

INTERNATIONAL JOURNAL OF DIGITAL AND DATA LAW

REVUE INTERNATIONALE DE DROIT
DES DONNÉES ET DU NUMÉRIQUE

Vol. 2 - 2016



ISSN 2553-6893

International Journal of Digital and Data Law
Revue internationale de droit des données et du numérique

Direction :
Irène Bouhadana & William Gilles

ISSN : 2553-6893

IMODEV
49 rue Brancion 75015 Paris – France
www.imodev.org
ojs.imodev.org

*Les propos publiés dans cet article
n'engagent que leur auteur.*

*The statements published in this article
are the sole responsibility of the author.*

Droits d'utilisation et de réutilisation

Licence Creative Commons – Creative Commons License -



Attribution

Pas d'utilisation commerciale – Non Commercial

Pas de modification – No Derivatives

À PROPOS DE NOUS

La **Revue Internationale de droit des données et du numérique (RIDDN)/ the International Journal of Digital and Data Law** est une revue universitaire créée et dirigée par Irène Bouhadana et William Gilles au sein de l'IMODEV, l'Institut du Monde et du Développement pour la Bonne Gouvernance publique.

Irène Bouhadana, docteur en droit, est maître de conférences en droit du numérique et droit des gouvernements ouverts à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne où elle dirige le master Droit des données, des administrations numériques et des gouvernements ouverts au sein de l'École de droit de la Sorbonne. Elle est membre de l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne (IRJS). Elle est aussi fondatrice et Secrétaire générale de l'IMODEV.

William Gilles, docteur en droit, est maître de conférences (HDR) en droit du numérique et en droit des gouvernements ouverts, habilité à diriger les recherches, à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne où il dirige le master Droit des données, des administrations numériques et des gouvernements ouverts. Il est membre de l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne (IRJS). Il est aussi fondateur et Président de l'IMODEV.

IMODEV est une organisation scientifique internationale, indépendante et à but non lucratif créée en 2009 qui agit pour la promotion de la bonne gouvernance publique dans le cadre de la société de l'information et du numérique. Ce réseau rassemble des experts et des chercheurs du monde entier qui par leurs travaux et leurs actions contribuent à une meilleure connaissance et appréhension de la société numérique au niveau local, national ou international en analysant d'une part, les actions des pouvoirs publics dans le cadre de la régulation de la société des données et de l'économie numérique et d'autre part, les modalités de mise en œuvre des politiques publiques numériques au sein des administrations publiques et des gouvernements ouverts.

IMODEV organise régulièrement des colloques sur ces thématiques, et notamment chaque année en novembre les *Journées universitaires sur les enjeux des gouvernements ouverts et du numérique / Academic days on open government and digital issues*, dont les sessions sont publiées en ligne [ISSN : 2553-6931].

IMODEV publie deux revues disponibles en open source (ojs.imodev.org) afin de promouvoir une science ouverte sous licence Creative commons **CC-BY-NC-ND** :

- 1) la *Revue Internationale des Gouvernements ouverts (RIGO)/ International Journal of Open Governments* [ISSN 2553-6869] ;
- 2) la *Revue internationale de droit des données et du numérique (RIDDN)/International Journal of Digital and Data Law* [ISSN 2553-6893].

ABOUT US

The **International Journal of Digital and Data Law / Revue Internationale de droit des données et du numérique (RIDDN)** is an academic journal created and edited by Irène Bouhadana and William Gilles at IMODEV, the Institut du monde et du développement pour la bonne gouvernance publique.

Irène Bouhadana, PhD in Law, is an Associate professor in digital law and open government law at the University of Paris 1 Panthéon-Sorbonne, where she is the director of the master's degree in data law, digital administrations, and open governments at the Sorbonne Law School. She is a member of the Institut de recherche juridique de la Sorbonne (IRJS). She is also the founder and Secretary General of IMODEV.

William Gilles, PhD in Law, is an Associate professor (HDR) in digital law and open government law at the University of Paris 1 Panthéon-Sorbonne, where he is the director of the master's degree in data law, digital administration and open government. He is a member of the Institut de recherche juridique de la Sorbonne (IRJS). He is also founder and President of IMODEV.

IMODEV is an international, independent, non-profit scientific organization created in 2009 that promotes good public governance in the context of the information and digital society. This network brings together experts and researchers from around the world who, through their work and actions, contribute to a better knowledge and understanding of the digital society at the local, national or international level by analyzing, on the one hand, the actions of public authorities in the context of the regulation of the data society and the digital economy and, on the other hand, the ways in which digital public policies are implemented within public administrations and open governments.

IMODEV regularly organizes conferences and symposiums on these topics, and in particular every year in November the Academic days on open government and digital issues, whose sessions are published online [ISSN: 2553-6931].

IMODEV publishes two academic journals available in open source at ojs.imodev.org to promote open science under the Creative commons license CC-**BY-NC-ND**:

- 1) the *International Journal of Open Governments/ la Revue Internationale des Gouvernements ouverts (RIGO)* [ISSN 2553-6869] ;
- 2) the *International Journal of Digital and Data Law / la Revue internationale de droit des données et du numérique (RIDDN)* [ISSN 2553-6893].

EL DERECHO Y LA TECNOLOGÍA EN LA ERA DE INTERNET

por **Pablo GALLEGOS FEDRIANI**, director de la carrera de especialización en Derecho Administrativo, Universidad de Belgrano, Buenos Aires (Argentina)

§1–INTERNET

Internet es una forma de comunicación diferente a todas las conocidas hasta ahora, por varias razones: a) se ha desplegado sin ningún tipo de autorización ni control estatal; b) ha superado todos los límites geográficos e incluye a todo el mundo; c) pueden participar en su formación los Estados, las personas jurídicas y las personas físicas, con el solo hecho de conectarse a internet; d) la red no es unidireccional, como puede ser la de la televisión (emisor: televisión / receptor: televidente), ni tampoco bidireccional, como puede ser la telefónica, sino multidireccional además de las dos anteriores, en la medida en que cualquier usuario puede comunicarse, recibir información y dar su opinión. Sus avances son permanentes y están regidos por algoritmos, creando una información para uso de todos que es virtual y que se encuentra en la nube.

En un futuro próximo, se conectarán directamente los sistemas entre sí y los sistemas con los objetos, con lo cual dejará de tener un efecto virtual y se transformará en la próxima revolución que se espera en resultados como los automóviles sin conductor.

§2–INTERNET Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El uso de internet ha producido el reconocimiento de nuevos derechos fundamentales y ha modificado su condición de ejercicio.

Estos dos derechos están entre sí en tensión, en la medida en que, por un lado, se encuentra el derecho a la protección de los datos personales, y por el otro, el derecho de acceso a internet.

El cuidado de los datos personales tiene relación con el reconocido derecho a la privacidad o a la vida privada.

El problema de internet es que debido a la cantidad de bancos de datos existentes tanto en el sector público como en el privado más la trazabilidad que se puede producir a través de los gastos con tarjeta de crédito o los desplazamientos dentro de una ciudad con las tarjetas magnéticas o entre los países, hace que con el cruzamiento de esos datos no solo pueda conocerse el nombre, la edad, sexo, estado civil, fecha de nacimiento y lugar de residencia de cualquier persona, sino también sus viajes, su trabajo, su salario, sus preferencias en cuanto a comidas, lugares, su vida social, y hasta su vida más íntima.

Este derecho que debe ser reconocido como un derecho fundamental tiene la contrapartida en el derecho de cualquier persona de acceder a internet y a través de él de ejercer otros derechos como el de aprender, trabajar, estudiar, estar informado. La legislación es fragmentada y existen en verdad dos modelos. Un modelo estadounidense y otro de la Unión Europea. Aquí hay que reparar en que en el armado de internet no participan solo los entes públicos o los Estados, sino cualquier ciudadano al que nadie le puede negar el derecho a acceder.

Los norteamericanos entienden que el Derecho no puede ser rígido, sino flexible, y si bien han creado entes reguladores, consideran que es más fructífero que las propias compañías se autoregulen.

El sistema europeo, sin dejar de seguir al modelo norteamericano, entiende que debe regular el acceso a los datos personales y crear una legislación que, a pesar de los esfuerzos, llega siempre tarde en la medida en que los adelantos tecnológicos superan la velocidad de las normas.

§ 3 – CONTROL

En general, ambos sistemas entienden que el control debe ser ejercido por una entidad autárquica de carácter administrativo que determine sanciones, prohibiciones o cancelaciones, sobre la base de criterios de gente especializada en el tema.

Se prefiere este sistema por cuanto un trámite judicial llevaría demasiado tiempo y traería como consecuencia que al resolverse la cuestión ya ha perdido sentido por el paso del tiempo.

Sin perjuicio de ello, ambos sistemas entienden que debe existir una revisión judicial posible en la medida en que siempre el juez es el garante de las libertades fundamentales.

§ 4 – LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INTERNET

La libertad de expresión como derecho fundamental desde la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 se entendió siempre primero a través de la prensa escrita que tuvo su propio régimen y control al igual que la radio y la televisión, que quedaron siempre bajo la autorización y control del Estado a través de una autoridad autárquica o bien del propio Estado a través del Ministerio correspondiente.

El problema se plantea respecto de los llamados temas sensibles, como son los religiosos, los sexuales, aquellos que inciten al odio racial o a la insurrección terrorista.

La jurisprudencia norteamericana sobre el punto entiende que, por principio, la libertad de expresión no puede ser coartada y se corrige con mayor libertad de expresión.

Para entender esta particular forma de ver las cosas, resulta interesante poner un ejemplo: si recibimos por internet propaganda de terrorismo islámico donde se ven degollamientos, fusilamientos y propaganda, no debe prohibirse sino que debe

admitirse y aquellos que opinen lo contrario y sientan como un agravio lo que expresan los terroristas, deben hacerlo saber por la misma red.

Por el contrario, en los demás países se entiende que además de los particulares que puedan pedir la suspensión o el cierre de determinados sitios, también debe ocuparse el Estado y las propias ONG.

§ 5 – EL DOMINIO DE INTERNET

Las grandes empresas que manejan internet son norteamericanas y como tales invaden el espacio europeo, africano y latinoamericano, aprovechándose de los datos que pueden extraer de los usuarios en esos continentes.

Esta dominación de Estados Unidos en el mercado no hace que internet sea ni tan libre ni tan global, en la medida en que los criterios de moral y de derecho serán los propios de ese país y no de los países que reciben los mensajes emitidos desde Estados Unidos.

Otra forma de manejar internet es como lo han hecho Rusia y China, que cerrando el acceso a los sitios norteamericanos, han creado su propia internet, no manejada por todos los actores a los que nos hemos referido antes, sino por el Estado.

Es evidente que allí hay ejercida por el Estado una censura que no es propia de la libertad que significa el poder comunicarse con todo el mundo y recibir noticias de todo el mundo.

§ 6 – INTERNET Y LA JURISPRUDENCIA APLICABLE

El problema no se plantea si al tratar de corregir o bien sancionar civil o penalmente una comunicación por internet ella surge desde un emisor en un país y es recibido en un mismo país. Allí es claro que se aplicará la legislación de ese único país.

Pero la mayoría de las comunicaciones se ejerce entre emisores en un país y receptores en el otro. Allí se plantea un problema de derecho internacional, en el sentido de que debe decidirse cuál de las dos legislaciones es la aplicable.

La jurisprudencia francesa ha entendido que es de aplicación la ley francesa cuando el mensaje está dirigido especialmente al público francés. Si el mensaje está destinado a todos, se entiende que no habría un derecho de exclusividad de aplicación de la legislación local.

La regulación jurídica va a remitir, en la mayoría de los casos, a la legislación norteamericana y aun cuando se obtenga una decisión judicial ya sea en Francia o en Argentina, la misma deberá pasar por el trámite del *exequatur* para que esa sentencia sea reconocida como tal en el territorio norteamericano, quedándole al juez norteamericano la posibilidad de entender que ella no resulta aplicable según la legislación estadounidense.

Otra posibilidad es la de una legislación internacional a través de tratados multilaterales, lo que resulta muy difícil dado que internet

desde su nacimiento es libre y global, aunque no haya sido sino el desarrollo de un programa militar creado por los Estados Unidos.

§ 7 – LOS DATOS PERSONALES, LOS DATOS SENSIBLES, LOS DATOS COMO MERCANCÍA

Los datos personales son los que identifican a una persona, como su nombre, dirección, estado civil, sexo, edad. Dentro de esos datos, existen aquellos considerados sensibles, como son la pertenencia a una raza o a una religión o las preferencias sexuales o políticas o sindicales o la salud de cada persona.

En general, se entiende que los datos personales genéricos si bien pertenecen a la persona, pueden ser confiados y muchas veces son necesarios o imprescindibles, sin que por ello se afecte el llamado derecho a la privacidad. Los datos sensibles no pueden ser transmitidos, salvo que la persona preste su consentimiento. Es decir que con su aceptación ese dato puede ser revelado, pero debe tenerse presente que a su vez ese dato puede ser transferido a otras bases de datos y entrar en el dominio público.

También debe admitirse como derecho que uno quiera dar sus datos personales; aun los más sensibles. Es decir, afirmar a qué religión uno pertenece, cuál es su estado de salud, cuáles son sus preferencias sexuales, de qué raza o religión es.

Podría también pensarse que los datos personales son una mercancía y que pueden entrar dentro del tráfico comercial a través de internet. En ese caso, uno podría vender tales datos.

Por encima del reparo que merece esta teoría en la medida en que no se habla de un derecho de propiedad, sino de atributos de la personalidad, los datos de una persona sola cuando se toman para hacer estadísticas carecen de valor en la medida en que serán tomados en cuenta los datos personales de cientos de millones de individuos.

§ 8 – NEUTRALIDAD DE INTERNET

El principio básico de las redes sociales es su neutralidad, entendiendo como tal que nadie maneja o dirige la información que se sube a las redes sociales y lo que allí se publica, desde que las redes sociales pueden actuar como una forma de interacción entre personas o para realizar contratos o para publicidad o para estadísticas u otras formas de información.

§ 9 – INTERNET Y EL LLAMADO DERECHO AL OLVIDO

Esto se refiere a cuánto tiempo debe mantenerse la información y la posibilidad por parte de la persona a la que esa información haga referencia de pedir su supresión o rectificación en la medida en que le cause un perjuicio o no sea verídica.

Ambos aspectos (plazo de mantenimiento de la información y pedido de supresión o rectificación) están regulados en los

distintos sistemas jurídicos a través de la autoridad administrativa autárquica o de la ley con respecto al tiempo.

§ 10 – INTERNET Y LA TOMA DE DECISIONES

Los datos personales son manejados por algoritmos, los que segmentan, distribuyen, descontextualizan, los datos recibidos, sin perjuicio de lo cual los cuantifican, los metabolizan a una gran velocidad y llegan a resultados.

Estos resultados no son producto de una investigación dirigida por individuos, sino por máquinas que funcionan conforme a fórmulas algorítmicas que las empresa no dan a conocer por razones de confidencialidad.

El resultado obtenido, que puede determinar el perfil de los ciudadanos o de los consumidores, no puede ser dejado en manos exclusivamente de máquinas cuyo procesamiento desconoce el propio interesado.

De allí es que se propone que la llamada objetividad de los bancos de datos sea revisada y controlada por personas especializadas en la materia de que se trata.

Ello, en la medida en que no se puede tomar como verdadero o cierto aquello que ha sido producto de una interconexión entre máquinas que funcionan a través de las redes sociales con su propia lógica, ajena al control humano.

§ 11 – INTERNET Y LA SALUD

El problema de los datos referidos a la salud tiene que verse desde dos puntos de vista. Primero, el derecho a la privacidad, y segundo, la protección del secreto médico, en la medida en que de transmitirse tratamientos médicos que solo pueden ser conocidos por el profesional, podrían acarrearle problemas deontológicos.

Otra situación que plantea actualmente internet es la posibilidad de efectuar diagnósticos y tratamientos a distancia, en la medida en que la persona o el médico no puedan trasladarse para una consulta y coincidir en el mismo lugar.

Existen sobre el tema regulaciones en algunos países desarrollados donde se exige una serie de requisitos para la validez de tales prácticas médicas.

§ 12 – INTERNET Y LA EDUCACIÓN

Resulta evidente que internet implica un avance tecnológico para la transmisión de los conocimientos, pero la sola existencia de internet y la posesión por parte de los alumnos de la maquinaria necesaria para conectarse, no solucionan por sí solos los problemas.

En efecto, uno de los problemas es el relacionado con los derechos de autor. Otro es la posibilidad de que todos los estudiantes tengan acceso a los ordenadores.

La pregunta que se puede formular es, si es posible crear un sistema educativo en el cual no sea necesario que los alumnos y profesores se encuentren en un mismo lugar físico, pudiendo tener un acceso libre a internet.

Aquí el problema se presenta todavía en cómo se hacen las evaluaciones de lo aprendido por el alumno, la certeza de que sea el alumno quien hace la tarea encomendada y el control del material pedagógico que se transmite.

§ 13 – INTERNET Y LA RELACIONES DE TRABAJO

Resulta claro que en las relaciones laborales deben garantizarse la protección de la intimidad del trabajador y su libertad de expresión y deben regularse muy especialmente los dispositivos de vigilancia que utilizan las empresas respecto de sus empleados. Existe hoy un régimen jurídico para el llamado teletrabajo o el trabajo a domicilio, en la medida en que muchas veces no resulta necesario que el personal se traslade a la oficina, pudiendo realizar su tarea desde el hogar. En ese caso, el horario de trabajo debe ser el mismo que para los que concurren a la sede de la empresa.

Lo que debe admitirse es el derecho a la desconexión. Es decir, que quien trabaja desde su hogar, terminado el horario laboral no pueda ser alcanzado mediante internet por la oficina central, dándole, por ende, igual descanso que a cualquier trabajador.

También el Derecho Laboral se ve modificado en cuanto a la selección de personal, ya que en la mayoría de los casos es la propia lógica del algoritmo la que determina cuáles son los candidatos que reúnen las condiciones para el empleo, como así también qué requisitos se deben exigir para el ofrecimiento del empleo. Y aquí nuevamente aparece el problema del derecho a la privacidad, a la vida privada y la imposibilidad de utilizar datos personales sensibles.

BIBLIOGRAFÍA

Armagnague Juan F. (Director), *Derecho a la información, hábeas data e internet*, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 2002.

Cabanellas de la Cuevas Guillermo (Director), *Derecho de Internet*, 2da. Edición corregida y aumentada, ed. Heliasta, Buenos Aires, año 2012.

Chatillon Georges (Director), *Droit Européen comparé d'internet = Internet European Compared Law*, Edición bilingüe francés-inglés, Ed. Bruylant, Bruselas, 2000.

Clusellas Pablo / Martelli Eduardo / Martelo María José, *Gestión documental electrónica. Una transformación de raíz hacia el gobierno electrónico en la ciudad de Buenos Aires, 2009-2014*, producción editorial Secretaría Legal y Técnica del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Buenos Aires, año 2014.

Drummond Víctor Gameiro, *Internet, privacidad y datos personales*, 1ra. edic., Ed. Reus, Madrid, 2004.

García Vior, Andrea, *Correo electrónico e internet en el ámbito laboral*, Ed. Errepar, Buenos Aires, 2009.

Jijena Leiva Renato / Palazzi Pablo Andrés / Tellez Valdés Julio, *El derecho y la sociedad de la información: la importancia de internet en el mundo actual*, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey., Monterrey (México), 2003.

Uicich Rodolfo D., *El derecho a la intimidad en internet y en las comunicaciones electrónicas*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009.

Vaninetti Hugo Alfredo, *Aspectos jurídicos de internet*, Librería Editorial Platense, La Plata, 2010.

