

JORNADA ACADEMICA: INTERNET Y LIBERTAD DE EXPRESION. Debate sobre la responsabilidad civil y penal por afectación a la intimidad, honor e imagen.

Por Manuel Larrondo

Abogado. Docente UNLP. Director Instituto de Medios de Comunicación

El **Lunes 6 de Mayo de 2013** se llevó a cabo en el Salón de Actos del Colegio de Abogados de La Plata una Jornada debate sobre un tema de candente actualidad como es la protección legal que merecen los derechos personalísimos a la imagen, intimidad y honor frente al crecimiento exponencial de Internet.

Este evento académico se inspira todos los años con motivo de que el 3 de Mayo es el Día Mundial de la Libertad de Expresión en base a la iniciativa de la Conferencia General de la UNESCO para recordar la Declaración de Windhoek, Namibia (África) para el "Fomento de una Prensa Africana Independiente y Pluralista" (decisión 48/432 de la Asamblea Gral. de la ONU). Todos los 3 de Mayo de cada año se fijó como fecha de celebración del Día Mundial de la libertad de expresión.

El eje temático esta vez giró en torno a la gran cantidad de casos judiciales planteados con motivo de la difusión no autorizada de videos íntimos a través de la web.

A raíz de ello fueron objeto de debate varios aspectos jurídicos:

1) **Corresponde o no controlar o limitar la difusión en Internet de documentos fotográficos o videos** a fin de preservar los derechos a la intimidad, honor e imagen del involucrado?

2) La **responsabilidad penal** de aquél que ha hackeado la PC o celular de la víctima y luego sube sus contenidos a la web;

3) Si la mejor solución para remover ese documento es la **regulación extrajudicial** (por ej, intimación vía Carta Doc a los sitios o buscadores que indiquen donde está el video). En relación a este punto, el Dr. Fernando Tomeo (uno de los expositores invitados) ha sentado su posición inicial en un artículo de opinión publicado en el diario La Nación <http://www.lanacion.com.ar/1538309-la-mejor-opcion-es-la-regulacion-extrajudicial>. También se referirá a los casos judiciales en los que se ha juzgado la responsabilidad civil de los buscadores en Internet tales como Google Inc y Yahoo! entre los más conocidos.

O bien, por el contrario, si corresponde que sea un Juez quien ordene la eventual remoción del video de la web. Proyecto Ley Pinedo

4) Por supuesto que también entra en juego el **análisis respecto a si la difusión de información se vincula con asuntos de interés público**, con lo cual la invocación de la supuesta vulneración al derecho a la intimidad quedaría sin efecto porque el interés público de la información prevalece por la supuesta vulneración al derecho personalísimo, más aún si quien alega su violación es además funcionario público. Así lo resolvió la Corte Interamericana de DDHH en autos "Ed. PERFIL SA (Fontevecchia – D'Amico) vs. Argentina" en Noviembre de 2011 cuando dicho Tribunal Supranacional dictó sentencia condenando al Estado Argentino a indemnizar a los periodistas Jorge Fontevecchia (CEO de la Editorial) y Héctor D'Amico (Secretario de Redacción de la Revista NOTICIAS en 1995) revocándose así la condena civil que aplicó la Corte Suprema de Justicia de la

Nación a la Revista NOTICIAS por haber divulgado fotografías del entonces Presidente Menem junto con su hijo extramatrimonial y la madre de éste que era legisladora de Formosa).

Como expositores y disertantes invitados se contó con la presencia del **Dr Ricardo Saenz**, abogado, **Fiscal General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal desde 1993**. Fue también Secretario Letrado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y, desde 1987 a 1993, Fiscal Nacional de 1ª Instancia en lo Criminal y Correccional Federal, y en lo Criminal de Instrucción, en ambos casos de la Ciudad de Buenos Aires. **En la Corte Suprema trabajó en la sentencia de la llamada Causa de Los Comandantes, que confirmó la condena a las Juntas Militares por violaciones a los Derechos Humanos cometidas en la última dictadura militar**. Es investigador en materia de nuevos delitos cometidos a través de Internet, siendo Fiscal Coordinador de varias comisiones legislativas y participante del grupo de expertos encargado de ratificar el Convenio Europeo del Cibercrimen por parte de Argentina. **En 2010 fue designado Miembro de la Comisión Técnica Asesora en Materia de Cibercrimen, creada por la Jefatura de Gabinete de Ministros de la Nación y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Es docente universitario de Derecho Penal en el Posgrado Derecho de Alta Tecnología, de la UCA**. Miembro del equipo asesor de ICIC, Programa Nacional de Infraestructuras Críticas de información y Ciberseguridad. Grupo de Expertos en Seguridad y Legislación Informática (GESI) de la Jefatura de Gabinete de Ministros de La Nación.

También se encontró presente el Dr. **Fernando Tomeo**, **abogado especialista en Derecho Informático, IP y Seguridad de la Información. Profesor Adjunto de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y Profesor Titular de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Abierta Interamericana**. Es autor de distintos artículos de doctrina, columnas y notas de información escritas para La Ley, elDial.com y para la Revista Imagen como así también para los Diarios La Nación, El Cronista Comercial e Iprofesional. Ha disertado en distintos Congresos y Jornadas vinculados a Nuevas Tecnologías, protección de la información personal y derechos de propiedad intelectual. Arbitro de los Tribunales Arbitrales Nacionales de Consumo. **Miembro de la comisión de legislación de Argentina Cibersegura y de la Comisión de Alta Tecnología del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires. Socio del estudio jurídico “Abieri Fracchia & Tomeo Abogados” y consultor fundador de TechLawBiz**.

A continuación se detallará las opiniones y expresiones más relevantes de ambos expositores invitados.

- **FERNANDO TOMEO**

Expresó el Dr. Tomeo que la responsabilidad de los buscadores de Internet ha tenido una gran divulgación a partir del año 2006 con una gran cantidad de juicios iniciados por modelos y artistas a consecuencia de incluirse su nombre en un buscador web que automáticamente lo linkea a sitios pornográficos. En esta clase de demandas, sostiene el Dr. Tomeo, los reclamantes alegan que el buscador debe responder por los daños y perjuicios a consecuencia de esa vinculación al sitio erótico y eventualmente a la prostitución.

Es dable destacar que al momento en que se llevó a cabo la exposición (Mayo 2013), aún no se había expedido nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Rodríguez Belén c. Google s. Ds y Pjs” del 28/10/14. Sobre dicho precedente haremos una breve síntesis en un trabajo por separado.

Retomando entonces lo expuesto por el Dr. Tomeo, sostuvo que “una parte de la doctrina considera que los buscadores son una cosa riesgosa (art. 1113 del C Civil) y desarrollan una actividad riesgosa debiendo responder por cualquier contenido que se publiquen en Internet. Por ej, en el caso Krum c. Google Sala J CNCiv 2012 con comentario en la revista jurídica LA LEY, se describen en la sentencia a aquellos los autores que están a favor de esta posición (Dra Matera Jueza).

Tomeo manifestó que no comparte tal postura y que Google deba responder por lo que se publique en Internet. Adujo que, en todo caso, *“el buscador debe responder una vez que tome conocimiento de parte del damnificado de que existe contenido dañoso en Internet y el buscador no lo da de baja. ¿Y cuando toma conocimiento el buscador? Gran parte de la doctrina considera que debe haber una orden judicial que le diga al buscador que tal contenido produce un daño. Yo considero que no debe haber una orden judicial. Creo que solo basta que uno avise al buscador acerca del contenido dañoso y si no lo da de baja, surge la responsabilidad del buscador. Esto es objeto de debate sobre todo al no haber una ley vinculado al tema de los buscadores en Internet. Hay varios proyectos de ley pero ninguno se ha tratado.”*

Comentó el Dr Tomeo un ejemplo concreto de su actividad profesional: *“vino al estudio una señorita que es una profesional. Un señor creó un blog a través de Google con su nombre en el que se decía que era una pésima profesional y agravios que afectaban su reputación. Sugerí el bloqueo del contenido a través de un app en Google o bien una medida cautelar. Ante ello, mi cliente me consultó por qué debe uno iniciar una acción cautelar?”*

Por eso, considera el exponente que *“una solución sencilla, gratuita y concreta es solicitar la baja en forma extrajudicial sin necesidad de recurrir a un abogado y a tribunales. Los americanos son muy prácticos con el régimen de notice and take down. Uno notifica cuando se suscita un problema de propiedad intelectual, se notifica al buscador o proveedor y ellos tienen 15 días para resolver si lo bajan y se hacen cargo de lo que resuelven. Si razonablemente lo dio de baja, no debe responder.”*

Para fundar tal posición, entiende que *“hay un principio en todas las personas que es la razonabilidad de las conductas. Todos debemos ser razonables y coherentes entre lo que decimos y hacemos. El buscador debe actuar con criterio de razonabilidad. Para los casos de personas comunes y corrientes, si se afecta la intimidad –que es sagrada- y se notifica al buscador y éste actúa con criterio de razonabilidad, lógica y sentido común, y entiende que se vulnera el derecho a la intimidad, lo tiene que dar de baja, actuando como un buen padre de familia u hombre de negocios, obrar lealmente. No hay duda de que hay que bajar un contenido pedófilo. No creo que haya que recurrir a los tribunales para convencer a un juez para que ordene la baja de un contenido. No sé si es la mejor solución pero funciona en EEUU. Funciona en Facebook. No hay duda de que si uno se siente mortificado debe darse de baja el contenido.”*

En relación a los funcionarios públicos, considera el Dr. Tomeo que “la protección de la intimidad es menor, tal como ocurrió con el famoso caso Servini de Cubría c/ Tato Bores en 1992 (la Juez obtuvo una medida cautelar que prohibió la difusión de una parte del programa de TV del capo cómico argumentando que se la iba

a difamar). En relación al caso “Menem c. Ed. Perfil” y la revocación de la condena impuesta a la Editorial de parte de la Corte Interamericana de DDHH reseñada al comienzo de este comentario, entiende el Dr. Tomeo que *“un ex presidente no puede intentar solicitar la baja de un contenido”* de la web atento al carácter de interés público de las noticias que lo vinculen. Sin embargo, en su opinión, *“la libre expresión no es un derecho absoluto. Debe ponerse un límite marcado por la razonabilidad. Por eso está previsto el abuso del derecho.”*

- **RICARDO SAENZ.**

Relató que los primeros casos judiciales en los que debió intervenir como Fiscal en cuestiones vinculadas a la informática fue *“a partir de la investigación del sitio CUEVANA”* (sitio que reproducía videos protegidos por el derecho de propiedad intelectual).

Recordó que *“en el año 2008 se modificó el Código Penal y se previó que cualquier violación a comunicaciones electrónicas es delito (violación de secretos de correspondencia epistolar clásica).”* En ese sentido, remarcó la vigencia del principio de legalidad como un principio básico del derecho penal por cuanto *“no se puede condenar a una persona por una conducta que no esté expresamente prevista en el Código Penal ya que no se aplica la analogía.”* Por eso explicó que debió reformarse el Código Penal para que se encuentren tipificadas las conductas punibles vinculadas a las comunicaciones electrónicas. Como ejemplo referenció que *“si el hurto de la imagen o un video no está previsto, no es delito.”*

De todas formas, en su opinión, *“el derecho penal no es la solución para estos temas.”* Para ello dio un ejemplo: *“una pareja se separa, el hijo se queda con la madre. El impedimento de contacto del padre con su hijo, es delito. Un delito más grave es la sustracción del menor. La jurisprudencia dice que la sustracción de menores no se aplica a los casos de los padres. En la Fiscalía tuvimos una causa en la que el padre se llevó al hijo a vivir a un país de Asia. Por eso considera que “no se va a solucionar nada desde el derecho penal respecto a las cuestiones de Internet.”*

Agregó que *“si roban la imagen o el video, todas las conductas que hacen los chicos publicando fotos desnudos, para el derecho penal tiene que tener la persona una cierta edad para ser imputado. La nueva generación tiene una cultura digital y contra ello el derecho penal no tiene mucho que hacer, es la parte dura de la legislación y en el conflicto.”* Asimismo resaltó que *“no se debe descartar el autobombo (sic) cuando una persona dice que le robaron un video hot lo cual puede suceder incluso de forma remota a través de Internet.”*

En relación al derecho de propiedad intelectual, se refirió respecto a la pertinencia de cerrar un sitio de películas piratas y la alegada afectación a la libre expresión de la sociedad. Al respecto sostuvo que *“creo que la libre expresión se ejerce a través de un blog. Bajar una película protegida por derecho de autor hecha por un productor que invirtió dinero o un autor que escribe libros que pretende vivir de ello y que se lo bajen gratis, no se relaciona y el tema de la libre expresión es demasiada carga para referirse a la música o el video.”*

De todas formas, insistió en que *“el derecho penal no da solución. El conflicto está dado entre la gente que cree que puede tener acceso a ese contenido en forma gratuita y libre. ¿El derecho penal lleva preso a un joven que bajó música? Eso no es solución.”*

A MODO DE CIERRE

Sin duda alguna el avance de la tecnología influye en nuestros comportamientos sociales y sin que queramos se entromete en nuestra vida sin pedir permiso. A través de Internet todo ser humano puede ejercer su libertad de expresión la cual comprende el derecho a transmitir ideas, hechos y opiniones. Así ha sido reconocido por el legislador nacional al establecer en el artículo 1° de la ley 26.032 que "la búsqueda, recepción y difusión de información e ideas de toda índole, a través del servicio de Internet, se considera comprendido dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión".

En este sentido, la Relatoría para la Libertad de Expresión de la Organización de los Estados Americanos ha dicho "que la libertad de expresión se aplica a Internet del mismo modo que a todos los medios de comunicación" y ha agregado que "los Estados tienen la obligación de promover el acceso universal a Internet para garantizar el disfrute efectivo del derecho a la libertad de expresión. El acceso a Internet también es necesario para asegurar el respeto de otros derechos, como el derecho a la educación, la atención de la salud y el trabajo, el derecho de reunión y asociación, y el derecho a elecciones libres" ("Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet").

Frente al ejercicio del derecho libre de la expresión a través de Internet, puede ocurrir que se afecten derechos personalísimos a la intimidad, honor e imagen de un individuo determinado. Es en ese momento cuando surge el conflicto jurídico ante la eventual vulneración de uno de esos derechos. ¿Cuál predomina? ¿Debe protegerse la libre expresión a rajatabla o, por el contrario, habrá que hacerlo con los derechos personalísimos? En nuestra opinión, no puede formularse una respuesta en sentido abstracto para intentar dar una solución genérica para todos los casos que se planteen.

Por el contrario, habrá que analizar caso por caso para merituarlo. En la charla se expuso justamente el caso de "Menem c. Ed. Perfil" en el cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación condenó a la Editorial en 2001 a indemnizar al ex Presidente por haberse vulnerado su derecho a la intimidad ante la publicación de fotografías donde aparecía con su hijo extramatrimonial y la mamá de éste. Años después, en 2010 la Corte Interamericana de Derechos Humanos revoca ese fallo por considerar que las pruebas aportadas demostraban que existía un patente **interés público** en la difusión de la crónica ya que además se informaba acerca de los supuestos envíos de mucho dinero que hacía el ex Presidente a la madre de su hijo extramatrimonial, entre otras circunstancias. En este caso el factor, según la Corte Interamericana, el "interés público" de la noticia –la libre expresión comprende el derecho colectivo de la sociedad a recibir información - sopesaba por el alegado derecho a la intimidad cuya afectación había denunciado el Sr. Menem.

Por eso disentimos con la opinión del Dr. Tomeo cuando refiriera en su exposición que la libre expresión debe tener límites y que no es absoluta. Es cierto que ningún derecho es absoluto. Sin embargo, el art. 13 del Pacto de San José de Costa Rica prohíbe justamente toda clase de censura (directa, indirecta, pública, privada, previa, posterior) a la libre expresión del pensamiento, ideas, opiniones, arte, etc. En todo caso, tal como refiere el mismo artículo 13, quien se exprese deberá hacerse cargo y responsable de sus dichos pero siempre deberá merituar de qué clase de información o expresión es la que supuestamente estaría afectando otro derecho. El interés público de un hecho concreto

que se vincule con los valores y principios republicanos establecidos en nuestra Constitución Nacional y que se vincule con la “cosa pública”, sin duda deberá prevalecer para dar pie a la difusión del mismo a través de la prensa por sobre cualquier queja que hubiera en relación a posibles afectaciones a derechos personalísimos. Caso contrario, fácil es prever que cualquier crítica o información que se relacione con funcionarios públicos podría ser objeto de censura

Y es importante tener presente que justamente a través de Internet las redes sociales como Facebook y Twitter permiten que toda persona pueda ejercer su derecho a expresarse libremente sobre cualquier tema. Por eso cuando nos referimos a que la libre expresión merece una protección amplia no nos referimos solo respecto a los periodistas y a las grandes empresas de medios de comunicación sino a cualquier ser humano.