claramente la cuestión de la relación entre el Derecho y las Técnicas:

El maquinismo industrial ponía en peligro la integridad física de los trabajadores y, como consecuencia, los recursos humanos de la Nación. De modo que el derecho se interpuso entre la máquina y los cuerpos en el trabajo; se interpusieron reglas de higiene y seguridad para protegerlos, empezando por quienes encarnan el futuro de una sociedad: las mujeres y los niños.<sup>450</sup>

El Derecho de nuestro país –al igual que muchos otros en el mundo– se ha destacado por el rol tuitivo de los trabajadores que, desde sus orígenes, desempeñó el Derecho Laboral. Como prueba de ello, cabe destacar que entre los distintos principios de raigambre constitucional con que cuenta el Derecho argentino; cobra especial relevancia aquel que ilumina el Derecho del Trabajo.

La prestación de servicios en el mercado laboral no puede ya concebirse sin la adecuada preservación de la dignidad inherente a la persona humana.<sup>451</sup>

En esa tónica, ha dicho recientemente nuestro Máximo Tribunal que el llamado principio protectorio enunciado en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional está destinado

a comprender todos los aspectos del derecho al trabajo: '[e]l trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes'. Asimismo, los dos requerimientos que exige respecto de las condiciones de labor, esto es, que resulten '*dignas y equitativas*' (itálica agregada), especifican el sentido y contenido del mentado principio en el terreno de dichas condiciones y, por ende, el sentido y contenido de los medios que "asegurarán" a estas últimas: las 'leyes'. Todo ello, por cierto, sin

---

<sup>450</sup> SUPIOT, Alain; *Homo Juridicus. Ensayo sobre la función antropológica del derecho*, Siglo Veintiuno Editores, Bs. As., 2007, págs. 172 y 199.

<sup>451</sup> C.S.J.N., causa "Aquino", C.S.J.N., voto de la jueza Highton de Nolasco, Fallos: 327:3799.

perjuicio de resultar ambos recaudos un común denominador que se proyecta sobre los restantes contenidos de las normas, los cuales, no por su identidad propia, dejan de integrar el concepto de condiciones de labor (‘Vizzoti’, Fallos: 327:3677, 3689 – 2004).<sup>452</sup>

También resulta pertinente destacar la referencia a la relación economía-derecho que realizó la Corte Nacional en dicho precedente, al señalar que el trabajo humano -según su “reiterada jurisprudencia”-

[...] exhibe características que imponen su consideración con criterios propios que obviamente exceden el marco del mercado económico y que se apoyan en principios de cooperación, solidaridad y justicia, también normativamente comprendidos en la Constitución Nacional (‘Mansilla’, Fallos: 304:415, 421 y su cita). Más todavía; dicha justicia no es otra que la justicia social, vale decir, aquella por la que se consigue o se tiende alcanzar el “bienestar”, esto es, “las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme con su excelsa dignidad” (“Bercaitz”, Fallos: 289:430, 436 -1974-; v., entre otros, además del ya citado caso “Aquino”: “Prattico c. Basso y Cías.”, Fallos: 246:345, 349; “Roldán c/ Borrás”, Fallos: 250:46, 48/50 y sus citas, y “Pérez c. Disco SA”, Fallos: 332:2043, 2057/2058 y sus citas -2009). Justicia esta que, por lo pronto, inspiró la elaboración y sanción del citado art. 14 bis, según lo asentaron con entera nitidez los reformadores de 1957 (v. la exposición de los convencionales Jaureguiberry - informante del despacho de la Comisión Redactora-, Peña, Palacios, Schaposnik, Pozzio y Miró, Diario de sesiones de la Convención Nacional Constituyente. Año 1957, Buenos Aires, Imprenta del Congreso de la Nación, 1958, t. II, págs. 1221, 1253, 1262 y 1267, 1293 y 1344, respectivamente) [...]

En suma, está hoy definitivamente aceptado en el ámbito del Derecho del Trabajo que las condiciones de labor deben ser dignas y equitativas, y que el trabajo humano debe ser analizado a la luz de criterios propios que exceden el marco del mercado económico, que se apoyan básicamente en los principios constitucionales de cooperación, solidaridad y justicia.

---

<sup>452</sup> C.S.J.N.; causa “*Ascuá, Luis Ricardo c. SOMISA*”, fallo del 10.08.2010.

El Derecho –como dice Supiot- “se interpone entre la máquina y los cuerpos” y se fija en las condiciones de vida que hacen que la persona humana pueda desarrollarse (en el ambiente del Trabajo) conforme a su excelsa dignidad.

Adelantándome a lo que en otros capítulos abordaré con mas detenimiento, cabe aquí puntualizar que –desde mi punto de vista- es posible establecer una clara analogía entre esos derechos que se reconocen al trabajador para garantizar las condiciones laborales en que debe ejercer su trabajo; y los derechos que –desde mi punto de vista- deberían garantizarse a los individuos para controlar las condiciones en que debe desarrollar sus actividades en los ambientes digitales.

## **V.- El nacimiento del microsistema del Derecho del Consumidor**

### *V.1.- La contratación moderna y la autonomía de la voluntad*

En primer lugar, y para comenzar con el análisis de la temática del consumidor resulta conveniente señalar que –desde hace un par de décadas- la economía globalizada se caracteriza, entre otras cosas, por la cantidad de bienes y servicios que ofrece, por las modalidades con que los publicita y, al mismo tiempo, por la generalización de nuevas técnicas negociales.

Las particularidades que presenta la contratación moderna, aún cuando en algunos aspectos puede haber traído ciertas ventajas a los consumidores, también ha sido generadora de numerosos riesgos y perjuicios. Y fue allí donde el Derecho debió intervenir.

En el contexto de la globalización de los mercados se ha modificado –de modo significativo- la participación del individuo; observándose una notoria disminución de su libertad contractual.

La economía global –dice Miguel de Lorenzo- requiere de instrumentos flexibles para la adecuación del Derecho a los cambios; y en ese contexto, la autonomía negocial asume el lugar de la ley en muchos sectores de la vida social; pero correlativamente

[...] este nuevo poder jurídico de la *lex mercatoria* no elimina la tensión entre “persona y mercado”: en la sociedad del consumo y de los contratos masificados decae la negociación y, por ende, el rol de la voluntad individual. La libertad contractual se limita a la aceptación, declina el contacto dialógico entre las partes y se reducen las posibilidades de acordar el contenido negocial que aparece preestablecido. La autonomía negocial, tan cara a la ideología o nostalgia de los juristas, cada vez se aleja más de su fisonomía tradicional.<sup>453</sup>

Es por ello que, desde hace ya un largo tiempo, la teoría del contrato no se basa en la voluntad como única fuente de regulación jurídica; puesto que ha aparecido en escena la necesidad de consagrar un orden público de protección que imponga fuertes limitaciones a aquel principio y, de modo más o menos directo, dirija la economía.

Hoy en día la teoría clásica sobre los vicios de la voluntad resulta insuficiente para abordar las complejas problemáticas que plantea la contratación masiva del mercado del consumo.

Como bien lo señala De Lorenzo:

[...] la protección de la voluntad individual ya no resulta suficientemente garantizada por el funcionamiento tradicional de los vicios de la voluntad, sino más bien por la protección del consumidor y por un mercado protegido por las leyes que garantizan la competencia, única forma de preservar al individuo su derecho a la elección (aspecto remanente de la antigua “libertad contractual”).<sup>454</sup>

Además de proteger la voluntad individual de cada contratante, hoy se pone más el foco en garantizar la tutela de la voluntad colectiva, a través del dictado de reglas que garanticen la adopción de decisiones libres en el mercado.

Frente al nuevo proceso de contratación masiva, asistiríamos – según de Lorenzo – a una noción de autonomía privada dissociada de su ámbito tradicional (el contrato):

---

<sup>453</sup> DE LORENZO, Miguel F.; *El péndulo de la autonomía de la voluntad*, en: *Derecho Privado. AA.VV.*, obra en homenaje al Dr. Bueres, Ed. Hamurabi, Bs. As., 1991, pág. 453.

<sup>454</sup> DE LORENZO, Miguel F.; *ob.cit.*, pág. 454.



[...]El péndulo oscilaría, en este sentido, hacia una paulatina fuga de la autonomía de la voluntad, del contrato al mercado. Su tutela más eficiente, por tanto, no podría hallarse dentro de la teoría del contrato, a través de los mecanismos tradicionales de protección de la voluntad (pensados más bien para una contratación personalizada), sino en las reglas que protegen la toma de decisiones libres en el mercado (leyes sobre publicidad engañosa, defensa de la competencia, lealtad comercial, etcétera).<sup>455</sup>

### V.2.- *Las estrategias publicitarias*

La publicidad –quien puede dudarlo- es considerada hoy en día como una de las herramientas más importantes en el mercado de consumo de bienes y servicios; y es cada vez más notorio el impacto y la influencia que ella posee sobre los potenciales consumidores.

A la hora de intentar conceptualizarla, podríamos genéricamente definirla como “...el conjunto de medios que se emplean para divulgar o extender la noticia de las cosas o de los hechos”; pero es preciso advertir –siguiendo a Germán Degano y Augusto Fernández- que dicho concepto se amplía en el ámbito del derecho del consumidor, en donde se la entiende

[...] como toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el marco de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes o servicios.<sup>456</sup>

Indudablemente, la mayor parte de las decisiones de los consumidores se hallan hoy en día inducidas, en mayor o menor medida, por el asedio publicitario que sufren a diario los bombardean. Las técnicas publicitarias resultan un factor determinante en el ámbito del mercado de consumo y, justamente por ello, se ha hecho cada vez más frecuente su abordaje jurídico desde el ámbito del derecho del consumidor.

---

<sup>455</sup> *Ibidem.*

<sup>456</sup> DEGANO, Germán Augusto - FERNÁNDEZ, Santiago Ariel; *La publicidad engañosa y el deber de informar adecuadamente las bases de los concursos*; LA LEY 2008-C, pág. 302. Expresamente aclaran los autores que toman dicho concepto de la Ley General de Publicidad de España 34/88 del 11/11/88, art. 2do., cuya fuente es la Directiva 450/84 del Consejo de Europa (artículo 2.1).

La publicidad –señala con claridad Roberto Muguillo- dejó atrás su etapa informativa para transformarse en “una comunicación” que es –al mismo tiempo- una herramienta para convencer y captar al consumidor y un medio importante a fin de ampliar mercados “...y hasta generador de (falsas) necesidades”. De modo que el mensaje publicitario

[...] tiende así a la inducción del negocio consumista, conformando el ataque del anunciante sobre los usuarios y consumidores como primarios destinatarios de la publicidad, como sobre los terceros partícipes del mercado que pueden ser productores, distribuidores, etc., en competencia con aquel anunciante respecto de sus bienes o servicios<sup>457</sup>.

Es decir, la publicidad es un medio válido para conseguir réditos económicos legítimos, pero ello no significa que no deba estar sujeta a importantes restricciones.

### *V.3.- Las modernas técnicas de marketing*

La publicidad y las modernas técnicas de marketing son dos elementos indispensables para toda empresa interesada en cautivar a los consumidores e incrementar sus ventas; y aún cuando en general ello resulta lícito también es necesario advertir que deben existir ciertos límites, razón por la cual las publicidades invasivas y agresivas han merecido últimamente una especial consideración por parte del Derecho.

Con total claridad, Degano - Fernández afirman que la publicidad [...] no ampara las inducciones engañosas, a manera de explotar la necesidad, ligereza o inexperiencia de los consumidores, pues de lo contrario su desarrollo se encuentra sometido al control jurisdiccional. Los consumidores tienen un derecho esencial a acceder a la información sobre la naturaleza y características de los bienes que se publicitan, ya que su consentimiento reflexivo y el equilibrio contractual dependen de la información con que éste cuenta. Ello en virtud del principio de veracidad que, aunque no expresamente, se halla comprendido dentro

---

<sup>457</sup> MUGUILLO, Roberto; *Publicidad, consumidores y publicidad correctiva*; LA LEY 2007-E, pág. 950.

de la regla de la buena fe probidad prevista en el artículo 1198 del Código Civil.<sup>458</sup>

En esa misma orientación, se ha dicho que

El gran compromiso que genera para el proveedor la publicidad realizada es que la misma ha sido generadora de expectativas y ha suscitado confianza en el consumidor; tal promesa no sólo debe ser honrada desde un punto de vista ético en virtud del principio de la buena fe, sino que – según la ley- debe ser cumplida.<sup>459</sup>

Sentado lo que precede, cabe ahora remarcar que en los últimos tiempos los tradicionales métodos de publicidad comenzaron a ser complementados por modernas técnicas de marketing; que se basan en pormenorizados estudios sobre los comportamientos de los consumidores con el propósito de incrementar las ventas.

El marketing está omnipresente en la vida cotidiana y no parece reconocer fronteras, tal como se señala en el copete de un artículo periodístico escrito por Paula Bistagnino:

Su razón de ser y esencia es promover la venta de productos y servicios, hacerlos más deseables y atractivos. Pero a veces, el marketing utiliza estrategias fronterizas, que para algunos pueden hasta llegar al engaño. Un libro [La marca y el deseo. Manual para no caer en las trampas del marketing, de Rodolfo Barros] desenmascara ciertas “trampas” comunes y, desde la otra vereda, los profesionales tratan de `ignorantes y marxistas´ a quienes critican la actividad. Mientras, los consumidores se convierten en expertos en desentrañar la conveniencia de las ofertas y promociones que inundan el mercado<sup>460</sup>.

En la *infografía* que ilustra dicha nota periodística se mencionan los trucos clásicos que utilizan las empresas en los distintos rubros comerciales, entre los cuales interesa aquí remarcar los siguientes:

---

<sup>458</sup> DEGANO, Germán Augusto . FERNÁNDEZ, Santiago Ariel; *ibidem*.

<sup>459</sup> SCHIAVI, María Virginia; *El derecho a la correcta prestación de un servicio*, LA LEY 2008-E, pág. 311.

<sup>460</sup> BISTAGNINO, Paula; *Secretos del marketing. Las estrategias que seducen billeteras*; Edición on line del diario Perfil, del 03.12.2006, disponible en: [http://www.diarioperfil.com.ar/edimp/0153/soc\\_015.html](http://www.diarioperfil.com.ar/edimp/0153/soc_015.html).

- *Supermercados*: los chocolates y los productos que tientan a los chicos suelen estar en las partes inferiores de las góndolas; la ubicación de los productos nunca es la misma, lo que obliga a dar más vueltas y ver más ofertas; los objetos de necesidad, como la leche y el pan, están lejos de las cajas y siempre al final de la góndola para obligar a los clientes a un recorrido mayor; no hay relojes para evitar que, mientras compran, los clientes piensen en el tiempo transcurrido

- *Restaurantes*: en aquellos que son a la carta, el menú llega primero que la panera, de modo que los comensales eligen la comida antes de empezar a saciar el hambre; se usan platos más chicos para que las porciones parezcan más abundantes; las paneras y los *salad bar* de las parrillas libres son más tentadores que los de cualquier restaurante a la carta; además la parrilla se sirve en orden ascendente: la mejor carne llega a lo último, cuando los comensales ya casi no tienen hambre.

- *Locales de comida rápida*: las sillas suelen ser incómodas, para facilitar la rotación de la clientela.

- *Shoppings*: los lugares de entretenimiento siempre están lejos de la entrada principal; así, quien sólo quiere ver una película verá muchas “ofertas” en el trayecto; las escaleras están cruzadas y distanciadas, así los clientes deben dar vueltas para trasladarse y pasan frente a mayor cantidad de locales; para evitar que la gente camine en zig-zag en los pasillos, se colocan puestos y canteros en el medio que impiden el cruce; en los baños siempre hace calor, así los clientes no se quedan allí más de lo necesario y se reduce la cantidad de baños necesarios; la salida del shopping es difícil de encontrar y no se visualiza fácilmente durante el paseo; escasean los bancos y lugares de descanso: el patio de comidas suele ser el único espacio donde es posible sentarse; a modo de promoción, se contrata a chicas lindas y sonrientes para que paseen y se muestren con bolsas de determinadas marcas.

#### V.4.- *El diseño arquitectónico de los shopping center*

En relación a este último ejemplo, cabe señalar que son los *shopping center* los lugares donde se ponen en práctica las más modernas y complejas técnicas de marketing.

En lo aquí interesa, resulta útil destacar que allí podemos encontrar los ejemplos más elocuentes sobre el modo en que el diseño de un ambiente determinado impacta en las conductas que se despliegan en ese entorno. Se busca que tanto el diseño de la arquitectura como el modelo organizativo de estos centros comerciales estén orientados en función de los intereses comerciales de quienes ofrecen sus bienes y servicios allí.

La arquitectura del shopping –es decir el modo en que está planificado y construido- debe responder a las reglas del marketing que buscan establecer una relación amigable con los potenciales compradores. El objetivo consiste en proporcionar a los clientes un ambiente confortable y seguro, generando las condiciones necesarias para que su estadía sea prolongada y sus compras sean variadas.

Como señala Gabriela Manuli:

Tal vez no todas las personas reparan en que cuando se sube por escalera mecánica al primer piso de un *shopping center* no se puede bajar por el mismo lado y hay que recorrer todo el piso –y mirar sus vidrieras- para poder hacerlo. Ese y otros detalles del diseño de un gran centro comercial, al igual que de un supermercado, como la ausencia de relojes o el aroma, están científicamente estudiados por expertos.<sup>461</sup>

Sería injusto finalizar el tratamiento del tema, sin aún siquiera mencionar que otras posiciones doctrinarias no comparte la visión crítica de los autores antes mencionados. En tal sentido, cabe señalar que en la misma nota periodística de Bistagnino, se cita la opinión de Claudio Distéfano (periodista especializado en temas empresarios y marketing), quien desde una mirada diferente afirma que “No son trampas, son estrategias para aumentar las ventas. Además, saber estas cosas no cambia el

---

<sup>461</sup> MANULI, Gabriela; *Shopping centers y marketing. Donde el espacio está “friamente calculado” para que compremos*; edición del diario Perfil del 03.05.2009; disponible en: <http://www.diarioperfil.com.ar/edimp/0361/articulo.php?art=14223&ed=0361>.

consumo: aunque sepa por qué la leche está al fondo, no voy a dejar de comprar el postrecito que está en el medio”.<sup>462</sup>

*V.5.- La necesidad de consagrar un orden público en materia de consumo*

El mercado no debe regirse sólo por las reglas de la economía; es necesario que el Derecho garantice que su funcionamiento se ajuste a determinados principios. Debe propenderse a la concurrencia leal de los competidores, a la transparencia y la buena fe en el obrar de todos los partícipes.

Es por ello que, además de una interpretación actualizadora de los tradicionales vicios de la voluntad, la nueva era del intercambio, la globalización de los mercados, la desigualdad de sus participantes y las particulares modalidades de la contratación contemporánea, requieren

[...] nuevos mecanismos de protección: un nuevo modelo de intervención a la economía dirigido principalmente a dictar reglas al mercado – externas a la teoría del contrato- que sin interferir en la evolución del proceso económico y del mercado, garanticen su corrección, transparencia y eficacia, conjugando al mismo tiempo y de un modo equilibrado, eficiencia económica, libertad individual y justicia contractual. En algunos casos, las reglas serán sectoriales computando la diversa calidad de los sujetos y la distinta aptitud negociadora.<sup>463</sup>

Cuando una ley es calificada como de orden público, ello significa que el legislador ha considerado que la materia regulada necesita determinados principios –sean políticos, económicos, morales, etc.- que son susceptibles de ser ubicados en un plano superior a la autonomía de la voluntad. En consecuencia, aquellos principios limitan la libertad de las partes y la conducta de ellas debe ajustarse a tales principios de orden superior.

---

<sup>462</sup> Incluso Distéfano critica el título del libro de Barros: “poner la palabra trampa en la tapa del libro en lugar de estrategia también es hacer marketing para vender más. O sea que utiliza el marketing para criticarlo”.

<sup>463</sup> TOBIÁS, José W.; *La protección de la voluntad en la contratación contemporánea*, LA LEY 2010-B, pág. 966.

El orden público –ha señalado la jurisprudencia- se encuentra [...] indisolublemente ligado al orden social en tanto conjunto de condiciones económicas, sociales, culturales e institucionales vitales para una comunidad humana. Por ende, [...] predomina sobre los contratos, sin que las partes puedan alterar o modificar sus efectos.<sup>464</sup>

#### *V.6.- El consumidor y la tutela de la persona*

Finalmente, resta consignar que si bien el Derecho del Consumidor nació y evolucionó como un subsistema protectorio que buscaba tutelar a la parte débil de la relación de consumo y proteger la dignidad del hombre frente al mercado; en los últimos tiempos han surgido otros criterios para justificar la necesidad de elaborar principios protectorios que van más allá de la noción de consumidor y de consumo, y que se basan “...en el individuo particular, el no profesional, o simplemente la persona física”.<sup>465</sup>

En similar orientación Alberto y Rodrigo Bercovitz, señalan que

Si bien puede considerarse que la protección del consumidor se refiere fundamentalmente a la protección de individuo particular en el mercado, no puede agotarse ahí, pues, de hecho, lo que nació como protección del consumidor se está convirtiendo en protección del individuo particular.<sup>466</sup>

Tanto es así –agrega Atilio Alterini- que resulta notorio “...el tránsito de soluciones propias del Derecho del consumidor al Derecho común...”; toda vez que, como está en juego la persona “...la clave para resolver jurídicamente las cuestiones que la postmodernidad plantea al mundo del consumidor sigue siendo el personalismo, armonizado con la solidaridad, porque al centro del solidarismo se pone la tutela de la persona”.<sup>467</sup>

---

<sup>464</sup> “*Bica Coop. De Emprendimientos Múltiples Ltda. c/ Trucco de Pacheco, Elvira*”, Cam. Civ. y Com. de la Circunscripción Judicial N° 1, Santa Fe, Sala I, LA LEY Litoral 1999, pág. 1122.

<sup>465</sup> LORENZETTI, Ricardo; *Consumidores*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2003, pág. 85.

<sup>466</sup> BERCOVITZ, Alberto y Rodrigo, *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Madrid, 1987; citado por ALTERINI, Atilio en: El consumidor en la sociedad postmoderna, LA LEY 1986-E-818.

<sup>467</sup> ALTERINI, Atilio; *ibidem*.

No hay que perder de vista que lo esencial en materia de derecho del consumidor es -como acertadamente lo resume Farina- el debido respeto por la dignidad humana.<sup>468</sup>

En síntesis, las particularidades que presenta la contratación moderna en la sociedad de consumo han generado una sensible disminución de la libertad contractual y la autonomía negocial del individuo; y es posible advertir que la teoría clásica sobre los vicios de la voluntad resulta insuficiente para abordar los complejos problemas de la contratación masiva.

Se ha vuelto necesario tutelar no ya la voluntad individual del contratante, sino la voluntad colectiva con el propósito de garantizar la adopción de decisiones libres en el ámbito del mercado de consumo.

Las decisiones de los consumidores están inducidas y constantemente direccionadas por la publicidad y las modernas técnicas de marketing; y es por ello que en los últimos tiempos han merecido una especial consideración desde el Derecho.

Si bien tales actividades son lícitas, ya está mayoritariamente admitido que es necesario consagrar ciertas normas de orden público con el propósito de garantizar que el funcionamiento del mercado se ajuste a determinados principios.

Sólo con la intención de realizar una aproximación al tema central de esta tesis, cabe señalar que así como el Derecho brindó protección a las libertades del individuo en el contexto del mercado y entendió necesario el dictado de normas de orden público económico, mi tesis apunta a demostrar que hoy en día resulta necesario elaborar un nuevo principio protectorio con el fin de contrarrestar la situación de vulnerabilidad del ser humano en los ambientes digitales; consagrando un orden público tecnológico que tutele la dignidad del individuo en su relación con las TIC.

---

<sup>468</sup> FARINA, *Defensa del consumidor y del usuario*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2011, pág. 2.



## **VI.- La tutela del ambiente**

Existe un generalizado consenso en cuanto a que, en los últimos tiempos, las actividades del hombre han puesto en serio riesgo los recursos naturales y el “funcionamiento” de la naturaleza. La situación –es posible percibirlo- tiende a agravarse día tras día y la búsqueda de soluciones no admite ya mayores dilaciones.

Se torna necesario encontrar el punto de equilibrio que permita al hombre continuar desarrollando sus actividades productivas; pero que al mismo tiempo impida que aquellas causen perjuicios al medio ambiente y comprometan el hábitat de nuestra generación y de las generaciones futuras.

La pregunta obligada es: ¿donde están situados los límites que las actividades productivas del hombre deben respetar para no dañar la naturaleza?

Es posible afirmar –siguiendo a Lorenzetti- que esos límites

[...] son trazados en un diálogo entre las ciencias, que tratan de descubrir cuáles son las leyes fundamentales de la naturaleza, aquellas sin las cuales no puede funcionar. El Derecho recepta esas leyes fundamentales y les da contenido normativo iusfundamental. De igual modo sucedió en otros periodos históricos con las disposiciones fundamentales para el orden político o social al ser incorporadas en las Constituciones.<sup>469</sup>

### *VI.1.- ¿Qué se entiende por medio ambiente?*

En el marco de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano que se realizó en el año 1972, se emitió un documento – conocido como *Declaración de Estocolmo*- en el cual se reconoció la vinculación que existe entre el medio ambiente, los seres humanos y sus derechos.

No obstante su carácter de instrumento no vinculante, los principios y conceptos contenidos en dicha Declaración son reconocidos

---

<sup>469</sup> LORENZETTI, Ricardo; *Las Normas...cit.*, pág. 488.

como fundamentales por muchos países y por la mayoría de los autores especializados en la materia.

Lo que mas me interesa destacar aquí, es que tal documento expresamente remarca que “los dos aspectos del medio humano, el natural y el artificial, son esenciales para el bienestar del hombre y para el goce de los derechos humanos fundamentales, incluso el derecho a la vida misma”, y también reconoce que “la defensa y el mejoramiento del medio humano para las generaciones presentes y futuras se ha convertido en meta imperiosa de la humanidad”.

En ese orden de ideas, la *Declaración de Estocolmo* también hace expresa referencia a las vinculaciones existentes entre el medio ambiente, el desarrollo, las condiciones de vida adecuadas, el bienestar, la dignidad y los derechos humanos, señalando que todo ello implica el reconocimiento del derecho a un medio ambiente sano y adecuado, exigible tanto por los individuos como por los pueblos.

Sentado lo que precede, resulta oportuno señalar que a la hora de buscar un concepto de *medio ambiente* es posible encontrar distintas posiciones que definen al mismo con mayor o menor amplitud.

Haciendo un rápido repaso por las mismas, Lorenzetti señala que una primera tendencia -que es la más difundida- incluye sólo a los bienes naturales; otras nociones amplían el concepto incorporando también a los bienes culturales, como el patrimonio histórico; y otra versión más extensa abarca problemas de política social, como la pobreza o la vivienda y la calidad de vida en general. Finalmente -agrega este autor-

[...] otros concluyen en el concepto de calidad de vida como comprensivo del conjunto de cosas y circunstancias que rodean y condicionan la vida del hombre. Se señala que el objetivo fundamental de la normativa ambiental es lograr y mantener la calidad de vida.<sup>470</sup>

En cuanto a la situación en el Derecho argentino, adhiero personalmente a las posturas doctrinarias que sostienen que nuestra Carta Fundamental adoptó una tesis amplia, puesto que en su artículo 41 -

---

<sup>470</sup> LORENZETTI, Ricardo; *Las Normas....cit.*, pág. 491.

segunda parte- expresa textualmente que se consideran objeto de protección *los recursos naturales, el patrimonio natural y cultural*.

También resulta oportuno remarcar que la ley brasileña 6938/81, en su artículo 3º, I establece que se entiende por medio ambiente al conjunto de condiciones, leyes, influencias e interacciones de orden físico, químico y biológico, que permite regir la vida en todas sus formas. Lo interesante del caso es que en ella “No se menciona directamente un tipo de bienes sino al sistema organizado que posibilita la vida”.<sup>471</sup>

## VI.2.- *El principio de precaución*

A los fines de este trabajo, no resulta necesario analizar en profundidad las diversas aristas que posee el principio de precaución; pero sí entiendo conveniente efectuar algunas aproximaciones a sus aspectos esenciales.

El principio de precaución nació dentro del Derecho Ambiental y tuvo su origen en Alemania (allá por la década del 70); y desde allí se extendió rápidamente al Derecho Internacional del medio ambiente.

A pesar de haberse gestado en el ámbito de dicha disciplina jurídica, su fuerza expansiva hizo que muchos autores propiciaran una ampliación de las materias a las que puede ser aplicado. Es por ello que hoy en día no son pocos quienes sostienen que además del ámbito de la protección ambiental, este principio también puede ser invocado en otros campos como la seguridad alimentaria y la protección de la salud pública, por ejemplo.

Es más, no faltan quienes comenzaron a entenderlo como un nuevo *standard jurídico* que resulta de utilidad para abordar situaciones de riesgo en todos aquellos casos de incertidumbre científica. En esa postura, encontramos a Roberto Andorno, quien señala que el principio de precaución

[...] opera aún cuando no exista una plena certeza científica de que el empleo de la tecnología en cuestión pueda causar daños, sino que se apoya en la sospecha fundada de que tales perjuicios, normalmente graves e irreversibles, puedan realmente ocurrir. Ante tal perspectiva, el

---

<sup>471</sup> LORENZETTI, Ricardo; *ibidem*.

nuevo principio indica que no debe esperarse hasta obtener una plena prueba del riesgo a fin de adoptar las medidas correspondientes, porque ya entonces será demasiado tarde. No hay que olvidar que los criterios científicos para considerar demostrada una relación causa-efecto son muy elevados. Pero, según el principio de precaución, las autoridades públicas pueden –y deben- en algunos casos adoptar medidas aún antes de que los científicos lleguen a un acuerdo unánime acerca de los riesgos de un determinado producto o actividad.<sup>472</sup>

Para finalizar, cabe señalar que muchos desarrollos doctrinarios existentes en esta materia parten de aquellas concepciones restrictivas que consideran como *medio ambiente* sólo a los bienes naturales y ponen el acento en la necesidad de respetar los derechos humanos a un ambiente sano y a un desarrollo sustentable.

Entiendo que estos últimos aspectos –si bien son de extrema importancia- son tan sólo una parte de la problemática y que resulta imprescindible adoptar una visión global que contemple la situación del ser humano en los ambientes artificiales; sin perder de vista –como enseña Lorenzetti- que

Lo más relevante debe ocurrir en el campo de las reglas institucionales, que son aquellas que definen el territorio de lo prohibido y lo permitido en el juego social y aquellas que especifican el modo de ser de los principios generales. En este plano es donde deben compatibilizarse las leyes fundamentales de la naturaleza con las del Derecho.<sup>473</sup>

### **VII.- El derecho a la protección de los datos personales**

El derecho a la protección y/o libre disposición de datos personales –también denominado derecho a la autodeterminación informativa o a la libertad informática en otras latitudes- tiene por finalidad garantizar a los individuos la posibilidad de controlar el uso que se hace de sus datos personales.

---

<sup>472</sup> ANDORNO, Roberto; *El principio de precaución: un nuevo standard jurídico para la era tecnológica*, LA LEY 2002-D-1326.

<sup>473</sup> LORENZETTI, Ricardo; *Las Normas...cit.*, pág. 488.

En los orígenes de este instituto, eran mayoritarias las opiniones doctrinarias y jurisprudenciales<sup>474</sup> que lo identificaban con el derecho a la intimidad o la privacidad; posteriormente fueron abriéndose camino –hasta instalarse definitivamente- las posiciones que lo conceptualizaban como un derecho fundamental nuevo.

Enrolado en esta última corriente doctrinaria, Osvaldo Gozaíni señala que la construcción de este “nuevo derecho fundamental”

[...] excede la tradición jurídica que tuvo el derecho a la intimidad, permitiendo que toda información que concierna a cualquier persona pueda ser controlada por él mismo como un freno al poder informático [...] En pocas palabras, el derecho a la libre disposición de los datos personales supone recrear un derecho fundamental que, derivado del derecho a la vida privada del hombre, le permite resolver por sí mismo el tratamiento que quiera asignar a los datos que sobre su persona se almacenen con destino diferentes. La garantía específica para salvaguardar el derecho es el proceso constitucional de hábeas data.<sup>475</sup>

Lo esencial de este nuevo derecho fundamental consiste en otorgar a los individuos diversas facultades para decidir quién, cómo y cuándo se pueden procesar datos referidos a su persona; actuando así como un verdadero freno o contrapeso frente al poder informático que hoy ostentan quienes manejan información.

En sintonía con ello, cabe remarcar –siguiendo a Santos Cifuentes- que hoy en día se ha dejado de hablar de un “derecho general de la personalidad”; toda vez que

Casi sin disidencias se consideran ahora los plurales derechos subjetivos privados personalísimos (dejo de lado los ‘derechos humanos’, que

---

<sup>474</sup> C.NAC.CIV., sala H, 25/9/95 – Rosseti Serra, Salvador v. Dun & Brandstreet S.R.L. Se dijo allí que “Dentro de las garantías constitucionales introducidas por la reforma, se halla el habeas data [...] Se trata de una variable del derecho a la intimidad, consagrado tradicionalmente en el ratificado texto histórico de la CN. art. 19. [...] el objeto de tutela del instituto es un derecho individual y personalísimo, el derecho a la intimidad, con el sentido tuitivo definido por la propia Corte Suprema cuando juzga que ella contigua ‘derecho a decidir por sí mismo en qué medio compartirá con los demás sus pensamientos, sus sentimientos y los hechos de su vida personal’ (in re ‘Ponzetti de Balbín’, JA 1985-I-513)” (J.A. 1999-IV-356).

<sup>475</sup> GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo; *Habeas Data. Protección de datos personales*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2001, pág. 57.

representan una generalización, dentro de la cual puede ubicarse la especie de lo personalísimos), clasificados y enunciados no de un modo cerrado y taxativo, sino como manifestaciones de las personas que dan cabida a otras, a medida que se vayan presentando las condiciones de su reconocimiento<sup>476</sup>.

Para concluir, cabe señalar que a partir de un breve repaso por la historia jurídica, es posible advertir que el Derecho -en términos generales- siempre ha acompañado los cambios sociales a partir de los diversos principios libertarios que rigen en cada una de sus disciplinas.

Pero también es necesario aclarar -como apunta Supiot- que si bien el derecho de occidente ha participado en la expansión de las técnicas, también sirvió para volver las técnicas *humanamente vivibles*.; cumpliendo “..una función de interposición entre el hombre y sus herramientas, cuyo uso está sometido a prohibiciones específicas que varían con los riesgos que éstas acarrearán”.<sup>477</sup>

---

<sup>476</sup> CIFUENTES, Santos; *Los datos personales informáticos, un derecho autónomo personalísimo (Consecuencias de su reconocimiento y caracterización)*, J.A. 1999-IV-837.

<sup>477</sup> SUPIOT, Alain; *ob. cit.*, pág. 192.

## **CAPÍTULO 7**

### **TEORÍAS DEL DERECHO Y DECISIONES JURÍDICAS**

*"La controversia entre quienes creen que el derecho debe, esencialmente, seguir y no guiar, y que debe hacerlo con lentitud, en respuesta a un sentimiento social claramente formulado, y quienes creen que debe ser un agente decidido en la creación de normas nuevas, es un tema que se viene repitiendo en la historia del pensamiento jurídico".<sup>478</sup>*

#### **I.- ¿Qué es el Derecho?**

Antes de comenzar a desarrollar el tema, resulta conveniente recordar que a lo largo de la historia se han sucedido un sinnúmero de teorías y posturas doctrinarias en relación al concepto de Derecho. Todas ellas –además de fijar su posición sobre aquel punto, también se han exployado sobre otras cuestiones directamente vinculadas a aquel tópico, tales como: la idea de justicia, la función del Derecho en la sociedad y el rol que compete a los jueces en su delicada misión de dirimir los conflictos sociales sometidos a su decisión.<sup>479</sup>

No es el objeto de este trabajo realizar un estudio pormenorizado acerca de las distintas doctrinas que durante siglos abordaron aquellas problemáticas, no obstante lo cual resulta pertinente realizar un breve repaso de algunas de ellas, como paso previo a exponer –en un breve desarrollo- mi propia concepción del fenómeno jurídico.

En términos generales, puede decirse que las reflexiones sobre el conocimiento jurídico han sido encaradas desde tres perspectivas distintas: a) el iuspositivismo; b) el iusnaturalismo; y c) las teorías críticas del Derecho.

---

<sup>478</sup> FRIEDMANN, W.; *El derecho en una sociedad en transformación*, trad. de Florentino M. Torner; Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1966, pág. 22.

<sup>479</sup> También resulta evidente que dentro del amplio espectro de definiciones o concepciones acerca de qué debe entenderse por Derecho, es posible encontrar profundas diferencias entre ellas, las que –en la mayor parte de los casos- se deben al contexto histórico e ideológico de los distintos autores que las suscriben. Así –puede observarse a modo de elocuente ejemplo–, que “el concepto de Derecho” es una cosa para Santo Tomás de Aquino, otra para Kelsen y otra muy distinta para Marx.

### **I. a) El iuspositivismo**

Esta corriente doctrinaria dominó la escena del pensamiento iusfilosófico durante todo el siglo XIX y una buena parte del siglo XX.<sup>480</sup> A pesar de lo dificultoso que resultaría lograr una caracterización precisa sobre qué ha de entenderse por “positivismo jurídico”, pareciera acertado definirlo como “...la concepción jurídica que, excluyendo toda idea de justicia vigente *a priori*, reconoce como derecho únicamente la norma social que tiene eficacia de hecho”.<sup>481</sup>

Hans Kelsen –uno de los máximos referentes de esta posición y, para muchos, el jurista más importante del siglo XX– elaboró la famosa Teoría Pura del Derecho, cuyos análisis prescindían, no sólo de toda connotación de índole moral, sino también de elementos de tipo económico, político y sociológico. De este modo, como la norma era el único objeto del Derecho, la ciencia jurídica cerraba sus puertas frente a otros espacios del saber.

Desde esta perspectiva, se concebía al Derecho como un conjunto de normas jurídicas unitario, sistemático y coherente que derivaban de una norma hipotética fundamental. Esta última, funcionaba como un supuesto lógico que traducía no un postulado moral sino uno de eficacia, dado que es en ella en donde se fundamenta el sistema jurídico, con independencia de toda consideración moral, política o económica.

El sistema jurídico –para Kelsen– se estructura en base a una pirámide de normas jerárquicamente ordenadas, en cuya cúspide se encuentra la norma jurídica positiva de mayor jerarquía de donde derivan formal y materialmente todas las demás normas que componen el sistema.

Más allá de la gran cantidad de autores y corrientes doctrinarias que es posible encontrar dentro del iuspositivismo, resulta posible identificar ciertas notas y características comunes a todas ellas. Una de tales características –tal vez la más importante– es que los criterios de justicia, los valores o las cuestiones éticas no forman parte de las definiciones que se esbozan en torno al concepto de Derecho.

---

<sup>480</sup> En algún momento, el positivismo llegó a ser –como dice Dworkin– la “filosofía dominante” que prácticamente acaparaba todo el escenario jurídico.

<sup>481</sup> UTZ, Arthur F.; *Iusnaturalismo y iuspositivismo en la sistemática de las doctrinas jurídicas*, en: El iusnaturalismo actual (Autores Varios), Carlos I. Massini-Correas (compilador), Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1996, pág. 423.



No obstante ello, y tal vez como un indicio de que la tradicional polémica entre iuspositivismo e iusnaturalismo aparece relativizada por algunos autores contemporáneos, conviene poner de relieve que “No faltan quienes creen advertir elementos no rigurosamente positivistas en la teoría funcional del derecho de BOBBIO, y es bien sabido que HART acaba dando entrada en su pensamiento al ‘contenido mínimo del derecho natural’”.<sup>482</sup>

### ***I.b) El iusnaturalismo***

Antes de ingresar a las cuestiones centrales de esta posición, no está de más advertir que el tema del Derecho Natural ha sido abordado desde una amplia gama de perspectivas, y se han ocupado de él distintos autores y escuelas representativas de las más variadas corrientes de pensamiento. Por eso es que –como correctamente se afirma– no existe “un único iusnaturalismo”, sino que es posible encontrar múltiples variantes dentro de esta posición, las que –en muchos casos– no resultan totalmente compatibles entre sí.

Con el correr del tiempo, la clásica concepción del Derecho Natural (que concebía al Derecho como producto de la voluntad y/o razón divina), fue dejando lugar al iusnaturalismo racionalista, corriente en el cual el Derecho Natural se independiza de la idea de Dios y se asimila al resto de los fenómenos naturales. Entienden que los principios son válidos para cualquier tiempo y lugar, aunque no provengan de Dios sino de la propia naturaleza de los hombres y las cosas.

En general, las doctrinas iusnaturalistas sostienen que existen determinados derechos que son anteriores al orden normativo, y consideran que desde la perspectiva de aquellos derechos resulta factible valorar la justicia o injusticia de los derechos positivos. De modo que –dicen sus partidarios– existen determinados criterios básicos que conforman lo que se llama Derecho Natural, y no cualquier sistema de normas debe ser considerado Derecho si su contenido no se ajusta a tales criterios.

---

<sup>482</sup> SERNA, Pedro; *Algunas reflexiones sobre el iusnaturalismo*, en: *El iusnaturalismo...cit.*, pág. 300.

En opinión de Arthur Utz, debe designarse como concepción iusnaturalista “...toda fundamentación del derecho que por encima de las normas sociales efectivamente eficaces, es decir, de las fuentes del derecho, atribuya importancia jurídica a la idea de justicia y consiguientemente a una norma moral *a priori* “. <sup>483</sup>

Una de las corrientes mas representativas del iusnaturalismo contemporáneo –la liderada por John Finnis–, señala que el derecho se refiere

[...] primariamente a reglas, producidas de acuerdo con reglas jurídicas regulativas, por una autoridad determinada y efectiva (...) para una comunidad ‘completa’ y apoyada por sanciones, en conformidad con disposiciones de instituciones juzgadoras guiadas por reglas, estando esta conjunción de reglas e instituciones dirigida a resolver razonablemente cualquiera de los problemas de coordinación de la comunidad (...), para el bien común de esa comunidad, según una manera y forma en sí misma adaptada a ese bien común por características como la especificidad, la minimización de la arbitrariedad y el mantenimiento de la reciprocidad entre los súbditos del derecho, tanto de unos con otros como en sus relaciones con las autoridades legítimas. <sup>484</sup>

Este autor australiano, identifica a la justicia con una “exigencia básica de razonabilidad práctica”. En efecto, señala Finnis que la exigencia de justicia sería “...un conjunto de exigencias de la razonabilidad práctica que existen porque la persona humana debe buscar, respetar y realizar los bienes humanos no simplemente en sí misma y en su propio beneficio, sino también en común, en comunidad”. <sup>485</sup>

Al analizar la situación de las teorías iusnaturalistas actuales, Carlos Massini Correas reconoce que

---

<sup>483</sup> UTZ, Arthur; *ob. cit.*, pág. 425.

<sup>484</sup> Ver: MASSINI CORREAS, Carlos I.; *El derecho y la justicia. Una contribución actual al jusnaturalismo*, E.D. T. 190–947.

<sup>485</sup> FINNIS, John; *Ley Natural y Derechos Naturales*, trad. C. Orrego, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000, pág. 191, cit. en MASSINI CORREAS, Carlos I.; *El derecho y la justicia...*, *cit.*, pág. 946–947.

[...] la situación del pensamiento filosófico-jurídico más abundante en nuestros días ha hecho desaparecer casi completamente toda instancia crítica a la luz de la cual resulte posible juzgar, desde una perspectiva axiótica, los contenidos del derecho vigente en las sociedades contemporáneas”<sup>486</sup>

No obstante ello, advierte a renglón seguido que en esas mismas sociedades aparecen “...toda una serie de cuestionamientos, estado de cosas y corrientes de pensamiento...” que resultan incompatibles con el positivismo jurídico. En efecto, afirma este autor que –entre otros temas–, la cuestión ecológica, la problemática de los derechos humanos y la aparición de la bioética resultan ser “...un rompedero de cabeza para los iuspositivistas...”.<sup>487</sup>

### **I.c) Las teorías críticas**

Desde hace aproximadamente tres o cuatro décadas, el mundo jurídico ha visto nacer distintos movimientos teóricos que, lejos de *encasillarse* en alguna de las opciones que ofrecía la antinomia iuspositivismo–iusnaturalismo, se preocuparon por construir nuevos modelos de pensamiento jurídico con el objeto de elaborar una Teoría del Derecho desde una perspectiva crítica.

Dentro de esta corriente doctrinaria –que se ha dado en llamar Crítica Jurídica–, es posible encontrar variadas manifestaciones, no obstante lo cual –señala uno de los representantes de la Teoría Crítica de Buenos Aires– todas ellas comparten algunos núcleos fundamentales de carácter conceptual.<sup>488</sup>

---

<sup>486</sup> MASSINI CORREAS, Carlos I; en la Introducción de la obra de autores varios, *El iusnaturalismo...*, *cit.*, pág. 11.

<sup>487</sup> MASSINI CORREAS, *ob. cit.*, págs. 11/12. En efecto, señala que tanto el derecho ambiental, como la idea de los derechos humanos y el desarrollo de la bioética exigen una concepción y fundamentación iusnaturalista.

<sup>488</sup> CÁRCOVA, Carlos María; *Notas acerca de la Teoría Crítica del Derecho*; Seminario de Sociología Jurídica, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, U.N.L., 2000, pág. 7. Además de la corriente argentina –de la cual este autor es uno de sus inspiradores junto a, entre otros, Enrique Mari, Alicia Ruiz y Ricardo Entelman–, cabe citar la corriente liderada en Francia por Michel Mialle (denominada *Critique du Droit*), la escuela del “Uso Alternativo del Derecho” en Italia (en la cual puede mencionarse a Ferrajoli) y también el movimiento de los “*Critical Legal Studies*”, con manifestaciones tanto en Inglaterra (Peter Fitzpatrick, entre otros) como en los EE.UU (Duncan Kennedy, Rober Unger, etc.).

Una de las coincidencias básicas, es que consideran agotados los dos grandes paradigmas teóricos vigentes hasta ese momento (vgr. iusnaturalismo e isupositivismo), debido a “...la imposibilidad de ambos modelos de superar los respectivos reduccionismos que cada uno de ellos representaba; el de carácter ontologista, en el caso del iusnaturalismo y el de carácter normativista, en el del positivismo”.<sup>489</sup>

Otro de los puntos de coincidencias, está vinculado a la importancia que se atribuye al fenómeno de la “ideología” dentro de la Teoría del Derecho. En efecto, desde la perspectiva de las teorías críticas no resulta posible concebir a la disciplina jurídica desligada de cuestiones relativas a la ideología y al poder, y es por ello que consideran imprescindible que los análisis jurídicos tengan en cuenta de qué manera el Derecho se articula y relaciona con la ideología y el poder.

Al respecto, se afirma que “...el derecho no es un instrumento neutral en la organización de la vida social y que, o bien sirve para reproducir acríticamente las relaciones de poder establecidas o sirve, en cambio, para transformarlas con sentido progresivo”.<sup>490</sup> En otro lugar, apunta asimismo que el discurso jurídico es una compleja operación social que

[...] está impregnada de politicidad y adquiere dirección según las formas de la distribución efectiva del poder en la sociedad. Es un discurso ideológico en la medida en que produce y reproduce una representación imaginaria de los hombres respecto de sí mismos y de sus relaciones con los demás. Los estatuye como libres e iguales, escamoteando sus diferencias efectivas; declara las normas conocidas por todos, disimulando la existencia de un saber monopolizado por los juristas y un efecto de desconocimiento por ellos mismo producido. Es decir, es ideológico en la medida en que oculta el sentido de las relaciones estructurales establecidas entre los sujetos con la finalidad de reproducir

---

<sup>489</sup> CÁRCOVA, Carlos María; *ob. cit.*, pág. 4. En ese orden de ideas, sostiene que dichos modelos focalizan su atención de manera exclusiva y excluyente en alguna de las dimensiones de un fenómeno multívoco como es el Derecho, razón por la cual resultan fatalmente insuficientes para dar cuenta de la complejidad epocal de lo social y, correlativamente, de la complejidad del derecho.

<sup>490</sup> CÁRCOVA, Carlos María; *Cine, ficciones y derecho*; disponible en <http://www.aaba.org.ar/ple00609.htm>.

los mecanismos de hegemonía social (...) Pero a la vez que cumple un rol formalizador y reproductor de las relaciones establecidas también cumple un rol en la remoción y transformación de tales relaciones, posee a la vez una función conservadora y renovadora”.<sup>491</sup>

Quienes han efectuado aportes desde una perspectiva crítica, coinciden también en remarcar cuán importante es que la teoría jurídica dialogue con pensadores de otras disciplinas. La Teoría Crítica del Derecho – dice Cárcova– “...se piensa a sí misma como un conjunto de problemáticas consistentemente enlazadas, pero ‘abiertas’...”, privilegiando “...las turbulencias de la razón dialógica, a la reductiva serenidad de la razón monológica”.

En efecto, consideran que el hecho de intentar comprender el fenómeno de la juridicidad implica dar cuenta de una parte de la interacción humana, y para que ella pueda tornarse mas intelegible hay que tener presente “...al resto de la interacción humana...”. Por ello es que, “...como de ese ‘resto’ se ocupan otras disciplinas, como la ética, la sociología, la antropología, la economía, etc., la teoría jurídica lejos de cerrarse en un ‘universo’ propio, sin por ello perder su especificidad, debe recorrer el camino de la multi y transdisciplinariedad”.

Entienden al Derecho como *discurso*, es decir como proceso social de creación de sentido, y consideran que ello –además de superar los reduccionismos que le endilgan a otras teorías– “...permite explicar mejor ciertos problemas tradicionales y dar cuenta, al mismo tiempo de algunos otros, que aparecen como típicas demandas de la realidad a las que algunos prestigiosos juristas tratan hoy, como propias de la postmodernidad”.<sup>492</sup>

---

<sup>491</sup> CÁRCOVA, Carlos María; *Notas acerca de...*, cit., pág. 17. También en este artículo cita la opinión de otro partidario de esta corriente crítica: “El discurso jurídico se hace cargo de ser el discurso del poder, pero no porque tiene que vérselas con las normas que atribuyen los Poderes o con las menciones normativas de los hombres transformados en sujetos de derecho, sino porque es el discurso cuyo propio proceso de producción consiste en la expresión de los lugares de la trama del poder establecidos en y por las prácticas sociales...” (ENTELMAN, Ricardo; *Discurso normativo y organización del poder*, en Materiales para un Teoría Crítica del Derecho (Autores Varios) , Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1991).

<sup>492</sup> CÁRCOVA, Carlos María; *Los jueces en la encrucijada: entre el decisionismo y la hermenéutica controlada*, material del Seminario de Sociología Jurídica, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, U.N.L., 2002, pág. 7.

Señala allí mismo este autor, que esa concepción del derecho como *práctica social discursiva* permite además

[...] rescatar la normatividad, sin hipertrofiar su papel; la autoproducción operacional del derecho, sin reducirlo a meras predicciones de los jueces; incorporar las dimensiones de la socialidad y con ello, las cuestiones de la ideología y el poder, tanto como las de la legitimación sustancial, sin abandonar la especificidad teórica que le es propia.

Por último, corresponde remarcar que los juristas de estos nuevos modelos de pensamiento no esquivan el debate acerca de la justicia. Pero analizan esta problemática, desde otra visión, dado que se ocupan “No ya de la justicia de los dioses, ni de la justicia de las instituciones esencialistas, sino de una justicia humana falible, pero también perfectible; histórica y contingente, exenta de sujetos privilegiados que la edicten y producto dialógico de la tolerancia y el reconocimiento recíproco de los sexos, las razas y las ideologías”.<sup>493</sup>

## ***II.-Mi concepción del Derecho***<sup>494</sup>

Luego de esta muy básica y resumida síntesis de las que -a mi juicio- pueden ser consideradas las tres principales perspectivas desde donde se ha abordado últimamente el conocimiento del mundo del Derecho, me parece pertinente ahora exponer algunas ideas básicas en relación a mi propia concepción sobre el fenómeno jurídico.

No es mi propósito, obviamente, intentar esbozar una Teoría del Derecho, sino solamente dejar plasmada mi visión sobre nuestra disciplina puesto que -a mi modo de ver- resulta indispensable que el lector de un trabajo de tesis conozca desde que posición y/o perspectiva de análisis el

---

<sup>493</sup> CÁRCOVA, Carlos María; *Notas acerca de...,cit.*, pág. 11.

<sup>494</sup> Siguiendo a Atienza, entiendo por concepción del Derecho “...un conjunto de respuestas, con cierto grado de articulación, a una serie de cuestiones básicas en relación con el Derecho [...]: a) cuáles son sus componentes básicos; b) qué se entiende por Derecho válido y cómo se trazan los límites entre el Derecho y el no Derecho; c) qué relación guarda el Derecho con la moral y el poder; d) qué funciones cumple el Derecho, qué objetivos y valores deben -o pueden- alcanzarse con él; e) cómo puede conocerse el Derecho, de qué manera puede construirse el conocimiento jurídico; f) cómo se entienden las operaciones de producción, interpretación y aplicación del Derecho; g) y quizás algunas otras” (ATIENZA, Manuel; *El Derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*, Ariel Derecho, Barcelona, 2006, págs. 19/20) .

autor aborda los problemas que en ella se trabajan y, consecuentemente, desde qué plataforma teórica formula las diferentes tesis con las que concluye su investigación.

Sentado ello, cabe en primer término señalar que si bien desde el plano estrictamente epistemológico los distintos modelos de Derecho que precedentemente se han descrito, han sido tradicionalmente entendidos –al decir de Nieto- como “opciones irreconciliables”; no puede dejar de reconocerse que en los últimos tiempos “...las fronteras entre esas concepciones parecen haberse desvanecido considerablemente, en parte porque lo que ha terminado por prevalecer son las versiones mas moderadas de cada una de esas concepciones”.<sup>495</sup>

De todos modos, lo que sí resulta innegable es que, hoy en día, tanto los operadores jurídicos (jueces, abogados litigantes, legisladores, etc.) como los juristas, filósofos y sociólogos del derecho, tienen ante sí el desafío de elaborar nuevos marcos conceptuales para enfrentar los problemas y las exigencias de las sociedades modernas.

A los fines de buscar las respuestas a los nuevos conflictos que se plantean a raíz del impacto científico tecnológico en la sociedad, los operadores jurídicos en general –y especialmente los jueces- deben tener siempre presente cuál es “su” modelo de derecho y “su” concepción sobre el rol social del Derecho y la naturaleza de la función judicial. Cada operador jurídico, al utilizar el *instrumento* Derecho, debe necesariamente tener en claro qué es, cómo se utiliza y para qué sirve esa *herramienta*. Entiendo que en la actualidad, ello resulta imprescindible a la hora de intentar resolver los complejos conflictos propios de una sociedad tecnológica, que no son sino un claro ejemplo del nivel de complejidad que exhibe el fenómeno jurídico en la actualidad.

En esta tarea de elaboración de “su” propio modelo de Derecho a partir del cual realizará su labor, el operador jurídico podrá optar por enrolarse en algunas de las concepciones tradicionales que anteriormente se han reseñado, o en algunas de las distintas variantes que cada una de ellas exhibe. Pero también podrá dirigir sus esfuerzos en pos de elaborar “su

---

<sup>495</sup> ATIENZA, Manuel; ob. cit., págs. 54/55.

propia concepción” tomando de las citadas teorías los elementos que considere convenientes, siempre y cuando adopte criterios razonables que no resulten insuperablemente contradictorios entre sí.

En otras palabras, creo que –desde el plano práctico– el operador jurídico no tiene necesariamente que adherir a todos y cada uno de los postulados del iusnaturalismo, del iuspositivismo o de las teorías críticas, sino que puede elaborar “su propio modelo” de razonamiento jurídico, al que puede arribar luego de efectuar una síntesis productiva de las distintas ideas y criterios de aquellas teorías. Es decir, no tiene por qué estar obligado a optar acriticamente entre aquellos modelos, sino que puede intentar esbozar su propia concepción del fenómeno jurídico.

Esta teoría del conocimiento práctico no precisa reunir los requisitos metodológicos ni epistemológicos que se necesitarían para discutir o polemizar con las teorías elaboradas por las doctrinas provenientes de la filosofía y/o de la sociología jurídica.

Lo que sí resulta innegable, es que los desarrollos teóricos provenientes de las distintas teorías y concepciones del Derecho, constituyen hoy una plataforma teórica indispensable para el operador jurídico que tiene como actividad principal la aplicación práctica del Derecho.

En otras palabras, las teorías jurídicas que sintéticamente se han expuesto no constituyen un límite para el jurista práctico, de modo que no debe necesariamente situarse en ésta, en aquélla o en la de más allá.

Reformulando un argumento de Nieto, cabe afirmar que el conocimiento jurídico –en nuestro caso el conocimiento jurídico práctico– se presenta “...como un saber funcional para la consecución de determinados objetivos sociales: para unos la Justicia, para otros la dominación del Poder, para otros, en fin, la convivencia pacífica forzosa de una comunidad integrada por miembros insolidarios titulares de intereses contrapuestos”; y lo asombroso es que “...para conseguir esos fines, el conocimiento jurídico no tiene limitaciones ni límites...”.<sup>496</sup>

---

<sup>496</sup> NIETO, Alejandro; *Las limitaciones del conocimiento jurídico* (Lección jubilar pronunciada en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense el 12 de marzo de 2001), material del Seminario de Sociología Jurídica, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, U.N.L., 2002, pág. 26.



De este modo, la adopción de un modelo de conocimiento jurídico práctico no puede estar limitado por (ni tiene las mismas exigencias que) la elaboración de una teoría del conocimiento jurídico teórico –aunque comúnmente aquél sea consecuencia de éste– ; pero resulta indudable que la complejidad de los problemas actuales exige al conocimiento práctico una visión amplia y dinámica, que sea a la vez interdisciplinaria (entre diversas ramas del saber jurídico) y multidisciplinaria (que involucre a otros saberes ajenos a lo estrictamente jurídico, como la ciencia, la tecnología, la sociología, la filosofía, la economía, etc.).

Sentado ello, debo decir que no me siento totalmente identificado con ninguna de las concepciones teóricas que he mencionado precedentemente.

Entiendo que ello se debe a que, cuando comencé a estudiar en profundidad el fenómeno jurídico y las distintas teorías que intentan explicarlo, busqué paralelamente cotejar tales desarrollos con la realidad y la praxis del fenómeno jurídico desde la óptica del operador del Derecho - en mi caso, desde el ejercicio de la función judicial-; y allí pude advertir que mi pensamiento tiene similitudes y diferencias con elementos pertenecientes a distintas teorías; razón por la cual intentaré esbozar mi posición sintetizando y articulando ideas y conceptos de cada una de ellas.

En efecto, he tomado elementos provenientes de distintas posiciones teóricas y a partir de ellos formé mi convicción sobre lo que entiendo por Derecho. Mi visión de lo jurídico se ha ido gestando a partir de distintos conceptos y elementos provenientes de diferentes desarrollos teóricos.

Es por ello que seguidamente intentaré sintetizar la opinión de aquellos autores que han contribuido, en mayor o menor medida, a conformar la idea que actualmente tengo sobre el Derecho. Obviamente que lo haré sin pretensiones de pureza técnica y sin los requisitos

epistemológicos propios de quien pretende elaborar una Teoría del Derecho.<sup>497</sup>

Efectuadas las consideraciones precedentes, cabe en primer término señalar que –desde mi punto de vista- tanto el iuspositivismo como el iusnaturalismo son ideas que pueden ser calificadas como unilaterales y reduccionistas. Por ello es que a mi juicio no logran explicar el fenómeno jurídico en su compleja extensión; y resulta hoy en día necesario recurrir a otros análisis superadores de aquellas viejas concepciones.

Por otra parte, y aún cuando me parecen ciertamente valiosos muchos elementos que aportan los autores provenientes de las teorías críticas del Derecho, no comparto aquellos desarrollos extremos de esas corrientes que hacen hincapié en la radical indeterminación del Derecho, que sostienen que los jueces actúan, en general, de manera simplemente estratégica, que descreen de la racionalidad para poner acento en la subjetividad de los jueces, y que renuncian a la formulación de criterios generales que puedan guiar la conducta de los jueces.

No creo –como se postula desde algunos sectores de esas teorías- que el carácter político de la administración de justicia, deba ser entendido como que la aplicación judicial del Derecho –siempre y en todos los casos- sea esencialmente una cuestión de poder y que los jueces pretendan ocultar<sup>498</sup> ese poder, persiguiendo sus intereses e imponiéndose al criterio mayoritario que expresan las leyes, a partir del lenguaje de la neutralidad con el que redactan sus resoluciones.

Al referirme al Estado Constitucional de Derecho sostuve –entre otras consideraciones- que dicho modelo traía aparejado profundos cambios en la concepción del Derecho. Reforzando tal idea, cabe ahora agregar que

---

<sup>497</sup> Como expuse anteriormente, no pretendo elaborar una teoría, sino dejar plasmada mi concepción del derecho puesto que desde allí se abordará mi propuesta de tesis.

<sup>498</sup> En opinión de Kennedy –dice Atienza- “...se trata de una ocultación deliberada, esto es, los jueces mienten conscientemente y a esa mentira puede encontrarse una explicación en términos psicológicos: sería un ejemplo de la forma típica como las personas resuelven la angustia generada por las tensiones internas (en el caso de los jueces, la tensión entre hacer justicia –realizar sus proyectos políticos- y acatar las normas vigentes), negando dichas tensiones. (ATIENZA, ob. cit., pág. 51/52).

ello seguramente se debe a que este nuevo paradigma impactó fuertemente en distintos frentes, puesto que –como bien lo señala Prieto Sanchís–:

El Neoconstitucionalismo –también denominado constitucionalismo contemporáneo o también constitucionalismo a secas– puede ser analizado desde distintas ópticas: como un tipo de Estado de Derecho, como una teoría del Derecho y también como una ideología que justifica la fórmula política así designada.<sup>499</sup>

Sentado ello, e intentando ensayar una primera aproximación en cuanto al significado del vocablo Derecho, corresponde remarcar –siguiendo a Antonio Pérez Luño– que toda sociedad, independientemente de la cantidad de individuos que la componen y del grado de evolución que presente, necesita regular las relaciones entre sus integrantes mediante normas que permitan la convivencia pacífica de sus miembros.

Desde esa perspectiva, resulta acertado afirmar –como lo hace dicho autor– que el término “Derecho” suele aludir a las conductas dirigidas a crear, aplicar, o cumplir esas normas: al resultado de esa actividad formalizada en un conjunto de normas o reglas sociales de comportamiento; así como a los valores para la convivencia que inspiran, o a cuyo logro se orientan esas conductas y normas; y todo ello en un ámbito históricamente delimitado<sup>500</sup>.

En ese orden de ideas, resulta pertinente destacar que el Derecho – como cualquier otro sistema normativo–

[...] cumple la función de una prohibición; es una Palabra que se impone a todos y que se interpone entre cada hombre y su representación del mundo. En cualquier otra parte, dicha función antropológica ha sido patrimonio de las religiones que le conferían un sentido común a la vida humana y que vencieron el riesgo de que cada uno cayera en el delirio individual al que nos expone el acceso al lenguaje.<sup>501</sup>

---

<sup>499</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis; *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, en AA.VV., *Filosofía Jurídica y siglo XXI. Ocho panoramas temáticos*. José Calvo González y Cristina Monereo Atienza (Coordinadores), Universidad de Málaga, pág. 81.

<sup>500</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio, *Teoría del Derecho: Una concepción de la Experiencia Jurídica*, Editorial Tecnos, Madrid, pág. 38.

<sup>501</sup> SUPIOT, Alain; *ob. cit.*, pág. 31.

Siguiendo las ideas de Lorenzetti, entiendo al Derecho como “...un discurso jurídico que es parte de la razón práctica”; lo que –como bien señala este autor- “...es toda una cuestión metodológica, ya que importa concebirlo como un instrumento para resolver problemas”.<sup>502</sup> En nuestra cultura jurídica –agrega- ello no es lo habitual

[...] ya que se estudia la ley y la jurisprudencia de manera estática, es decir como una descripción del sistema de Derecho. Esta actitud es diferente de quien entiende que el Derecho es una herramienta para resolver problemas, y por lo tanto describe los conflictos y los modos de resolverlos.<sup>503</sup>

En similar orientación –y al momento de explicitar su postura del Derecho como argumentación- Manuel Atienza se declara partidario de “una concepción dinámica, instrumental y ‘comprometida’ del Derecho”, la cual –remarca- “arranca de la noción de conflicto”:

El conflicto es, en efecto, el origen del Derecho, lo que lleva a verlo como un instrumento, una técnica (no necesariamente neutral), de tratamiento (lo que no siempre implica solución) de problemas de cierto tipo<sup>504</sup>.

Por su parte, Boaventura de Souza Santos nos enseña que –con base en la literatura de la antropología jurídica y la filosofía jurídica- es posible concebir al derecho como

[...] un cuerpo de procedimientos y estándares normativos regulados que se considera exigible ante una juez o un tercero que imparte justicia y que contribuye a la creación y la prevención de disputas, así como a su solución mediante un discurso argumentativo acompañado de la amenaza de la fuerza.<sup>505</sup>

---

<sup>502</sup> LORENZETTI, Ricardo; *Teoría de la decisión judicial – Fundamentos de derecho*, Buenos Aires, Editorial Rubinzal y Culzoni, 2005, pág. 11.

<sup>503</sup> *Ibidem*.

<sup>504</sup> ATIENZA, Manuel, *El Derecho...cit.*, pág. 59.

<sup>505</sup> De SOUZA SANTOS, Boaventura; *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, traducción de Cesar Rodríguez, ILSA, primera edición, 1998, pág. 20. Completado la idea, remarca que tal concepción “...está compuesta por retórica, burocracia y violencia”; componentes estructurales que no son “...entidades fijas”, sino que varían internamente y en sus articulaciones recíprocas” (ibídem).

En estrecha relación con lo que se viene puntualizando, resulta pertinente citar nuevamente el pensamiento de Supiot, quien concibe al Derecho como una técnica inmaterial.

En tal sentido, y al brindar los argumentos en que fundamenta su postura, comienza haciendo hincapié en los profundos lazos que unen objeto técnico y cultura jurídica en un momento determinado. Señala al respecto que no existe “...un vínculo unívoco y determinista entre derecho y técnica”; y es necesario comprender que “...el derecho y la técnica forman parte de una misma cultura y avanzan al mismo tiempo”, dado que ello “...evita encerrarse en la disputa<sup>506</sup> que domina usualmente la reflexión sobre las vinculaciones entre ambos”.<sup>507</sup>

Para este autor, el objeto técnico se distingue del objeto natural debido a que su sentido proviene del hombre que lo modela y utiliza, y para ejemplificar agrega –con cita de Haudricourt- que una mesa o una silla

[...] pueden ser estudiadas como objetos naturales, desde el punto de vista matemático (superficie, volumen), físico (peso, densidad, resistencia a la presión), químico (aptitud para la combustión o la disolución) o biológico (edad y especie del árbol que proporcionó la madera), pero sólo el punto de vista de su fabricación y su uso por el hombre permite entender lo que es una mesa o una silla.

La marca distintiva del objeto técnico –continúa Supiot con su explicación- se halla en el hecho de que

[...] la herramienta no tiene valor en sí misma –como el sujeto o el mundo, o elementos de igual sentido que el sujeto o el mundo- sino únicamente en relación con un resultado previsto. Al extraer así su sentido del hombre que lo concibe, el objeto técnico no es necesariamente un objeto material: existen técnicas del cuerpo y existen también

---

<sup>506</sup> “Resumida a grandes rasgos, esa disputa opone dos concepciones del derecho. Por una parte, una concepción trascendental o iusnaturalista, que ve en el derecho la expresión de principios universales e intemporales, y por otra parte, una concepción positivista e instrumental, que ve en él una mera técnica, en sí misma neutra y vacía de sentido. Para unos, el problema consiste en someter las técnicas a los grandes principios que el derecho revelaría, mientras que para los otros éste sería como una carretilla capaz de transportar cualquier contenido normativo, de modo que todo aquello que es técnicamente realizable debería terminar siendo jurídicamente permitido” (SUPIOT, Alain, *ob. cit.*, pág. 170).

<sup>507</sup> *Ibidem.*

técnicas inmateriales, uno de cuyos ejemplos más recientes es el programa informático.

A la luz de lo expuesto, concluye que

[...] no caben dudas sobre la pertenencia del derecho al universo de las técnicas. El derecho es incluso una de las primeras técnicas inmateriales con que se dotó propiamente el Occidente cristiano, adueñándose de la herencia del derecho romano a partir del siglo XI.

Siguiendo a Antonio Pérez Luño, es posible afirmar que el Derecho puede ser visto como “...esa experiencia de vida colectiva...”, a la que es posible definir como “Conjunto de acciones sociales creadoras “de” o reguladas “por” normas, que deben establecer un orden justo en un determinado contexto histórico”.<sup>508</sup>

Este último autor hace hincapié en que el Derecho posee una incuestionable significación social, normativa y axiológica (reconociendo, obviamente, como un gran mérito del tridimensionalismo jurídico el haber insistido sobre los tres componentes básicos -el hecho social, la norma y el valor- que conforman la estructura global del Derecho); no obstante lo cual aclara que el mundo jurídico “...no puede reducirse unilateralmente ni al hecho social , ni a la norma, ni al valor”. Y ello es así puesto que –según señala-

Las tres dimensiones básicas de la experiencia jurídica pueden ser completadas por una cuarta dimensión. También en el derecho pudiera hablarse de un tetradimensionalismo, es decir, de una experiencia jurídica integrada por tres (sociedad, norma, valor) mas una (historia) dimensiones. Esta dimensión permite “temporalizar” a las otras tres, contextualizándolas históricamente.<sup>509</sup>

En relación a ello, resulta importante remarcar que al explicar el significado de la experiencia jurídica, Perez Luño reivindica “...la necesidad de captar el Derecho en su entero desenvolvimiento desde su fundamentación axiológica, su génesis en las conductas sociales, su

---

<sup>508</sup> PEREZ LUÑO, Antonio, *Teoría del Derecho...*, cit., pág. 38.

<sup>509</sup> PEREZ LUÑO, Antonio, *ibídem*.

plasmación normativa, así como su aplicación y cumplimiento por los operadores jurídicos y los ciudadanos.<sup>510</sup>

También destaca este autor que la utilización del término “experiencia jurídica” como concepción explicativa del Derecho requiere algunas precisiones que clarifiquen su sentido; y remarca que la concepción específica o técnica de la experiencia jurídica (que es la que él allí defiende), representa un esfuerzo por definir el derecho explicativamente en la pluralidad de sus aspectos; es una concepción filosófico-jurídica que tiende a ofrecer una imagen omnicomprendensiva del Derecho, superadora de sus versiones unilaterales, fragmentarias y reduccionistas.

Los principales defensores de la experiencia jurídica, han sido atentos estudiosos de Giambattista Vico, quien sostenía el principio según el cual sólo se pueden conocer las cosas por quien las hace significa afirmar la continuidad entre la teoría y la práctica. Además Vico decía que la historia es la más auténtica ciencia humana porque su objeto son las cosas hechas por los hombres.<sup>511</sup>

En similar orientación, Supiot remarca que

El derecho no es revelado por Dios ni es descubierto por la ciencia, es una obra plenamente humana en la que participan quienes se dedican a estudiarlo y que no pueden interpretarlo sin tomar en cuenta los valores que transmite. La obra jurídica responde a la necesidad, vital para cualquier sociedad, de compartir un mismo deber-ser que la prevenga de la guerra civil. Las concepciones de la justicia evidentemente cambian de una época a otra y de un país a otro, pero la necesidad de una representación común de la justicia en un país y en una época dados no cambia. El derecho es la sede de dicha representación, que puede ser desmentida por los hechos, pero que le da un sentido común a la acción de los hombres.<sup>512</sup>

El Derecho que se desarrolló en Occidente, dice este autor, no expresa una Verdad trascendente que se impone al Hombre:

---

<sup>510</sup> PÉREZ LUÑO, *Teoría del Derecho...cit.*, pág. 41.

<sup>511</sup> Estos principios de Vico han sido valiosos estímulos para la doctrina de la experiencia jurídica.

<sup>512</sup> SUPIOT, Alain; *ob. cit.*, pág. 26

Su sentido no yace íntegramente en sí mismo, en sus enunciados, porque procede de fines que le son dados desde el exterior por el hombre, fines humanos y no divinos. A partir de allí, su interpretación no se encierra en la letra de los textos, sino que está abierta a su supuesto espíritu. De allí surge su capacidad para servir a fines diversos y cambiantes, tanto en la historia de los sistemas políticos como en la historia de las ciencias y las técnicas, participando así, como una técnica entre otras, en el progreso de las técnicas.

Precisamente esta “capacidad para servir a fines diversos y cambiantes”, es lo que trae aparejada la necesidad de identificar la función que cumple nuestra disciplina en el seno social, puesto que –como bien acota Supiot- “Cada objeto técnico se distingue [...] por el fin particular con miras al cual ha sido concebido”.<sup>513</sup>

Comparto en términos generales la opinión de este autor –que ya he citado anteriormente- en cuanto a que el Derecho es una Palabra que se impone a todos y que se interpone entre cada hombre y su representación del mundo; pero me interesa destacar aquí la posición de Boaventura de Souza Santos, quien remarca que el Derecho tiene tanto un potencial regulatorio o incluso represivo, como un potencial emancipatorio y que, la forma en que el potencial del Derecho evoluciona, ya sea hacia la regulación o la emancipación, no tiene nada que ver con la autonomía o autorreflexividad del derecho sino con la movilización política y las fuerzas sociales en competencia.<sup>514</sup>

Para este autor, el campo jurídico puede ser concebido como una constelación de legalidades (e ilegalidades) diversas, que operan en espacios y tiempos locales, nacionales y transnacionales. Cada acción sociojurídica está enmarcada en tres tiempos y espacios, entre los cuales uno es dominante y, por lo tanto, provee el perfil general de la acción.<sup>515</sup>

---

<sup>513</sup> Y lo ejemplifica diciendo que “...así como no basta con decir que una pala es una herramienta para entender lo que es una pala, no basta con decir que el derecho es una técnica para comprender el sitio que le corresponde dentro del conjunto de las técnicas”.

<sup>514</sup> De SOUZA SANTOS, Boaventura; *ob. cit.*, pág. 19/20.

<sup>515</sup> La concepción sociológica del campo jurídico que presenta Boaventura De Souza Santos exige un concepto de derecho suficientemente amplio y flexible para abarcar



A esta altura del desarrollo, resulta pertinente volver al pensamiento de Atienza, quien señala que -desde la perspectiva del Derecho como argumentación<sup>516</sup> que el postula- se parte de una filosofía de tipo pragmatista; explicitando en tal sentido que

[...] El pragmatismo en relación con el Derecho parece suponer la aceptación de tesis como las siguientes [...] 1) La necesidad de considerar el Derecho y los problemas jurídicos en relación con el contexto. 2) El tener en cuenta (si se quiere, una consecuencia de lo anterior) que las teorías, o las doctrinas, se elaboran con un propósito y van dirigidas a un determinado auditorio. 3) El rechazo de una concepción demasiado abstracta del Derecho; no significa que se esté en contra de los conceptos o de las teorías, sino que unos y otras deben estar elaborados en el nivel de abstracción adecuado. 4) Una visión instrumental y finalista del Derecho; el Derecho es un instrumento para resolver (o prevenir, o tratar) conflictos, un medio para la obtención de fines sociales; es lo que no tiene por qué excluir que exista también algo así como “fines internos”, propios del Derecho. 5) La vinculación del Derecho con ciertas necesidades prácticas de los hombres. 6) El énfasis que se pone en las consecuencias, en el futuro; eso tampoco excluye que se tome en consideración el pasado, pero sí que éste se valore por sí mismo, y no por su contribución a la obtención de ciertos resultados futuros. 7) La idea de que la verdad (al menos en el terreno de la práctica) no consiste en la correspondencia de los enunciados con el mundo, sino en que esos enunciados resulten útiles, y de ahí la importancia del diálogo y del consenso como criterio de justificación. 8) La importancia de la práctica como medio de conocimiento: se aprende a argumentar argumentando, etc. <sup>517</sup>

---

las dinámicas sociojurídicas que ocurren en marcos espaciales y temporales tan diversos (locales, nacionales y transnacionales).

<sup>516</sup> En relación a ello -y luego de realizar un repaso de las concepciones del Derecho más características del siglo XX-, Atienza señala que “ninguna de ellas permite dar cuenta satisfactoriamente del Derecho visto como argumentación”, y remarca que “...los cambios en los sistemas jurídicos provocados por el avance del Estado Constitucional, es lo que explica que en los últimos tiempos (aproximadamente desde finales de los años setenta del siglo XX) se esté gestando una nueva concepción del Derecho que no se deja ya definir a partir de los anteriores parámetros”

<sup>517</sup> ATIENZA, Manuel, *ob. cit.*, pág. 57. Entendido de esta manera tan amplia -acota Atienza para completar la idea- “...tanto Ihering como Holmes, el realismo jurídico en

Una característica del Derecho contemporáneo –agrega este autor– es que la toma de decisión en relación con los conflictos tienen que estar sustentadas por razones de cierto tipo, por argumentos. En función de ello, entiende que “El Derecho puede verse por ello (aunque ésa no sea la única perspectiva posible) como una compleja institución volcada hacia la resolución (o el tratamiento) de conflictos, por medios argumentativos y en las diversas instancias de la vida jurídica”.<sup>518</sup>

A esta altura del capítulo, me parece oportuno traer a colación el modelo jurídico que nos propone Francois Ost. En primer lugar, porque resulta particularmente interesante su concepción del Derecho y, además de ello, porque termina reflexionando sobre la relación entre el mundo jurídico y el mundo de la ciencia, circunstancia que presenta una estrecha conexión con los temas de esta tesis.

Inicialmente, resulta imprescindible señalar que –antes de desarrollar su propia concepción del Derecho– este autor comienza describiendo lo que él denomina las “dos figuras extremas de la juricidad”.

La primera de ellas es el modelo de “la pirámide o del código”, al que Ost denomina “el Derecho jupiterino”. Señala en relación al mismo que siempre es proferido desde arriba, e intenta inscribirse “...en un depósito sagrado, tablas de la ley o códigos y constituciones modernas” y de ese foco supremo de juricidad emana el resto del Derecho en forma de decisiones particulares:

Se dibuja una pirámide, impresionante monumento que atrae irresistiblemente la mirada hacia arriba, hacia ese punto focal de donde irradia toda justicia. Evidentemente este Derecho jupiterino está marcado por lo sagrado y la trascendencia.<sup>519</sup>

El segundo modelo que perfila Ost es el de “embudo (pirámide invertida) o de dossier”, tomando especialmente en cuenta las corrientes que se declaran realistas –en particular el “realismo americano”-. Sin pretender

---

general, Dworkin, las teorías críticas del Derecho o el movimiento del análisis económico del Derecho caerían dentro del pragmatismo” (*ibidem*).

<sup>518</sup> ATIENZA, Manuel, *ob. cit.*, pág. 59.

<sup>519</sup> OST, Francois; *Júpiter, Hércules y Hermes: tres modelos de jueces*, en DOXA N° 14, Alicante, 1993, pág. 170, material del Seminario de Sociología Jurídica, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, U.N.L., 2002.

reducir la posición de Dworkin a la de los realistas americanos, Ost toma el nombre de Hércules con el cual aquel autor designa al juez moderno, para hacer referencia a “...ese juez semidiós que se somete a los trabajos agotadores de juzgar y acaba por llevar el mundo sobre sus brazos extendidos, reproduciendo así fielmente la imagen del embudo”.

En tal sentido, remarca que:

A partir de aquí no hay más Derecho que el jurisprudencial; es la decisión y no la ley la que crea autoridad. Al código lo sustituye el dossier; la singularidad y lo concreto del caso se superponen a la generalidad y abstracción de la ley. Este cambio de perspectiva nos lleva desde las cimas de la trascendencia de la ley hacia la inmanencia de nuestros intereses en conflicto. La pirámide sugería lo sagrado y lo ideal; el embudo evoca la materia, lo profano, incluso lo alimenticio. Al predominio de una justicia inspirada por el mandato jupiterino, le sustituye la balanza de nuestros cálculos y compensaciones cotidianas.<sup>520</sup>

Antes de ingresar al desarrollo de su teoría lúdica del Derecho, Ost remarca que podríamos quedarnos ahí y comentar cómodamente el entrelazamiento de estas dos figuras de la juricidad y mostrar “...cómo el modelo de la pirámide traduce las exigencias del Estado liberal o Estado de Derecho del siglo XIX y el modelo del embudo, las actividades del Estado social o asistencial del siglo XX”.

Sería fácil concluir –agrega– que nuestra actualidad jurídica se caracteriza por una combinación, variable según las ramas del Derecho, de las dos racionalidades jurídicas que acabamos de distinguir:

De la primera habríamos heredado, junto a los códigos y las constituciones, los principios y los conceptos que estructuran nuestra disciplina; mientras que la segunda nos proporcionaría esos jueces que, desde la justicia constitucional hasta la justicia de los procedimientos de urgencia, parecen ejercer ahora el monopolio de la *jurisdictio*.<sup>521</sup>

---

<sup>520</sup> *Ibidem*.

<sup>521</sup> OST, Francois; *ob. cit.*, pág. 171. Pero con total acierto, indica allí que adoptar tal postura supondría “...salir del paso sin demasiado esfuerzo”, sin advertir que

Entendiendo que “[l]a sociedad y el Derecho postmoderno merecen algo mejor que ese artificio teórico”, sostiene que nos encontramos ante la configuración de “un nuevo modelo”. La propuesta de este autor, consiste en representar este modelo bajo los rasgos de Hermes<sup>522</sup>, el mensajero de los dioses, y lo describe de este modo:

Siempre en movimiento, Hermes está a la vez en el cielo, sobre la tierra y en los infiernos. Ocupa resueltamente el vacío entre las cosas, asegura el tránsito de unas a otras. Dios de los mercaderes, preside los intercambios; psicopompo, conecta los vivos y los muertos; dios de los navegantes, supera travesías desconocidas. Hermes es el mediador universal, el gran comunicador. No conoce otra ley que la circulación de los discursos, con la que arbitra los juegos siempre recomenzados.<sup>523</sup>

Y para representarlo gráficamente remarca que:

Si la montaña o la pirámide convenían a la majestad de Júpiter, y el embudo al pragmatismo de Hércules, en cambio, la trayectoria que dibuja Hermes adopta la forma de una red. No tanto un polo ni dos, ni incluso la superposición de los dos, sino una multitud de puntos de interrelación. Un campo jurídico que se analiza como una combinación infinita de poderes, tan pronto separados como confundidos, a menudo intercambiables; una multiplicación de los actores, una diversificación de los roles, una inversión de las réplicas. Tal circulación de significados e

---

“...la complejidad que se nos presenta es todavía mucho más grande que la sugerida por la superposición de estos dos modelos”.

<sup>522</sup> En una cita a pie de página, aclara que la figura de Hermes es evocada por algunos autores con un sentido muy diferente al que él le asigna. En cuanto a la referencia a Hermes que efectúa Dworkin, remarca que: “Varios rasgos diferencian nuestro Hermes del de Dworkin: 1.- Para Dworkin, se trata exclusivamente de un juez, mientras que, para nosotros, Hermes representa todo actor jurídico, todo locutor que se expresa en el discurso jurídico, aunque sea un simple particular, a condición de que adopte la actitud ‘hermenéutica’ que representamos como la propia del ‘modelo de Hermes’. 2.- Para Dworkin, el juez Hermes se consagra a interpretar la ley en el sentido correspondiente a la voluntad del legislador, mientras que, para nuestro jurista Hermes, la voluntad del autor del texto sólo representa un elemento entre otros que concurren a determinar el sentido óptimo de las normas a interpretar. En definitiva, el juez Hermes de Dworkin privilegia la voluntad del legislador, mientras que nuestro jurista Hermes se esfuerza por integrar, en la construcción del sentido jurídico, las creaciones normativas que emanan de otras fuentes como la jurisprudencia, las costumbres, las convenciones internacionales, los principios generales del Derecho, la doctrina, etc.”.

<sup>523</sup> OST, Francois; *ob. cit.*, pág. 171.

informaciones no se deja ya contener en un código o en un dossier; se expresa bajo la forma de un banco de datos.<sup>524</sup>

Desde esa perspectiva, Ost sostiene que el Derecho postmoderno, o de Derecho de Hermes “...es una estructura en red que se traduce en infinitas informaciones disponibles instantáneamente y, al mismo tiempo, difícilmente matizables, tal como puede serlo un banco de datos”<sup>525</sup>. Y es por ello que “para intentar describir estos juegos del lenguaje infinitamente complejos y enredados”, propone lo que él ha de llamar “una teoría lúdica del Derecho”

En otra parte de su trabajo, y para dimensionar la magnitud de los cambios que se vienen sucediendo en el ámbito jurídico, expresa enfáticamente:

¿Quién se extrañará de que [...] el Derecho sea a la vez estable y efímero o experimental, duro y blando (hard y soft), coyuntural y principal (jamás se ha hablado tanto como hoy de los principios generales del Derecho, gracias especialmente al trabajo creativo de las altas jurisdicciones nacionales y europeas)? ¿Quién no se percata de que el Derecho proviene a la vez del centro del orden normativo mismo y de la periferia, del desorden (o de órdenes distintos) que prevé en el exterior? ¿Quién no se percata de que las fronteras entre interior y exterior se han convertido en porosas, incluso en reversibles, como si la juridicidad adoptara hoy el recorrido paradójico de la banda de Möbius que la dirige vuelta a vuelta, y sin transición, del centro a la periferia y del exterior al interior?.<sup>526</sup>

A continuación, entiende que no es suficiente hablar de Derecho “flexible” como lo hacía Jean Carbonier, o incluso de Derecho “blando” como se dice hoy:

Es a un Derecho ‘líquido’, intersticial e informal al que estamos confrontados ahora. Un Derecho que, sin cesar de ser él mismo, se presenta en ciertas ocasiones en el estado fluido que le permite colocarse en las situaciones más diversas y ocupar así suavemente todo el espacio

---

<sup>524</sup> OST, Francois; *ob. cit.*, pág. 172.

<sup>525</sup> *Ibidem.*

<sup>526</sup> OST, Francois; *ob. cit.*, págs. 186/187

disponible, soportando –llegado el caso- fuertes compresiones. El Derecho, asociado a la idea de rigidez –el Derecho, regla de acero- ¿podría entonces ser líquido? Se conocía ya, tolerada en los márgenes del sistema, la equidad, comparada a menudo con la regla de plomo, metal flexible, utilizado en Lesbos en la construcción para amoldarse a las sinuosidades de la piedra. ¿Pero una regla líquida? ¿Y por qué no, si incluso ciertos metales como el mercurio presentan esta particularidad? ¿Es realmente una casualidad que los alquimistas de la edad media dieran el nombre de ‘mercurio’, equivalente latino del Hermes griego, a un metal tan particular?<sup>527</sup>

Es preciso destacar que el propio Ost reconoce que “este cuadro ya es algo complejo”, y ensaya algunas preguntas al respecto: ¿No se presenta el riesgo desorientar al observador en los circuitos de la red, o de asfixiarlo bajo la proliferación de la información ¿ ¿Cuál es, pues, el hilo de Ariadna de este laberinto, el código de este banco de batos?

Y en la búsqueda de respuestas a tales interrogantes, destaca:

No se encontrará en ninguna causalidad exterior (como la infraestructura económica en la vulgata marxista), ni en un mecanismo de mando central. Sólo la ley misma de circulación del discurso jurídico puede aclarar su génesis y su desarrollo. Es aquí donde nos encontramos con Hermes y la teoría lúdica que él simboliza.

Antes de ser regla e institución, el Derecho es logo, discurso, significado en suspenso. Se articula entre las cosas: entre la regla (que no es nunca enteramente normativa) y el hecho (que no es nunca enteramente fáctico), entre el orden y el desorden, entre la letra y el espíritu, entre la fuerza y la justicia.<sup>528</sup>

Habría que fijarse –dice Ost- en la teoría “...de un Derecho múltiple”, y en relación a ello aclara:

[...] multiplicidad que no significa, sin embargo, anomia y anarquía. Habría que llegar a mostrar cómo el orden jurídico se nutre del desorden periférico, o incluso interno, y reproduce a su vez desorden. Habría que

---

<sup>527</sup> OST, Francois; *ob. cit.*, pág. 187.

<sup>528</sup> OST, Francois; *ibidem*.

pensar una autonomía que sea al mismo tiempo heteronomía. Habría que añadir aún el entrelazamiento incesante de la fuerza y de la justicia. En una palabra, es en la teoría del Derecho como circulación del sentido en la que hay que centrarse. Un sentido sobre el cual nadie, ni el juez ni el legislador, tiene el privilegio. 'Privilegio', no se sabría decir mejor, en efecto: 'ley privada'. La circulación del sentido jurídico opera en el espacio público y nadie podría, sin violencia o ilusión, pretender acapararlo. Hay Derecho antes de los juristas y lo habrá todavía después de ellos. De la inagotable 'idea de Derecho' o aspiración a la justicia, sin duda ellos son hoy los intérpretes más autorizados, pero esta consagración no les asegura, sin embargo, ningún monopolio<sup>529</sup>.

Retomando una vez más las ideas de Atienza, cabe remarcar que al abordar la problemática del Derecho, el conflicto y la argumentación, este prestigioso jurista español afirma que el pragmatismo es "la única filosofía del Derecho posible", "el trasfondo último (la actitud metateórica) de cualquier teoría del Derecho":

Y si es compatible tanto con el neomarxismo como con la teoría del discurso o con muchas filosofías de cuño analítico, ello se debe, simplemente, a que una y otras se mueven en planos distintos.

[...] Esa diferencia de planos es lo que permite también que, desde la perspectiva de lo que he llamado el enfoque argumentativo del Derecho (y que no es exactamente una concepción del Derecho, sino –digamos– un aspecto precisamente del pragmatismo jurídico), se pueda sacar provecho de muchas aportaciones pertenecientes a esas distintas tradiciones.<sup>530</sup>

En otra parte de su trabajo, y reforzando la importancia de la argumentación dentro de las teorías del Derecho, sostiene:

Así, argumenta, por supuesto, el juez que tiene que resolver un conflicto tomando una decisión y motivándola. Pero también el abogado que trata de persuadir al juez para que decida en un determinado sentido; o que asesora a un cliente para que emprenda un determinado curso de acción; o que negocia con otro abogado la manera de zanjar una disputa. Y el legislador que propone la elaboración de una ley para lograr tales y

---

<sup>529</sup> OST, Francois; *ob. cit.*, pág. 181.

<sup>530</sup> ATIENZA, Manuel; *ob. cit.*, pág. 59.

cuales finalidades, que defiende que tal artículo tenga éste u otro contenido, etc.<sup>531</sup>

En realidad –prosigue Atienza- no hay práctica jurídica que no consista, de manera muy relevante, en argumentar, incluidas las prácticas teóricas:

¿Acaso no puede verse la dogmática jurídica como una gran fábrica de argumentos puestos a disposición de quienes se ocupan de la creación, aplicación e interpretación del Derecho? Y si la experiencia jurídica consiste de manera tan prominente en argumentar, ¿no parece inevitable que la teoría del Derecho tenga que construirse en muy buena medida como una teoría de la argumentación jurídica.<sup>532</sup>

Volviendo sobre las ideas de Ost que se han reseñado supra, cabe señalar que ese paradigma “nuevo y complejo” –como el propio autor lo reconoce- se expone al peligro de “...caer en el esoterismo”:

[...] El riesgo es grande desde el momento en que se descubre la imposibilidad de monopolizar la interpretación, de renunciar a toda interpretación y de contentarse con registrar una multitud de minoraciones en el seno de una racionalidad global incontrolable a partir de ahora. Se trata seguramente de uno de los riesgos de la cultura postmoderna. El problema consiste, una vez más, en abandonar la monotonía por la polifonía sin caer necesariamente en la cacofonía –el ‘ruido’, como se dice en lenguaje informático, lo carente de significado.<sup>533</sup>

Sin embargo –agrega a continuación para despejar las dudas- “...la peculiaridad de la red jurídica no es tal que sea imposible escaparse de la líneas de fuerza”:

Sólo es necesario aprender a identificar cuidadosamente todos los nudos, a reparar los flujos de informaciones, a mostrar las interacciones de las funciones. Se verá entonces que el sentido producido dentro de la red no es totalmente imprevisible, porque siempre hay texto a interpretar; se verá igualmente que las relaciones de fuerza que ahí se desarrollan no son totalmente aleatorias, porque también permanecen jerarquías

---

<sup>531</sup> ATIENZA, Manuel; *ob. cit.*, pág. 59.

<sup>532</sup> ATIENZA, Manuel; *Ibidem.*

<sup>533</sup> OST, Francois, *ob. cit.*, pág. 182.



especialmente institucionales. Esta interpretación puede ser inventiva, del mismo modo que estas jerarquías pueden ser enmarañadas.<sup>534</sup>

Y en ese orden de ideas, sostiene que:

Esta situación combinatoria -se podría decir, en un lenguaje más antropológico, 'intersubjetiva'- reenvía a la ontología del Derecho, a eso que Paul Amselek llamaba recientemente 'la peculiaridad ontológica del Derecho'. Signo lingüístico, el Derecho pide en efecto ser interpretado por sus destinatarios; manifestación de voluntad, el Derecho pide ser interiorizado y aceptado. A partir del momento en que los 'sujetos de Derecho' - que no son sujetos del Derecho, sino mejor sujetos de Derecho, es decir, todo a la vez, seres susceptibles de derechos y coautores del Derecho- reconstruyen mentalmente el mensaje que se les dirige y mediatizan su puesta en práctica con una operación de voluntad (que es también una manifestación de libertad), el Derecho se configura como algo necesariamente inacabado, siempre en suspenso y siempre relanzado, indefinidamente retomado en la mediación del cambio.<sup>535</sup>

Entiendo -como bien lo remarca Ost- que efectivamente el derecho es "algo necesariamente inacabado, siempre en suspenso y siempre relanzado"; se encuentra en permanente transformación, sujeto a distintas líneas de fuerza que -en cada momento histórico- van perfilando su significado.

Es por ello que resulta imprescindible adoptar -para decirlo en palabras de Lorenzetti- una matriz que ordene la interpretación. Volveré sobre el punto mas adelante.

### **III.- Los operadores jurídicos y las teorías del Derecho. Interpretación e ideología**

A pesar de las profundas diferencias conceptuales que existen entre las distintas teorías jurídicas anteriormente reseñadas, no puede pasarse por alto que son muchos los autores que aún cuando provienen de escuelas y orientaciones doctrinarias disímiles, coinciden en otorgar a la

---

<sup>534</sup> OST, Francois, *ob. cit.*, pág. 182/183.

<sup>535</sup> OST, Francois; *ob. cit.*, pág. 183.

interpretación jurídica un lugar extremadamente importante dentro de la teoría del Derecho.

Paralelamente, cabe también advertir que es justamente en relación a la problemática de la interpretación en donde se visualizan con mayor claridad los diferentes enfoques conceptuales con que cada teoría intenta explicar su concepción del fenómeno jurídico.

De este modo, resulta evidente que la idea que cada operador jurídico tiene sobre qué es el Derecho, su opinión acerca de la función que el mismo cumple en la sociedad y también su adhesión a una u otra teoría jurídica; resultan ser factores determinantes a la hora de enfrentar cuestiones interpretativas complejas. En efecto, las diferentes concepciones sobre la norma jurídica y la teoría del Derecho, tienen directa influencia en las actividades que llevan a cabo los actores del escenario jurídico, máxime en el caso de actividades jurídicas tan relevantes como son la interpretación, argumentación y aplicación del Derecho.

Y teniendo en cuenta que tales actividades son esencialmente las que definen a la labor jurisdiccional<sup>536</sup>, cabe que nos preguntemos: ¿qué modelo de juez es el que mejor se adapta a las actuales exigencias de una sociedad que, además de reclamar mayor protagonismo de los magistrados, muestra un notable aumento de la cantidad y complejidad de los casos a resolver?

Existe un generalizado consenso acerca de la dificultad de construir o perfilar el modelo ideal de juez. Hay una “crisis de los modelos” – así la llama Francois Ost– que proviene “...no tanto de la ausencia de referencias como de su excesiva abundancia: como si el jurista, y particularmente el juez, no llegase a elegir, en el surtido de los accesorios de la justicia, el uniforme que convenga a los roles múltiples que en lo sucesivo se esperan de él”.<sup>537</sup>

---

<sup>536</sup> No obstante, cabe recordar –como ya se ha visto– que todos los operadores jurídicos en mayor o menor medida interpretan, argumentan y aplican el Derecho, razón por la cual las consideraciones que aquí se efectúan en relación a los jueces son aplicables –en lo pertinente– a todos aquellos actores que “utilizan el instrumento Derecho” para resolver algún conflicto social.

<sup>537</sup> OST, Francois; *ob. cit.*, pág. 169.

En nuestro país, la realidad de los Tribunales muestra que no todos los jueces responden a idénticos paradigmas jurídicos; observándose así que “...hay jueces más proclives a la aplicación de la norma de una manera desatendida de la realidad y otros que –interpretando la ley y utilizando los procedimientos de urgencia u otras formas procesales– quieren dar respuestas reales a los conflictos humanos y sociales que se someten a su decisión”.<sup>538</sup>

Esta diferente actitud de los magistrados, se visualiza claramente en las cuestiones interpretativas complejas, en donde el quid del problema reside en

[...] optar por una interpretación meramente teórica, literal y rígida de la ley que se desinterese del aspecto axiológico de sus resultados prácticos concretos o por una interpretación que contemple las particularidades del caso, el orden jurídico en su armónica totalidad, los fines que la ley persigue, los principios fundamentales del derecho, las garantías y derechos constitucionales y el logro de resultados concretos jurídicamente valiosos (Fallos, 302:1297).

Las consideraciones efectuadas a lo largo de este capítulo, permiten afirmar que los magistrados tienen a su disposición un variado catálogo de teorías sobre el Derecho y la interpretación jurídica; todo lo cual –mas allá del interés teórico que puede representar– reviste una enorme utilidad en el plano práctico. Es que –como bien lo señala Nieto– la interpretación “...está dejando cada vez de ser una ‘reconstrucción’ de la voluntad (*mens*) de la ley para orientarse hacia la ‘creación’ de un instrumento capaz por un lado, de afrontar cuestiones sociales no previstas en el texto y, por otro, de resolver conflictos individuales”, lo que demuestra que “...está perdiendo valor teórico y que se está situando en el terreno de la aplicación práctica”.<sup>539</sup>

En el interior de cada magistrado se encuentra –en planos más o menos conscientes– la filosofía legal en la cual se apoya su labor jurisdiccional. Así, el concepto de Derecho “...subyace a la praxis jurídica...”,

---

<sup>538</sup> BALDARENAS, Jorge A.; *Hacia un nuevo perfil de juez*, artículo publicado en <http://www.eldial.com>.

<sup>539</sup> NIETO, Alejandro; *ob. cit.*, pág. 10.

de modo que “...es, en general, presupuesto como algo evidente y, en los casos habituales, aún cuando su solución sea dudosa, se considera que es superfluo reflexionar acerca del concepto de derecho. Otra es la situación en los casos insólitos. En ellos se pone de manifiesto el concepto de derecho que está detrás de toda praxis jurídica y surge entonces un problema acuciante”.<sup>540</sup>

Es por ello que el buen juez debe estar preparado no sólo para identificar la normativa aplicable, sino para precisar los valores jurídicos que cada caso concreto pone en juego, lo que demuestra la importancia de la función de dirimir conflictos sociales a través de sentencias. Y estas últimas, no son el mero resultado lógico al que se arriba luego de subsumir el caso en la norma general; sino una verdadera interpretación de los valores que contiene el ordenamiento jurídico en su conjunto y –en última instancia– una imposición de valores jurídicos a la realidad social.<sup>541</sup>

Además de ello, y teniendo en cuenta la trascendencia que adquiere hoy el rol interpretativo del juez, es posible señalar que en el marco de los complejos desafíos que plantea la tecnología, los magistrados tienen frente a sí una enorme responsabilidad, puesto que deben resolver importantes conflictos que ponen en pugna valores fundamentales y/o principios jurídicos de similar jerarquía.

Y a fin de brindar tales respuestas, está claro que los magistrados deben profundizar sus reflexiones sobre el fenómeno jurídico, y están obligados a pensar sobre el concepto de Derecho, la función del mismo en la sociedad y el rol de los juzgadores; máxime teniendo en cuenta que a través de sus sentencias están trasladando valores jurídicos a la realidad social.

---

<sup>540</sup> ALEXY, Robert; *El concepto y la validez del Derecho*, Gedisa, Barcelona, 1994, págs. 14/15.

<sup>541</sup> Al respecto, ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación: “...no se trata (...) de desconocer las palabras de la ley, sino de dar preeminencia a su espíritu, a sus fines, al conjunto armónico del ordenamiento jurídico, y a los principios fundamentales del derecho en el grado y jerarquía en que éstos son valorados por el todo normativo, cuando la inteligencia de un precepto, basada exclusivamente en la literalidad de uno de sus textos conduzca a resultados concretos que no armonicen con los principios axiológicos (...), arribe a conclusiones reñidas con las circunstancias singulares del caso o a consecuencias concretas notoriamente disvaliosas. De lo contrario, aplicar la ley se convertiría en una tarea mecánica incompatible con la naturaleza misma del derecho y con la función específica de los magistrados que les exige siempre conjugar los principios contenidos en la ley con los elementos fácticos del caso, pues el consciente desconocimiento de unos u otros no se compadece con la misión de administrar justicia” (Fallos, 302:1300).

En suma, no cabe duda que a la hora de resolver los complejos conflictos que se presentan en las sociedades modernas, cada magistrado debe tener en claro cuál es “su” modelo de derecho y “su” concepción de la función judicial puesto que ello le permitirá arribar a la solución de los problemas desde “su” propia concepción de lo jurídico.

#### ***IV.- Las decisiones jurídicas en el marco del Estado Constitucional de Derecho.***

Para finalizar, y como corolario de lo hasta aquí expuesto, resulta necesario retomar algunas de las ideas esbozadas por Lorenzetti en su obra *Teoría de la Decisión Judicial*, en la que el miembro del Máximo Tribunal de la justicia argentina, realiza un interesantísimo análisis sobre el funcionamiento del Derecho.

Lo que aquí puntualmente me interesa rescatar de aquel trabajo, son las ideas centrales que se relacionan con el modo “...en que se toman decisiones jurídicas, que incluyen las que surgen de los jueces, las que emanan del Legislativo, Ejecutivo, y también de las instituciones intermedias que adjudican bienes”.

En tal sentido, Lorenzetti reconoce que a la hora de tomar decisiones jurídicas existen “...amplios espacios de indeterminación”, y afirma al respecto que “...el Derecho está sometido a un proceso de materialización creciente, es decir que la decisión se adopta teniendo en cuenta criterios de todo tipo y concepciones diferentes que conviven de modo tenso y contradictorio”.<sup>542</sup>

Tal circunstancia –apunta el autor- produce un problema de índole práctica, que presenta distintos aspectos, entre los cuales cabe puntualizar:

a) el excesivo apego a las reglas (justicia formal) puede consagrar injusticias graves (justicia material), lo que ha llevado a trascender las reglas, pero sin saber exactamente qué hay más allá de ellas, y cómo se trabaja con principios y valores;

---

<sup>542</sup> LORENZETTI, Ricardo; *Teoría de la Decisión...cit.*, pág. 19.

b) un sistema basado exclusivamente en principios también ocasiona problemas, porque podría llevar a decisiones basadas en valoraciones personales, con gran inseguridad;

c) no habiendo criterios claros, todo argumento puede ser desarrollado (interpretación esquizofrénica o hermética), y resulta difícil encontrar criterios de validez.<sup>543</sup>

Para muchos autores –señala Lorenzetti- “...hay una Babel jurídica” en la que los conflictos no tienen un lenguaje común para su resolución, y en la que los debates se parecen a una guerra de posiciones irreductibles entre grupos que piensan que la única salida es ganar o ser derrotados. Ello produce una crisis conceptual que podría llevar a un colapso, al diluirse progresivamente la especificidad del discurso jurídico y la posibilidad de tener un mínimo de orden jurídico compartido”.<sup>544</sup>

Resulta importante destacar –tal como Lorenzetti se encarga de aclarar- que su enfoque no pretende dirimir la compleja cuestión filosófica relacionada con las discusiones sobre la concepción racional y formalista versus la idea política de la función judicial; sino que su propósito se orienta a ubicar las decisiones jurídicas dentro de un Estado de Derecho Constitucional, “que reclama decisiones razonables que puedan convencer a los ciudadanos logrando la paz social”:

Por ello utilizamos el término “razonable” antes que “racional”, ya que mostramos cierto eclecticismo que se observa en la realidad, utilizando el silogismo en ciertos campos, la argumentación jurídica en otros y, complementariamente, los paradigmas decisorios.<sup>545</sup>

Sentado lo que precede –y antes de proseguir- parece conveniente remarcar que el análisis de Lorenzetti, se basa esencialmente en los siguientes presupuestos teóricos:

a) *cuestiones sobre el Derecho y de Derecho*: es metodológicamente necesario distinguir entre la perspectiva de un observador externo y la

---

<sup>543</sup> LORENZETTI, Ricardo; *Teoría de la Decisión...cit.*, págs. 19/20.

<sup>544</sup> LORENZETTI, Ricardo; *Teoría de la Decisión...cit.*, pág. 20. Agrega en la cita que “Se puede adoptar una de las visiones obrando como un militante de verdades parciales, pero a costa de prescindir de la finalidad de regular la sociedad y profundizar los antagonismos.”.

<sup>545</sup> LORENZETTI, Ricardo; *Teoría de la Decisión...cit.*, pág. 20.

mirada de quien debe tomar decisiones o someterse a ellas. Muchas voces hablan sobre el Derecho (enfoque descriptivo) pero pocas se dedican a decir cómo se solucionan los tremendos conflictos que se viven en la actualidad (enfoque prescriptivo);

*b) el sistema de Derecho:* el Derecho puede ser sistematizado, es decir analizado, para encontrar un orden que permita razonar. Puede decirse –agrega a pie de página- “...que es una posición “racionalista”, pero en nuestro caso entendemos que el fundamento del deber de racionalizar el Derecho y la decisión judicial es la contracara del derecho de los ciudadanos a una decisión fundada y controlable”;<sup>546</sup>

*c) la decisión judicial:* el sistema actual “...abre un amplio campo para el intérprete, que debe ‘reconstruir’ el derecho del caso mediante un proceso de selección de leyes, costumbres, ordenanzas, normas constitucionales, principios, valores”; y el problema consiste en “cómo debe hacerlo”; razón por la cual es necesario “el estudio de la decisión judicial y la argumentación jurídica”;<sup>547</sup>

*d) distingo entre reglas y principios:* esta distinción es de fundamental importancia para cualquier concepción del Derecho preocupada por la razonabilidad de las decisiones jurídicas”;

*e) paradigmas de decisión:* en relación a esta temática, cabe aclarar que Lorenzetti utiliza el vocablo paradigma haciendo referencia “...a los modelos decisorios que tienen un estatus anterior a la regla y condicionan las decisiones” También se los ha denominado –indica el autor a modo de cita- “principios ocultos” o “programas informales”, refiriéndose con ello a las reglas no explícitas de la actuación judicial<sup>548</sup>.

Los problemas que plantean los paradigmas son “...su falta de control por parte del ciudadano, porque permanecen ocultos; la falta de articulación entre las distintas visiones, la expansión de paradigmas pensados para una realidad a otra”. En relación a ello, señala Lorenzetti que “...el Derecho requiere, cada vez más, juristas que, aunque tengan sus

---

<sup>546</sup> LORENZETTI, Ricardo; *Teoría de la Decisión...cit.*, pág. 21.

<sup>547</sup> LORENZETTI, Ricardo; *Teoría de la Decisión...cit.*, págs. 21/22.

<sup>548</sup> LORENZETTI, Ricardo; *Teoría de la Decisión...cit.*, pág. 23.

propias concepciones, sean capaces de comprender la diversidad trascendiendo su propia formación para hacer una sociedad más integrada”.

Pero también aclara que es necesario “...establecer un mínimo de criterios de corrección que limiten la interpretación jurídica meramente subjetiva o hermética”; y en función de ello afirma que “...se debe penetrar críticamente en el modelo, examinando sus límites y contradicciones internas, para explicarlo y armonizarlo en la decisión teniendo en cuenta el modelo de la democracia deliberativa”.

Quien toma una decisión de este tipo –agrega seguidamente–

[...] es consciente de que existen valoraciones diferentes, pero que hay un ‘metavalor’, que es el pluralismo de valores. La sociedad pluralista actual encomienda a la Constitución la tarea de realizar la condición de posibilidad de la vida en común, dada la dificultad de establecer un proyecto de vida determinado.

El juez adopta una actitud prudencial basada en la persuasión, el análisis enfocado en problemas, y la búsqueda de la pacificación antes que la imposición de una verdad determinada o su verdad.<sup>549</sup>

En la tercera parte de su libro, Lorenzetti comienza señalando que “El razonamiento judicial ha sido discutido intensamente en los últimos años y se han expuesto métodos que se excluyen entre sí”.

Nuestra tesis –dice este autor–

[...] no parte de la exclusión de métodos, sino de la complementación, porque entendemos que la complejidad es tal que se debe recurrir a todos ellos. Sin embargo, entendemos que debe existir un orden en el razonamiento, y éste debe ser sucesivo: primero aplicar la deducción de reglas válidas, segundo controlar ese resultado conforme a los precedentes, al resto del sistema legal y a las consecuencias; tercero, y si quedan problemas, estamos ante un caso difícil y se debe aplicar la solución basada en principios; cuarto, si hubiere paradigmas que definen la solución, deben ser explicados y se debe procurar su armonización”.

Esta postura –aclara Lorenzetti– se contrapone a quienes sostienen que sólo son aplicables los criterios personales o políticos

---

<sup>549</sup> LORENZETTI, Ricardo; *Teoría de la Decisión...cit.*, pág 25.



[...] ya que asumimos una pretensión de orden razonable, y de buscar cierta estabilidad en las decisiones que hagan previsible el sistema. La pura discrecionalidad no fue defendida históricamente ni debe serlo para el futuro de una sociedad que pretenda el respeto de la ley y donde los ciudadanos deben percibir con claridad las razones de la decisión judicial. Por lo tanto el problema no debe ser enfocado como una disputa científica entre racionalistas y sus críticos, sino como un derecho de los ciudadanos a la fundamentación razonable de las sentencias. La discrecionalidad del juez es una zona de posibilidad entre alternativas legítimas y que debe ser ejercida razonablemente.<sup>550</sup>

Del mismo modo, la posición de este autor se aparta de los análisis que el denomina “excesivamente racionalistas”, toda vez que “ admitimos que la deducción es insuficiente y que hay criterios políticos (paradigmas)”; no obstante lo cual pone el énfasis en que “...los policies no deben ser ocultos sino expuestos para el debate judicial y que la función del juez en estos casos es buscar la armonización”.<sup>551</sup>

Desde mi punto de vista, la postura de Lorenzetti sobre el orden de razonamiento de la decisión judicial –que se encuentra magistralmente resumida en la cita que he transcripto más arriba- refleja el esquema del razonamiento jurídico que en la práctica judicial adoptan –mayormente- los operadores que toman decisiones jurídicas; razón por la cual –y por razones de brevedad- me parece oportuno remitir al lector interesado en profundizar al respecto a los capítulos pertinentes de la obra de este prestigioso jurista santafesino.

---

<sup>550</sup> LORENZETTI, Ricardo; *Teoría de la Decisión...cit.*, pág. 181.

<sup>551</sup> LORENZETTI, Ricardo; *Teoría de la Decisión...cit.*, págs. 181/182.



## **CAPITULO 8**

### **LA PROTECCIÓN DE LAS LIBERTADES INDIVIDUALES EN LOS ENTORNOS DIGITALES**

*“La red de redes que hoy conforma Internet tiene un pasado profundo, un presente vertiginoso y, sin dudas, un futuro incierto. Si bien no podemos asegurar cómo será su futuro, si estamos en condiciones de afirmar que las regulaciones tendrán un rol fundamental para la ecología informacional de Internet”.*<sup>552</sup>

#### **SECCIÓN I CONSIDERACIONES GENERALES**

##### ***I.- Introducción***

El funcionamiento de muchos sectores de las sociedades modernas está basado en sistemas expertos y/o sistemas informáticos; y aunque alguien quisiera prescindir de los mismos hoy sería prácticamente imposible volver las cosas hacia atrás. Verdaderamente, cuesta imaginar –en las actuales circunstancias- una organización social que pueda evitar la utilización de tales sistemas.

Para despejar dudas, conviene remarcar que no estoy en contra del uso de sistemas expertos/informáticos: en primer lugar porque quien decide implementarlos lo hace al amparo de expresas libertades constitucionales (libertad de comercio, de ejercer toda industria lícita, etc.) y derechos con idéntica jerarquía (derecho de propiedad, autonomía de la voluntad, entre otros); y en segundo lugar porque tales dispositivos han demostrado sobradamente su utilidad, en tanto facilitan y optimizan el desarrollo de las actividades de quienes los utilizan y de la sociedad en general.

También cabe tener presente, y no es éste un dato menor, que los individuos que interactúan con tales sistemas en la mayoría de los casos prestan su consentimiento antes de utilizarlos.

---

<sup>552</sup> VERCELLI, Ariel; *La conquista silenciosa del ciberespacio. Creative commons y el diseño de entornos digitales como nuevo arte regulativo en Internet*, Bs. As., 2004, págs. 2/3, disponible en: <http://www.arielvercelli.org/lcsdc.html>.

Además de ello, es preciso remarcar que –como regla general- el individuo de las sociedades actuales no puede pretender abstraerse y excluirse de todo contacto con las tecnologías. Debe aceptar convivir con ellas; así como el hombre de otras épocas debió adaptarse a diversos cambios sociales y transformaciones acaecidas en el ámbito social, cultural y económico (vgr. nacimiento de nuevas tendencias y modernas concepciones en cuanto a los modos de vida, hábitos sociales, organización laboral y familiar, creencias religiosas, concepciones sobre la sexualidad, reglas de mercado, técnicas de organización empresarial, estrategias de marketing, etc.).

En efecto, las transformaciones sociales y las nuevas formas de organización e interacción entre individuos deben ser toleradas por todos los integrantes de la sociedad como lógica consecuencia del hecho de vivir en comunidad; y desde esa perspectiva resulta también evidente que la masificación de dispositivos electrónicos y la generalización de sistemas expertos/informáticos en el quehacer social no puede ser cuestionada desde una simple postura antitecnológica o invocando solamente argumentos basados en la nostalgia, o en la subjetiva afirmación de que “todo tiempo pasado fue mejor”.

Sin embargo, tampoco puede admitirse que el individuo sea considerado un extraño respecto de las tecnologías y que deba aceptar, sin más, cualquier transformación que el mercado tecnológico le “proponga” o le quiera imponer.

La posición que sustento en esta tesis, parte de considerar que la irrupción y expansión del Tercer Entorno –en los términos en que lo define Echeverría- repercute enormemente en las libertades y los derechos individuales de los integrantes de la sociedad; y en función de ello, las disciplinas jurídicas se enfrentan a un importante desafío que no pueden soslayar.

En efecto, resulta evidente que la generalización de los sistemas informáticos y la forma en que se diseña e implementa el Tercer Entorno condiciona fuertemente el desarrollo de las actividades que allí se realizan y

ello puede afectar sustancialmente diversos derechos y libertades individuales.

A lo largo de este trabajo –y en innumerables ocasiones- hice referencia al enorme poder social que poseen quienes están vinculados al sector científico-tecnológico; pero es imprescindible advertir que, en las sociedades democráticas, cada individuo –y todos ellos en conjunto- conservan aún grandes espacios de poder. Especialmente el poder del autogobierno; es decir, la posibilidad de adoptar ellos mismos –a través de sus representantes- las leyes que han de regular sus conductas en pos de garantizar la paz social.

El Derecho puede y debe garantizar que, al momento de desarrollarse tales dispositivos electrónicos, se tenga en cuenta al ser humano y sus intereses; pues de lo contrario la dignidad del hombre se vería relegada por la lógica y los intereses de la tecnología.

Es preciso brindar las garantías necesarias para que el individuo pueda participar activamente en el control de los sistemas tecnológicos que condicionan el desarrollo de sus actividades; otorgándole, en su caso, la posibilidad de cuestionar aquellos aspectos de los mismos que restringen y/o condicionan de un modo abusivo o arbitrario la esfera de sus libertades esenciales.

Necesitamos en el ámbito de la tecnología –como ha ocurrido en otras materias como el Derecho Ambiental, el Derecho del Consumidor o la Protección de Datos Personales- principios y reglas institucionales que establezcan un entorno limitativo dentro del cual pueda desplegarse la libertad de mercado; y es eso lo que intentaré dejar plasmado como tesis principal en esta última parte del trabajo.

## ***II.- Sistemas expertos y sistemas informáticos***

Ya se ha señalado que, de las distintas aristas o aspectos que pueden surgir de la interrelación Derecho–*Código Informático*, este trabajo se ha interesado en abordar especialmente la situación de vulnerabilidad en que se encuentra el individuo frente a la omnipresencia de dispositivos electrónicos en todo el quehacer social; intentando demostrar cómo el *Código*

*Informático* (es decir la arquitectura de hardware y software en base a la cual funcionan) repercute (de un modo más o menos perceptible según el caso) en la esfera de las libertades individuales.

Desde mi punto de vista, la interrelación entre estos dos reguladores debe ser analizada desde la óptica del *individuo regulado*, procurando descifrar cómo impacta el *Código Informático* en el ámbito de sus libertades individuales; y es por ello que -como paso previo a toda otra consideración-, corresponde ahora hacer referencia a la relación que se entabla entre el individuo y los sistemas complejos o expertos.

Los sistemas informáticos -como ya vimos- forman parte de una realidad más amplia y compleja que son los denominados sistemas expertos.

En efecto, entiendo que la problemática de los sistemas informáticos y la arquitectura tecnológica en tanto regulador de conductas humanas, no es sino uno de los ejemplos más claros y elocuentes de cómo el desarrollo de las sociedades modernas se basa en el funcionamiento de dichos sistemas expertos.

Como se ha visto en el Capítulo 4, los sistemas expertos -como género- y los sistemas informáticos y su arquitectura -como especie- regulan al individuo de un modo sumamente efectivo y bajo modalidades escasamente perceptibles, y todo ello se traduce en una situación de especial vulnerabilidad del *individuo regulado*, el cual pasa a transformarse -como dice Bobbio- en un individuo heterodirigido. En suma, el individuo de las sociedades modernas está regulado por el diseño de tales sistemas, y esa regulación en muchos casos afecta (o puede afectar) libertades que el individuo gozaba en el pasado. Es allí donde el Derecho debe necesariamente intervenir.

En distintas partes de este trabajo he intentado demostrar que la arquitectura de los sistemas informáticos posee un potencial regulatorio extremadamente importante y he sostenido que el poder de ese regulador -unido a sus características de escasa transparencia y autoejecutabilidad- determina que el abordaje de sus aspectos jurídicos se haya tornado prioritario para el Derecho.

### ***III.- Titulares de sistemas informáticos y entornos digitales***

Antes de comenzar a desarrollar este tema, lo primero que hay que decir es que la actividad de los individuos o empresas que implementan sistemas informáticos, que crean entornos digitales y/o que prestan servicios basados en las TIC se encuentra protegida por diversas normas constitucionales e infraconstitucionales que amparan la libertad de expresión, de comercio, de trabajo y de ejercicio de industrias lícitas, entre otras.

En tal sentido, cabe señalar que el derecho constitucional que tutela la propiedad abarca la libertad de contratar (que surge de la autonomía de la voluntad, con epicentro en el art. 19 C.N.), la de configurar su contenido (que constituye un supuesto del derecho a ejercer una industria lícita, según el art. 14 C.N.); como asimismo el derecho a competir en el marco de las relaciones de competencia del artículo 43 de nuestra Carta Fundamental.

En ese orden de ideas, nuestro Máximo Tribunal ha señalado –en un precedente de gran relevancia institucional como fue el caso “Massa”– que

[...] el contrato y la propiedad tienen protección constitucional en el derecho argentino y, en consecuencia, toda limitación que se disponga es de interpretación restrictiva. Esta tutela comprende diferentes derechos y libertades consagrados en la Constitución Nacional, como lo son la libertad de contratar, que es un aspecto de la autonomía personal a la que todo ciudadano tiene derecho (art. 19), la de configurar el contenido del contrato, que es un supuesto del derecho a ejercer una industria lícita (art. 14) y de la libertad económica dentro de las relaciones de competencia (art. 43). La libertad de contratar, de competir y de configurar el contenido de un contrato constituye una posición jurídica que esta Corte debe proteger como tribunal de las garantías constitucionales. Es en este sentido que debe ser interpretado el término “propiedad” desde la perspectiva constitucional (art. 17). Esta es la interpretación consolidada por los precedentes de este Tribunal al sostener “que el vocablo propiedad, empleado por la Constitución, comprende todos los intereses apreciables que un ser humano puede

poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad. Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones privadas sea que nazca de actos administrativos, integra el concepto constitucional de propiedad a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en el goce del mismo” (Fallos: 145: 307 y 172:21, disidencia del juez Repetto).<sup>553</sup>

Desde esa perspectiva, que se centra en la fuerza de esos derechos consagrados constitucionalmente y en el criterio de interpretación restrictiva de cualquier limitación; los titulares de sistemas informáticos y/o entornos digitales podrían argumentar que resulta inconstitucional la imposición de límites o restricciones a sus facultades de diseñar el *Código Informático* de los sistemas o entornos que ellos implementan; puesto que ello vulneraría su derecho de propiedad y su posición jurídica dentro de la organización económica del mercado de las TIC.

Está claro –como bien lo señala el citado precedente- que la libertad de contratar, de competir y de configurar el contenido de un contrato constituye una posición jurídica que debe ser protegida; pero desde mi punto de vista no es posible admitir el ejercicio de la libertad empresarial y el diseño de entornos digitales sin control alguno.

En tal sentido –y siguiendo a Lorenzetti- es necesario reconocer que la existencia de un mercado competitivo es uno de los mecanismos mas importantes para la defensa del consumidor; pero también hay que señalar que el régimen de la competencia no elimina la necesidad de aplicar el régimen de protección del consumidor:

La protección de la competencia es una política legislativa del derecho público, mientras que la del consumidor pertenece al ámbito del derecho privado, los dos enfoques son complementarios y actúan como vasos comunicantes, por ejemplo, a mayor competencia habrá menor posición

---

<sup>553</sup> C.S.J.N., “*Massa, Juan Agustín c/ Poder Ejecutivo Nacional - dto. 1570/01 y otro s/ amparo ley 16.986*”, fallo del 27.12.2006, ampliación de los fundamentos del Dr. Lorenzetti, apartado 25).



dominante y, por lo tanto, disminuirá el poder de imponer cláusulas abusivas.<sup>554</sup>

El diseño de los entornos digitales tiene una profunda repercusión en las actividades del ser humano y en las libertades individuales –también consagradas constitucionalmente-; por ello es necesario que existan normas institucionales de regulación del mercado de las tecnologías que crean tales entornos, y a partir de allí consagrar derechos de actuación directa a los individuos que se desempeñan en ambientes digitales.

Los individuos pueden desarrollar una personalidad libre en las sociedades tecnológicas sólo si poseen un pleno conocimiento de aquellos sistemas informáticos con los que interactúan y si se les otorga la posibilidad de controlar el diseño de los mismos y requerir las modificaciones necesarias cuando el entorno diseñado resulta conculcatorio de sus derechos o libertades básicas.

#### ***IV.- Usuarios y libertades en el Tercer Entorno***

En efecto, es necesario observar –como siempre- las dos caras de la moneda, lo que ocurre *del otro lado del mostrador*, y estudiar pormenorizadamente la situación de los usuarios de los sistemas informáticos. A partir de las enseñanzas de Echeverría (vid. Capítulo 3, Sección I) hemos podido advertir que las tecnologías que dominan las sociedades modernas han determinado el nacimiento de un Tercer Entorno (tecnológico y a distancia), cuya construcción puede ser equiparada a la construcción de una ciudad global –a la cual este autor denomina Telépolis-.

Independientemente del nombre que se le quiera asignar, lo que sí resulta evidente es que, en este Tercer Entorno, se generan nuevas formas de interrelación humana y social que modifican –con mayor o menor intensidad según el caso- las modalidades bajo las cuales se desarrollan las actividades sociales del individuo medio.

Los dispositivos digitales y las redes telemáticas son las bases sobre las cuales se construye este Tercer Entorno, y es por ello que un

---

<sup>554</sup> LORENZETTI, Ricardo; *Las normas...cit.*, pág. 223.

elemento esencial de este nuevo espacio es el *Código Informático* –esto es, la arquitectura del hardware y software que integran los sistemas informáticos (Lessig)-.

Y frente a este panorama, resulta inevitable que el Derecho se ocupe de los individuos que “habitan” en este Tercer Entorno (que cada vez son más); indagando –por un lado- si el ejercicio de algunos derechos y libertades del pasado no se encuentra en riesgo; y -por otro lado- si la nueva realidad social no coloca al usuario en una situación de vulnerabilidad que merezca la protección del Derecho.

En lo que puntualmente aquí interesa, el análisis de las libertades individuales en los entornos digitales debe realizarse a partir de dos ejes principales: a) uno de ellos consiste en advertir de qué modo la fuerza reguladora del *Código Informático* afecta la autonomía de los individuos y el poder de darse sus propias normas, que es una de las características centrales de toda democracia; b) el otro eje, gira en torno a la posibilidad de que determinadas libertades individuales puedan verse cercenadas; puesto que es la arquitectura del *Código Informático* la que muchas veces decide cuándo, cómo y bajo qué condiciones aquellas pueden ser ejercidas.

En tal sentido, resulta evidente que si un ciudadano no tiene la información básica necesaria para saber la forma en que están diagramados y estructurados los sistemas informáticos, y cuáles son las reglas generales que determinan su funcionamiento, no puede desarrollar sus actividades ni participar en el Tercer Entorno con las mismas libertades que antes le estaban garantizadas “por defecto” en el Primer y en el Segundo Entorno.

Para establecer una analogía, sería lo mismo que en el primer y segundo entorno (naturaleza y ciudad) alguien quisiera desarrollar su vida sin conocer determinadas cuestiones básicas que –como regla general- los seres humanos percibimos con los sentidos o aprendemos culturalmente.

Conocemos la naturaleza y su “funcionamiento”, ya que sabemos que es bueno respirar aire puro y que el humo (monóxido de carbono) puede afectar la salud; entendemos que nuestro organismo no puede sobrevivir demasiado tiempo bajo el agua; sabemos qué alimentos son saludables y

también el efecto que las bebidas alcohólicas y las drogas provocan en el cuerpo humano.

Pero además de esas cuestiones básicas de supervivencia, el individuo que habita en la “naturaleza” (Primer Entorno) y la “ciudad” (Segundo Entorno) también sabe cómo están contruidos esos entornos sobre los cuales debe desplazarse y percibe los riesgos a los que se enfrenta: entiende lo que es caminar, correr, andar en bicicleta, en auto, cruzar una avenida; tiene conciencia de las diferencias entre transitar por un lugar concurrido e iluminado o recorrer en forma solitaria sitios bajo la oscuridad de la noche, conoce las simples reglas de funcionamiento de ciertas tecnologías básicas, como los semáforos o los ascensores, por ejemplo.

Asimismo, el individuo entiende perfectamente cómo puede comunicarse con sus pares: comprende que puede hablar en voz baja para decir un secreto, o gritar para hacerse oír a lo lejos; puede comentar determinadas cuestiones a un grupo reducido de amigos o hablarlas en público. El ser humano comprendió perfectamente –por lo sencillo de su funcionamiento- cómo se operaba el clásico aparato telefónico; no había que tener demasiadas habilidades para hacerlo funcionar o buscar el número de teléfono de un usuario en la tradicional guía telefónica en formato papel.

En el entorno del mundo real, el individuo podía informarse de manera relativamente sencilla y comprensible, dado que el tradicional periódico en formato papel, la radiofonía y/o la televisión no revestían mayores inconvenientes ni secretos. El diseño del diario, su formato, la cobertura de noticias, secciones y espacios destinados a publicidad estaban a la vista del lector, al igual que la programación de la radio o la TV. El usuario sabía qué noticia figuraba en tapa, cuáles eran los espacios de publicidad, dónde se plasmaban las opiniones de lectores, etc.; y además podía decidir el orden en que leía las noticias, podía optar por ir directamente a una determinada sección, elegir si quería saltar las publicidades y podía también guardar recortes periodísticos. La “tecnología papel” no podía limitarle tales libertades.

Asimismo, cabe señalar que la adquisición de bienes y servicios en los entornos materiales no presentaba mayores problemas. Nos

relacionábamos cara a cara con el vendedor, observábamos el producto y luego de entregar el dinero en efectivo nos retirábamos con nuestra adquisición. Nuestro dinero estaba a nuestro alcance, en nuestra billetera, teníamos el *control* sobre el mismo.

Todo esto demuestra que la supervivencia, los desplazamientos, la comunicación, la información y la adquisición de bienes se desarrollaba en el entorno del mundo real de manera relativamente simple; ya que las características, condiciones y reglas básicas eran claramente perceptibles por los sentidos o fácilmente aprehensibles desde el sentido común, la mera observación, la educación familiar o la enseñanza escolar básica.

A diferencia de lo que ocurría con el Primero y el Segundo, en este Tercer Entorno el individuo desconoce –en gran medida- cómo se encuentra construido el mismo y, a lo sumo, sólo comprende las reglas básicas indispensables para desenvolverse en él.

Y así observamos, que el individuo medio no percibe los riesgos y complicaciones a que se encuentra expuesto en su carácter de “habitante” del Tercer Entorno y, paralelamente, se ha ido acostumbrando –casi sin percibirlo- a la imposición de diferentes cambios en el modo de llevar a cabo sus actividades cotidianas.

Un sinnúmero de garantías y libertades garantizadas “por defecto” en el entorno del mundo real (naturaleza y ciudad) corren serios riesgos en el Tercer Entorno.

Los ejemplos son muchos y se pueden constatar diariamente. En tal sentido, cabe recordar que ya se han mencionado -a lo largo del Capítulo 4- algunos casos puntuales de tecnologías que demostraban la existencia del Tercer Entorno y la potencialidad reguladora del Código Informático (vgr. la neutralidad de Internet, el algoritmo de búsqueda de Google, la configuración de Facebook y los servicios informáticos *en la nube*); razón por la cual –y para completar el panorama allí trazado- resulta oportuno mencionar también aquí algunas otras problemáticas que los sistemas expertos/informáticos le presentan a los individuos del Tercer Entorno, a saber:

- el “tránsito” por los sistemas informáticos que crean los entornos virtuales (vgr. sitios de Internet, operatorias de cajeros automáticos y homebanking, etc.), se realiza conociendo sólo las cuestiones básicas de su funcionamiento y, consecuentemente, ignorando los riesgos y problemas que aquellos pueden traer aparejados (vulneraciones de claves, sitios apócrifos, virus, privacidad de las operatorias, etc.);

- en las “comunicaciones” que se realizan utilizando dispositivos electrónicos y redes informáticas, no es posible estar completamente seguro si están dadas las mismas condiciones de privacidad que existían cuando se entablaban comunicaciones presenciales o se utilizaba la “antigua tecnología” de la telefonía analógica;

- en lo que respecta a la tarea de “informarse” a través de sitios de Internet, resulta cada vez mas evidente que el usuario se encuentra invadido por una gran cantidad de publicidades que dificultan su “navegación”, o bien debe necesariamente admitir la ejecución de unos cuantos segundos de publicidad como requisito previo para poder acceder a una determinada información o video.

A la luz de los argumentos que se vienen desarrollando, resulta evidente que los individuos que se relacionan con sistemas informáticos y entornos digitales se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad.

En efecto, a partir de una simple observación de la realidad social es posible percibir que generalmente el sujeto que se “enfrenta” a los sistemas informáticos y los entornos digitales debe ser considerado –sin duda alguna- como la parte débil de la relación ya que está en una situación de desigualdad económica-cognoscitiva-social y tecnológica frente al titular del sistema. Normalmente, el usuario no puede más que adherir a las “reglas técnicas” que impone el sistema y su desempeño frente al mismo se adecua a las previsiones que ha programado el diseñador.

Es cierto que, en algunos casos, tenemos la posibilidad de escoger distintas opciones de configuración, pero también es verdad que en muchas ocasiones el usuario desconoce estas posibilidades y, otras veces, resultan

de tan dificultosa materialización que el usuario medio no recurre a tales alternativas.

A mi modo de ver, no hay dudas que con el correr del tiempo el individuo entrará cada vez más en conflicto con la organización tecnológica; y es por ello que devienen necesarias “reglas de derecho” que lo protejan de las “reglas técnicas” que hoy lo regulan.

Una característica central de las sociedades técnicas está dada por el hecho de que el Tercer Entorno, a la vez que facilita y agiliza un sinnúmero de actividades del hombre, también se torna muchas veces complejo, inextricable, e inentendible y así el individuo se encuentra sometido a las reglas técnicas e informáticas que le son impuestas por quienes diseñan los entornos digitales. Todo ello puede –evidentemente– afectar sus derechos y libertades individuales de un modo mas sutil y a la vez mas gravoso que lo que ocurría en el Primer o Segundo Entorno.

Así las cosas, y entendiendo que la libertad y su potencial ejercicio puede y debe ser considerada como la esencia de la dignidad del hombre; creo que es necesario profundizar un poco mas al respecto, máxime en la hora actual en que tal principio fundamental se nos presenta como el núcleo del sistema de valores constitucionales.

### ***V.- La dignidad del hombre***

Está claro que la dignidad de una persona no puede considerarse violada por el mero hecho de que ella deba interactuar en un entorno digital o necesite relacionarse con un sistema informático. Pero también hay que decir –desde otra perspectiva– que la lógica y los intereses de la economía y/o la tecnología no pueden colocarse por arriba del ser humano.

La dignidad del ser humano y el libre desarrollo de su personalidad en el interior de la comunidad forman parte –como ya se ha dicho– del núcleo del sistema de valores constitucionales. A la luz de dichos valores, los seres humanos no pueden ser degradados, ni tratados como un simple objeto por los poderes estatales; como así tampoco por otros poderes sociales (el científico tecnológico en este caso).

A mi modo de ver, el ser humano se vuelve un simple objeto cuando es considerado como un mero elemento o variable que interactúa con el sistema informático y estos últimos se diseñan sin que –aunque sea mínimamente- se tomen en cuenta sus intereses y el desarrollo de su personalidad.

El núcleo de la dignidad humana se ve conculcado si se “obliga” al individuo a vivir en una sociedad tecnificada y a tener que “relacionarse” con sistemas expertos/informáticos respecto de los cuales no posee una mínima información sobre su funcionamiento sin considerar sus intereses, sus dificultades o necesidades. Serán las circunstancias del caso las que determinarán cuándo la persona se encuentra sometida a un trato que pone en tela de juicio su calidad misma de sujeto o produce una desvalorización arbitraria de su persona.

Se atribuye al ser humano un derecho a ser respetado y valorado; que resiste la idea de que él pueda ser tomado sólo como un objeto de regulación, un simple componente o una variable mas de los sistemas expertos/informáticos que imperan en la sociedad.

Sería incompatible con la dignidad humana que los desarrollos científicos-tecnológicos continúen su camino sin tomar en cuenta los intereses de los seres humanos que integran las sociedades de las ciencias y las técnicas. Si un sistema informático toma sólo en cuenta los intereses económicos, sociales y políticos de determinados grupos, pero olvida considerar el interés de los usuarios y de todos aquellos a quienes el sistema puede afectar, no puede merecer –en tales condiciones- la protección del Derecho.

Sería incompatible con los postulados del Estado Constitucional de Derecho que los poderes privados pudieran diseñar la arquitectura del Tercer Entorno, regular las conductas de los seres humanos y condicionar el ejercicio de las actividades que allí se desarrollan sin brindar informaciones mínimas y otorgar ciertos derechos a los potenciales usuarios.

## **VI.- Orden público y principio protectorio**

Así las cosas, y luego de haber estudiado las principales características que se presentan en el Tercer Entorno, es posible verificar la existencia de un supuesto de hecho (poder regulador del *Código Informático*, situación de vulnerabilidad de los individuos, posibilidad de afectar libertades básicas) que amerita la protección del Derecho.

Históricamente, los hechos que generaban desigualdades sociales -tanto en el seno de la comunidad como en las relaciones jurídicas- fueron objeto de estudio de la sociología, pero no eran mayormente consideradas en el ámbito del Derecho. Afortunadamente, de un tiempo a esta parte, esto comenzó a cambiar y ahora el mundo jurídico presta especial atención a las desigualdades sociales, especialmente a través de la incorporación de normas de orden público.

La función del orden público -no está de más recordarlo- consiste en restablecer el equilibrio en aquellos supuestos en donde es posible verificar desigualdades de magnitud. En nuestro caso, el orden público será necesario para restablecer ciertas libertades que el Segundo Entorno (ciudad) garantizaba a los individuos, pero que por las especiales características del Tercer Entorno parecen correr cierto riesgo en las sociedades actuales.

Antes de proseguir, resulta imprescindible remarcar -siguiendo a Lorenzetti- que los criterios para basar el principio protectorio han venido cambiando en los últimos tiempos, y siempre ello ha ocurrido en un sentido expansivo.

En relación a este tema, el jurista santafesino sostiene que el Derecho del Consumidor es un aspecto más de la protección del individuo; y que -últimamente- se ha podido constatar una expansión del principio protectorio, que tiende ahora a basarse en criterios más amplios: el individuo particular<sup>555</sup>, el individuo no profesional<sup>556</sup> y la persona. En

---

<sup>555</sup> Con la noción de "individuo particular" -agrega Lorenzetti- se supera la noción de consumo y se la sustituye por la de calidad de vida (LORENZETTI, Ricardo; *Consumidores - 2da. Edición actualizada*, pág. 18).



relación a este último criterio, sostiene que la protección pone especial énfasis “en el estatuto de la persona” y se entiende –entre otras cuestiones- que “...las relaciones jurídicas no pueden constituirse en un modo de restricción de aspectos esenciales de la autonomía personal”.<sup>557</sup>

En otro interesante y reciente trabajo, el integrante del nuestro Máximo Tribunal Nacional hace referencia a la evolución que en los últimos tiempos ha habido en cuanto a la conceptualización del derecho a la privacidad, tema sobre el cual me parece oportuno detenerme por su estrecha vinculación con la problemática de esta tesis.

En relación a ello, remarca Lorenzetti que si bien la privacidad puede ser concebida como un derecho a estar solo (del cual se deduce que todas las acciones que se realicen en ese ámbito están exentas de la acción de los magistrados –art. 19, C.N-); en la actualidad

[...] esta regla es interpretada de un modo más extenso, adaptado a las sociedades multiculturales, de modo tal que lo protegido es la libertad personal, el proyecto de vida, la concepción que cada uno tiene de la “buena vida”, sea que la ejerza dentro o fuera de su casa. Existe entonces un ámbito donde las personas pueden tomar decisiones vinculadas a su proyecto de vida que goza de tutela jurídica.<sup>558</sup>

Así como se despliega el principio protectorio en el ámbito laboral (mediante la imposición -por parte del Legislador- de determinadas obligaciones a los contratos que celebran empleadores y trabajadores), o al igual que aquellas Constituciones y leyes especiales que consagran un orden público económico; creo que ha llegado el momento de pensar qué principios y derechos pueden amparar al individuo situado frente a los sistemas tecnológicos; puesto que desde hace tiempo resulta indudable que estos últimos han comenzado a influir, condicionar, limitar e inducir sus conductas de un modo sumamente sutil, pero en forma permanente y sostenida.

---

<sup>556</sup> El criterio del individuo no profesional es seguido por numerosas definiciones actuales del consumidor y “...parte del supuesto de que la relación experto y profano produce una asimetría en el nivel de conocimientos que justifica la protección” (*ibidem*)

<sup>557</sup> LORENZETTI, Ricardo; *Consumidores...cit.*, pág. 19).

<sup>558</sup> LORENZETTI, Ricardo; *La decisión judicial en casos constitucionales*; La Ley, diario del 01.11.2010..

Desde mi punto de vista, y continuando con esta evolución del principio protectorio a la que se ha hecho referencia, es necesario que el Derecho preste hoy especial atención a la situación de vulnerabilidad en que se encuentra el individuo en las modernas sociedades de las ciencias y las técnicas, especialmente en lo que respecta al ejercicio de sus derechos y el desarrollo de sus libertades cuando está en contacto con sistemas expertos/informáticos.

Considero conveniente comenzar a pensar en un orden público que elabore un principio protectorio del individuo que le garantice un piso mínimo inderogable de derechos, en los cuales pueda apoyarse al momento de desarrollar sus actividades en el Tercer Entorno.

Es evidente que las libertades constitucionales que garantizan las actividades de los titulares de los sistemas informáticos no pueden ser ejercidas sin un contralor mínimo, puesto que ello conduce a situaciones en las que el usuario del sistema se vuelve extremadamente vulnerable y los riesgos de abusos por parte de los diseñadores de los sistemas se incrementa notoriamente.

Es por ello que el Estado debe establecer normas que consagren un orden público tecnológico, el cual funcionará –según las circunstancias de cada caso concreto- como un importante contrapeso del poder informático que detentan quienes diseñan el Tercer entorno.

### ***VII.- El Estado Constitucional de Derecho y los poderes sociales***

En primer lugar, resulta necesario poner de relieve las relaciones de poder que se establecen entre quienes son titulares de los sistemas y entornos informáticos, por un lado, y los usuarios que los utilizan para realizar alguna actividad, por el otro.

Los “Señores del Aire y de las Redes” –tal como Echeverría denomina a las empresas transnacionales que dominan el mercado de las TIC- han asumido funciones de extrema importancia en el nuevo espacio social por cuanto están en condiciones de “...controlar la conexión, el acceso, la distribución, la búsqueda, la organización y el almacenamiento de los

productos y contenidos electrónicos, logrando con ello grandes beneficios económicos y un considerable poder en la sociedad de la información”.

Es necesario diluir ese poder tecnológico, evitar su concentración y los riesgos de abusos. Allí donde hay un poder y una posible utilización abusiva debe haber un control. En una verdadera República todo poder debe tener su contrapeso y es por ello que se torna necesario reequilibrar la relación de poderes en el ámbito de las sociedades tecnológicas.

El Derecho –y específicamente el Derecho Constitucional- debe sentar los pilares para favorecer el desarrollo de un verdadero contrapoder en cabeza de los usuarios de los sistemas informáticos.

Esto es así, a mi juicio, por cuanto se encuentra en juego un principio básico inspirador del pensamiento democrático que es la libertad entendida como autonomía; esto es, la capacidad de todos y cada uno de los individuos de darse sus propias normas y someterse a la regulación de ellas en busca de la paz social.

En efecto, resulta evidente que el *Código Informático* regula las conductas de los entornos digitales, las restringe, facilita, condiciona o induce según lo decide el “arquitecto” que diseña el sistema; y si todo ello se realiza prescindiendo de los intereses de los individuos involucrados y sin brindarles mínima información, es obvio que sus libertades democráticas básicas se encuentran amenazadas.

No parece aventurado afirmar que vamos camino a sociedades caracterizadas por una creciente cantidad de relaciones individuos-sistemas informáticos, y que al mismo tiempo aumentarán considerablemente los vínculos individuo-individuo que se encontrarán mediatizados o intermediados por diversos dispositivos electrónicos.

Ello evidencia que si el Tercer Entorno continúa desarrollándose como hasta ahora, de manera extremadamente compleja e inextricable para el ciudadano común, el accionar del hombre frente a tales sistemas o al utilizar dichos dispositivos para comunicarse e interrelacionarse con sus pares se encontrará fuertemente condicionado –es decir, regulado- por quienes diseñaron, configuraron e implementaron la arquitectura tecnológica de tales sistemas y dispositivos.

En suma, así como en el ámbito de los estudios sobre Ciencia, Tecnología y Sociedad se presta especial atención a las circunstancias que condicionan al individuo que integra la *sociedad de las ciencias y las técnicas*; aquí sostengo –en clara sintonía con aquello– que las características del Tercer Entorno (es decir la arquitectura que alguien decidió al momento de diseñar el hardware o el software de un sistema informático) constituyen un aspecto importante de las relaciones sociales y pueden afectar la calidad de vida y la autonomía personal de los individuos de las sociedades tecnológicas. Así las cosas, esta situación de vulnerabilidad merece una especial atención por parte del Derecho moderno.

### ***VIII.- Las respuestas del Derecho frente a situaciones de vulnerabilidad***

En efecto, existe una nueva situación de vulnerabilidad que –a mi modo de ver– no encuentra una respuesta integral y completamente satisfactoria en el marco de las herramientas jurídicas que actualmente conocemos.

En tal sentido, cabe señalar que a pesar de las similitudes existentes con determinadas problemáticas que en los últimos tiempos se le han planteado al Derecho (vgr. Derecho del Consumidor, Derecho Ambiental y el Derecho a la Protección de Datos Personales), las cuestiones bajo análisis presentan también profundas diferencias; las que a continuación sintéticamente mencionaré.

Todo ello, con el propósito de demostrar que nos encontramos ante la necesidad de elaborar nuevos principios y/o derechos que –desde el paradigma protectorio de la parte débil–, brinden respuestas suficientes a esta persona física que cada vez con mayor frecuencia –en forma mas o menos voluntaria según el caso– se encuentra condicionada, restringida y cercenada por un nuevo y poderoso regulador de conductas humanas, que parece querer escapar de la tradición democrática y las reglas del Derecho que el hombre ha venido construyendo desde hace siglos.

En suma, si bien hoy contamos con algunas herramientas jurídicas que –con algunas limitaciones– podrían ser utilizadas para abordar

las problemáticas que se han descrito a lo largo de este trabajo, considero que nos encontramos frente a un supuesto distinto, con aristas propias y características particulares, que nos exige agudizar nuestro ingenio y aportar una cuota de innovación.

En función de ello, comenzaré a describir las similitudes y diferencias que –desde mi punto de vista- es posible constatar entre la temática bajo análisis y las otras disciplinas que antes he mencionado, para luego de ello continuar avanzando en la búsqueda de un nuevo principio protectorio que se ocupe de las vulnerabilidades de los usuarios de los sistemas informáticos.

### ***a) Derecho del Consumidor***

Resulta evidente que las cuestiones que vengo planteando a lo largo de este trabajo guardan una estrecha relación con la problemática de los usuarios y consumidores en el ámbito del comercio electrónico y la economía digital. Tan es así que -en un primer análisis- podría naturalmente pensarse que el abordaje se debería realizar desde el Derecho del Consumidor, recurriendo a los institutos y herramientas allí disponibles.

No obstante ello, si observamos el tema con mayor detenimiento, es posible advertir que la cuestión central de la problemática –esto es, las libertades del individuo en relación a los sistemas expertos/informáticos- se nos presenta independientemente de la existencia del “mercado” (en tanto construcción económico-social-jurídica en la que se intercambian bienes y servicios) y mas allá de que estemos o no frente a una “relación de consumo”.

Y es que –como claramente lo explica Lorenzetti- para que se aplique el microsistema del Derecho del Consumidor es necesaria la presencia de ese “elemento activante” que es la “relación de consumo”, cuya conceptualización está sujeta –en nuestro sistema jurídico- a una definición normativa, razón por la cual depende, en gran medida, de la extensión que quiera asignarle el legislador.

De ahí que, a pesar de la amplitud (excesiva para algunos autores) con que la ley 24.240 en su redacción actual define la *noción de consumidor*

y lo que se entiende por *relación de consumo*, creo que la esencia de la temática bajo estudio determina que no se la pueda ubicar dentro del microsistema del consumidor puesto que aquí la cuestión medular gira en derredor del *Código Informático* como regulador de conductas humanas. La problemática central está dada por las modalidades con que se configuran los entornos o ambientes digitales en que el individuo ejercita sus derechos y desarrolla sus libertades, independientemente de toda noción de “consumidor” y/o “relación de consumo”.

Además, no debe pasarse por alto que el Derecho del Consumidor es concebido como un subsistema protectorio, y que actualmente comienzan a emerger nuevos principios protectorios que exceden la noción de consumidor y la relación de consumo.

En la sustancia de lo que es necesario amparar está –a mi juicio– la necesidad de garantizar el pleno ejercicio de las libertades básicas del individuo en los ambientes digitales.

No obstante lo apuntado, también existen numerosas similitudes, partiendo de una que resulta esencial: así como el Derecho del consumidor tiene como finalidad tutelar la dignidad del individuo frente al mercado, este nuevo principio protectorio que aquí se intenta perfilar también busca rescatar la dignidad del ser humano frente a los sistemas informáticos.

Es por ello que utilizando el antiquísimo recurso de la analogía, es posible trasladar a nuestro tema determinados principios, institutos y categorías conceptuales del microsistema del consumidor; pero adaptándolos a las características de la problemática y –sobre todas las cosas– partiendo de la base de que estamos tutelando las libertades de los individuos en los entornos tecnológicos independientemente de toda noción de consumidor y/o relación de consumo.

En ese orden de ideas, cabe por ejemplo señalar que al referirse a la “vulnerabilidad en el comercio electrónico” Lorenzetti hace hincapié en las asimetrías que se presentan en el campo de la economía digital y de la información; y sostiene que cuando el consumidor se enfrenta a productos que están “constituidos por información” se instaura una importante diferencia cualitativa en la relación con el proveedor.

Entre las principales características que posee un producto “constituido por información”, este autor señala que los bienes y servicios de tal naturaleza son:

a) intangibles: son renuentes a la comprobación empírica que el consumidor está acostumbrado a efectuar como prueba de fiabilidad;

b) herméticos: en el sentido de que presenta una ajenidad respecto de la posibilidad de conocerlo en base al grado de conocimiento que ya se tiene respecto a otros productos;

c) cambiantes y flexibles, y, por lo tanto, de poco sirve la experiencia anterior.

d) están insertos en un sistema de relaciones complejo, puesto que presenta múltiples interacciones con otros sujetos u otras partes.<sup>559</sup>

A mi entender, las citadas características de los bienes y servicios constituidos por información son perfectamente aplicables al *Código Informático* en cuanto regulador de conductas humanas. Por ello es que – completando las ideas esbozadas por Lessig- es posible sostener que el Código Informático también se nos presenta como un regulador intangible, hermético, cambiante y flexible que se encuentra inserto en un complejo sistema de relaciones con otros reguladores.

### ***b) Derecho Ambiental***

En lo que respecta a esta disciplina, cabe ahora recordar –en sintonía con lo que hemos visto en el Capítulo 6, Sección III- que el concepto de medio ambiente es susceptible de ser interpretado con mayor o menor amplitud; y que es posible encontrar un abanico de posiciones que van desde las más restrictivas (en las que sólo se incluyen los bienes naturales) hasta aquellas otras que incorporan además problemas de política social, como la pobreza, la vivienda y la calidad de vida en general.

El concepto de calidad de vida –sostuve en el citado capítulo siguiendo a Lorenzetti- comprende el conjunto de cosas y circunstancias que rodean y condicionan la vida del hombre.

---

<sup>559</sup> LORENZETTI, Ricardo, *Comercio Electrónico...cit.*, pág. 221.

A partir de allí, si tomamos en cuenta que el artículo 41 de la Constitución Nacional se inclina por la tesis amplia y si reconocemos que el objetivo fundamental de la normativa ambiental es lograr y mantener la calidad de vida; es posible válidamente concluir que las características modalidades, el diseño y la arquitectura del Tercer Entorno son cuestiones esenciales que podrían ser abordadas desde el Derecho Ambiental en tanto constituyen –como reiteradamente he señalado– circunstancias que condicionan, en forma casi invisible pero con extraordinaria fuerza, las libertades del individuo en el *medio ambiente digital*.

Entiendo que la preservación del ambiente –en su dimensión natural- reviste una importancia decisiva en la actualidad, pero no por ello hay que dejar de prestar atención al ambiente en su dimensión cultural; es decir aquel que es creado por el hombre, el lugar en el que el ser humano desarrolla sus actividades. Este ambiente cultural es de una importancia fundamental, puesto que es en él donde el individuo interactúa con sus pares, donde desarrolla su vida en sociedad y entabla las relaciones humanas.

A pesar de ello, creo que no es posible –en las actuales circunstancias- estudiar los temas abordados en esta tesis dentro del Derecho Ambiental, fundamentalmente debido a que:

a) la mayoría de los desarrollos doctrinarios que se efectúan en la materia hacen referencia a cuestiones relacionadas con los recursos naturales y la salud humana; observándose que las referencias al derecho humano a un ambiente sano y a un desarrollo sustentable acaparan casi toda la atención;

b) se habla frecuentemente de los daños irreversibles y de su imposible o insuficiente reparación posterior, cuestiones que no necesariamente se observan en el ámbito de los entornos digitales que crean las TIC;

c) finalmente, resta señalar que otras dos cuestiones esenciales del derecho ambiental como la escasez de recursos naturales y los daños que comprometen a generaciones futuras tampoco tienen mayor incidencia en nuestro tema.



### **c) Derecho a la protección de datos personales**

Resulta evidente que, al incluir la figura del comúnmente denominado “*habeas data*” en nuestra Carta Fundamental, el Constituyente de 1994 tuvo como principal objetivo incrementar la protección constitucional de los individuos “registrados” en bases de datos personales, al advertir la situación de vulnerabilidad en que la que se encuentran frente a quienes se dedican a la realización de actividades informáticas de procesamiento de datos personales.

Con buen criterio, y siguiendo las tendencias de países más avanzados en la materia, se advirtió que si bien la actividad de los productores, gestores y distribuidores de datos personales se realizaba en ejercicio de expresas libertades constitucionales (libertad de comercio, derecho de propiedad, derecho al trabajo y a ejercer toda industria lícita, etc.); no debía pasarse por alto que –en muchos casos- el tratamiento de la información personal podía traer aparejados numerosos efectos perjudiciales; y fue en función de ello que el Constituyente consideró necesario mirar con especial atención la situación de aquellas personas cuyos datos eran objeto de tratamiento por parte de los sistemas informáticos.

Fue así que en oportunidad de aquella reforma constitucional, se decidió reequilibrar el balance existente entre el excesivo poder de quienes desarrollan actividades de procesamiento de información y la situación de especial vulnerabilidad de los titulares de los datos personales. Como sintética y claramente lo remarca Sagües, este *derecho a la protección de datos personales* “...pretende dar una respuesta transaccional a los derechos constitucionales de “registrantes” y “registrados””.

El desarrollo precedente nos demuestra que es posible trazar una cierta relación analógica entre el nacimiento del derecho a la protección de datos personales y el objeto de estudio de esta tesis.

En efecto, así como el núcleo del *habeas data* se centra en garantizar la libertad del individuo frente al procesamiento de datos personales, en este nuevo derecho que aquí propongo ir estudiando es necesario tutelar las libertades individuales frente a la regulación de

conductas que realizan los arquitectos que diseñan los innumerables sistemas informáticos que integran el Tercer Entorno.

Entiendo que ese mismo poder de control que se otorga al individuo frente al tratamiento que se realiza de sus datos personales, también se le debe acordar en relación a los sistemas informáticos, garantizándole la posibilidad de llevar a cabo tareas de contralor sobre el diseño de los mismos.

En ese orden de ideas, cabe recordar que cuando nacía el *habeas data* en nuestro país, Santos Cifuentes sostenía que “le ha llegado el turno a los datos personales. (...) Que se levanta aquí un nuevo derecho dentro del área de la integridad espiritual, (...) como derecho no enunciado (art. 33) que deriva del valor dignidad”; y luego de reconocer al *derecho a la protección de datos personales* como un derecho personalísimo nuevo, destacaba que “...aún forzando la estructura clásica de las figuras conocidas, viene a ser legítimo arribar a metas de clara raigambre proteccional de este desvalido ser humano individual de la hora actual”.<sup>560</sup>

Por todo ello, y aún cuando la situación de vulnerabilidad que estudiamos en esta tesis se produce independientemente de que los sistemas informáticos procesen o no datos personales de los individuos regulados; cabe analógicamente sostener que este nuevo derecho que a continuación se intentará perfilar también emerge dentro de área de la integridad espiritual, deriva del valor dignidad y tiene un claro objetivo que resulta semejante: tutelar a este desvalido ser humano *situado* frente a los entornos digitales que predominan en las sociedades modernas.

---

<sup>560</sup> CIFUENTES, Santos; *Los datos personales...cit.*, pág. 836.

## SECCIÓN II

### UNA NUEVA ARISTA DEL PRINCIPIO PROTECTORIO DEL INDIVIDUO PARTICULAR

*“A medida que la vida se traslade a la Red, una porción cada vez mayor de ella se regulará por medio del diseño deliberado del espacio donde dicha vida transcurre. Esto no es necesariamente algo malo. [...] Ahora bien, esta regulación invasiva a través del código tampoco es benigna, porque, debido a su modo de funcionar, puede interferir con el proceso democrático ordinario mediante el cual exigimos responsabilidades a nuestros legisladores”.*<sup>561</sup>

#### ***I.- Nociones preliminares***

Llegando así a la parte final de este trabajo, es tiempo de exponer mi tesis sobre la situación problemática que esta investigación se propuso abordar.

Luego del desarrollo efectuado a lo largo de estas páginas, he arribado a la conclusión de que, en las actuales sociedades tecnológicas, el individuo medio –el ser humano “de a pie”, como suele decirse,- aún cuando recibe innumerables beneficios gracias a la utilización de las TIC, también corre importantes riesgos que lo colocan en un situación de especial vulnerabilidad.

Los argumentos que se han brindado anteriormente, resultan a mi entender suficientes para concluir que la situación de desprotección del individuo particular *situado* frente a los sistemas informáticos con los que necesariamente debe interactuar a diario; no puede ser satisfactoriamente abordada desde el Derecho del Consumidor, el Derecho Ambiental, ni el mas moderno Derecho a la protección de los Datos Personales.

Pero así como sostengo con firmeza ese punto de vista; también entiendo que es necesario apoyarse en dichas disciplinas a fin de tomar de allí distintos conceptos e institutos porque ellos resultan de suma utilidad.

---

<sup>561</sup> LESSIG, Lawrence; *El Código 2.0*, Edición e introducción de Florencio Cabello, Traficantes de Sueños, Madrid, 2009, pág. 231, disponible en: [http://www.traficantes.net/index.php/editorial/catalogo/coleccion\\_mapas/el\\_codigo\\_2\\_0](http://www.traficantes.net/index.php/editorial/catalogo/coleccion_mapas/el_codigo_2_0). (Edición original: The Code versión 2.0, Cambridge, Basic Books, 2006).

En efecto, creo que a partir de los textos normativos (constitucionales y legales) y los ricos desarrollos jurisprudenciales y doctrinarios que ha habido en aquellas disciplinas, es posible ir construyendo y perfilando un nuevo principio general que se erija como una garantía individual frente a la situación de vulnerabilidad de los seres humanos que viven en las *sociedades de las ciencias y las técnicas* –como bien las define Hermitte-; quienes se encuentran fuertemente regulados, condicionados e inducidos por diversos sistemas informáticos.

Así las cosas, cabe reafirmar que aún cuando algunas cuestiones puntuales de la situación de vulnerabilidad del individuo regulado por los sistemas informáticos, podrían ser solucionadas recurriendo a institutos y herramientas elaboradas en el ámbito del Derecho del Consumidor, el Derecho Ambiental o el Derecho a la protección de los Datos Personales, considero que la esencia y el fundamento último de lo que se quiere tutelar tornan necesario el reconocimiento de un nuevo principio y derechos fundamentales relacionados con las tecnologías digitales, derivados del principio protectorio del individuo particular, en consonancia con la evolución que éste viene experimentando en los últimos tiempos.

De un tiempo a esta parte, se han ido elaborando principios protectorios que exceden la noción de consumidor y de consumo y se apoyan en el individuo particular, en la persona física; y es ésta la que hoy necesita de una especial tutela cuando interactúa con sistemas informáticos.

Actualmente, la mayoría de los individuos desarrolla sus principales actividades (estudio, trabajo, ocio, expresión, comunicación, etc.) en el Tercer Entorno. Así, este Tercer Entorno del que nos habla Echeverría, se nos presenta como un *ambiente cultural* de fundamental importancia, puesto que es en él donde el individuo interactúa con sus pares y donde desarrolla su vida en sociedad.

Este individuo que hoy está permanente e inevitablemente *situado* frente a dispositivos tecnológicos, sistemas informáticos y redes interconectadas, es extremadamente vulnerable y necesita la protección del Derecho. No hay dudas de que se encuentra sumamente desprotegido frente

a quienes detentan el poder de construir y manejar los recursos informáticos, los sistemas expertos y el diseño de tales entornos digitales.

En las actuales circunstancias –y tal como ocurriera hace un tiempo con el Derecho a la protección de los Datos Personales- entiendo necesario ir delineando un nuevo derecho que brinde adecuada tutela a los individuos que desenvuelven sus actividades sociales, laborales, culturales, económicas, etc., en el marco de entornos digitales, dominados por dispositivos tecnológicos que procesan información y sistemas informáticos con redes que los interconectan.

Es necesario garantizar el pleno ejercicio de libertades básicas del individuo que anteriormente –en el Primer y Segundo Entorno (naturaleza y ciudad)- se encontraban medianamente garantizadas, a fin de que el ser humano pueda ejercitar las conductas propias de las relaciones sociales con pleno conocimiento de las condiciones en que desenvuelve sus actividades.

Metafóricamente, podría decirse que lo importante sería garantizar que el individuo pueda “caminar” por los sitios de los entornos digitales, “viendo” por donde transita, con una arquitectura transparente, sin obstáculos sorpresivos o escollos impensados que dificulten su tarea; sin paredes “invisibles” con las cuales se pueda chocar; sin temores e inseguridades por “derrumbes” de arquitecturas defectuosas, etc.

Es cierto que hoy en día no se advierte una gran preocupación social en relación a la problemática que aquí se plantea –como sí se observa en materia ambiental y en el ámbito de los consumidores-; pero está claro que ello no puede ser óbice para que el Derecho la aborde en búsqueda de soluciones. Y ello es así, por cuanto es ésa una de las funciones que debe cumplir del Derecho dentro del rol social que modernamente se le asigna, entrar en dialogo e interactuar con los restantes estamentos e instituciones sociales a fin de debatir problemas de incumbencias mutuas.

En tal sentido, cabe establecer una analogía con lo que ocurrió con el *derecho a la protección de datos personales*, el cual obtuvo en primer lugar un reconocimiento en el plano jurídico (la famosa sentencia del Tribunal Constitucional Alemán sobre la Ley de Censos) y recién tiempo después el tema comenzó a instalarse como una verdadera preocupación social.

## **II.- Principio de autodeterminación y protección de las libertades individuales en los entornos digitales**

Así las cosas, es posible advertir que la mayor parte de las conductas humanas comienzan a desarrollarse en un nuevo espacio social; caracterizado por el predominio de reglas técnicas que están en condiciones de regular de modo escasamente perceptible –pero con extraordinaria efectividad–, el desarrollo de las actividades sociales que se llevan a cabo en el entorno digital.

En este nuevo ambiente social –el Tercer Entorno en palabras de Echeverría– aparece en escena el *Código Informático* como un poderoso, y silencioso, regulador de conductas humanas.

Frente a la irrupción de esta nueva modalidad de regulación de naturaleza fáctica característica del Tercer Entorno, este trabajo de tesis se propuso estudiar puntualmente de qué modo esa problemática específica podía repercutir en el ámbito de las libertades individuales. Desde el inicio, las hipótesis de investigación hacían referencia a la necesidad de limitar la posibilidad de diseñar libremente las reglas técnicas, como el fin de garantizar que el desempeño de los individuos en los entornos digitales no se realice a costa de tales libertades o atente con la dignidad del ser humano.

Como resultado de la tarea emprendida, ha quedado evidenciado que el individuo situado en los ambientes digitales se encuentra en una situación de especial vulnerabilidad; problemática que –desde mi punto de vista– no encuentra una respuesta integral y completamente satisfactoria en el marco de las herramientas jurídicas que conocemos.

En ese orden de ideas, la tesis principal de esta investigación sostiene que estamos ante la necesidad de elaborar nuevos derechos y/o principios jurídicos que –desde el paradigma protectorio de la parte débil– brinden suficiente respuesta a los individuos cuyas libertades se encuentran amenazadas por este nuevo regulador de conductas humanas llamado *Código Informático*.

Entiendo que, en el ámbito de las tecnologías digitales, es necesario fijar principios y reglas institucionales que establezcan un entorno

limitativo dentro del cual pueda desplegarse la libertad de mercado; debemos pensar normas que consagren un orden público tecnológico, que funcionen como contrapeso del poder informático que poseen quienes diseñan los sistemas informáticos del Tercer Entorno. El Derecho –y especialmente el Derecho Constitucional- debe sentar los pilares que permitan el desarrollo de un verdadero contrapoder en cabeza de los usuarios de los sistemas informáticos.

En la búsqueda de herramientas para dar respuestas a este individuo en situación de vulnerabilidad, mi tesis central sostiene que resulta necesario comenzar a perfilar **un nuevo principio general que, partiendo de la dignidad humana, garantice a los individuos la posibilidad de decidir determinadas cuestiones básicas relacionadas con el diseño y las modalidades de los entornos digitales a fin de proteger la efectiva vigencia de las libertades esenciales en dichos entornos, evitando que ellas se vean restringidas, condicionadas y/o amenazadas -en forma directa o indirecta- a partir de la utilización de las tecnologías digitales.**

En cuanto a la naturaleza de esta nueva categoría jurídica, considero pertinente trazar un paralelo con lo que sostiene Andorno<sup>562</sup> en relación al principio de precaución nacido en el ámbito del Derecho Ambiental; y a partir de allí concibo a este *principio de autodeterminación y protección de las libertades individuales* como un principio de carecer político y jurídico.

En efecto, desde mi punto de vista se trata de un principio político en el sentido de que debe guiar la acción estatal con el propósito de garantizar la protección de las libertades del individuo y su dignidad en los entornos digitales; y al mismo tiempo es jurídico, en cuanto debe ser consagrado normativamente (sea a nivel constitucional o infraconstitucional) a fin de poder desplegar su utilidad a la hora de resolver los conflictos sociales en los que resultaría aplicable.

A mi modo de ver, este principio debe ser entendido como una regla flexible aplicable en todas aquellas situaciones de vulnerabilidad

---

<sup>562</sup> Vid. Capítulo 6, Sección III, punto VI, y el trabajo de este autor allí citado.

existentes en los ambientes digitales, que estén relacionadas con el diseño de los sistemas informáticos, y es por ello que cabría otorgarle el valor correspondiente a un estándar jurídico.

Esto significa -como dice Andorno en el trabajo citado- que “...se trata de un criterio orientador de la voluntad decisoria”, cuyo sentido concreto se determinaría en cada caso, para responder a problemas específicos, de similar naturaleza a los que se ha brevemente descrito en el Capítulo 4 de este trabajo.

Es necesario formular este estándar, pero al mismo tiempo reconocerle un amplio margen de flexibilidad en cuanto a las medidas específicas a adoptar; y a partir de esta concepción como regla flexible no resultaría útil establecer un catálogo rígido de derechos que se derivarían de él, sino mas bien correspondería admitir que el curso de las acciones a seguir dependerá de las circunstancias de los casos concretos que se planteen.

Este principio general nace de la necesidad de implementar normas de orden público tecnológico y tiene por finalidad garantizar la subsistencia de ciertas libertades individuales cuya efectiva vigencia puede encontrarse amenazada por el contexto tecnológico.

Es así que viene a funcionar como un importante contrapeso del poder informático que poseen los “arquitectos” del Tercer Entorno, toda vez que a partir del mismo los individuos podrán contar con un piso mínimo inderogable de derechos en los que podrán apoyarse al desarrollar sus actividades en los ambientes digitales.

### ***III.- Fundamentos***

Desde mi punto de vista, es posible fundamentar la necesidad de este nuevo principio protectorio tomando como base argumentos de distinta índole.

En primer lugar, es posible justificar la existencia de este nuevo principio general a partir del conocido principio republicano que sostiene que allí donde hay un poder debe preverse un mecanismo de contralor como



necesario contrapeso y con el propósito de evitar posibles ejercicios abusivos del mismo.

En segundo lugar –y en estrecha relación con ello- cabe también señalar que al actuar el *Código Informático* como un eficaz regulador de conductas humanas, también es posible fundamentar el contenido del derecho que aquí se propone a partir de uno de los postulados básicos del pensamiento democrático: la libertad del individuo entendida como la capacidad de darse sus propias normas, la facultad de autorregularse.

Otro de los argumentos que permite sustentar este principio de *autodeterminación y protección de las libertades individuales en los entornos digitales* se encuentra directamente relacionado con el ejercicio de todas aquellas libertades constitucionales (de información, de expresión, de locomoción, etc.). Ello así, por cuanto resulta evidente que si el Derecho está interesado en garantizar el pleno desarrollo de dichas libertades, también debe posibilitar que su titular pueda verificar si se encuentran dadas las condiciones para ejercitarlas con total amplitud, y sin otras restricciones mas allá de las que imponen las leyes aplicables.

Para decirlo en términos más sencillos: tomando en cuenta que las características del Tercer Entorno (es decir, la arquitectura del código técnico de los sistemas informáticos) poseen una innegable aptitud para restringir, limitar y/o condicionar el ejercicio de todas aquellas libertades que allí pueden desplegarse, es necesario garantizar que el individuo pueda ejercitarlas de un modo similar al que lo hacía en el contexto de los otros entornos (naturaleza y ciudad).

No descarto que -a esta altura del trabajo-, algún lector aún considere que mi propuesta resulta un tanto descabellada, excesivamente intervencionista y limitativa de ciertas libertades constitucionales; y es por ello que me parece oportuno traer a colación algunas situaciones que presentan aristas análogas con este derecho nuevo cuyo fundamento estoy tratando de desarrollar.

Si en el ámbito del derecho laboral el trabajador pudo hace tiempo hacer oír su voz frente a los titulares de los medios de producción y logró que los empleadores deban garantizarles condiciones dignas y equitativas de

labor; por qué el individuo de las sociedades técnicas que debe desarrollar sus actividades sociales en el Tercer Entorno no puede exigir que en este *espacio virtual* en el que debe actuar se respeten determinados parámetros mínimos a fin de evitar que sus derechos de libertad sean vulnerados.

Si en los últimos tiempos los usuarios y consumidores fueron incrementando notoriamente sus derechos frente a los proveedores de bienes y servicios y en la actualidad se busca garantizar su dignidad frente al mercado del consumo; cuál sería el motivo por el cual el Derecho no podría instalar el debate sobre la dignidad del ser humano frente a los sistemas informáticos.

Si a pesar de no existir un derecho específico en la Ley Fundamental, el Tribunal Constitucional Alemán dio vida, hace unos cuantos años, a un nuevo derecho que consagró la facultad del individuo de decidir por sí mismo cuándo y dentro de qué límites se pueden procesar datos referidos a su persona; por qué en la actualidad no podemos ir pensando herramientas jurídicas que permitan garantizar el desarrollo básico de la personalidad y la continuidad de las libertades básicas en los entornos digitales. Por qué no pensar en la necesidad de formular un nuevo derecho que –partiendo de la dignidad humana– otorgue facultades al individuo para obtener información básica sobre la arquitectura tecnológica, y luego de conocer las reglas técnicas de los entornos digitales, le permita la posibilidad de controlar la forma y el modo en que están diseñados los sistemas informáticos.

Si en el Derecho Ambiental ya se admite –desde las posiciones mas amplias– que el *ambiente* debe ser entendido como el medio natural y cultural en que el hombre se desenvuelve y se reconocen al ser humano cada vez mayores derechos con el propósito de garantizar no sólo su salud, sino también una mayor calidad de vida, porqué no podemos reflexionar sobre la calidad de vida del individuo en el ambiente digital.

A mayor abundamiento, y en similar orientación, también es posible encontrar otro fundamento de gran importancia en antecedentes jurídicos muchos más remotos: el ejercicio del poder de policía por parte del Estado, en su carácter de autoridad administrativa.

En efecto, entiendo que la situación que se presenta en el Tercer Entorno resulta evidentemente análoga a la que ocurre en el mundo real, en donde se encuentra normalmente aceptado que el Estado puede imponer importantes limitaciones al derecho de dominio. El poder estatal –por distintos motivos y finalidades- impone precisas restricciones a la libertad de diseñar y construir los espacios de un entorno material.

Aún cuando existe un fuerte reconocimiento constitucional de los derechos que poseen los propietarios de un bien inmueble, ellos no pueden decidir libre y discrecionalmente cuando, qué y de qué modo edificar y construir un determinado entorno material (vivienda, comercio, etc.). Existen disposiciones que exigen la tramitación de autorizaciones, la intervención de profesionales debidamente matriculados, la presentación de planos, y la acreditación de requisitos específicos según la finalidad de la construcción, entre otras cosas.

Además de ello, existe un elemento de gran importancia que, si se analiza detenidamente, refuerza aún más este argumento que se viene desarrollando en cuanto a la analogía que existe entre la regulación del entorno material y la del Tercer Entorno: la escasa transparencia que se presenta en este último.

Ello así, por cuanto resulta innegable que la naturaleza de la arquitectura de los entornos digitales es –a diferencia de la arquitectura del mundo real- difícilmente perceptible para el ciudadano común. Un individuo del segundo entorno puede –sin mayores conocimientos, apelando a la percepción de los sentidos o bien tomando unos mínimos recaudos- conocer las características básicas del entorno en que se desenvuelve.

Para ejemplificar lo dicho, cabe destacar que, en el mundo real, un individuo puede establecer comparaciones entre el diseño de dos instituciones bancarias y saber cómo están diseñadas –tanto en la faz arquitectónica como en la organizacional- y a partir de dicho conocimiento puede realizar un juicio de valor sobre cuál de ellas cuenta con mayores niveles de seguridad, es más confiable o le brinda mayores comodidades para realizar sus operatorias.

Si un individuo tiene que realizar un pago, efectuar una transferencia o depositar objetos en una caja de seguridad, seguramente preferirá aquella institución bancaria que, según pudo percibir por sus sentidos, le brinda mayores garantías al respecto.

En el *Tercer Entorno*, en cambio, el diseño y la configuración de los sistemas informáticos es escasamente perceptible y no está al alcance del individuo medio comprender su estructura, comodidades, garantías de seguridad, etc.

#### **IV.- Condiciones**

Resulta imprescindible determinar y precisar debidamente cuáles serían las condiciones necesarias para la aplicabilidad de este principio, fundamentalmente con el propósito de aventar la posibilidad de incurrir en un empleo abusivo del mismo.

En esa inteligencia, es posible establecer algunas condiciones para su aplicabilidad:

a) en primer lugar, sería necesario constatar que una persona, en su desempeño frente a un sistema informático en un entorno digital, se encuentra en una situación de especial vulnerabilidad;

b) en segundo lugar, se debería comprobar que tal restricción a la libertad es una consecuencia directa e inmediata de la arquitectura con que se diseñó el hardware, software, o un sistema informático que forma parte del entorno digital en que se desenvuelve el individuo.

b) en tercer lugar, debería acreditarse que tal situación de vulnerabilidad restringe concreta y puntualmente algunas libertades y/o garantías del individuo; lo cual surgirá de la evaluación de las características y particularidades de cada caso concreto. Una pauta orientativa para evaluar tal situación consistiría en dilucidar si estamos frente a una restricción de una libertad que no se producía en el mundo real; o bien si tal afectación era de menor intensidad.

## **V.- Pilares esenciales**

En tren de esbozar el principio que aquí se propone, parece conveniente comenzar afirmando que *toda persona debería tener la posibilidad de conocer de qué modo y bajo qué condiciones desarrolla sus actividades en los entornos digitales; a cuyos fines puede obtener información completa, detallada y accesible sobre la arquitectura básica con que fue diseñado el hardware, software y los sistemas informáticos que constituyen aquellos entornos digitales en los que ella “habita”, “transita” y se “relaciona” con otros individuos.*

El fin principal de esta nueva herramienta jurídica consistiría en garantizar que ese “habitar”, “transitar” y “relacionarse” resulte cognoscible por el ser humano, y de ese modo tenga un completo conocimiento en cuanto a qué restricciones y/o condicionamientos deberá afrontar al desarrollar actividades que se realizan *a través de o en contacto con* tales sistemas informáticos.

Todo ello, con el objeto de que se protejan y garanticen las libertades individuales básicas, sobre todo aquellas libertades cuyo ejercicio no revestía problema alguno en el mundo real, pero sí presentan riesgos en el ambiente digital.

Antes de proseguir, cabe señalar que –a mi entender- este nuevo principio de naturaleza protectoria se debería asentar en algunos pilares esenciales, a saber:

**a) transparencia:** una de las bases en la que ha de asentarse este principio es, sin lugar a dudas, la transparencia; toda vez que resulta evidente que el diseño de un *Código Informático* será leal y respetuoso de la dignidad del individuo sólo si quien decidió tal construcción puede justificar que no ha ocultado deliberadamente aspectos esenciales que pudieran resultar de interés para los usuarios.

Esta necesidad de transparencia –lejos de pretender significar una intromisión en el ámbito de los secretos comerciales y/o los derechos intelectuales de los titulares de los *Códigos Informáticos*- no es más que un imperativo derivado de la lógica y el sentido común.

En efecto, si partimos de la base de reconocer que efectivamente el diseño del *Código Informático* es hoy un efectivo y poderoso regulador de conductas humanas, resultaría ilógico que en una sociedad democrática y republicana, los desarrolladores de hardware y software –verdaderos arquitectos de los entornos digitales- pretendieran ejercitar sus libertades sin ningún tipo de control y planificar, a su solo arbitrio, esas infraestructuras en las que “habita”, “transita” y se “relaciona” el ser humano de hoy.

Desde ningún punto de vista puede justificarse que los diseñadores de sistemas informáticos, utilizando nuevas posibilidades que brindan las herramientas técnicas –y aprovechándose del desconocimiento de los usuarios en tanto profanos en la materia- impongan restricciones y condicionen las actividades y libertades que ejercen los individuos en los entornos digitales; máxime en aquellos casos en que es posible verificar la existencia de restricciones y condicionamientos cuya viabilidad sólo resulta factible gracias a las posibilidades que brindan las nuevas tecnologías.

Es por ello que, como regla general, habría que partir de la base de considerar que quien desarrolla un entorno digital no puede ocultar el diseño del mismo. En tal sentido, cabe señalar que nuestro Máximo Tribunal ha señalado que: “Los datos que se registran sobre las deudas que tiene una persona deben incluir su carácter litigioso, por cuanto mayor información significa mayor transparencia y menos conflicto” (el subrayado pertenece al suscripto).

Esta línea jurisprudencial en materia de datos personales, que establece como criterio general “ mayor información significa mayor transparencia y menor conflictividad”; puede ser traspolada al tema que aquí se analiza; razón por la cual no dudo en afirmar que una mayor participación y control de los individuos sobre los sistemas informáticos habrá de traducirse en mayores niveles de libertad y autonomía individual y, al mismo tiempo, en menores posibilidades de abuso por parte del poder informático.

**b) proporcionalidad:** otro elemento estructural de este principio consistiría en establecer una regla de proporcionalidad. En tal sentido,

cabría dejar sentado que la posibilidad de obtener información y/o de controlar el diseño de los sistemas informáticos debe resultar directamente proporcional a la entidad de las restricciones invocadas y al ámbito en que se producen tales limitaciones a las libertades individuales.

No es lo mismo la importancia que representa para un individuo un entorno digital que se utiliza para trabajar, informarse o educarse (vgr. instituciones bancarias, periódicos digitales, sitios gubernamentales, etc.) que un ambiente digital cuya principal utilidad sea considerada como una actividad recreativa, lúdica o un mero pasatiempo (sitios de juegos y/o apuestas, redes sociales, etc.).

También considero que este deber de información y de facilitar el control por parte de los usuarios, pesará más en aquellos casos en que el sistema informático o el entorno de que se trate posea una situación de predominio en el mercado y/o en aquellos casos en que el individuo –por las razones que fueren- se encuentre frente a serias dificultades para cambiar de proveedor o utilizar otros servicios análogos.

La fuerza de las acciones que podrá realizar el individuo estarán proporcionalmente relacionadas a la entidad de las libertades afectadas, y al ámbito en el cual ello se ha producido. También es necesario dejar en claro que cuanto mayor entidad revistan las libertades afectadas y mayor sea la importancia del ámbito en que ello se produce, igualmente será mayor la necesidad de que los individuos puedan opinar y participar del diseño de tales entornos y deban ser consultados al respecto.

En suma, las medidas y los derechos deben guardar proporcionalidad con las actividades humanas implicadas y el grado de afectación de las libertades que se invoquen.

Además de esta proporcionalidad objetiva (es decir en relación a la materia), también se podría hablar de una proporcionalidad subjetiva (en relación a las personas) que contemple que determinados grupos de individuos (vgr. menores y personas de edad avanzada) gocen de mayores derechos, como por ejemplo el acceso a una información mas detallada y/o una versión simplificada del sistema informático.

**c) concretización en específicos derechos aplicables según las circunstancias del caso:** cabe aclarar que las consideraciones precedentes no son efectuadas con el propósito de sostener que ellas deben ser aplicadas –en forma rígida- a todos los supuestos que se analicen. Si entiendo que pueden funcionar como un marco o esquema básico para, a partir de allí, considerar la aplicación en la práctica de determinados derechos que deberán examinarse caso por caso (volveré sobre este punto al hablar de los derechos que podrían emerger de este principio de autodeterminación y protección de las libertades individuales que aquí se postula.

**d) interpretación en favor del usuario en caso de duda:** a la hora de interpretar este principio en los casos concretos que se presenten debería tenerse en cuenta que –en caso de duda- cabría otorgar primacía a las libertades individuales por sobre los intereses comerciales, estatales o particulares de los diseñadores del *Código Informático*.

## **VI.- Concretos alcances del principio: derechos a la participación, información, control y oposición en el ámbito de los entornos digitales**

Este trabajo de tesis intentó poner de relieve que gran parte de la vida cotidiana se desarrolla hoy en un nuevo entorno social digital, y procuró además hacer hincapié en que dicho espacio está dominado por un efectivo y poco transparente regulador de conductas humanas al que –en sintonía con Lessig- denominamos *Código Informático*.

Asimismo, tuvo como objetivo demostrar que quienes deciden el diseño de dicho *Código Informático* han adquirido una enorme cuota de poder social y que –frente a ellos- el individuo de estas modernas sociedades tecnológicas se encuentra en una situación de extrema vulnerabilidad.

Mi preocupación también se centró en intentar demostrar que dicho poder social debe estar sujeto a límites y controles, puesto que de lo contrario se corren serios riesgos de ejercicios abusivos. En esa misma línea, me ocupé de remarcar que –en muchos casos- ese poder regulador que el



*Código Informático* ejercita en los entornos digitales es susceptible de vulnerar libertades básicas del individuo.

Ante esta situación de vulnerabilidad, surge la necesidad –tal como el Derecho lo hiciera en anteriores ocasiones- de elaborar un principio protectorio específico para tutelar a las partes débiles de las sociedades de las ciencias y las técnicas.

Entiendo que estamos ante un área de vacancia; puesto que si bien existen determinados principios protectorios pensados para otras situaciones fácticas (empleados, consumidores, titulares de datos personales, etc.) que pueden –en la emergencia- ser útiles para resolver algunas cuestiones puntuales; los mismos no están en condiciones de abordar satisfactoriamente esta compleja problemática que se viene desarrollando.

Como se ha visto, la tesis de este trabajo sostiene que es necesario un abordaje más profundo del *Código Informático* en su carácter de regulador de conductas humanas y que resulta imperioso consagrar un principio general que garantice a los individuos la posibilidad de decidir determinadas cuestiones puntuales de los entornos digitales.

Si esta investigación ha podido desplegar en forma coherente y consistente sus argumentos y, a partir de ellos, ha logrado convencer al lector sobre tal necesidad, habrá cumplido –en gran parte- el objetivo que inicialmente se había trazado.

Aún sin llegar a ello, si este estudio logra que otros autores se ocupen de esta temática, haciendo aportes e interesándose por algunas de las cuestiones que aquí he planteado también habré de darme por satisfecho.

Seguramente, deberá transcurrir un poco más de tiempo hasta que sea posible avizorar los concretos alcances que este principio está en condiciones de proyectar a la realidad social.

Después llegará el momento de analizar si es conveniente que ese principio general sea consagrado a nivel constitucional o infraconstitucional; como así también estudiar qué detalles y características debería poseer una eventual legislación reglamentaria.

Es justo reconocer que hoy en día, no resulta del todo sencillo imaginar con total precisión los concretos alcances prácticos de este principio. No es fácil describir el contenido de los derechos que podrían emerger desde el *principio de autodeterminación y protección de las libertades individuales* que aquí se postula.

A mi modo de ver, el principio que aquí se propone, debería posteriormente materializarse en concretos y puntuales derechos, cuyo contenido surgirá de lo que nos vaya marcando la realidad de los hechos, los desarrollos teóricos de la doctrina especializada y, específicamente, la jurisprudencia resultante de los casos puntuales que se vayan presentando.

Ello es precisamente lo que ha ocurrido con otros institutos que han aparecido modernamente. Piénsese en el *habeas data*, por ejemplo, y se observará que al año de incorporado en nuestra Constitución Nacional, Sagüés afirmaba que “...es una figura del derecho procesal constitucional cuyos contornos y profundidad se encuentran en un candente proceso de demarcación”; y que por ello

No es de extrañar [...] que se planteen pretensiones harto discutibles, o que los pronunciamientos tribunales presenten también flancos para la polémica. Es así, en el terreno de las trincheras forenses, donde el *habeas data* alcanzará identidad y solidez. El trabajo de los letrados y de jueces, con aciertos y errores, es vital para definir a este novel instituto que se estrena en el derecho federal. También lo es su estudio en las universidades, escuelas judiciales, y colegios profesionales, a fin de asimilarlo debida y útilmente.<sup>563</sup>

Desde esa perspectiva, sería demasiado pretencioso de mi parte ir mucho más allá de ese pequeño aporte que significa proponer el desarrollo de un nuevo principio jurídico aplicable a todas aquellas situaciones en que un individuo se encuentra en contacto con dispositivos electrónicos y sistemas informáticos.

No obstante ello, intentaré avanzar un poco más y comenzar a perfilar, únicamente a título orientativo, algunos derechos que podrían

---

<sup>563</sup> SAGÜES, Néstor; *Subtipos de hábeas data*, J.A. 1995-IV-352.

derivarse de este principio jurídico de *autodeterminación y protección de las libertades individuales en los entornos digitales* que aquí se propone.

En ese orden de ideas, es posible comenzar a pensar en un nuevo derecho fundamental que –como una arista más del principio protectorio de la persona humana- otorgue a los individuos la posibilidad de **participar** –en mayor o menor medida- en la construcción de los entornos digitales en que despliega sus actividades; reconociéndole expresamente la facultad de obtener **información** clara, precisa, completa, detallada y comprensible sobre la arquitectura tecnológica con que fue diseñado el hardware, software y los sistemas informáticos que constituyen el entorno digital. Asimismo, y a partir del conocimiento de las reglas técnicas de los entornos digitales, debe garantizarse la posibilidad de **controlar** la forma y el modo en que están diseñados los sistemas informáticos, y **oponerse** a aquellos diseños que entran en colisión con determinados derechos y libertades individuales.

En las actuales sociedades tecnológicas, cuyo funcionamiento tiene como pilares esenciales a los sistemas informáticos, resulta imprescindible consagrar un nuevo derecho fundamental que otorgue al individuo determinadas facultades de **participación**, acceso a la **información**, posibilidades de **controlar** y derecho de **oposición** en relación a aquellos diseños que afecten determinados derechos o libertades básicas de los individuos:

**a) derecho de participación:** como regla general todo individuo-usuario debería estar legitimado para participar activamente en las decisiones relacionadas con los sistemas informáticos y dispositivos electrónicos que condicionan el desarrollo de sus actividades en los entornos digitales, y contar con posibilidades de expresar –de modo ágil y sencillo- sus opiniones en relación al sistema y efectuar las sugerencias que considere necesarias.

**b) derecho a obtener información:** derivado del anterior –y como una lógica consecuencia de lo antedicho- es posible pensar en un derecho del usuario a obtener información clara, precisa y detallada sobre la estructura básica y la configuración de un determinado sistema informático.

En efecto, entiendo que el individuo tiene derecho a requerir y obtener la información necesaria que le permita conocer del modo más claro, explícito y detallado posible, la organización y el modo de funcionamiento del sistema informático y su arquitectura.

Demás está decir que este derecho de los usuarios a recibir información, genera un correlativo deber de informar en cabeza de los titulares/diseñadores de los sistemas informáticos; quienes deben poner en conocimiento de las personas que los utilizan los aspectos básicos que puedan resultarles de interés.

**c) derecho de contralor:** garantizada la participación y la posibilidad de tener acceso a la información, es necesario también otorgar al individuo la facultad de controlar la actividad de quienes desarrollan las arquitecturas de los entornos digitales y formalizar los reclamos que consideren pertinentes a fin de evitar que el diseño de los mismos afecte alguna de sus libertades más esenciales.

**d) derecho a oponerse** a todo diseño del entorno que resulte opaco o confuso y, en su caso, solicitar el cese de aquellas configuraciones que puedan restringir libertades que el usuario poseía cuando realizaba similares actividades en el entorno del mundo real.

A estos derechos básicos, se podrían adicionar los siguientes:

**e) derecho a recibir un trato digno y leal** en lo que respecta a su interacción con el sistema. Obviamente, serán las circunstancias de cada caso las que permitirán apreciar si el trato que recibe el usuario es digno y leal, no obstante lo cual cabría mencionar aquí algunas pautas que inducirían a pensar que el usuario recibe un trato adecuado.

En efecto, se podría pensar que el titular del sistema actúa de buena fe cuando:

**e.1)** no se aprovecha de las posibilidades que brinda la tecnología digital para efectuar un diseño del entorno que permita restringir libertades que el usuario tenía en el marco de actividades análogas que se daban en el mundo real;

**e.2)** permite que el usuario ejercite de manera fácil y simple las distintas opciones de configuración del sistema; evitando toda medida tendiente a dificultarlas;

**e.3)** posibilita que las asociaciones de usuarios realicen sugerencias, quejas o reclamos de un modo sencillo, reportando los problemas y/o dificultades que han tenido los usuarios;

**e.4)** dispone de una sección en la cual se brinda información básica a los usuarios del entorno y/o habilita a disposición del público una sección donde los usuarios puedan opinar.

**f) derecho a requerir que el sistema garantice la interoperabilidad con otros programas y/o arquitecturas;** y también a exigir al diseñador del sistema se abstenga de utilizar determinadas arquitecturas cuando pueda acreditar que efectivamente las mismas lesionan derechos y libertades del individuo.

**g) garantizar** al usuario –lealmente y de buena fe- **la posibilidad** de que el mismo pueda **recurrir a la utilización de otros entornos** con la misma funcionalidad, evitando todo diseño o medidas que lo obstruyan o que obstaculicen indebidamente tal posibilidad al usuario. Deberá facilitar que, de un modo sencillo, abandone ese entorno y recurra a otras posibilidades. No podrá obstaculizarse la posibilidad de que el individuo recurra a otros sistemas o entornos alternativos.

**h) derecho a requerir una versión simplificada para la utilización de las funciones básicas del sistema.** Un sistema sencillo que habilite solo las opciones más comunes, sobre todo para personas de edad avanzada o con conocimientos básicos sobre tecnologías.

Tal como vimos al mencionar el principio de proporcionalidad, sería conveniente que se contemple especialmente el caso de las personas mayores de edad. En relación a ello es útil señalar un artículo de la periodista Any Ventura en el que luego de señalar algunas dificultades del manejo de la tecnología (vgr. la adaptación a los cambios de versiones de software, a la necesidad de cambiar las claves periódicamente, la utilización de Internet para contratar un servicio, etc.), afirma: ¿Cuánto espacio

necesito en mi memoria para poder moverme con tranquilidad en este mundo? [...] Se me está complicando lo cotidiano y pienso ¿no será válido preguntar si hay alguna forma de usar todos estos aparatos que la tecnología nos ofrece de manera más simple? <sup>564</sup>

## **VII.- Epílogo**

Está claro que el punto medular de la problemática que venimos abordando no es algo absolutamente novedoso. En lo esencial, no es más que una regla que se viene repitiendo desde la antigüedad: quienes pueden diseñar, construir el entorno, el medio, los espacios en los que se desenvuelven los seres humanos, pueden –de modo más o menos directo- condicionar, regular y dirigir las conductas que los individuos han de desarrollar en tales ámbitos.

Es evidente que esta misma situación que venimos señalando es análoga a la que ocurre en el mundo real; puesto que resulta obvio que quien construye edificios y diseña cualquier ambiente condiciona en algún modo la conducta de quienes allí “habitan”, “transitan” o “se relacionan” con ese entorno material.

A pesar de tales similitudes, hay un aspecto de singular relevancia que me interesa especialmente remarcar; y es el que a mi juicio hace adquirir una especial magnitud a esta problemática: en el Tercer Entorno, el *Código Informático* puede afectar –en forma sencilla y prácticamente imperceptible- el ejercicio de importantes libertades individuales, puesto que son las reglas técnicas del *Código Informático* las que determinan cuándo, cómo y bajo qué condiciones tales libertades pueden ser ejercidas; todo ello según la voluntad de los programadores de sistemas informáticos. De modo que si no hacemos nada para impedirlo, el individuo del Tercer Entorno se verá sometido y condicionado en sus conductas por inescrutables normas técnicas, y así estas últimas pasarán a gobernar sus actividades. Todo lo cual contradice el principio inspirador del pensamiento democrático, que se

---

<sup>564</sup> ¿Hasta cuándo dar examen de joven?, por Any Ventura; disponible en: <http://www.alsurinforma.com/30/09/2011/%C2%BFhasta-cuando-dar-examen-de-joven/>

basa en la libertad entendida como autonomía, es decir como capacidad para darse leyes a sí mismos, según la famosa definición de Rousseau.

Si en otras etapas de la historia los hombres logramos –a través de distintos esquemas de organización política y con la ayuda del Derecho– arribar a determinados consensos básicos con el propósito de vivir organizadamente en el Primer y Segundo Entorno; por qué no pensar que debemos buscar también estos consensos en este Tercer Entorno que está emergiendo ante nosotros.

Si estamos de acuerdo en ello, no podemos dejar de advertir que la configuración actual del Tercer Entorno y los *Códigos Informáticos* que lo construyen están siendo impuestos por los titulares de los sistemas; lejos de toda noción de consenso. Así los usuarios aparecen como meros destinatarios pasivos –y a veces víctimas– de tales regulaciones técnicas.

La frase de Vercelli que incluí en el epígrafe de este capítulo ponía el acento en el rol fundamental que han de cumplir las regulaciones en el ámbito de Internet. En su obra *La conquista silenciosa del ciberespacio*, este autor sostiene que del “heterogéneo campo de las regulaciones en Internet” emerge un “cambio de paradigma regulativo”.

En relación a ello, y luego de señalar que su propósito consiste en analizar las luchas, tensiones y estrategias políticas que enfrentan la apertura y la libertad con la clausura y el control en las capas superiores de Internet, Vercelli afirma que si bien no descarta “...las formas políticas clásicas o evidentes”, se encuentra “...más atraído por las profundas mediaciones técnicas que regulan espacios y conductas en forma silenciosa”; razón por la cual “Describe la emergencia de un nuevo arte regulativo que, articulando diferentes reguladores, crea y diseña el ciberespacio al mismo tiempo que lo regula”.<sup>565</sup>

En sintonía con lo que he sostenido en capítulos precedentes, comparto las afirmaciones de este autor en cuanto a que “...en tiempos de Internet, algunas libertades esenciales de nuestra sociedad dependen directamente de las nuevas formas regulativas emergentes”; pero complementando tales ideas me parece oportuno –desde una perspectiva

---

<sup>565</sup> VERCELLI, Ariel; *La conquista...cit.*, pág. IV.

jurídica-, rescatar en ese contexto el rol que puede cumplir el Derecho como herramienta para solucionar las problemáticas planteadas en su trabajo.

En ese orden de ideas, considero que resulta factible el pronóstico que formula Vercelli en cuanto a que, con el correr del tiempo, veremos proliferar las tecnologías de control en el ciberespacio, pero yo no creo que haya que dar por presupuesto que dichas tecnologías tendrán invariablemente “el apoyo de las regulaciones jurídico clásicas”.

Muy por el contrario, entiendo que el Derecho –desde la rama constitucional principalmente, pero también desde otras áreas del conocimiento jurídico- durante muchos períodos de la historia universal ha librado grandes batallas en pos de garantizar las libertades individuales cuando ellas estuvieron amenazadas.

Además, me interesa especialmente puntualizar que el propio Vercelli manifiesta el deseo de que su trabajo “...pueda ser retomado por otros investigadores, por otros profesionales, que se aboquen a este complejo campo”<sup>566</sup>; y es por ello que mi intención ha sido la de rescatar el rol del Derecho como máxima instancia regulativa democrática, destacando su potencial como herramienta apta para solucionar las problemáticas que se plantean en el campo de las regulaciones en Internet.

El gran peligro que azota al campo de las regulaciones en Internet –dice Vercelli- es que “...los laboratorios y contra-laboratorios diseñen y retroalimenten un entorno que habilite un control centralizado, perfecto y asfixiante a través de la producción de códigos cerrados”; pero al igual que él yo también soy optimista en cuanto a que

Afortunadamente, tanto el presente como el futuro de Internet son todavía políticamente moldeables, puesto que la red no han alcanzado aún un nivel de estabilidad, solidificación e irreversibilidad que

---

<sup>566</sup> A pesar de que maneja conceptos y categorías jurídicas, es importante destacar que Vercelli no pertenece al mundo del Derecho; razón por la cual resulta entendible que su obra no haga hincapié en el potencial que pueden tener las herramientas jurídicas, o que califique a las regulaciones jurídico-clásicas como “cerradas e inaccesibles”. En estrecha conexión con ello, entiendo que a partir de opiniones como la del autor, los operadores jurídicos deberíamos realizar una profunda autocrítica sobre la función del Derecho, su relación con la sociedad y los poderes establecidos y su capacidad para dar respuestas a los problemas sociales.



probablemente alcanzará en un futuro inmediato si las regulaciones se vuelven dispositivos cerrados, crípticos, opacos.<sup>567</sup>

En síntesis, y como bien lo afirma este autor, el campo de las regulaciones en Internet y, en los entornos digitales en general, estará gobernado por técnicas que definirán el futuro inmediato de nuestra condición sociotécnica; y en ese contexto resulta indispensable que -desde el mundo del Derecho- profundicemos los análisis jurídicos sobre cuál es la manera mas justa, equitativa y democrática de construir las regulaciones en dichos ámbitos de convivencia humana.

Ello nos conduce -en última instancia- a la interrelación entre Ciencia, Tecnología, Sociedad y Derecho, y al problema jurídico al que aludía Supiot cuando se preguntaba “¿Cómo hacer vivibles las nuevas máquinas? ¿Cómo usarlas, sin ser sometido por ellas?”; razón por la cual retomando el modelo de Derecho que OST nos proponía en la figura de Hermes, cabe concluir:

Un día u otro, Hermes será constreñido a decidir. Nadie sabe cómo lo hará. Se puede, sin embargo, desear que él, el virtuoso de los juegos del lenguaje, se acuerde de que cada uno de ellos tiene su especificidad y de que, concretamente, no corresponde al juego del Derecho ir a remolque del juego de la ciencia. Derecho y ciencia constituyen la inaccesible ‘realidad’ según sus propios paradigmas. Si la ciencia tiene sin duda la ventaja de la intervención operativa sobre lo real -es el ‘reino de la técnica’-, nada en cambio le asegura un privilegio sobre el plano de la ‘verdad’, y todavía menos sobre el plano de la legitimidad, de su discurso. Al contrario, en una sociedad organizada es al Derecho al que corresponde actuar sobre los aspectos más fundamentales. Más incluso que su función sancionadora y, a fortiori, gestionadora, es la función de nominalización, de clasificación y de jerarquización la que constituye la función propia del Derecho. Decir quién tiene qué, quién hace qué y quién es quién, es el rol esencial del Derecho. Sin duda esta palabra instituyente no es destinada a la inmovilidad, ni consagrada a la repetición pura y simple; como todo mensaje de Hermes, interpreta los discursos circundantes y se presta ella misma a la reinterpretación. Pero

---

<sup>567</sup> VERCELLI, Ariel; *La conquista...cit.*, pág. 3.

no por esto debiera abdicar de su autonomía (el subrayado me pertenece).<sup>568</sup>

En suma, y tal como he intentado poner en evidencia a lo largo de este estudio, el abordaje de la problemática de las regulaciones en los ambientes digitales excede, por su complejidad y características distintivas, las posibilidades que brindan las herramientas jurídicas existentes en la actualidad, puesto que ellas pueden ser útiles para abordar transitoriamente algunos puntos específicos pero no para solucionar la totalidad de las cuestiones involucradas.

Y en función de ello, propongo ir delineando un nuevo principio jurídico –que podríamos denominar de *autodeterminación y protección de las libertades individuales en los entornos digitales*- a fin de tutelar al individuo particular en las sociedades de las ciencias y las técnicas, y de ese modo contrarrestar la situación de especial vulnerabilidad en la que él se encuentra.

En otras palabras, es necesario un nuevo derecho que partiendo de la dignidad humana, permita la **participación** del individuo, le otorgue la facultad de obtener **información** sobre la arquitectura tecnológica y luego de conocer las reglas técnicas de los entornos digitales, le permita **controlar** su diseño e incluso **oponerse** a la utilización de aquellos sistemas informáticos que afectan derechos y libertades individuales.

Como claramente lo señala Ost en el párrafo antes citado, no corresponde al Derecho ir a remolque del juego de la ciencia, no debe abdicar de su autonomía; puesto que en una sociedad organizada su función ineludible es la de actuar sobre los aspectos más fundamentales de la misma.

Desde hace tiempo, los entornos digitales están siendo pensados, diseñados, construidos e implementados por quienes tienen el control de las reglas técnicas; sin la participación de los individuos que “habitan”, “transitan” o “se relacionan” en los mismos. Desde hace tiempo, las libertades individuales en estos ambientes digitales están condicionadas por el *Código Informático*; como contundentemente lo afirma Lessig: “...ya queda

---

<sup>568</sup> OST, Francois; *ob. cit.*, pág. 194.

fuera de discusión el hecho de que se va a desarrollar un código y que éste definirá las libertades y el control en el ciberespacio. La única elección que podemos tomar es quién lo construirá y con qué principios”.

Ante ello, el Derecho no puede permanecer inmóvil.

Es hora de incrementar la participación de los individuos en la “construcción” del Tercer Entorno. Es hora de otorgarle mayores derechos y posibilidades de control, de facilitarle el acceso a la información necesaria para garantizar la transparencia de los ambientes digitales, de posibilitarle que exprese sus opiniones. Es hora de pensar las herramientas jurídicas necesarias para que se respete la dignidad del ser humano situado frente a los dispositivos tecnológicos, sistemas informáticos y redes interconectadas que forman parte del Tercer Entorno.

En definitiva, es hora de que el Derecho asuma el rol protagónico que le corresponde en las *sociedades de las ciencias y las técnicas*; porque - como bien lo dice Ost en la cita precedente- “Decir quién tiene qué, quién hace qué y quién es quién, es el rol esencial del Derecho”.



## **BIBLIOGRAFÍA**

- ACQUISTAPACE, Gabriel; *Turbulencias en la nube*, en: AA.VV: Argentina Copyleft. La crisis del modelo de derecho de autor y las prácticas para democratizar la cultura, disponible en: <http://vialibre.org.ar/arcopy.pdf> .
- ALEXY, Robert; *El concepto y la validez del Derecho*, Gedisa, Barcelona, 1994.
- ALTERINI, Atilio; *El consumidor en la sociedad postmoderna*, LA LEY 1986-E-818.
- ANDORNO, Roberto; *El principio de precaución: un nuevo standard jurídico para la era tecnológica*, LA LEY 2002-D-1326.
- ARCÉ y FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín; *El Derecho civil constitucional*, Editorial Civitas, S.A., material del módulo “Derecho Privado” del Doctorado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la U.N.L.
- ARNAUD, André-Jean; *Consideraciones sobre el juez y la función de juzgar en el siglo XXI*, La Ley, Suplemento Actualidad del 04.11.2003.
- ATIENZA, Manuel; *El Derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*, Ariel Derecho, Barcelona, 2006.
- ATIENZA, Manuel - FERRAJOLI, Luigi; *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho*, disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1695>.
- BALDARENAS, Jorge A.; *Hacia un nuevo perfil de juez*, artículo publicado en <http://www.eldial.com> .
- BASABE, Néida E.; *Resolución de conflictos en Internet*; Suplemento de Resolución de Conflictos, Ed. La Ley, Bs. As., 2001.
- BENVENUTI, José – UBERTI, Mariela; *Hacia la dinámica de la gobernabilidad democrática*, disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1510/7.pdf>.
- BERCOVITZ, Alberto; *El Derecho de Autor en el Acuerdo TRIPs*, Temas de Derecho Industrial y de la competencia 1. Propiedad Intelectual en el GATT, Ed. Ciudad Argentina, Bs. As. 1997.
- BIDART CAMPOS, Germán; *Derecho Político*, Ed. Aguilar, Bs. As., 1962.
- BISSO, Carlos; *Globalización y derecho. Vinculación, temas y juicios de valor*, La Ley, UNLP 2005-36, pág. 726.
- BISTAGNINO, Paula; *Secretos del marketing. Las estrategias que seducen billeteras*; Edición on line del diario Perfil, del 03.12.2006, disponible en: [http://www.diarioperfil.com.ar/edimp/0153/soc\\_015.html](http://www.diarioperfil.com.ar/edimp/0153/soc_015.html) .
- BOADA, Martí; *Espistemología política: ciencia con la gente*, presentación del libro “La ciencia posnormal. Ciencia con la gente”, de Silvio O. Funtowicz y Jerome Ravetz.
- BOBBIO, Norberto; *La crisis de la democracia y la lección de los clásicos*, disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/16052009/filosofia03.pdf> .

- BOBBIO, Norberto; *El futuro de la democracia*, Fondo de Cultura Económica.
- BOBBIO, Norberto; *La crisis de la democracia y la lección de los clásicos*, disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/16052009/filosofia03.pdf>.
- BORDA, Guillermo J; *Las redes sociales y los derechos de la personalidad en la Internet*; LA LEY 16/09/2010.
- BOYLE, James; *Foucault en el ciberespacio: Vigilancia, soberanía y censores estructurales* (trad. de Javier Villate), disponible en: <http://enredando.com/cas/cgi-bin/enredados/plantilla.pl?ident=124>. Versión en inglés en: <http://www.wcl.american.edu/pub/faculty/boyle/foucault.htm>
- BRAND, Jürgen; *La evolución del concepto europeo de Estado de derecho*, en: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2006, AA.VV., Tomo I, Konrad-Adenauer – Stiftung E.V., Uruguay 2006. disponible en: <http://www.kas.de/wf/doc/5588-1442-4-30.pdf> .
- BRENNAN, Ramón Jerónimo; *Internet: Espacio Virtual sin Ubicación ni Ley*, conferencia dictada en el Primer Congreso Internacional por Internet sobre Aspectos Jurídicos del Comercio Electrónico, organizado por la Facultad de Derecho de la U.B.A., Buenos Aires, Argentina, 2000, disponible en <http://www.ecomder.com.ar>.
- BUSANICHE, Beatriz; *El ejercicio de los derechos culturales en el marco de los monopolios del derecho de autor. Tensiones, normativas y vigencia de estos derechos en la era digital*. Trabajo final del Seminario de Derecho del Arte y la Cultura. Maestría en Propiedad Intelectual. Flacso Argentina, disponible en: <http://www.bea.org.ar/2010/10/el-ejercicio-de-los-derechos-culturales/> .
- BUSTAMANTE DONAS, Javier; *Hacia la cuarta generación de Derechos Humanos: repensando la condición humana en la sociedad tecnológica*, disponible en <http://www.oei.es/revistactsi/numero1/bustamante.htm> .
- CAPELLA HERNÁNDEZ, Juan Ramón; *Estado y Derecho ante la mundialización: aspectos y problemáticas generales*, en: Transformaciones del Derecho en la mundialización., Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=561765> .
- CARBONELL, Miguel; *Globalización y derecho: siete tesis*, disponible en <http://www.bibliojuridica.org/libros/3/1086/3.pdf>,
- CÁRCOVA, Carlos María; *Cine, ficciones y derecho*; disponible en <http://www.aaba.org.ar/ple00609.htm> .
- CÁRCOVA, Carlos María; *Complejidad y Derecho*; material del Seminario de Sociología Jurídica, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, U.N.L., 2002.
- CÁRCOVA, Carlos María; *Los jueces en la encrucijada: entre el decisionismo y la hermenéutica controlada*, material del Seminario de Sociología Jurídica, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, U.N.L., 2002.
- CÁRCOVA, Carlos María; *Notas acerca de la Teoría Crítica del Derecho*; Seminario de Sociología Jurídica, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, U.N.L., 2000.
- CARRASCOSA LÓPEZ, Valentín; *Tecnologías de la Información: reflexiones sobre su regulación jurídica*; Libro de ponencias del VI Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática, Uruguay, 1998.

- CASTILLO CÓRDOVA, Luis; *El carácter normativo fundamental de la Constitución peruana*, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2006, AA.VV., Tomo I, Konrad-Adenauer – Stiftung E.V., Uruguay 2006., Tomo II; <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/20062/pr/pr12.pdf>
- CHERÑAVSKY, Nora; *Responsabilidad civil de los buscadores de contenido en Internet*, Concurso sobre idéntica materia realizado el 14 de julio de 2010 en el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y organizado por la comisión de derecho de la Alta Tecnología, a cargo del Dr. Horacio Granero; publicado en <http://www.eldial.com>.
- CIFUENTES, Santos; *Los datos personales informáticos, un derecho autónomo personalísimo (Consecuencias de su reconocimiento y caracterización)*, J.A. 1999-IV, pág. 836.
- CONCARI, Sonia; *La ciencia y la tecnología bajo el microscopio de la ciencia*; artículo publicado en revista El Paraninfo, Año 3 N° 38, U.N.L., mayo de 2007.
- COTINO, Lorenzo – DE LA TORRE FORCADELL, Sonia; *El caso de los contenidos nazis en Yahoo ante la jurisdicción francesa: un nuevo ejemplo de la problemática de los derechos fundamentales y la territorialidad en Internet*, Actas del XV Seminario de Derecho e Informática, Aranzadi, Madrid, 2002, disponible en: <http://www.cotino.net/investigacion/>.
- CORREA, Carlos; *Acuerdo TRIPs. Régimen Internacional de la Propiedad Intelectual*, Ed. Ciudad Argentina, Bs. As., 1996.
- CORREA, Carlos; *Derechos de propiedad intelectual y acceso a las tecnologías de la información en los países en desarrollo* (Lexis N° 0003/000196).
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo (2002); *Code and Other Laws of Cyberspace (Lawrence Lessig)*, Año 2002; disponible en: <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=1540> .
- DE LORENZO, Miguel F.; *El péndulo de la autonomía de la voluntad*, en: Derecho Privado. AA.VV., obra en homenaje al Dr. Bueres, Ed. Hamurabi, Bs. As., 1991.
- DE LUCCA, Newton; *La protección del consumidor en el ámbito de la Internet*, texto básico de la conferencia pronunciada en el marco del Programa de Especialización en Derecho de Daños de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, U.N.L., Año 2001.
- DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto; *Derecho Privado de Internet*, Civitas Ediciones, Madrid, 2001.
- DE SOUZA SANTOS, Boaventura; *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, traducción de Cesar Rodríguez, ILSA, primera edición, 1998.
- DEGANO, Germán Augusto . FERNÁNDEZ, Santiago Ariel; *La publicidad engañosa y el deber de informar adecuadamente las bases de los concursos*; LA LEY 2008-C.
- DELEUZE, Pilles; *Post-scriptum sobre las sociedades de control*, pág. 7; disponible en: <http://www.revistapolis.cl/13/dele.htm>.
- DELPIAZZO, Carlos E.; *Los Derechos Humanos ante las nuevas tecnologías. Impacto de Internet sobre la persona*, disponible en <http://www.alfa-redi.org/sites/default/files/articles/files/delpiazzo.pdf> .
- DERTOUZOS, Michael L.; *Qué será. Cómo cambiará nuestras vidas el nuevo mundo de la informática*, Ed. Planeta Argentina, Bs. As., 1997.

- DEVOTO, Mauricio; *Comercio Electrónico y Firma Digital. La regulación del ciberespacio y las estrategias globales*, Ed. La Ley, Bs. As., 2001.
- DÍAZ, Esther; *El conocimiento como tecnología del poder*, en: La Posciencia. El Conocimiento científico en las postrimerías de la modernidad, Esther Díaz (editora); Editorial Biblos, Tercera Edición, Buenos Aires, 2004.
- DÍAZ, Esther; *Investigación básica, tecnología y sociedad. Kuhn y Foucault*, en: La Posciencia... cit.
- DÍAZ, Esther – RIVERA, Silvia; *La actividad científica y su insoportable carga ética*, en: La Posciencia...cit.
- DIEZ NOGUEIRA, Gonzalo; *Caso Napster*, disponible en: <http://www.delitosinformaticos.com/trabajos/napster.shtml> .
- DUQUELSKY GÓMEZ, Diego; *Derecho y nuevos movimientos sociales. Algunas reflexiones sobre el ambiguo rol del discurso jurídico en los conflictos sociales*; en: Desde otra mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho.AA.VV. Christian Curtis (compilador); Ed. Eudeba, Bs. As., 2009.
- ECHEVERRÍA EZPONDA, Javier; *Gobernanza de la sociedad europea de la información*, Revista CTS, n° 8, vol. 3, Abril de 2007, pág. 69; disponible en: <http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=92430806>.
- ECHEVERRÍA EZPONDA, Javier; *21 tesis sobre el Tercer Entorno, Telépolis y la vida cotidiana*; disponible en: <http://www.uv.es/lejarza/amv/adefini/pdf/14007011%5B1%5D.pdf> .
- FAYT, Carlos; *La Corte Suprema y sus 198 Sentencias sobre comunicación y Periodismo. Estrategias de la Prensa ante el riesgo de extinción*, Ed. La Ley, Bs. As. 2001.
- FAYT, Carlos S.; *La política y las dimensiones de la globalización*, en: Teoría de la política en el siglo XXI, Ed. La Ley, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi; *Democracia y Derechos Fundamentales frente al desafío de la globalización*, “Lectio Doctoralis” pronunciada el 22 de noviembre de 2005 en ocasión del doctorado honoris causa otorgado por de la Universidad Nacional de la Plata, trad. de Pablo Eiroa y Nicolás Guzmán, L.L. 2005-F.
- FERRAJOLI, Luigi; *La democracia constitucional*; en: Desde otra mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho. AA.VV. Christian Curtis (compilador). Ed. Eudeba , Bs. As., 2009.
- FERRAJOLI, Luigi; *Lección doctoral pronunciada en oportunidad de recibir el título de Doctor Honoris Causa en la Universidad Nacional del Litoral*, en el año 2010.
- FRAUSTO LINARES, Horacio; *Regulación del Internet*; Libro de ponencias del VI Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática, Uruguay, 1998.
- FRIEDMANN, W.; *El derecho en una sociedad en transformación*, trad. de Florentino M. Torner; Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1966.
- FERNÁNDEZ DELPECH, Horacio, *Internet: su problemática jurídica*, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As. 2001.



- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio; *Lo público y lo privado en Internet. Intimidad y Libertad de expresión en la Red*, disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1167> .
- FERNÁNDEZ SANTILLAN, José; *Norberto Bobbio, In memoriam*, disponible en: <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/286/28640710.pdf> .
- FROSINI, Vittorio; *Informática y Derecho*, Editorial Temis, Bogotá, 1988.
- FUMIS, Federico; *La función del Derecho en las sociedades complejas y los desafíos de las nuevas tecnologías*, Curso Anual de Capacitación en la magistratura judicial, Corte Suprema de Justicia de Santa Fe, 2002.
- FUMIS, Federico; *Las tecnologías de la información y su impacto en el Derecho Privado*; trabajo monográfico de investigación presentado en el módulo “Derecho Privado” del cursado de la carrera de Doctorado de la Universidad Nacional del Litoral.
- FUMIS, Federico; *Aproximación al pensamiento de Jürgen Habermas*, trabajo monográfico de investigación presentado en el módulo “Epistemología” del cursado de la carrera de Doctorado de la Universidad Nacional del Litoral.
- FUNTOWICZ, Silvio – RAVETZ, Jerome; *La ciencia posnormal. Ciencia con la gente*, Icaria editorial, Barcelona, 2000.
- GALDÓS, Jorge Mario; *Responsabilidad civil e internet: Algunas aproximaciones*, J.A. 2001–III.
- GARCÍA, Fernando Adrián; *Responsabilidad civil de los buscadores de contenido en Internet*; trabajo presentado en el Concurso sobre idéntica materia realizado el 14 de julio de 2010 en el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y organizado por la comisión de derecho de la Alta Tecnología, a cargo del Dr. Horacio Granero; publicado en <http://www.eldial.com>.
- GARCÍA NOGUERA, Noelia; *Diferencias entre jurisdicción ordinaria y arbitraje, y su posible aplicación al ámbito del Comercio Electrónico*, disponible en: <http://www.delitosinformaticos.com/ecommerce/diferencias.html> .
- GELLI, María Angélica; *Constitución Comentada y Concordada*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2001.
- GIL DOMÍNGUEZ, Andrés; *Estado constitucional de derecho, ponderación y verdad*, LL 2009-E.
- GIL DOMÍNGUEZ, Andrés; *Los derechos humanos como límites a la democracia*, en: *Los Derechos Humanos del siglo XXI. La revolución inconclusa*, AA.VV., Ediar, Bs. As., 2005.
- GINI, Santiago Luis; *La neutralidad de Internet*, La Ley, diario del 20.12.2011.
- GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo; *Habeas Data. Protección de datos personales*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2001.
- GRANERO, Horacio; *El orden público tecnológico*, Educa, Bs. As., 2003.
- GRÜN, Ernesto; *Los nuevos sistemas jurídicos del mundo globalizado*, Revista Telemática de Filosofía del Derecho, n° 4, 2000/2001, pp. 1-13; disponible en: <http://www.filosofiyderecho.com/rtfd/numero4/1-4.pdf> .

- GULLCO, Hernán; *La “preconización” del uso de estupefacientes y los límites del control de constitucionalidad*, publicado en LA LEY 2002-C-425 y Sup. Penal 2002 (mayo).
- GUY CAUBET, Chistian; *El alcance del riesgo en el mundo real y en el mundo jurídico*; traducción de María Lucila Reyna; en AA.VV.; *El gobierno de los riesgos*, Gonzalo C. Sozzo Coordinador, Ediciones U.N.L.
- HARO, Ricardo; *Curso de Derecho Constitucional Argentino*, Tomo I, Advocatus, Cordoba, 2003.
- HERMITTE, M-A.; *Los fundamentos jurídicos de la sociedad del riesgo. Un análisis de U. Beck*, traducción de María Lucila Reyna; en AA.VV.; *El gobierno de los riesgos*, Gonzalo C. Sozzo Coordinador, Ediciones U.N.L., 2007.
- HIDALGO, Cecilia; *Prólogo a la edición argentina del libro La ciencia posnormal...cit.*, de Silvio O. Funtowicz y Jerome Ravetz, Icaria editorial, Barcelona, 2000.
- IAÑEZ PAREJA, Enrique - SÁNCHEZ CAZORLA, Jesús A.; *Una aproximación a los Estudios de Ciencia, Tecnología y Sociedad*; disponible en: <http://www.ugr.es/~eianez/Biotecnologia/cts.htm> .
- IRTI, Natalino; *La edad de la descodificación*, trad. de Luis Rojo Jauría, José María Bosch Editor S.A., Barcelona, 1992.
- JUANES, Norma; *La comercialización de programas de computación o software*, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Tomo 2003-3, Compraventa I, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2004.
- KAKU, Michio, conferencia “*The Next 10 to 20 Years into the Future*” brindada en el marco de la Movil Forum Conference organizada durante el año 2010 por la empresa Telefónica.
- KLEIDERMACHER, Arnoldo; *Derecho e Internet*, en: *Derechos Patrimoniales, Estudios en homenaje al Prof. emérito Dr. Efraín Richard (Filippi, Laura –Juárez, María Laura)*, Tomo 1, Ed. Ad-Hoc, Bs. As., 2001.
- KOLLMANN, Gustavo - LA ROSA, Mariano; *La libertad de expresión y la Constitución Nacional en Internet*, DJ-2002-2.
- KREIMER, Pablo; *El científico también es un ser humano. La ciencia bajo la lupa*, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2009.
- LATOUR, Bruno; *Nunca Fuimos Modernos. Ensayo de antropología simétrica*, Siglo Veintiuno editores, Buenos Aires, 2007.
- LAURÍA, Eitel H.; *Ciencia y Tecnología de cara al siglo XXI*, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2000.
- LESSIG, Lawrence; *El Código y otras leyes del ciberespacio*, trad. de Ernesto Alberola (Título original: *Code and other laws of cyberspace*, 1999), Grupo Santillana de Ediciones, 2001.
- LESSIG, Lawrence; *Cultura Libre. Cómo los grandes medios están usando la Tecnología y las Leyes para encerrar la cultura y controlar la creatividad*, Trad. de Antonio Córdoba / Elástico, disponible en: [http://www.worcel.com/archivos/6/Cultura\\_libre\\_Lessig.pdf](http://www.worcel.com/archivos/6/Cultura_libre_Lessig.pdf) .
- LESSIG, Lawrence; *El Código 2.0*, Edición e introducción Florencio Cabello, Traficantes de Sueños, Madrid, 2009, disponible en:

[http://www.traficantes.net/index.php/editorial/catalogo/coleccion\\_mapas/el\\_codigo\\_2\\_0](http://www.traficantes.net/index.php/editorial/catalogo/coleccion_mapas/el_codigo_2_0). (Edición original: The Code versión 2.0, Cambridge, Basic Books, 2006).

- LOPEZ AYLLÓN, Sergio; *Globalización, Estado de Derecho y Seguridad jurídica. Una explicación sobre los efectos de la globalización en los Poderes Judiciales de Iberoamérica*, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1572> .
- LORENZETTI, Ricardo Luis; *Comercio Electrónico*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001.
- LORENZETTI, Ricardo; *Consumidores*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2003.
- LORENZETTI, Ricardo; *La decisión judicial en casos constitucionales*; La Ley, diario del 01.11.2010.
- LORENZETTI, Ricardo; *La oferta como apariencia y la aceptación basada en la confianza*, L.L 2000-D-1155.
- LORENZETTI, Ricardo; *Las normas fundamentales de Derecho Privado*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 1995.
- LORENZETTI, Ricardo; *Tratado de Contratos*, Tomo III, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2000.
- MALDONADO, Sergio; *Ciberespacio como jurisdicción*, disponible en: <http://www.geocities.com/SiliconValley/Network/5054/marcos/juris/docs/ciberjuris.htm> .
- MANULI, Gabriela; *Shopping centers y marketing. Donde el espacio está "fríamente calculado" para que compremos*; edición del diario Perfil del 03.05.2009; disponible en: <http://www.diarioperfil.com.ar/edimp/0361/articulo.php?art=4223&ed=0361> .
- MARESCA, Fernando – BENDINI, Federico; *Protección legal del software*, L.L. 2000-D-1191.
- MARTÍNEZ ALIER, Joan; *Prólogo a la edición española de la obra: La ciencia posnormal...cit.*,
- MASSINI CORREAS, Carlos I.; *El derecho y la justicia. Una contribución actual al iusnaturalismo*, E.D. T. 190.
- MASSINI CORREAS, Carlos I; *Introducción a la obra "El iusnaturalismo..."* (AA.VV.)
- MELÉNDEZ JUARBE, Hiram A., *La constitución en Ceros y Unos: un acercamiento digital al derecho a la intimidad y a la seguridad pública*; disponible en <http://elplandehiram.org/documentos/CerosyUnosRevJur.pdf> .
- MILLARCH, Francisco; *Ideologías de la Red: Del ciber-liberalismo al ciber-realismo*, trad. de Javier Villate, disponible en: [http://www.millarch.org/francisco/papers/net\\_ideologies\\_esp.htm#nota%2016](http://www.millarch.org/francisco/papers/net_ideologies_esp.htm#nota%2016)
- MILLÉ, Antonio; *Motores de búsqueda en Internet y Derecho de Autor. Los casos judiciales de la 'generación Google'*; JA, 2008-IV.
- MONTANARO, Domingo Esteban; *La informática como poder. Estatización estratégica de las bases de datos. Control público de las bases de datos informáticos*, Suplemento La Ley Actualidad, 17 de febrero de 2000.

- MORAND-DEVILLER, Jacqueline; *El sistema pericial. Pericia científica y gestión del medioambiente*. traducción de Carolina Fililppon; en: El gobierno de los riesgos...cit.
- MOSSET ITURRASPE; Jorge; *Contratos y Obligaciones (Qué Derecho para qué casos)*, material bibliográfico del módulo “Derecho Privado” del Doctorado de Ciencias Jurídicas de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la U.N.L., 2004.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge; *La Codificación en Latinoamérica. Homenaje a la reforma del Código Civil en sus treinta años y a su autor Guillermo Borda*, L.L. 1999-B.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge; *La difusa frontera entre lo público y lo privado*, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Santa Fe, 2002.
- MUGUILLO, Roberto; *Publicidad, consumidores y publicidad correctiva*; LA LEY 2007-E.
- NIETO, Alejandro; *Las limitaciones del conocimiento jurídico* (Lección jubilar pronunciada en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense el 12 de marzo de 2001), material del Seminario de Sociología Jurídica, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, U.N.L., 2002.
- ORTEGA, Luis; *prólogo a la obra La globalización jurídica*, de Sabino Casesse, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2003, disponible en: [http://books.google.com.ar/books/about/La\\_Globalizaci%C3%B3n\\_jur%C3%ADdica.html?id=GPS7B0fhoREC&redir\\_esc=y](http://books.google.com.ar/books/about/La_Globalizaci%C3%B3n_jur%C3%ADdica.html?id=GPS7B0fhoREC&redir_esc=y) .
- ORTEGA GIMENEZ, Alfonso; *La regulación de Internet*; Revista de Derecho Informático; N° 61, agosto de 2003; disponible en: <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=1305> .
- ORTEGA MARTÍNEZ, Jesús; *Sociedad de la Información y Derechos Humanos de la Cuarta Generación. Un desafío inmediato para el Derecho Constitucional*, disponible en <http://info5.juridicas.unam.mx/libros/4/1510/26.pdf> .
- OST, Francois; *Júpiter, Hércules y Hermes: tres modelos de jueces*, en DOXA N° 14, Alicante, 1993, pág. 169, material del Seminario de Sociología Jurídica, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, U.N.L., 2002.
- OYARZÁBAL, Mario; *La ley aplicable a los contratos en el ciberespacio transnacional*, El Derecho, diario del 05.02.2003.
- PADILLA, René (h); *Responsabilidad civil por información injuriosa en Internet*, publicado en LLNOA-2004,1405 y RCyS-2004.
- PALAZZI, Pablo; *Google y el derecho a la privacidad sobre las búsquedas realizadas en Internet*; disponible en: <http://www.habeasdata.org/wp/2006/09/10/Dont-Be-evil-Google-is-not/>
- PALAZZI, Pablo; *La controversia sobre los datos de tráfico en Internet*, Diario La Ley, edición del 28 de abril de 2005.
- PARDINI, Aníbal; *Derecho de Internet*, Ed. La Rocca, Bs. As., 2002.
- PARDO, Rubén; *Verdad e historicidad. El conocimiento científico y sus fracturas*, en: La Posciencia. El Conocimiento científico en las postrimerías de la modernidad, Esther Díaz (editora); Editorial Biblos, Tercera Edición, Buenos Aires, 2004.
- PEÑA, Daniel; *El Derecho del Ciberespacio. Fundamentación Tecnológica en el Análisis del Derecho*, disponible en Internet: <http://www.alfa-redi.org/revista/data/38-15.asp>).

- PEÑALBA PINTO, Gonzalo; *Responsabilidad por injurias vertidas en Internet*, LLNOA-2004 (octubre).
- PEREYRA ROZAS, Macarena; *Responsabilidad de los motores de búsqueda en Internet*, Concurso sobre idéntica materia realizado el 14 de julio de 2010 en el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y organizado por la comisión de derecho de la Alta Tecnología, a cargo del Dr. Horacio Granero; publicado en <http://www.eldial.com>.
- PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique; *Informática y libertad. Comentario al artículo 18.4 de la Constitución Española*, disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=26680&orden=0> .
- PEREZ LUÑO, Antonio Enrique; *Internet y el Derecho*, Rev. Iberoamericana de Informática y Derecho (Mérida, 1998), N° 19-22.
- PÉREZ LUÑO, Antonio; *Manual de informática y derecho*, Ariel Derecho, Barcelona, 1996.
- PRIETO SANCHÍS, Luis; *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Trotta, España, 2003.
- PRIETO SANCHÍS, Luis; *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, en “ Filosofía Jurídica y siglo XXI. Ocho panoramas temáticos” (AA.VV), José Calvo González y Cristina Monereo Atienza (Coordinadores), Universidad de Málaga.
- RICO, Martín; *Los riesgos de aplicar analogías jurídicas para resolver cuestiones tecnológicas: comentarios al fallo ‘Da Cunha Virginia c/ Yahoo de Argentina SRL y otros s/ daños y perjuicios*; publicado en el Suplemento de Derecho de la Alta Tecnología de la Biblioteca Jurídica Online El Dial.com (www.eldial.com ).
- ROSSI, Jorge Oscar; *El caso Yahoo!, o la Internet políticamente correcta*, disponible en <http://www.jurisconsultora.com.ar/casoyahoo.html> .
- RODRÍGUEZ GARCÍA, Gustavo; *En defensa del clic. Anotaciones sobre la lucha por la libertad del ciberespacio*; Revista de Derecho Informático Alfa-Redi; N° 95, junio de 2006, disponible en: <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=6219> .
- SAGÜES, Néstor; *Elementos de derecho constitucional*, Tomo 1, 3ra. ed. actualizada y ampliada, Ed. Astrea, 2001.
- SAGÜES, Néstor; *Subtipos de hábeas data*, J.A. 1995-IV-352.
- SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco; *Sobre la Constitución Normativa y la Tecnología*, en AA.VV: Derecho y Nuevas Tecnologías, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, N° 8.
- SARRA, Viviana; *Comercio Electrónico y Derecho*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2000.
- SCHIAVI, María Virginia; *El derecho a la correcta prestación de un servicio*, LA LEY 2008-E.
- SERNA, Pedro; *Algunas reflexiones sobre el iusnaturalismo*, en: El iusnaturalismo...cit., pág. 300.
- SUPIOT, Alain; *Homo Juridicus. Ensayo sobre la función antropológica del derecho*, Siglo Veintiuno Editores, Bs. As., 2007.

- TOBIÁS, José W.; *La protección de la voluntad en la contratación contemporánea*, LA LEY 2010-B, pág. 966.
- TOBÓN, Natalia; *Los conocimientos tradicionales como propiedad intelectual en la Comunidad Andina*, Derechos Intelectuales, Tomo 10, Ed. Astrea, Bs. As., 2003.
- TOMELO, Fernando; *Responsabilidad civil de buscadores de Internet*, Diario La Ley del 30.08.2010.
- TOMELO, Fernando; *Responsabilidad Penal de los administradores de sitios web. El caso Targina!*, LL 2011-C-442.
- UTZ, Arthur F.; *Iusnaturalismo y iuspositivismo en la sistemática de las doctrinas jurídicas*, en: *El iusnaturalismo actual* (Autores Varios), Carlos I. Massini-Correas (compilador), Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1996.
- VERCELLI, Ariel; *Repensando los bienes comunes intelectuales. Análisis socio-técnico sobre el proceso de co-construcción entre las regulaciones de derecho de autor y derecho de copia y las tecnologías digitales para su gestión*, Tesis de doctorado con mención en Ciencias Sociales y Humanas, Universidad Nacional de Quilmas, Bs. As., 2009, págs. 20/21, disponible en: <http://www.arielvercelli.org/rbic.pdf> .
- VERCELLI, Ariel; *La conquista silenciosa del ciberespacio. Creative commons y el diseño de entornos digitales como nuevo arte regulativo en Internet*, Bs. As., 2004, págs. 2/3, disponible en: <http://www.arielvercelli.org/lcsdc.html> .
- VERÓN, Eliseo; *Las misteriosas poblaciones de Internet*, disponible en: [http://www.perfil.com/contenidos/2010/07/31/noticia\\_0030.html](http://www.perfil.com/contenidos/2010/07/31/noticia_0030.html) .
- VILLATE, Javier; *La libertad de expresión en Internet: Retos y amenazas*, disponible en: [http://www.une.edu.ve/~iramirez/te1/censura\\_internet.html](http://www.une.edu.ve/~iramirez/te1/censura_internet.html) .
- VILLATE, Javier; *La propiedad intelectual en la nueva era digital*, 2001, disponible en: <http://www.cibersociedad.net/archivo/articulo.php?art=40> .
- VILLATE, Javier; *Software libre y regulación*, 2001; disponible en el ARCHIVO del Observatorio para la CiberSociedad en <http://www.cibersociedad.net/archivo/articulo.php?art=39> .
- ZABALE, Ezequiel; *Responsabilidad civil e Internet. Responsabilidad Civil de los actores de la red por los contenidos difundidos en Internet*; tesis doctoral presentada en el marco del Doctorado en Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.
- ZAGREBELSKY, Gustavo; *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Editorial Trotta, 5ta. ed., Madrid, 2003.
- ZIMAN, John; *Ciencia y Sociedad Civil*, versión original en inglés, traducido por Diego Lawler, Revista CTS, n° 1 vol. 1, Setiembre de 2003, pág. 178; disponible en: [dialnet.unirioja.es/servlet/fichero\\_articulo?codigo=2356621](http://dialnet.unirioja.es/servlet/fichero_articulo?codigo=2356621).
- ZOLO, Danilo; *Complejidad, Poder, Democracia*, material del Seminario de Sociología Jurídica, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, U.N.L., 2002.
- ZYGIER, Analía; *Matar al mensajero. Paren a los jueces, me quiero bajar*, edición del Diario Judicial del 03.08.2009; disponible en [www.diariojudicial.com](http://www.diariojudicial.com) .