

Damian Loreti

- ▶ “El derecho a la intimidad entre actores estatales y no estatales, poseen la misma concepción jurídica.”



Martín Mozotegui

martinmozotegui@gmail.com

Periodista (UNICEN). Productor de contenidos en Filo.news

Silvina Mentasti

Licenciada en Comunicación Social (UNICEN). Se encuentra realizando la Especialización en Comunicación Digital de la UNLP. Ha trabajado en el campo de estudios donde confluyen la comunicación y la mediación tecnológica en el marco de la línea de investigación Mediaciones Tecnológicas y Comunicación Digital (MT&CD - NACT ECCO) radicada en la Facultad de Ciencias Sociales, UNICEN.
silmentasti@gmail.com

Cómo citar: Mozotegui, M., & Mentasti, S. (2022). “El derecho a la intimidad entre actores estatales y no estatales, poseen la misma concepción jurídica”: Entrevista a Damian Loreti. *Revista Argentina De Comunicación*, 10(13), 220-231.



La expansión de las tecnologías digitales en los diferentes ámbitos de la vida de nuestras sociedades, y ciertos usos que las mismas están teniendo sobre la vida de los individuos y grupos sociales, han abierto discusiones sobre la necesidad de proteger a las personas de las potenciales amenazas que pueden derivar de una sociedad que habitará en un espacio digital. Damian Loreti, abogado de la Universidad de Buenos Aires y Doctor en Ciencias de la Información de la Universidad Complutense de Madrid, da cuenta de esto y en diálogo con la RAC nos ayuda a pensar el escenario en el que se dan las nuevas discusiones, cuales son las posibles soluciones a la falta arbitraria del mundo digital y las posibilidades que nos brindan los derechos constitucionales aplicados a las nuevas tecnologías.

-Para algunos intelectuales, el espacio público digital que se está configurando requiere una cuarta ola de derechos humanos que asista a ciudadanos y ciudadanas en el entorno digital. Para otros, todas las amenazas a los derechos humanos consagrados están previstas, y aquello que se aplica al entorno offline, se lo debe aplicar al espacio online. ¿Esa tensión existe? ¿Cuál es tu posición al respecto sobre las medidas a tomar, si es que son necesarias?

-No estoy tan de acuerdo con las olas, entendiendo a las olas como la necesidad de dictar instrumentos de derechos humanos nuevos. Los Derechos Humanos son, de acuerdo a la conferencia de Viena del 93 y cómo lo dicen los órganos de los Derechos regionales Universales, interdependientes e interrelacionados. Hace mucho tiempo un canadiense dijo: "La Internet no era el lejano oeste". Lo cual me lleva a otro debate parecido ¿Cuál es la relación del derecho con la tecnología? O el derecho penal para ser más específico con la tecnología, porque generalmente dicen hay que hacer nuevos delitos, etcétera, etcétera. A veces la tecnología es el medio y a veces la tecnología o el sistema, o el programa o la expresión material de la creación humana, es el objeto de la acción. Hubo un caso en España hace mucho tiempo de un señor que se dedicaba a meterse en cuentas de bancos ajenas e iba drenando plata y lo llevaron a juicio penal. La figura penal era difícil de establecer porque era estafa al principio. Y la definición de estafa requiere engañar a otro y hacerle un perjuicio patrimonial. Acá no había voluntad del otro. Decían robo, pero tampoco había apropiación material de ninguna cosa. Mueble, billete total o parcialmente ajeno. Por lo cual esta persona quedó eximida de ser condenada penalmente, pero de lo que no se puede eximir es de devolver el dinero, porque lo que hubo fue una situación de enriquecimiento sin causa. Ya había una afectación, había un daño a las cuentas, no había delito, pero había una afectación al patrimonio de otro. Desde el punto de vista del derecho civil, la reparación integral por el daño que sufrieron aquellos que vieron mermadas sus números era más o menos obvio. Entonces, ¿qué pasó a partir de eso? Empezaron a aparecer previsiones penales de protección del sistema. Ahora, si vas a amenazar a alguien o injuriar, el soporte, por lo menos en la mayoría de las legislaciones, es indiferente. En algunos casos, hacerlo a través de los medios tiene un agravante, pero no una inexistencia de delito nuevo.

- ¿Qué pasa con el derecho a la intimidad entre los diferentes actores?

- Cuando se prevé el derecho a la privacidad en 1948, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el artículo 6 de la Convención de Roma de Derechos Humanos o del 11 en 1969 de la Convención Americana, la invasión a la intimidad era la que hacía el Estado en la protección de la vida privada vs. el Estado totalitario. Esto en la posguerra. Luego se fue expandiendo de interpretación a no ser molestado, se fue expandiendo respecto de los actores privados, no sólo el actor estatal. Hay un flujo nuevo que tiene que ver con nuevas cosas que fueron haciendo los estados. Llámale inteligencia. Y hay una 4.ª situación en la cual aparecen temas de protección de la intimidad de vuelta por actores no estatales. Ahora, es la misma intimidad en términos de derechos humanos que existía antes. Lo que cambia son mecanismos de prueba o los mecanismos de protección, no la concepción del derecho. El derecho a la intimidad entre actores estatales y no estatales, poseen la misma concepción jurídica. Lo que te puede estar faltando son mecanismos de prueba o previsiones legales específicas del modo de intromisión en la vida privada o mecanismos de garantía. Por ejemplo, cuando aparecen las reglas de protección de datos personales, en los 80, en Europa, no cambió la Convención Europea sobre Derechos Humanos. Lo que después fueron cambiando fueron las leyes de protección de derechos a la privacidad, a la autodeterminación informativa, a no reconocimiento facial en público, etcétera, etcétera. Pero los fallos que vos mirás en el Tribunal Europeo sobre la privacidad siguen colgados del mismo artículo 8. Como algunos en el sistema interamericano se han colgado del artículo 11.

- ¿Cuáles serían aquellas cuestiones que dentro del entorno digital, en la actualidad se está demandando protección?

-Yo te diría intimidad, vida privada, que no es lo mismo. Lo cual genera una mirada de cuestiones que va del correo electrónico a las comunicaciones telefónicas, no ser interceptado en la calle, que no te graben, tu correo físico, en la casa, en el lugar de trabajo. En la vida de los periodistas, eso impacta, además, sobre una protección más calificada por su propia tarea. Hay un tema

alrededor del derecho a la protesta sobre los entornos digitales y la seguridad y la vigilancia. Es un artículo distinto. También está ligado a la libertad de expresión, pero distinto, en el marco del Sistema interamericano. Y el artículo 13 sobre la libertad de expresión que impacta en función de la acción de actores estatales y de actores no estatales. A veces se dice que la protección de los derechos es "en función de". Pueden aparecer temas de debido proceso judicial por la divulgación de algunas cuestiones que no estén sujetas a divulgación inmediata de un dictamen de un fiscal antes de que se presenten el expediente no es accesible. Podés tener algunos temas ligados a algún cruzado o en función de temas de intimidad. Por ejemplo, el derecho a la navegación u ocultando el IP es lo que te permitiría hacer ciertas búsquedas sobre cuestiones de salud sin que después te bombardeen con que hay otras soluciones mágicas al problema hipotético que estás buscando. Estos son casos reales que existen en la historia de la jurisprudencia reciente. Pero te diría que en el sistema interamericano los derechos que existen en el mundo analógico aplican al mundo virtual, sin perjuicio de lo cual necesitás algunas reglas de garantía de libertad de expresión al debido proceso, por ejemplo, con las plataformas.

-Justamente ahí, en relación a la libertad de expresión, ¿cuáles son las tensiones que se están discutiendo en Argentina y en el contexto latinoamericano? ¿En qué medida esas tensiones estarían o no modificando el derecho a la libertad de expresión y a la opinión tal como lo conocemos?

-La Convención Americana reconoce que la Corte Interamericana se manifestó como de doble vía en 1985. Es decir, importa tanto el derecho a recibir información como a darla, un derecho de doble vía. Y de esto la Corte Interamericana, en el caso Kimmel, dijo que hay un derecho al cuidado que es el derecho a no recibir información manipulada. Acá sí se podía ver, una situación más novedosa por lo masivo de la situación, que son actores no estatales limitando por sus propias condiciones fijadas a los usuarios, el acceso a libertad de expresión o disminuyendo su alcance. Ahora, una situación tecnológica como la moderación de contenidos genera en una situación tan masiva de inaccesibilidad a la "nueva plaza pública", como algunos lo llaman, si

es que tal cosa existe, un nuevo espacio público, si es que tal cosa existe como tal, que así como en algún momento algunos medios hicieron sensible que tenían que poner algún reglamento de publicaciones, existencia de derecho a rectificación, etcétera. El poder que supera la capacidad de los Estados para regular o para aplicar ciertas disposiciones, transforma a los actores no estatales, poderosos, casi monopólicos, en sujetos pasivos, para la garantía de un derecho viejo ejercido de modo nuevo. El famoso tema de si los medios electrónicos eran un foro público o eran oradores, es viejo como la discusión de pararte en la esquina de la plaza. Lo que hay son, me parece, emergentes tecnológicos que multiplican las situaciones en base a problemas anteriores. Generan la discusión del acceso, de la participación. En muchas regulaciones aparecen para las autoridades de los medios públicos, de que los medios públicos sirvan de caja de resonancia para distintos sectores sociales.

-¿La Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual se refiere a eso?

-Esa ley tomó algo de varias legislaciones, sobre todo europeas. La difusión es como lo ejerce y el rol que han tomado hoy las plataformas, en tanto como un nuevo ámbito de espacio público, van a que el cajoncito parado arriba del puesto de la plaza, te permite subirte, hablar y que nadie venga a sacarte de ahí. No es nuevo, también hay un efecto multiplicador por las cuestiones de la tecnología, que son los temas de discriminación, de vulneración de derechos basados en situaciones discriminatorias. De vuelta no es nuevo, las pintadas en la calle son viejas. Como cada cual quiera medirlo en su concepción del ejercicio de la libertad de expresión y regular si es discriminatoria. Lo que tenemos hoy es un problema tecnológico nuevo, del ejercicio de la protección de derechos muy anterior.

-¿Cuál sería el rol del Estado, atendiendo a la idea de que debe tener un rol clave en la regulación de las plataformas?

-Una cosa es la plataforma como intermediario y otra la plataforma como moderadora. En la plataforma o el soporte, el buscador no tiene, ni por inteligencia humana, ni política, ni por inteligencia artificial, la

discrecionalidad editorial (como se le llamaría en el tiempo de los diarios) con lo cual empieza a aparecer una circunstancia de si la responsabilidad va a ser objetiva o si la responsabilidad va a requerir, como la mayoría de los fallos dicen, un conocimiento cierto de la ilegalidad del contenido.

- Por ejemplo, con el caso Belén Rodríguez...

- El famoso caso Belén Rodríguez es el caso paradigmático de la Corte [Corte Suprema de Justicia de la Nación] sobre qué deben hacer los buscadores respecto a contenidos de sitios con contenido pornográfico grabados. La discusión ahí para la Corte es quién, cuándo y cómo debe asumir [la plataforma] que conocen el contenido dañino de lo manifiestamente ilegal. Pero está claro que la Corte no se hace cargo, en ese caso, del problema del buscador por el solo hecho de que aparezca.

Distinto es el caso cuando la plataforma sí tiene un sistema de inteligencia humana o artificial en la cual tiene discrecionalidad editorial y moderna. Uno de los grandes temas es de qué modo garantizar no solo la libertad de expresión, sino lo que alguien llamó el “derecho al debido proceso” sobre el soporte de la plataforma. Aquí tenés a alguien muy poderoso que dirime sobre tus derechos o lo que otros llamarían “derecho al trato justo” en la relación de proveedor o usuario. Y ahí aparecen los términos y condiciones, lo que se llaman términos de servicio, etc. Sobre eso hay algunas cosas en dos declaraciones muy interesantes que son la declaración de Santa Clara y acaba de terminar de discutirlo Europa y lo van a poner en vigencia ahora, que es la directiva de Servicios Digitales.

- Entonces ¿Las plataformas deben autorregular el flujo de la información?

- Yo no creo que el Estado tenga que retirarse ni mucho menos. Creo que algunas reglas ya existen. Deberían funcionar mejor. Hay una serie de principios por los cuales están involucradas las plataformas. También lo dice el Relator Especial de Libertad de Expresión en el 2018 donde se habla por primera vez del debido proceso. Pero así vas contra la sección 230 del Código

Norteamericano de la famosa exención de responsabilidades [de los intermediarios]: el 99,99% de los fallos en Estados Unidos dicen que de acuerdo a la Sección 230, los actores no estatales no tienen ningún tipo de obligación en esto. No solo en esto, sino en muchas otras cosas. El hecho de que el municipio de Manhattan le dé el derecho a un tercero a emitir una señal mediante la concesión de una licencia de cableoperador... ¿transforma ese tercero en estatal o no? La Corte dijo que no era estatal por más que operaba sobre una concesión dada, no geográfica, sino el propio contenido de la señal de cable del sistema. Y la Corte dijo que a los actores no estatales no se les aplican las reglas de existencia de la Primera Enmienda. Y son distintas las respuestas en un conflicto legal con Twitter, con Facebook o con Google en el Sistema Europeo de Derechos Humanos que en Estados Unidos.

Lo que faltaba (y lo empecé a discutir el sistema interamericano hace poco) es una mirada latinoamericana y del Caribe sobre el alcance de la Convención Americana sobre Derechos Humanos sobre este tema de los intermediarios. Hace un par de años, la presidenta de la Comisión Interamericana, Antonia Urrejola, abrió una serie de actividades en el marco de la Comisión Interamericana: el tema de plataformas, educación digital, desarrollo del periodismo, etcétera. Su primera frase fue: "declaro para todos y todas que el espacio público está en una situación de conflicto serio. Hablo del deterioro del nivel del debate público". Y ahí reclamó que todos participaran en la búsqueda de la solución: privados, poderosos, plataformas, medios de comunicación, sociedad civil, academia. Con lo cual hoy te diría que por lo menos en el hemisferio occidental hay tres miradas diferentes sobre el mismo tema.

-Algo que se formula, que se demanda como derecho, sobre todo en Europa, es el derecho al olvido. En las últimas semanas con el tema de este caso, el fallo de la corte sobre el caso Natalia de Negri contra Google quedó evidenciado en esta disputa entre los dos derechos. ¿Cuál es tu reflexión o opinión respecto de este caso que involucra el derecho al olvido?

-Algunos se saltan este debate, no en este caso, sino en general, a las reglas de protección de datos personales. Y ahí hay una discusión que el derecho al olvido, tratado de modo genérico, no termina de saldar, pero jurídicamente es

distinto. Una cosa es el derecho de eliminación de mis datos personales de un determinado banco de datos, o cancelarlos o modificarlos o que sean actuales vs. el derecho a estar desindexado. Es un problema diferente. En el sistema interamericano no existe nada parecido al derecho al olvido. Ahora, sí existe el derecho a la protección de datos personales de acuerdo a los principios de libertad de expresión escritos en el 69, pero plasmados en una declaración de principios en 2000. Y esto vuelve a tu primera pregunta que hay que actualizar esto, es un tema de interpretaciones. En ese sentido, yo te diría que los europeos partieron de un caso que era de problema de indexación y lo llamaron derecho del olvido. Ahora regularon el derecho al olvido en el Reglamento General de Protección de Datos. Pero hay una clara obligación de conciliación y a veces de prevalencia te diría, del derecho de libertad de expresión e información periodística en un contexto en el cual, dentro del propio Sistema Europeo de Derechos Humanos, no hay una regla igual a la Convención Americana que prohíbe la censura. No está prohibida la censura en el marco del artículo 10 de la Convención Europea, ni para el cine, ni para los medios periodísticos. Y entonces atado a las reglas, no hay censura previa, ni siquiera lo puedan ordenar los jueces.

El derecho al olvido, no tiene base en el modelo del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Lo que pasa es que en algunas discusiones y en algunas declaraciones conjuntas, los relatores admitieron algunas circunstancias de bloqueo. Ahora me vas a preguntar con toda justa inteligencia que es y qué hacemos. La fórmula del sistema interamericano escrita, y sin que nadie la haya revisado en términos de sentencia, es la de los espectáculos públicos. Salvo que lo que quieras articular sea un mecanismo de defensa de la Convención Interamericana contra toda forma de discriminación, racismo y xenofobia. O sea, no es todo tipo de contenido que prevé la supresión y las eliminaciones de mensajes por parte de los órganos públicos. La justicia, te diría, pero también hay otro debate en Argentina. Sería claramente la justicia. Y ahí hay una contradicción entre ambas convenciones de derechos humanos. Lo que se me ocurre a mí es decir que es una contradicción. La Comisión Interamericana en el 2015, haciendo un informe sobre la situación de las personas de los grupos LGTBI dice que hay una contradicción probable entre la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención Interamericana de Prevención del Racismo, Discriminación y Xenofobia. Y la propia Comisión o la Corte deberán dirimir este problema una vez que la

Convención de Discriminación, Racismo y Xenofobia tenga la cantidad suficiente de ratificaciones para entrar en vigencia. Pues ya entró en vigencia y nadie lo resuelve. Por lo cual ahí tenés un conjunto de personas que dicen esto hay que limitarlo. Y otro conjunto de personas que dicen prevalece la libertad de expresión, lo cual te lleva a un nuevo debate que es en caso de contradicciones entre normas de derechos humanos, se entiende que se debe aplicar aquella que hace prevalecer el derecho a la víctima, lo cual te lleva a otra pregunta retórica que es ¿quién es la víctima? ¿La persona discriminada o el que hace el ejercicio de la libertad de expresión? lo cual te lleva en la práctica a un montón de situaciones de ponderación, que es, si es lo mismo el discurso comercial que el discurso informativo, que el discurso artístico, en función de un montón de situaciones que tienen que ver con si es lícito usar la imagen de una persona de forma discriminatoria. Y ahí se puede expresar también el tema del derecho al olvido si es una imagen anterior. No está todo resuelto. Lamentablemente, no es una ciencia exacta. Mucha gente piensa muchas cosas diferentes. Y cuántos más participan por suerte, en el debate público, mayor cantidad de circunstancias personales aplican y es muy complejo resolver o plantear posiciones generales desde un caso, porque el caso está lleno de circunstancias particulares que lo arruinan en términos de laboratorio.

-En relación a la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual en el entorno digital. Ese montaje configura una ley que aborde de manera adecuada la convergencia y el nuevo ecosistema mediático. Y en ese sentido, ¿qué piensa en relación a la ley? ¿Es necesaria una nueva ley?

-Desde lo más chico a lo más grande, cambiar la que está es hacer una ley nueva. La discusión de si va a ser una ley muy grande o muy chica en términos, no cantidad de artículos, es otro debate. Lo que debe discutirse es la cantidad de actividades y sujetos comprendidos. Vos mencionaste medios de comunicación. Lo cual te pone en definir medios de comunicación en el nuevo contexto. ¿Cuál es el universo, qué querés poner dentro? En la ley del 2009 había un atisbo de convergencia que no prosperó, que era poner a los operadores telefónicos con 13 condiciones para entrar que era mucho más de lo que tenía México, mucho más de lo que tenía la ley inglesa y por supuesto,

mucho más que lo que tenían los americanos. Bajo esas condiciones se preveía como se articulaba el modo con que un actor como las telefónicas podían cargarse el resto de la actividad. Eso, por razones de mayorías y minorías parlamentarias, no funcionó. Pero para ingresar tenían que hacerlo bajo las mismas condiciones que se le admitía a un cableoperador. Y tenía que pasar un tiempo o tenían que ceder al mercado un operador independiente. Había 13 condiciones, reitero. Eso les permitiría entrar en carrera pasado un tiempo de cierta amortiguación de asimetrías, previendo además que aparecieron nuevos actores con poder, como las cooperativas. Esto es lo que no resulta, porque no entra en el texto. Después Macri se hace cargo de cambiarlo y entonces hay siete más (el Decreto 1340). Pero eso además es incumplido, porque ahí lo que te obliga es a tener unidad de negocio separada de modo tal de no quedar marcado. Y había otro costado que era poner dentro de las líneas de protección de los servicios audiovisuales aquello que corriera sobre *streaming*. ¿Qué tenés? Aire, cable y *streaming*. En la medida que lo que fuera sobre *streaming* tuviera discrecionalidad editorial y formato de parrilla. Eso es lo más lejos que habían llegado los europeos. Los europeos recién ponen los catálogos en el 2018 y le dan lapsos a los Estados para que hagan lo que se llama la “transposición de directiva”, que es lo que va a hacer España ahora, por ejemplo, que es la nueva Ley General del Audiovisual. Recién ahora las plataformas y los lugares de intercambio de contenidos forman parte de los servicios audiovisuales. Es decir, lo ponen ahí, bajo el paraguas de la protección de diversidad cultural, cosas que antes no ocurría y le ponen obligaciones que antes no tenían y le dan algunos derechos más de los que tenían los operadores audiovisuales y ahora eso es para todos. Por ejemplo, el tema de publicidad.