Litigación de impacto en privacidad

Estudio sobre las oportunidades y desafíos del litigio estratégico en materia de privacidad en América Latina

Datos Protegidos

NUESTRO TRABAJO

¿Qué hacemos?

Somos una organización sin fines de lucro, fundada en 2015, que tiene como misión la promoción, defensa y fortalecimiento de los derechos de la privacidad y protección de datos. Nuestra ONG promueve discusiones en torno a la dignidad, igualdad y libertad de las personas en relación a la privacidad.

https://datosprotegidos.org/

Dentro de nuestra organización existen varias líneas de acción entre las que se encuentran:

- Litigación estratégica pro bono
- Influencia en procesos internacionales
- Incidencia en Políticas Públicas
- Campañas Públicas y de Opinión
- Asesorías y Capacitación

La Fundación Datos Protegidos está dirigida por un directorio de cuatro miembros que no recibe remuneración por sus funciones y es designada por sus Fundadoras. Junto con ello, tenemos una red de colaboradores y voluntarios que se comprometen al trabajo de la organización desde perspectivas técnicas, profesionales o económicas.

Litigación de impacto en privacidad

I. Antecedentes generales y contexto del estudio:

A diferencia de los temas que han dominado el litigio en derechos humanos en América Latina, los derechos vinculados a la privacidad de la información como, por ejemplo, la protección de los datos o el secreto de las comunicaciones, por mencionar algunos, en casos de afectación y/o vulneración, no han sido lo suficientemente abordados.

Entre otros factores, esto puede deberse a que se trata de temas ligados a legislaciones de países con niveles de desarrollo más altos y que debido a ello cuentan con mayor acceso a las tecnologías de la información, las que en nuestro caso han penetrado de manera tardía, pero no por ello menos exponencial.

En Latinoamérica, la mayoría de las organizaciones no gubernamentales que se desempeñan en materia de litigio, lo hacen principalmente en contenidos que podríamos considerar "tradicionales", relacionados con asuntos específicos, en su mayoría aquellos referidos a: la superación y prevención de la tortura; libertad de expresión; derechos económicos, sociales y culturales, y que utilizan el litigio como herramienta principal en su lucha por el respeto a esos derechos humanos.

Podríamos pensar que lo anterior se debe, también, a la falta de una política integral en los países de la región respecto a los derechos humanos en la era digital, a la falta de vinculación entre los actores que litigan, lo que ha ralentizado la actualización de las leyes, la generación de precedentes judiciales, la elaboración de reportes de organismos internacionales vinculadas a estas materias, entre otras actividades.

El presente trabajo pretende demostrar que es necesaria la coordinación de los actores que litigan en materias relacionadas con privacidad en América Latina, para lograr el entendimiento y por ende la aplicación homogénea y efectiva de los derechos vinculados a la privacidad en la región, mediante los precedentes judiciales.

La privacidad en entornos digitales o analógicos no resulta un concepto fácil de definir. Podemos simplificar este asunto explicando en la privacidad su **contenido**, esto es, sus ámbitos de protección, ya sean el cuerpo, los objetos, los lugares; o bien comprendiéndola desde el **objeto de protección**, estos son los secretos, autonomía personal y el espacio de tranquilidad. Finalmente, podemos intentar definir la privacidad desde las **conductas lesivas** a aquella, siguiendo a Daniel Solove, recolección, procesamiento, diseminación e invasión.[1]

En Latinoamérica, el objeto o contenido protegido por el derecho a la privacidad podría ser distinto en cada país. En Chile, se protege el honor, la vida privada, el hogar y las comunicaciones. En Argentina, se

[1] Figueroa G., Rodolfo. 2014. Privacidad. Santiago: Editorial Universidad Diego Portales. p.107.

refiere al domicilio, datos, y a las acciones privadas de los hombres[2]. En México, comprende la vida privada, los datos y las comunicaciones[3]. Por otra parte, la Convención Interamericana de Derechos Humanos[4] considera dentro de aquel derecho la vida privada, el domicilio, la correspondencia, la honra y la reputación.

Si pensamos en la defensa articulada de los derechos vinculados a la privacidad, deberíamos reparar en todas estas aristas: la privacidad como una emanación de la dignidad natural, intrínseca de todo ser humano[5] y la base esencial del desarrollo libre de la personalidad.

La privacidad, por tanto, comprendería:

- La vida privada o intimidad.
- El domicilio u hogar.
- Las comunicaciones y correspondencias.
- El honor, la honra y la reputación.
- Los datos personales.

Conceptualizaremos brevemente cada uno de ellos, con el objeto único de determinar el marco teórico de lo que busca relevar este informe, que es, por cierto, cómo pueden protegerse los derechos vinculados a la privacidad a través de las acciones judiciales estratégicas:

a) La vida privada se compone de los actos que se guardan para conocimiento de ciertas personas y en ciertos ámbitos. En segundo término, no importaría el espacio físico (si es un lugar público o privado) donde se desenvuelven estos actos de las personas si estos son actos propios de la vida privada o de la intimidad, esto es, actos cerrados a la indagación de otros.

b) El hogar es el lugar de seclusión por excelencia, es un objeto y lugar de protección de la privacidad. En efecto, el espacio en donde los individuos interactúan en la órbita más privada y se sienten en la comodidad de desarrollar los aspectos más íntimos de su vida. Una exposición del interior de una vivienda a un tercero, esto es, casas cuyos patios, terrazas, piscinas y demás dependencias exteriores, vulneraría este derecho[6].

c) Las comunicaciones serían también un objeto de protección de la privacidad. Las comunicaciones son objetos personales, puesto que sobre estos las personas tienen un derecho exclusivo, no necesariamente de propiedad. En esta categoría entran los archivos computacionales, fotografías, cartas, datos, metadatos, respecto de las que el individuo puede elegir hacerlas públicas o no. En la protección de las comunicaciones incluiremos los temas relacionados con la neutralidad en la

[2] INFOLEG. En línea [http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm]
[3] https://www.juridicas.unam.mx/legislacion/ordenamiento/constitucion-politica-de-los-estados-unidos-mexicanos
[4] https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm
[5] Iltma. Corte de Apelaciones de Concepción, fallo de 5 de agosto de 2013, rol Nº 753-2013
[6] Así lo han reconocido los tribunales en Chile, Corte de Apelaciones de Santiago al declarar arbitrario e ilegal un permiso de edificación emanado de la Dirección de Obras Municipales de la Municipalidad de Vitacura, rol Nº 2996-1995

red, que es la igualdad de trato en los contenidos que circulan en la red y usuarios que la usan. Es relevante para la privacidad su inclusión, pues si todos los usuarios son tratados en esta igualdad, no se sabrá qué datos, archivos, e informaciones comparten, revelan, transmiten, cada uno.

d) Enseguida, la honra es sinónimo de derecho al respeto y protección del "buen nombre" de una persona en la sociedad y frente a sus pares. Este derecho es concebido como integrante de la faceta externa del derecho al respeto de la vida privada de la persona, que garantiza también un ámbito de autonomía y control. La honra viene en salvaguardar el poder de decisión sobre la imagen, la identidad o la voz.[7] Entonces, la indebida difusión y publicación de las imágenes, incidirá en la esfera de la honra de las personas.

e) Finalmente, los datos personales son toda información referida a una persona identificada o identificable[8], sobre los cuales las personas tienen las facultades de control y disposición respecto de su acceso, uso, procesamiento, almacenamiento, etc., cualesquiera sean los soportes en que estos se contengan.

Delimitado lo anterior, utilizaremos el anglicismo "privacidad" para referirnos a un mismo interés jurídicamente relevante, análogo del derecho a la vida privada, protección a la intimidad y a la información personal. Las organizaciones defensoras de derechos, particularmente de los derechos en el entorno digital, deben hacerse cargo de efectivizar el derecho a la privacidad en el sentido propuesto, puesto que si bien las tecnologías de la información consideran inéditas posibilidades para mejorar la calidad de vida de las personas, también han creado riesgos para los derechos vinculados a la privacidad, los que comienzan a cuestionar su concepción tradicional.

Estos riesgos se relacionan con la capacidad –nunca antes pensada- de acceder, recolectar y almacenar mucha información con facilidad y bajos costos con, lo que puede muchas veces vulnerar los derechos que nos ocupan. En efecto, el desarrollo de grandes bases de datos, plataformas de exposición, monitoreo de conductas y datos, difusión de contenidos, de posibilidades de acopio masivo de datos, entre otras, surgen riesgos no solo por el *mal manejo* de la información, sino además por lo que se revela desde ella.

Por ejemplo, hoy es común que agencias estatales, declarando fines vinculados a la seguridad digital, el uso delictivo de tecnologías o la protección de infraestructuras críticas, expandan herramientas de vigilancia sobre las comunicaciones, sin aclarar de qué manera se va a garantizar el respeto a los derechos de las personas. No solo el monitoreo digital implica un riesgo, la vigilancia física sobre los ciudadanos crece cada día más, de la mano de las ciudades inteligentes[9] o de las estrategias de prevención del delito. Si las personas saben que son observadas, online u offline, se comportan de manera distinta y comienzan a restringir sus comportamientos, entregándole control aquel que vigila[10].

Un camino para las organizaciones es el ejercicio de acciones que releven, por ejemplo, la protección de

[7] Alegre Martínez, Miguel Ángel. (1997) El derecho a la propia imagen. Ed. Tecnos, Madrid, España. 1997, p.85
[8] Una persona es identificable cuando su identidad puede determinarse del análisis de esas informaciones indirectamente.
[9] Peña, P. (2016). En defensa de las ciudades estúpidas. Boletín Antivigilancia, 13(3).
[10] García Jiménez, R. (2009). El panoptismo: nuevas formas de control social. Contribuciones a las Ciencias Sociales.

los datos en el entorno en línea, como un derecho habilitador esencial que permitirá la eclosión de otros derechos fundamentales vinculados a la privacidad en la era digital.

En efecto, si pensamos hoy en el ciberespacio, este es un sistema social (usuarios, relaciones y procesos), construido sobre un sistema tecnológico (redes, cables, hardware, etc.)[11] donde transcurre la vida de las personas; en definitiva, la representación de las mismas en el ciberespacio son sus datos. La identidad se completa y se construye con datos que se recogen, almacenan, analizan, se procesan, se transmiten y cruzan fronteras. Los datos incorrectamente manipulados pueden producir invasiones no deseadas a diversos ámbitos de la privacidad. Surge así una nueva relación entre datos y personas que necesita ser protegida.

Dicho lo anterior, es necesario señalar que nos interesa la protección de los datos y de los derechos vinculados a la privacidad. Para lograr esta protección enfrentamos un gran desafío. A diferencia de Europa, en Latinoamérica son pocos los países que han reconocido a la protección de los datos como un derecho fundamental autónomo. Se liga comúnmente a la privacidad y al instituto del Habeas Data, como acción constitucional. Aún falta cambiar el dogma que considera a los datos sólo como un capital de las empresas, y que por ende su tratamiento solo impactaría en las posibilidades mayores o menores de las personas de acceder a productos o servicios, o que limita o facilita su acceso al crédito.

A pesar del desarrollo normativo de la región[12] en protección de datos, en concreto no es entendida como un "derecho habilitador", según hemos precisado. En efecto, el mal manejo de datos, es decir, el realizado al margen de los principios de protección de datos universalmente reconocidos, puede atentar en las distintas facetas de la privacidad: el hogar, la honra, la reputación y las comunicaciones de las personas. No se visualiza, necesariamente, como un tópico que haya que abordarse, por ejemplo, cuando se evalúan políticas de ciberseguridad, seguridad pública, estrategias de salud, derechos reproductivos, migración o educación. El diagnóstico, por lo tanto, es que en Latinoamérica la privacidad de las personas no está suficientemente resguardada.

Con respecto a los ámbitos de acción que debieran ser abordados en la defensa de los derechos vinculados a la privacidad, consideramos que también debe ser integral. La privacidad puede tener diversas vías de protección y defensa que buscan resguardar, sancionar o compensar las intromisiones no deseadas: la vía constitucional, civil, penal o administrativa.

Las acciones de amparo o tutela constitucional buscarán la protección de un derecho fundamental, restablecer el derecho, o que este no se siga vulnerando. La protección civil se manifestará en obtener la responsabilidad por daño patrimonial o extrapatrimonial (moral). La protección penal buscará, principalmente, proteger y sancionar con penas corporales y multas, en algunos casos, la inviolabilidad de

[11] Romero, J. M. A. (2004). Ciberespacio y comunicación: nuevas formas de vertebración social en el siglo XXI. Espéculo: Revista de Estudios Literarios, (27), 31.

[12] Las leyes específicas de datos personales, en América Latina comienzan aparecer a principios del 2000. Chile es el primer país en dictar su normativa sobre protección a la vida privada, en 1999 mediante la Ley N° 19.628. A su turno, Argentina dicta la Ley N° 25.326 en el año 2000, que crea la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales, obteniendo posteriormente la declaración de país adecuado conforme al estándar europeo el año 2003. A su vez, Uruguay en el año 2008 dicta la Ley N° 18.331, que crea la Unidad Reguladora y de Control de Datos Personales, obteniendo la declaración de país adecuado conforme al estándar europeo de protección, en la Decisión de la Comisión Europea de 21 de agosto de 2012. Otros países con Ley de Protección de Datos son Perú, Ley N° 29.733, de 2011; la Ley N° 8.968, de 2011, en Costa Rica; y la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares de 2010 en México, por mencionar algunas.

las comunicaciones, la violación de secretos y el acceso ilícito a sistemas y equipos de informática, lo que dependerá de cada legislación. Finalmente, las vías de protección administrativa, en el entendido que muchas veces puede ser el Estado el que produce el daño –no da acceso a los datos, por ejemplo- y con ello provoca una merma en los derechos del ciudadano administrado. Algunos países tienen procedimientos de reclamación especiales, ante Autoridades de Control en Datos Personales, y como consecuencia de esta conducta la actividad administrativa sanciona o impone un deber de conducta.

Con lo anterior, el litigar en todos esos ámbitos, se presenta como una herramienta en el ámbito nacional y con proyecciones internacionales de promoción de este cambio estructural y social, mediante la adopción, impulso, creación o modificación de políticas públicas vinculadas a la privacidad. Sus resultados deberían traducirse en tomar decisiones políticas, ejecutar normas legales, fijar obligaciones jurídicas, diseñar o implementar políticas públicas, y monitorear conductas de actores sociales.

En ese sentido, pensamos que la litigación en casos relevantes en esas materias contribuirá a una sociedad más justa, respetuosa de la libertad y de la dignidad de las personas y que garantice la eficacia de los derechos en línea y en el entorno físico. Sin embargo, dada nuestra tradición y sistemas jurídicos, este litigio no podría desarrollarse en forma aislada.

En este nuevo contexto de interacción global que nos entrega Internet, perdemos certeza sobre dónde y cómo podemos efectivamente ejercer nuestros derechos en entornos digitales, toda vez que las informaciones ya no están en un solo territorio, sino que ubicuos. Las decisiones que un país toma respecto al tratamiento de las informaciones, dado el contexto global, van a influir en otro, pero ya no de la manera tradicional.

Por ejemplo, estas últimas semanas se ha difundido la noticia que en Estados Unidos se discute eliminar las protecciones de neutralidad en la red[13]. Si pensamos que el 70 por ciento del tráfico mundial de Internet pasa por servidores instalados en Virginia del Norte[14], deberíamos cuestionarnos qué consecuencias puede tener dicha medida para nuestra privacidad en línea.

Los derechos afectados por las tecnologías están en constante evolución. Por esta razón la estrategia de defensa debe ser articulada de manera global o, al menos, regional. Las organizaciones civiles deben buscar dentro de las viejas herramientas, nuevas formas para enfrentar este escenario complejo.

El litigio enfocado de esa manera puede promover cambios y situar a la privacidad en el escaño de los derechos fundamentales vinculados a la dignidad humana, ya sea por fallos jurisprudenciales o por la promoción de las modificaciones legales o supra-legales cuya necesidad nazca de estas acciones.

II. El litigio estratégico como táctica de cambio en América Latina.

Comúnmente, entendemos litigar como la participación en un proceso judicial en el que dos o más personas acuden a un tribunal para la resolución de un tema determinado. En un juicio, un tercero

[13] RIP Internet privacy rules. Is net neutrality next? http://money.cnn.com/2017/04/04/technology/internet-privacy-net-neutrality/
[14] ¿Por qué el 70% del tráfico de Internet pasa por Virginia del Norte? http://www.ticbeat.com/cloud/por-que-el-70-del-trafico-de-internet-pasa-por-virginia-del-norte/

imparcial, el juez o varios, deciden sobre el asunto en cuestión. El litigio tiene normas que se basan en las leyes de cada país y que deben ser respetadas por las partes. Es, por tanto, una herramienta reglada para hacer valer los derechos del caso particular. El litigio será estratégico cuando los derechos que se hagan valer encierren un interés público.

El interés público es un concepto jurídico indeterminado. Para efectos del presente trabajo, diremos que se define por aquellas condiciones o hechos que, en su conjunto permiten a las personas alcanzar algún tipo de realización o bienestar[15], lo que no implica que lo público o colectivo se entienda cómo contrario a particular, pudiendo la resolución de un caso particular generar también un efecto colectivo.

El litigio estratégico forma parte del denominado derecho de interés público, entendido como el conjunto de estrategias y litigios jurídicos y judiciales orientados a utilizar el derecho como un factor de transformación social, que tiene como propósito final la defensa del interés colectivo, mediante la promoción de los derechos humanos y justicia[16].

Tanto en países que pertenecen a la tradición jurídica del *common law* como en países de tradición romano-germánica, diversos grupos, principalmente las clínicas legales de las Universidades, ONG y otros, han acudido a estrategias de litigio para lograr cambios importantes y estructurales en lo concerniente a sus demandas.

El litigio estratégico es un instrumento transformador que se centra y pone énfasis en el propio derecho, buscando seleccionar casos de alto impacto público, incidir en los debates sobre derechos y en la formulación de propuestas de modificación normativa, cambios sociales, culturales, políticos, cohesión de las organizaciones, generación de criterios comunes, por mencionar algunos de sus objetivos. Existen diferencias entre el litigio estratégico y otras acciones de proyección social, existiendo una relación de especie a género entre ambos[17].

En efecto, por su definición y sus consecuencias, el litigio de impacto es una *acción de proyección social*[18]; sin embargo, es importante aclarar que no toda acción de proyección social es litigio estratégico. Las acciones de proyección social por sí solas constituyen una estrategia de grupos de movilización social para lograr cohesión, visibilidad e incidencia debido a que muchos de los requerimientos y necesidades se encuentran insatisfechos.

Dicho esto, el litigio puede instalarse como una práctica para lograr cohesión, incidencia, visibilidad, y debate en materia de privacidad. El litigio permite afrontar de manera efectiva el cumplimiento de la legislación, las normas desfasadas, la vigilancia masiva, el procesamiento masivo de información, entre otros. En efecto, los precedentes judiciales son interpretaciones jurídicas, que redundan en una mayor protección local, una decisión política o legislativa en lo nacional y un impacto e incidencia en lo regional.

Respecto a lo regional, una de las transformaciones necesarias consiste en la obtención de un

[15] Fontecilla, J. C. (2006). Algunas consideraciones sobre el interés público en la Política y el Derecho. Revista española de control externo, 8(24), 135-161.
[16] Santos, B. D. S. Estrategia general para los litigios de alto impacto.
[17] Díaz, A. M. C., Toro, B. L., & Ávila, L. M. M. (2010). El concepto de litigio estratégico en América Latina: 1990-2010. Vniversitas, 59(121), 49-76.
[18] Ob.cit.

reconocimiento explícito al derecho a la privacidad y su contenido en los pronunciamientos del sistema interamericano, y de las Cortes Supremas y Constitucionales nacionales de los países de la región. También su vinculación con otros derechos humanos contemplados en los Tratados Internacionales en la Latinoamérica. Así, por ejemplo, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer "Convención de Belem do para"[19], permite ampliar los rangos de la intimidad y la privacidad, como escudo de protección hacia los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, en la medida que esta convención reconoce el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos, entre otros ámbitos protegidos por la intimidad.

En los tratados de Derechos Humanos de Latinoamérica no hay un reconocimiento completo al contenido del derecho a la privacidad. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, firmada en San José de Costa Rica en noviembre de 1969 dispone:

"Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad

1.Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

2.Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

3.Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques."

Como vemos, se refiere a la honra, la correspondencia, la vida privada y las correspondencias y nada dice sobre los datos. En la Unión Europea, por el contrario, estos encuentran una protección explícita[20].

El sistema interamericano de derechos humanos consiste en un sistema regional que promueve y protege los derechos humanos por dos organismos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH o Comisión) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), quienes monitorean el cumplimiento de sus obligaciones por los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos.

De esta manera, el procedimiento para llevar adelante casos frente al sistema interamericano se puede dividir en los casos presentados en la CIDH (en primer lugar) y los casos llevados por la Corte IDH (en segundo). Queremos explicar, muy sucintamente, cómo funcionan ambos procedimientos.

La CIDH tiene como principal función la promoción de observar y defender los derechos humanos en las Américas. Dentro sus varias funciones, está el procesamiento y análisis de peticiones individuales con el objetivo de determinar la responsabilidad de los Estados por violación a derechos humanos y emitir recomendaciones si fuese necesario.

[19] Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer "Convención de Belem do para" En línea: [http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html]

[20] El Tratado de la Unión Europea (en su versión consolidada 2010/C 83/01) y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea disponen:
Artículo 8: Protección de Datos de carácter personal
1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan.
2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que le conciernan y a obtener su rectificación.
3. El respeto de estas normas estará sujeto al control de una autoridad independiente."

Para activar un procedimiento frente a la CIDH, debe realizarse una denuncia contra uno o más Estados miembros de la OEA que se considere que ha violado los derechos humanos. La Comisión tiene jurisdicción territorial para conocer denuncias sobre todos los países miembros de la OEA, incluso cuando no sean parte de la Convención Americana, por tanto, son los 35 países de América los que pueden ser sometidos a su competencia, incluyendo aquellos que no han ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos[21].

Es importante destacar que sólo los Estados y no las personas pueden ser responsables desde el punto de vista de la CIDH y, en seguida, hay una serie de requisitos que cumplir, entre ellos, si se han agotado los recursos internos antes de acudir a la Comisión, dentro de un plazo de seis meses y que la materia de la petición o comunicación no esté pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional.

Como anexo a este estudio, se adjunta un esquema que explica el procedimiento que se lleva dentro de la CIDH, contemplando instancias internas, plazos y salidas alternativas.

La Corte IDH es un órgano jurisdiccional autónomo de la OEA, cuyo mandato surge de la Convención Americana de Derechos Humanos. Su principal objetivo es interpretar y aplicar la Convención Americana[22] y otros tratados interamericanos de derechos humanos, mediante sentencias sobre casos y opiniones consultivas. De esta manera, la forma de llevar casos ante la Corte IDH solo podrán hacerse mediante Estados partes y la Comisión (artículo 61.1 de la Convención), no pudiéndose a través de personas individuales.

Entonces, siempre deben primero presentarse peticiones individuales ante la Comisión, completar el procedimiento establecido en ésta y, una vez concluido el procedimiento, el Estado involucrado o la Comisión llevará adelante un procedimiento ante la Corte IDH. También se adjunta como anexo un esquema pormenorizado del procedimiento que se lleva en dicha Corte.

Dado su complejidad, litigar no es una cuestión que las organizaciones puedan decidir de un día para otro, dado que genera costos y grandes compromisos institucionales. Deben analizarse no solo los recursos disponibles, sino también el contexto político y normativo del país. Un estudio sobre experiencias de litigio de la sociedad civil en México[23] nos entrega algunas pautas para identificar cuándo se justifica ejercer el litigio estratégico para la defensa de los derechos humanos:

1. Casos en que hay aplicación de normas obsoletas o legislación que no es acorde con los estándares internacionales de protección de derechos humanos contenidos en Pactos, Convenciones o Convenios Internacionales.

2. El derecho no es observado (en lo sustantivo o en lo procedimental): Las normas tienen nulos o bajos niveles de cumplimiento, faltas de herramientas de control, sanciones y multas

[21] La Comisión usa la declaración americana de los derechos y deberes del hombre, en el contexto americano, para poder informar respecto de los países no firmantes de la Convención Americana. comisión. http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp
[22] Los países que han ratificado la Convención Americana y reconocido su competencia podrán ser parte en el procedimiento de la Corte IDH. Los Estados que han reconocido su competencia son: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.
[23] Sánchez, F. (2007). El litigio estratégico en México: la aplicación de los derechos humanos a nivel práctico. Experiencias de la sociedad civil. CELS

3. No hay claridad en el derecho existente: Las personas y lo sujetos obligados no conocen el derecho o se vincula a aspectos equívocos dentro de las ramas del derecho.

4. La ley se aplica reiteradamente de manera inexacta y/o arbitraria: la ley solo encuentra vínculos en una de las situaciones violatorias y no identifica otras.

5. Instituciones viciadas o inexistentes: las instituciones se crean y no generan el cambio o no se generan pues priman otros factores políticos, intereses individuales, empresariales por sobre el bien común y el empoderamiento de derechos ciudadanos.

6. Deficiencia en políticas gubernamentales. El Estado no ha fijado una postura permanente y favorable frente a acontecimientos o situaciones relativas al respeto de los derechos humanos.

Si aplicáramos estos parámetros, y luego de un rápido análisis de países de la región, podríamos identificar que el litigio es una de las formas de efectivizar el derecho a la privacidad. En efecto, en Argentina donde si bien existe una Autoridad de Datos Personales, esta es institucionalmente débil y su autonomía no resiste análisis alguno frente a lo que el estándar europeo exige.

Pese a lo anterior, cuenta con el reconocimiento de "país con nivel adecuado en protección de datos", el que responde a cuestiones relacionadas con los contextos políticos en que esta declaración se gesta[24]. En este caso, la institución "autoridad de datos" se crea, pero no genera el cambio para el cual fue concebido.

Otro ejemplo en similar sentido es Uruguay que, con una Unidad Reguladora de Protección de Datos y declaración de país adecuado de 2011, esta se mantuvo silente frente a las violaciones al derecho del secreto de las comunicaciones de sus ciudadanos, mediante un software de origen brasileño adquirido el año 2013 por el gobierno, para la interceptación de llamadas, mensajes, correos electrónicos y comunicaciones a través de redes sociales[25].

Chile, por otro lado, cuenta con la primera ley de datos personales de la región, pero ésta ya se encuentra desfasada y no ha tenido aplicación e implementación en las empresas ni es conocida por las personas[26]. En este caso, podríamos identificar una doble justificación: la legislación que no es acorde con los estándares internacionales de protección de derechos humanos, y la ley solo ha encontrado aplicación en ciertas situaciones violatorias y no ha identificado otras.

Este análisis podría realizarse en cada país de la región respecto a los derechos vinculados a la privacidad y pese a que en cada uno de ellos, los litigios tomarán matices diversos, los expertos en la materia, como veremos a continuación, coinciden en que, independientemente del resultado de un caso individual, los

[24] En ese sentido: Alberto Cerda Silva señala: *"No podemos prescindir del escenario en el cual la decisión (de país nivel adecuado Argentina) fue fraguada, con la economía argentina padeciendo la peor crisis de su historia, el llamado "corralito", que congeló completamente las cuentas bancarias del país por casi un año. En tal contexto, la decisión de la Unión Europea puede ser vista como una concesión a la debilitada economía del país, a fin de superar un significativo obstáculo para atraer inversión extranjera, particularmente si ésta suponía algún tratamiento de datos personales proveniente de Europa*." Cerda Silva, Alberto. (2011). El "nivel adecuado de protección" para las transferencias internacionales de datos personales desde la Unión Europea. *Revista de derecho (Valparaíso)*, (36), 327-356. https://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512011000100009

[25] Matías Jackson. El Guardian que vigila Uruguay. https://www.mjackson.uy/el-guardian-que-vigila-uruguay/

[26] Romina Garrido: Urge que el Gobierno avance en una ley de protección de datos. http://www.pulso.cl/economia-dinero/romina-garrido-urge-que-el-gobierno-avance-con-el-proyecto-de-ley-de-datos-personales/

casos litigados en cada país y ante el Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos (Comisión y Corte Interamericanas) son hechos públicos que permiten visibilizar una situación en el ámbito interno e internacional.

¿Será posible, entonces, a partir del litigio provocar cambios sociales? ¿Cómo pueden armonizarse los criterios en la región? ¿Puede una decisión nacional tener impacto a nivel regional? Responder a dichas preguntas es el propósito de la siguiente parte del estudio.

III. Entrevistas sobre litigio en privacidad en Latinoamérica.

En el contexto de este estudio se realizaron entrevistas a un grupo de destacados expertos, activistas y autoridades en el ámbito de la privacidad y, particularmente, en la protección de datos. Esto permitió generar una mirada regional sobre el tema, una mirada realista y práctica, abordando el uso e impacto del litigio estratégico en cada país y en la región, junto con una valoración sobre la potencialidad de la articulación entre distintos actores de la sociedad civil para unir fuerzas e incidir en el debate público. Las entrevistas buscan apoyar los resultados de este informe en cuanto a las oportunidades y beneficios del litigio que se expresarán en el último capítulo.

En el anexo de este informe se incluye la serie de preguntas a los entrevistados, sin perjuicio de ello se agruparán en grandes temas en este informe, a saber:

1) Aplicación y reconocimiento del derecho:

Al preguntársele a nuestros entrevistados sobre si el derecho a la protección de datos es reconocido y aplicado en su país la gran mayoría respondió que sí. Actualmente, la mayoría los países de la región cuentan con una ley que reconoce los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición de datos personales, ya sea por vía administrativa, en los países que cuentan con autoridad de protección de datos, o judicial, que en esos casos actúa como vía subsidiaria. Aun así, hay países donde es opcional recurrir a la administración o a la justicia, como Argentina, u otros donde solo existe la vía judicial, como Chile.

En algunos casos, incluso se trata de un derecho reconocido constitucionalmente, que la doctrina denomina "*habeas data*", el que siempre se ejerce ante los tribunales de justicia. Sin embargo, al preguntárseles sobre la accesibilidad del procedimiento para los afectados, muchos de los entrevistados presentaron reparos.

Danilo Doneda, académico de la Universidad de Río de Janeiro, señala que el "*habeas data*" es difícil de usar para las personas por tratarse de un procedimiento judicial. En la misma línea, Marc Rotenberg, director del *Electronic Privacy Information Center* (EPIC) en Estados Unidos, apunta que es muy difícil que las personas ejerzan sus derechos en su país. En general, esto se debe a que los procedimientos están pensados para que sean conocidos y ejercidos por abogados, excluyendo al resto de la población de utilizarlos.

Existen algunos casos especialmente adversos, como el chileno, donde el procedimiento resulta particularmente oneroso, pues se deben cubrir varios gastos, tales como los de notificación a las partes y a la vez es de lenta tramitación, pudiendo demorarse varios meses y hasta años un fallo, existiendo varias

instancias revisoras. Producto de lo anterior, varios de los entrevistados precisaron que, a pesar de existir una legislación protectora de derechos, el cumplimiento del estándar legal por parte de las empresas que manejan datos es bajo, produciéndose constantemente vulneraciones a la privacidad de las personas.

2) Incidencia en el debate público y cambios:

Notablemente, todos los entrevistados identificaron litigios sobre protección de datos o privacidad que tuvieron impacto en el debate público en sus países. Se cuentan, entre ellos, acciones legales que permitieron exponer programas de vigilancia implementados por los gobiernos, que eran secretos y que se hicieron públicos a través del litigio, como con el caso "El Guardián" de Uruguay. Semejante proceso vivió EPIC en Estados Unidos con las políticas de seguimiento y registro de comunicaciones que implementó el departamento de seguridad interior de su país.

A la vez, se han logrado cambios en las legislaciones, así por ejemplo, el caso "Halabi[27]" en Argentina declaró inconstitucional una ley que ordenaba el registro de todo el tráfico de llamadas e Internet de las personas por diez años. En este mismo país se logró producir conciencia sobre los riesgos de que las fotografías de las personas estuviesen en el padrón electoral, como también fijar un criterio jurisprudencial respecto de los límites de la libertad de expresión, en particular, ante la publicación de fotografías sensibles de personas en medios de prensa, vulnerando su derecho a la privacidad.

En Colombia, la litigación en casos de protección de datos ha producido cambios en las políticas y prácticas de las empresas que administran datos en su adecuación a la normativa vigente. La diversidad de casos y posibilidades muestra la relevancia de contar con una estrategia para abordar los temas relativos a protección de datos y privacidad en el uso de la litigación como herramienta para lograr avances.

En términos de impacto, los entrevistados coinciden en la importancia y beneficios que acarrea el litigio estratégico para lograr avances en materia de privacidad y protección de datos. Danilo Doneda señala que el litigio estratégico en materia de protección de datos ha permitido el control de los ciudadanos sobre sus datos. A su vez, la publicidad de los casos, ayuda a generar conciencia en la población sobre el problema que representan las vulneraciones a la privacidad y los datos personales, y la importancia de protegerse.

Eduardo Bertoni, director de la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales de Argentina, explica que el litigio estratégico sobre derecho a la honra y libertad de expresión generó una jurisprudencia favorable a la protección de estos derechos en su país. Sumado a lo anterior, desde su rol como académico, ha visto el impacto de los casos emblemáticos sobre privacidad en las Universidades, donde se convierten en referentes ineludibles de la discusión en la materia.

Por otra parte, el éxito de la litigación no se reduce a la sentencia, sino a su capacidad de generar impacto en la comunidad jurídica y la sociedad en su conjunto. Alejandro Segarra, abogado de la Asociación por los Derechos Civiles (ADC) de Argentina, señala que la litigación permite, en los casos en los que no se produce una sentencia favorable, ilustrar el estado de una determinada situación legal, a la vez que producir información y documentación, por la vía de informes, que luego inciden en el debate jurídico y

[27] Ernesto Halabi es el abogado que promovió amparo contra la ley 25.873, de Argetina, modificatoria de la ley de telecomunicaciones.

van sentando las bases para un cambio en la orientación jurisprudencial. Por lo mismo, los entrevistados asignan gran importancia a la realización de seguimiento a los casos.

Jesús Rubí, director adjunto de la Agencia Española de Protección de Datos, señala que el seguimiento es fundamental en los casos complejos y que tienen influencia global, porque permiten verificar que se cumplan las resoluciones de los tribunales. También respecto al seguimiento, Segarra opina que el seguimiento es fundamental para superar el litigio testimonial, que se limita a señalar una falla en el sistema. Desde esta mirada, propone expandir la perspectiva sobre lo que es el seguimiento, pues en su concepto, el seguimiento puede y debe ser entendido de diversas maneras.

El seguimiento puede consistir en tender las redes necesarias para que muchas personas, tras un fallo favorable, realicen determinada acción para proteger y resguardar sus derechos. También puede ser seguimiento buscar que un fallo favorable se convierta en política pública, acompañando el debate público del gobierno y parlamento. Por otra parte, se trate o no de un fallo favorable, el seguimiento también consiste en la elaboración y difusión de informes en los que se expone a la comunidad el contenido del fallo, y se reflexiona sobre sus implicancias. Coincidiendo con lo anterior, los entrevistados en general resaltaron la importancia de la litigación estratégica más allá de que el fallo mismo se pierda o se gane.

3) Orígenes de los casos:

Los casos mencionados tuvieron distintos orígenes. En algunas ocasiones se trató de los mismos afectados que buscaron apoyo legal para ejercer sus derechos. En otros, ONG's o abogados especializados en casos de interés público hicieron un uso estratégico del litigio para lograr avances en protección de derechos en sus países.

4) Visibilidad del litigio nacional y proyecciones de alianzas.

Resalta de las entrevistas la conciencia de la influencia recíproca en los distintos países de los fallos y los casos de interés público en materia de protección de datos y privacidad. Segarra apunta que los fallos en una nación afectan el debate y los procesos judiciales en otros países, produciéndose una convergencia virtuosa en la medida que se logren instalar determinados temas o conceptos a través de los litigios. En su opinión, es imposible actuar aisladamente en estos temas y que todo lo que se haga en un país, claramente sirve en otro. En la misma línea, Nelson Remolina, director de la Especialización en Derecho Comercial, del Gecti y del Observatorio Ciro Angarita sobre protección de datos personales en Colombia, declara que es muy relevante la colaboración entre distintos países para poder ejercer efectivamente la protección de datos, pues la litigación estratégica logra mandar mensajes y genera reacciones en las empresas y los gobiernos.

Por esta misma razón, la mayoría de los entrevistados fue muy enfático en afirmar la importancia de la articulación y coordinación entre las agencias que promueven la protección de datos y el derecho a la privacidad, la que no existe hoy en día. En ese sentido, Jesús Rubí considera muy relevante la articulación entre organizaciones protectoras de derechos, porque estos temas tienen un ámbito de impacto global, y no pueden resolverse dentro de las fronteras de un solo país.

Complementando lo anterior, Rubí destacó que estas alianzas permiten enfrentarse en mejores condiciones a las grandes empresas de Internet que son los actores dominantes en la materia, a la vez que permite generar análisis y reflexión conjunta a nivel de los distintos países. Por su parte, Oscar Puccinelli, abogado argentino experto en la materia, señala que las alianzas permiten generar espacios de discusión y enriquecimiento mutuo entre las organizaciones, así como la posibilidad de accionar de manera conjunta, que siempre conlleva mayor eficacia en los reclamos.

5) Costos y dificultades:

Sobre los costos o dificultades de generar una alianza así, los entrevistados relevaron varios puntos críticos. Segarra destaca que existen muy pocos abogados que sepan llevar casos de privacidad en la Internet. Se requiere tener en el equipo alguien que entienda la dimensión tecnológica del juicio. Esto obliga a generar alianzas, señala, porque no hay más gente que lo discuta. La misma dificultad identifica Bertoni, quien apunta que en general las organizaciones no tienen ni la experiencia ni la cantidad de abogados necesarios para llevar a cabo este tipo de litigios. Semejante preocupación identifica Jesús Rubí, quien se preocupa especialmente por los altos costos que tienen estos litigios.

Es debido a lo anterior que Alejandro Segarra concluye que se requiere invertir en organizaciones que coordinen a los actores y sistematicen la información de los juicios, pues solo así puede constituirse una alianza como herramienta para que puedan replicarse litigios en distintos países.

IV. Análisis de fallos.

Usando el método cualitativo y comparativo, en conjunto con el capítulo anterior, pretendemos obtener resultados que apoyen las oportunidades y beneficios del litigio que se expresarán en las conclusiones. El análisis de fallos examinó patrones, semejanzas y diferencias, de una serie de casos y su estrategia judicial.

El detalle de cada uno de los casos, se acompaña como anexo, a efectos que el lector pueda interiorizarse más sobre los mismos, si así lo desea. En el informe se insertan dos cuadros a modo de resumen para orientar la lectura de las conclusiones. Para estos efectos, el éxito del caso no necesariamente está relacionado con los resultados. Dicho éxito se definirá por los efectos que causa y no por la acogida o rechazo de la pretensión en juicio: por ejemplo, un juicio será exitoso si generó un efecto deliberativo, social, legislativo, de generación de políticas públicas, etc. No se trata de "ganar" casos, sino de "efectivizar derechos".

Cuadro N° 1:

País	Casos analizados
Chile	Recurso de protección presentado en contra de los globos de televigilancia instalados por los municipios de Lo Barnechea y Las Condes. Los globos aerostáticos están equipados con cámaras de alta resolución que flotan sobre dichas comunas grabando, incluso, al interior de las viviendas que se encuentren bajo el radio de captura de los dispositivos.
Chile	El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por el trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar de Karen Atala Riffo, debido a su orientación sexual, en el proceso judicial que resultó en el retiro del cuidado y custodia de sus hijas.
Argentina	Ernesto Halabi promovió acción de amparo reclamando que se declare la inconstitucionalidad de la ley 25.873 y de su decreto reglamentario, N° 1563/04, en cuanto autorizan la intervención de las comunicaciones telefónicas y por Internet sin que una ley determine "en qué casos y con qué justificativos"

	puede llevarse a cabo. Solicitó la declaración de inconstitucionalidad de normas mencionadas porque consideró que violaban el derecho a la privacidad en su condición de consumidor y además, el derecho a la confidencialidad en su condición de abogado.
Salvador	Sala Constitucional declara inconstitucional actuar de DICOM EQUIFAX en El Salvador, en octubre de 2014. La acción es presentada por INDATA El Salvador ante la Corte Suprema de Justicia.
Colombia	Corte Constitucional de Colombia sienta las bases para remover contenido de la red que pueda afectar a una persona.
México	Amparo interpuesto por la Red en Defensa de los Derechos Digitales (R3D), contra los artículos 189 y 190 de la Ley Federal de Telecomunicaciones de México, que establecen, entre otras cosas, que concesionarios entregan datos –incluso la geolocalización- de sus usuarios.

Cuadro N° 2:

El presente cuadro identifica los principales atributos de cada caso.

PAÍS / CASO / CRITERIO	CHILE	CHILE	ARGENTINA	COLOMBIA	MÉXICO	EL SALVADOR
	Globos de vigilancia	Orientación sexual	Intercepción de comunicaciones telefónicas	Derecho al olvido	Retención de metadatos	Ficheros de morosos
Se refiere a privacidad	Vigilancia	Intimidad y privacidad	Secreto de las comunicaciones	Actualización/ eliminación de datos personales	Secreto de las comunicaciones	Autodeterminación informativa
Los efectos de la sentencia recaen en un amplio espectro de personas	Si, el destino de las grabaciones no solo incide en los recurrentes	Sí. El fallo sienta precedentes obligatorios de observar por los Estados	Sí. Se deroga un cuerpo legal	Sí. Fija una obligación de actualización a los medios de prensa de manera general	Sí. El amparo interpuesto fue rechazado y se evalúa recurrir a la CIDH	Si. La compañía deja de operar en El Salvador
Caso con amplia visibilidad en cada país	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
Impulsados por un actor individual o grupo u organización social	Organización	Organización	Actor individual	Organización	Organización	Organización
Recibió apoyo de otras organizaciones en el proceso de litigio	No	No	No	No	No	No
Aborda un problema sistemático y generalizado	Vigilancia en espacios públicos y privados	Vida privada e injerencias desproporcio-nadas	Vigilancia en las comunicaciones	Permanencia de datos en internet y afectación de dignidad	Vigilancia en las comunicaciones	Ausencia de control de datos personales

Con esta información, es posible concluir que el litigio ha sido utilizado, hasta ahora, por las organizaciones, sin una coordinación a nivel regional, y con un diseño y objetivos propios de cada una de las instituciones o personas. Las experiencias no han sido sistematizadas previamente y los casos estudiados responden solo a una parte del complejo panorama del litigio en privacidad.

De cada uno de los casos es posible extraer distintas lecciones. El caso de los globos de vigilancia en Chile, por ejemplo, generó decenas de apariciones en prensa, contando medios impresos, televisión y web, además de publicaciones en medios importantes de la región, en países como Argentina, Ecuador y Colombia. Fue considerado por un medio especializado entre los diez fallos más importantes del país[28]. En Argentina, el caso Halabi tuvo un gran impacto jurídico y social, pues reconoció y fijó los requisitos para las acciones colectivas en el derecho argentino. En razón de esto, y su relevancia en materia de protección a la privacidad de las personas, es que hoy es enseñada en todas las carreras de derecho en Argentina, y en buena parte de las escuelas de derecho de la región.

En El Salvador, el fallo analizado sobre fichero o base de datos de morosos, sirvió para hacer eficaces derechos de las personas en dos sentidos: primero, en un sentido formal, pues la sentencia reconoció competencias en órganos del Estado como garantes de la implementación de ciertas medidas y, de fondo, pues por primera vez se reconoce la autodeterminación informativa como un derecho fundamental por la Corte Suprema de El Salvador.

Los casos llevados ante el sistema interamericano dejan una marca aún mayor. El caso Atala generó un enorme impacto a nivel regional, sirviendo de base para numerosos fallos en otros países, como la sentencia sobre matrimonio igualitario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México[29], y la sentencia del Tribunal Constitucional de Colombia sobre adopción y el derecho de las personas de diversa orientación sexual a fundar una familia[30]. El año 2016, se estrenó una película narrando la historia de la jueza Atala[31].

Un desafío importante, es que los casos en los sistemas jurídicos de cada país y en el Sistema Interamericano, puedan moverse de una concepción de privacidad como vida privada o familiar a uno que reconozca la dimensión informacional de este derecho.

IV. Conclusiones.

En las ONG's se observa recientemente una evolución, desde el concepto de acciones de proyección social basadas en la denuncia como única herramienta para su trabajo, hacia el concepto de litigio que involucra el papel de los jueces y organismos internacionales de protección de derechos humanos como alternativa

[28] En línea [http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Noticias-y-reportajes/2016/12/13/Los-10-fallos-de-la-Corte-Suprema-y-el-Tribunal-Constitucional-que-marcaron-el-2016.aspx]
[29] El caso de Atala Riffo vs Chile y el matrimonio igualitario en México. En línea [http://www.eloriente.net/home/2016/08/31/videocolumna-el-caso-de-atala-riffo-vs-chile-y-el-matrimonio-igualitario-en-mexico-por-rebeca-garza/]
[30] La emblemática sentencia de la Corte IDH que definió la adopción gay. En línea [http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16443411]
[31] RARA: la película inspirada en la jueza Karen Atala. En línea [http://www.latercera.com/noticia/rara-la-pelicula-inspirada-en-la-jueza-karen-atala/]

para canalizar los reclamos de protección de los mismos.

Al menos, existe una notoria inquietud por evaluar si las acciones judiciales son o no una herramienta óptima para lograr la efectividad de los derechos. Entre los temas que preocupan a las organizaciones podemos mencionar, el de contribuir al desarrollo de las tecnologías bajo la óptica de derechos humanos y la construcción de narrativas que las movilicen.

Las tecnologías están dejando poco espacio a la privacidad de las personas y construyen una apariencia de más riesgos que beneficios. Para algunos, las ventajas que otorgan las tecnologías para el ejercicio de los derechos a la información son directamente proporcionales al impacto negativo que provocan sobre la privacidad, la protección de los datos, la honra y la reputación. El acceso y acopio no consentido a datos, la falta de medidas de seguridad idóneas, los tratamientos masivos automatizados sin las debidas garantías, son algunas de esas desventajas.

Es por ello que resulta necesario repensar de qué manera los riesgos, abusos o acciones desproporcionadas puedan ser identificadas y abordadas. El litigio se presenta como una estrategia transformadora que, desde los casos concretos, permite alcanzar soluciones integrales de modo que sea posible lograr cambios sociales sustanciales, lo que no puede hacerse de manera aislada. Sin embargo, según hemos visto no existen redes o espacios de colaboración para lograr este objetivo desde la judicialización, a pesar del deterioro de los espacios tradicionales de mediación social y política, que han contribuido a trasladar al ámbito judicial, los conflictos que solían dirimirse en otros espacios sociales. Tal como se apreció en las entrevistas a los expertos, existe concordancia en afirmar la importancia de la articulación y coordinación entre las agencias y organizaciones que promueven el derecho a la privacidad, la cual no existe hoy en día a nivel de casos y respuestas judiciales.

Como experiencias previas de articulación de redes de litigio, podemos identificar el nacimiento y fortalecimiento de las clínicas legales en América Latina en los años 90', con un enfoque en interés público, unidas en un movimiento denominado "Red Sudamericana de Clínicas de Interés Público", cuyo impulso inicial estuvo en Chile (Universidad Diego Portales), Argentina (CELS, UBA, Universidad de Palermo) y Perú (Universidad Católica).

La prioridad para las clínicas latinoamericanas era inicialmente la transformación de los modelos tradicionales de enseñanza al interior de las Facultades de Derecho. Hoy, las escuelas de derecho acompañan en la mayoría de los casos la enseñanza tradicional con las clínicas, las que han logrado cambiar la forma de enseñar derecho y de vincular a los alumnos con la realidad de casos emblemáticos, por un bien social. En general, los alumnos identifican problemáticas, se facilita su aprendizaje global y el intercambio de estrategias de trabajo.

Las redes de trabajo promueven el debate en temas sustantivos de derechos humanos e interés público, así como cuestiones institucionales y metodológicas del trabajo clínico en estas materias. El ejemplo de las redes de litigio de las clínicas jurídicas en Universidades, sin duda, puede ser llevado a las organizaciones de la sociedad civil.

Estamos conscientes que la vía judicial es sólo una entre varias dimensiones posibles para las acciones de

defensa de un caso. La generación de redes de trabajo en materia de litigio no está exenta de costos en su mayoría económicos, y de dificultades que se transforman en oportunidades.

Las oportunidades son:

- El litigio interno e internacional en materia de derechos humanos entrega la oportunidad de corregir las violaciones de los derechos humanos y de generar cambios en el ámbito internacional y nacional. Vale la pena también profundizar en el uso de los mecanismos alternos de los sistemas internacionales (Reportes de las relatorías de privacidad de Naciones Unidas, Revisión Periódica Universal, Comisión de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, entre otros etc.), cuyos pronunciamientos sirven para afianzar doctrinas que eventualmente puede recoger la CIDH.

- Ejercer los marcos legales regulatorios. En muchas ocasiones, el problema de la región es la impunidad reinante y no los marcos legales regulatorios, es decir, su falta de ejercicio. Además, permite identificar aquellas deficiencias, vicios y otros, en dicho ejercicio. En ese sentido, la argumentación en materia de derechos humanos en el contexto interamericano no se reduciría a la violación al derecho a la privacidad, sino también podrían incluirse criterios referentes a principios como la no discriminación o a la responsabilidad de los Estados por falta de diligencia debida en el respeto a los derechos humanos.

- Permiten generar análisis y reflexión conjunta a nivel de los distintos países y generar espacios de discusión y enriquecimiento mutuo entre las organizaciones.

- La posibilidad de accionar de manera conjunta (tanto a nivel nacional, mediante coaliciones, como internacional, mediante redes de apoyo), que siempre conlleva mayor eficacia en los reclamos.

- La publicidad de los casos, genera conciencia en la población sobre el problema que representan las vulneraciones a la privacidad y los datos personales.

- Generar espacios participativos, ya que confluyen diversos actores: defensores, víctimas, comunicadores, tomadores de decisiones políticas, entre otros.

- Generar una herramienta útil para promover derechos no garantizados, tanto por las propias insuficiencias del Estado, como porque su protección efectiva sólo se activa a partir del reclamo de los afectados.

Los principales costos son:

- Organizativos. Generar espacios de reunión constantes, articular la red y sistematizar la información de juicios mediante la utilización de los medios electrónicos y escritos para difundir información que ayude a visibilizar el caso.

- Costos del litigio, de los procesos judiciales propiamente tal, en sede nacional o internacional.

- Plazos. Tiempo que toma la resolución del litigio, durante los cuales la posición de la institución

contra el que se litiga puede variar.

- El proceso de toma de decisiones sobre los casos a litigar puede tensionar a las organizaciones, si bien las redes de organizaciones pueden compartir una agenda común, las estrategias para llevar a cabo el proceso de litigio o las negociaciones con un gobierno pueden ser diferente en cada caso.

El litigio resulta ser una de las herramientas más efectivas y movilizadoras de la sociedad, por tanto, la propuesta del siguiente informe propone los siguiente:

- Crear una red de trabajo coordinada y consolidarla en el tiempo.
- Promover el entendimiento homogéneo del derecho a la privacidad en la región, mediante los precedentes judiciales.

Para lograr lo anterior es precisa la coordinación regional entre las múltiples iniciativas y actores que están haciendo litigación estratégica en la región. No habiendo nivel de articulación, y existiendo suficientes oportunidades y costos comunes a todo el ecosistema de defensores de la privacidad es preciso buscar una forma de apoyo a este sistema de manera grupal. Se hace por tanto necesario lo siguiente:

1) El litigio debe generarse bajo un espacio de colaboración.

La idea del espacio colaborativo, tiene como objetivo generar instancias de interacción creativa que permitan fortalecer la defensa de derechos en el contexto regional y local. Este espacio debe considerar ciertas condiciones necesarias para estimular el trabajo en conjunto, el trabajo en apoyo y el trabajo en redes.

Si bien la mayoría de las organizaciones tendrá sus proyectos y agendas propias, no por eso se eximen de conocer cómo se desarrolla un tema en cierto contexto o país, de generar redes de apoyo, redes de contacto, insumos, promoción, puesta en marcha u otros, en post de lograr resultados regionales. El espacio debe orientarse a ser la evaluación, sistematización, apoyo y seguimiento de litigio.

En ese sentido se propone una especie de **observatorio**, que pueda sistematizar y almacenar información, generar reportes y que incluya una dinámica sustentada en la colaboración estos finalmente se traduce en un espacio de información, intercambio y colaboración.

Esta idea corresponde al concepto actual de observatorios, cuya definición es: a) recopilar, tratar y difundir la información, b) conocer mejor la temática en cuestión, y c) promover la reflexión y el intercambio del conocimiento en red[32].

En materia de privacidad en el entorno digital, lo que se decida en un país, la mayoría de las veces tendrá un impacto global. Los temas no necesariamente pueden resolverse dentro de las fronteras de un solo país. Complementando lo anterior, las alianzas permiten enfrentarse en mejores condiciones a las grandes empresas de Internet que son los actores dominantes en la materia, a la vez que permite generar análisis y reflexión conjunta a nivel de los distintos países la colaboración.

[32] Marcial, N. A. (2009). Qué son los observatorios y cuáles son sus funciones. *Innovación Educativa*, *9*(47), 5-17.

El efecto "vergonzoso" que decisiones judiciales pueden resultar para estas empresas e incluso para los gobiernos, debe ser acompañada de una exitosa y novedosa estrategia para responsabilizar por violaciones de los derechos humanos y promover así importantes cambios legales y políticos.

2) El litigio se debe generar bajo el alero del trabajo en red.

Una red de trabajo es un conjunto de personas que aportan trabajo intelectual a un proyecto con un objetivo común al grupo, en el caso es promover un entendimiento homogéneo del derecho a la privacidad mediante precedentes judiciales.

El litigio debe ser usado para reflejar el reconocimiento de la comunidad internacional de ciertos derechos y para impulsar el desarrollo de nuevas normas e interpretaciones de protección. En el caso, por ejemplo, de la defensa del derecho a la protección de los datos o la honra, lo que se decida tendrá un ámbito de impacto global, y las soluciones no serán eficaces si se resuelven dentro de las fronteras de un solo país. La red de colaboración permitirá afrontar mediante leyes locales las plataformas globales.

3) La red y el espacio deben ser coordinados.

La diversificación de las temáticas de las organizaciones sociales, pueden conllevar problemáticas en el buen funcionamiento de un grupo. Es necesario promover elementos que permitan: a) el diseño de un programa de trabajo, con objetivos definidos de corto y mediano plazos, que permita el seguimiento y la evaluación b) la creación de mecanismos institucionales de comunicación entre los miembros de la red y para los interesados en la temática; c) el compromiso manifiesto por parte de los miembros y de las instituciones de las cuales son representantes, y d) generar y promover el liderazgo de los actores involucrados.[33]

De las organizaciones defensoras de derechos digitales, en particular de la privacidad, que declaran expresamente entre sus ámbitos de trabajo ejercer la defensa judicial encontramos en la Región las siguientes:

País	Organización
Chile	Datos Protegidos
Argentina	ADC Derechos
Perú	Hiperderecho
México	Son Tus datos
México	R3D
México, Brasil y centro américa	Articulo 19
Brasil	IDEC
El Salvador	INDATA

La Fundación Karisma, de Colombia, Usuarios Digitales de Ecuador, Vía Libre de Argentina, Coding Rights Brasil, Derechos Digitales de Chile, IPANDETEC, Panamá, TEDIC en Paraguay, todas con importante

[33] Hernández Santiago, Pedro. (2012). Redes de colaboración de la ANUIES: Un acercamiento a las regionales. Revista de la educación superior, 41(161), 75-89. Recuperado en 08 de mayo de 2017, de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-27602012000100004&lng=es&tlng=es

presencia en América Latina, no presentan entre su acción permanente el litigio, lo que no obsta la participación y colaboración por otras vías.

Del mapa de actores que se presenta, nuestra organización, Datos Protegidos, tiene un perfil técnico jurídico especializado en privacidad, adecuado para el trabajo de coordinación que se propone.[34]

4) Importancia de apoyar el litigio en privacidad.

La importancia de promover el litigio en materia de privacidad, radica en que este derecho se relaciona con la autonomía de los individuos a vincularse entre sí y con la sociedad, incluyendo en ésta al Estado y los privados. Este escenario es sumamente complejo, compuesto de un espacio digital, el flujo transnacional de información y la ausencia de fronteras ofrecidas por Internet. La privacidad se considera fundamental para permitir que los individuos puedan desenvolverse, desarrollando sus ideas y sus relaciones personales, tanto desde un aspecto positivo como negativo esto es, el derecho a ser anónimo o ser dejado solo. En el núcleo de la privacidad descansa la dignidad humana, y en esa dignidad encontramos el objeto de protección de los derechos vinculados a ella como la honra, el secreto de las comunicaciones, la protección de datos.

En segundo término, tal como hemos señalado, las tecnologías están produciendo un cambio en la concepción y desarrollo del derecho a la privacidad, y el cambio apunta a la transformación de cómo las personas crean su autonomía y de cómo el control impregna sus vidas. Los tribunales pueden ser un foro excelente para producir los cambios sociales, lo anterior, sobre todo cuando existe una ausencia de vínculo entre las normas internacionales, constitucionales o legislativas y la realidad de las vidas de las personas. La ley suele ir detrás de las tecnologías, es por eso que la interpretación judicial es fundamental.

5) Importancia de generar y vincular los precedentes judiciales.

Si bien en la mayoría de los países de Latinoamérica, la jurisprudencia interna no resulta vinculante para casos futuros, en temas de tecnología es posible observar que los aplicadores de la ley se muestran llanos a considerar las experiencias internacionales para la resolución de casos. Más aun es obligatorio cuando las sentencias provienen del Sistema Interamericano.

Los ejemplos de jurisprudencia pueden ser utilizados persuasivamente, a pesar que nuestro sistema jurídico no se asienta en la obligatoriedad de los precedentes judiciales, la decisión de un juzgado o tribunal, además de afectar la situación concreta de los protagonistas del reclamo, configura un antecedente que debe ser tenido en cuenta especialmente por los jueces, funcionarios judiciales y operadores jurídicos, más allá de que estén o no de acuerdo.

La posibilidad de generar precedentes, necesita de una coordinación a nivel regional, y un diseño estratégico. Las experiencias actuales no han sido sistematizadas y se trabajan aisladamente. La sistematización permite extraer las estrategias de cada juicio, que sirvan a las distintas organizaciones para trabajar los distintos temas en sus países. desfasado.

[34] En efecto, Datos Protegidos, en corto plazo, logrando un buen funcionamiento, consolidación y fortalecimiento. Sumado a lo anterior, es una organización dirigida por mujeres, por esencia menos competitiva, abierta al trabajo en asociatividad, liderazgo multidireccional y multidimensional, favoreciendo el desarrollo de valores y acciones colectivas.

Debemos recordar que la aplicación de las leyes en Internet está sustituida por las condiciones de uso que los gigantes de la red: Google, Twitter, Instagram, Whatsapp y otros dominadores. Esa es la ley en Internet y se aplica de manera global, y nadie pareciera discutir los asuntos relativos a la territorialidad de tales condiciones. La aplicación extraterritorial de la ley se trasforma en un tema de eficacia del derecho, para brindar protección completa a los interesados.

No puede considerarse suficiente cuando solo se aplica en dominio nacional una solución en la red. Las alianzas permitirán enfrentarse en mejores condiciones a las grandes empresas de Internet que son los actores dominantes en la materia, a la vez que permite generar análisis y reflexión conjunta a nivel de los distintos países. También permiten coordinar la posibilidad de accionar de manera conjunta, armonizar criterios, lo que siempre conlleva mayor eficacia en los reclamos.

Lamentablemente la respuesta del litigio estratégico llega luego de flagrantes violaciones de derechos cometidas contra las personas y frente a marcos legales insuficientes. Creemos que el litigio en materia de privacidad y datos personales influirá decisivamente en el discurso de los derechos humanos y las nuevas tecnologías en América Latina, contribuirá a la articulación de normas y su interpretación y ayudará a establecer parámetros internacionales comunes de protección.

6) Necesidad de abordar las dimensiones tecnológicas y técnicas de los juicios.

Como organización, con experiencia acotada en litigios, hemos identificado que necesariamente debe abordarse la dimensión técnica de los juicios, lo que muchas veces complica a las organizaciones con un perfil jurídico.

El apoyo que la red debiera ofrecer debe ser técnico, multifacético que permita transversamente generar alianzas entre litigantes, procesalistas y con aquellos abogados expertos en materia de privacidad y datos personales y entre juristas y profesionales vinculados a las tecnologías que permitirán abordar la dimensión tecnológica del juicio.

7) Apoyo del sector filantrópico.

La fragilidad en las instituciones democráticas de representación en América Latina, y el compromiso efectivo de proteger los derechos de las personas por parte de los gobiernos son limitados. Los tribunales, por una parte pueden desempeñar un papel fundamental, proporcionando compensaciones por violaciones individuales y avanzar de esa manera a soluciones colectivas. El sector filantrópico, por otra, puede promover que los derechos efectivamente se ejerzan.

Para eso se hace necesario establecer la instancia de coordinación de grupos de trabajo, la producción de material de análisis y tendencias, la posibilidad de generar masa crítica, capacitación, becas, estandarizar información, simplificar el lenguaje técnico, etc.

El apoyo del sector filantrópico para la promoción y defensa de una Internet libre, no discriminadora, democrática y accesible debe centrarse no solo en la libertad de acceder a internet sino también en el elemento habilitador para lo anterior, proteger la privacidad en la era digital

8) Generar “advocacy”

El “advocacy” es la forma de construir apoyo para una causa o un asunto, creando un entorno favorable entre las organizaciones y las personas. La idea es promover generación de una agenda de cooperación en derechos humanos, mediante el litigio y acciones conjuntas este tales como, campañas de sensibilización, eventos, cabildeo con los encargados de plantear las posibles reformas legales, así como con los jueces que conocerán el caso e incluso el sector privado. Internet no puede ser una fuente de amenazas.

Conseguir otros aliados, mediante la coordinación y presentación de *Amicus curiae*, amigo de la corte o amigo del tribunal, esto es opiniones aportadas por terceros ajenos a un litigio, tendrán un valor para el tribunal y para el debate. Las actividades de promoción no pueden ser obviadas en la tarea de litigar.

-&-

ANEXO I

CUESTIONARIO APLICADO A LOS EXPERTOS.

1. ¿Cree usted que el derecho a la protección de datos es un derecho reconocido y aplicado en su país? ¿por qué?
2. ¿Contiene la ley un procedimiento judicial o administrativo?
3. ¿Estima usted que el procedimiento es accesible, fácil y comprensible para los afectados?
4. ¿Conoce algún caso dentro o fuera de su país que haya generado algún efecto social? (Si no hay casos en su país, ¿por qué cree que no los hay?)
5. ¿Quién inició el caso?
6. ¿Cuál es el problema que abordó?
7. ¿Cuál fue la resolución de ese caso? Lo considera un triunfo o un fracaso ¿por qué?
8. ¿Cuál cree que ha sido el principal efecto de ese caso? (social, mediático, cambio legal, cambio de política, etc.)
9. ¿Sabe usted cómo se ha verificado el seguimiento de ese caso?
10. ¿Es importante el seguimiento de casos, en su concepto?
11. ¿Cree usted que este caso trajo consigo efectos positivos o negativos para el reconocimiento y aplicación del derecho a la protección de los datos? ¿Por qué?
12. Considera que la resolución del caso traspasó las fronteras de su país. ¿Cómo?
13. ¿Considera relevante o nada relevante el trabajo colaborativo entre las organizaciones defensoras de derechos (nacionales y/o extranjeras) para el desarrollo y difusión de este tipo de casos?
14. ¿Considera que fue relevante o nada relevante la experiencia de otros litigios en su país o en otros países para la defensa, resolución o difusión de este tipo de casos?
15. ¿Cómo percibe la factibilidad de alianzas entre diversos sectores? Estado, organizaciones civiles, litigación privada.
16. ¿Cuáles son las ventajas y oportunidades de articular a diferentes organizaciones defensoras de los derechos vinculados a la privacidad?
17. ¿Cuáles son las principales dificultades de articular a diferentes organizaciones defensoras de los derechos vinculados a la privacidad?
18. ¿Cuáles son los costos de articular a diferentes organizaciones defensoras de los derechos vinculados a la privacidad?

ANEXO II

ENTREVISTADOS.

1) Alejandro Segarra, Abogado de la Asociación de Derechos Civiles, Argentina.

2) Danilo Doneda. Abogado, Licenciado en Derecho (Universidad Federal de Paraná) y Doctor en Derecho Civil (Universidad Estatal de Río de Janeiro).

3) Eduardo Bertoni, Abogado, Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires, realizó una maestría en Políticas Internacionales en la Universidad George Washington. Se desempeñó como director ejecutivo de la Fundación para el Debido Proceso Legal, con sede en Washington D.C. Entre 2002 y 2005, fue el Relator Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en la Organización de Estados Americanos (OEA). Actualmente es el director nacional de Protección de Datos Personales de Argentina.

4) Mauricio Garro, Abogado, Director nacional de la Agencia de Protección de Datos de Costa Rica.

5) Oscar Puccinelli, Doctor en Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires, Juez de la Sala Segunda de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Rosario, Santa Fe, Argentina, desde 2009. Es un destacado autor de diversas publicaciones en materia de privacidad, datos personales y habeas data en Argentina.

6) Gustavo Parra Noriega. Abogado por la Escuela Libre de Derecho; ha sido legislador federal en dos periodos en el Congreso Mexicano, se desempeña como coordinador en la Secretaría de Protección de Datos Personales del INAI, México.

7) Jesús Rubí, Licenciado en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, desde el 2005 es el Adjunto al Director de la Agencia Española de Protección de Datos.

8) Marc Rotenberg, es Presidente y Director Ejecutivo del Centro de Información de Privacidad Electrónica (EPIC), un centro independiente de investigación de interés público en Washington, DC. Enseña Derecho de Privacidad en el Centro de Derecho de la Universidad de Georgetown.

9) María Claudia Caviedes, Delegada de protección de datos de la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia.

10) Nelson Remolina, Profesor Asociado Director Especialización en Derecho Comercial, Universidad de los Andes Colombia.Cuenta con diversas publicaciones en materia de protección de datos personales.

11) Pablo Palazzi, Abogado, LL.M. Fordham Law, socio de Allende & Brea a cargo de Derecho de la Propiedad Intelectual y Derecho de Internet.

12) Cedric Laurant co-Fundador de la asociación civil “Artículo 12”, Presidente de su Asamblea de Asociados y Director Ejecutivo de su programa de protección de datos “SonTusDatos”, proyecto sin ánimo de lucro el cual se oficializó como Artículo 12, A.C. en el año 2015.

13) Boris Solorzano, Asociación Salvadoreña para la Protección de Datos e Internet (INDATA).

14) Ana Brian Nougrères. Estudio Juridico Briann & Associates. Integra la Cátedra y el Instituto de Derecho Informático de la Facultad de Derecho, Universidad de la República. Miembro activo del Colegio de Abogados del Uruguay,

ANEXO III

ANÁLISIS DE FALLOS.

1) Globos de video-vigilancia

En agosto de 2015, los alcaldes de las comunas de Las Condes y Lo Barnechea, en Santiago de Chile, instalaron unos globos equipados con cámaras de video, para usarlos como herramientas para combatir la delincuencia. Se trata de una tecnología de origen israelí, que consiste en cámaras de video-vigilancia de uso militar, capaces de identificar a una persona en movimiento a 1,6 kilómetros de distancia, montadas sobre dos globos aerostáticos, uno fijo a una altura de hasta 300 metros y otro móvil, con un radio de acción de 360º. Estos están siendo usados en México, fueron usados en Brasil durante las olimpiadas y existe interés por instalarlos en Argentina. Al informar de su instalación por la prensa, el alcalde de Lo Barnechea, ante la preocupación de que pudiese existir alguna vulneración a la privacidad de las personas, informó que había contratado un equipo solo de mujeres, pues éstas "son menos voyeristas que los hombres"[35] .

Frente a estos hechos, la ONG Datos Protegidos, junto a Derechos Digitales y Fundamental, presentaron un recurso de protección, que es la acción de amparo constitucional en el sistema chileno, contra las municipalidades que instalaron los globos. El recurso sostuvo que los globos atentaban contra el derecho a la vida privada y la inviolabilidad del hogar, ambos garantizados por la Constitución chilena.

Con ocasión del recurso, el Instituto de Derechos Humanos de Chile, presentó un *Amicus Curiae* ante la Corte donde señaló que los globos de vigilancia instalados afectan derechos establecidos en la Constitución Política y en tratados internacionales suscritos por Chile. Manifestó especial preocupación por la capacidad de los globos de registrar el interior de los hogares de las personas, hacer seguimiento sistemático de personas en la vía pública, y la inexistencia de una regulación específica para estas tecnologías, que resguarde los derechos de las personas.

Hubo un primer fallo unánime de la Corte de Apelaciones de Santiago que ordenó el cese de los globos de vigilancia. La Corte reconoció la afectación de los derechos a la vida privada y a la inviolabilidad del hogar hecha por los globos de vigilancia, y reconoce una falta de regulación legal expresa para esta clase de videovigilancia en Chile. Señala que es ilegal que globos de vigilancia que transgreden normas constitucionales sean operados por privados. Las municipalidades, al conocer la sentencia, apelaron ante el tribunal superior.

La Corte Suprema, por su parte, revocó el fallo. La Corte interpretó que los globos de vigilancia eran equivalentes a las cámaras de control de tránsito. El fallo permite que los globos sigan funcionando, pero reconoce que representan un riesgo para la privacidad y la inviolabilidad del hogar, y estableció un "régimen de autorización" compuesto de cuatro medidas. La primera delimita los espacios físicos que pueden ser grabados. Se permiten espacios públicos y, excepcionalmente, los espacios privados abiertos (como el patio de una casa o la terraza de un departamento), siempre que se esté haciendo el seguimiento

[35] Pino, P. (2016) Acusan que globos de vigilancia en la zona oriente son "orwellianos". La Segunda. Rescatado de: <http://impresa.lasegunda.com/2015/08/17/A/FU2OHSKE/all>

de un posible delito. La segunda medida es que un inspector o delegado municipal certifique mensualmente que no se han captado imágenes de espacios privados. Tercero, se establece la destrucción de las grabaciones innecesarias, fijando un plazo de 30 días para ello. Por último, la Corte determinó que todo ciudadano tendrá acceso a las grabaciones.

Las organizaciones demandantes se mostraron decepcionadas en general con el fallo. Valoraron que el fallo reconociese que los globos vulneran la privacidad de las personas, y que se estableciera un régimen para el uso de los globos nuestra organización valoró especialmente que estas medidas fueran exclusivamente de gestión de imágenes como datos personales y videovigilancia recociendo tácitamente la falta de legislación en la materia asunto que tuvo que ser regulado por la Corte Suprema en el fallo. Con todo, las medidas propuestas por la Corte, no son eficaces para impedir las vulneraciones de derechos que producen los globos, a la vez que al establecer que “todo ciudadano” tendrá acceso a las grabaciones, acrecienta el riesgo de mal uso del material registrado.

El juicio produjo más de veinte apariciones en prensa, contando medios impresos, televisión y web, además de publicaciones en medios importantes de la región, en países como Argentina, Ecuador y Colombia. Fue considerado entre los diez fallos más importantes del año, según el diario El Mercurio.

2) Karen Atala contra el Estado de Chile

El año 2003, la abogada y jueza chilena Karen Atala fue demandada por su ex-marido, por la tuición de sus hijas menores de edad basado en su orientación sexual. Alegó que sus tres hijas no podían estar bajo el cuidado de su madre, por ser esta lesbiana y vivir con su pareja en el mismo hogar de crianza de las niñas. Atala decidió no negar el hecho y defenderse ante tribunales. Ella ganó tanto en primera, como en segunda instancia, y ambas sentencias reconocen el derecho de la madre al cuidado y custodia de sus hijas.

Sin embargo, el ex-marido recurrió contra los jueces de la Corte de Apelaciones que habían dictado esta sentencia ante la Corte Suprema, mediante recurso de queja, la cual revocó el fallo anterior y negó la tuición de Atala sobre sus hijas. La Corte sostuvo que: "aparte de los efectos que esa convivencia puede causar en el bienestar y desarrollo síquico y emocional de las hijas, atendida sus edades, la eventual confusión de roles sexuales que puede producírseles por la carencia en el hogar de un padre de sexo masculino y su reemplazo por otra persona del género femenino, configura una situación de riesgo para el desarrollo integral de las menores respecto de la cual deben ser protegidas" y "la convivencia entre Atala y su pareja, sitúa a las menores en un estado de vulnerabilidad en su medio social, pues es evidente que su entorno familiar excepcional se diferencia significativamente del que tienen sus compañeros de colegio y relaciones de la vecindad en que habitan, exponiéndolas a ser objeto de aislamiento y discriminación que igualmente afectará a su desarrollo personal"[36].

Frente a esta resolución del máximo tribunal Atala, con el apoyo de las organizaciones Libertades Públicas, Corporación Humanas y el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, decide

[36] Ficha técnica caso Karen Atala v. Estado de Chile. [Véase en línea: <http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=196&lang=e>]

denunciar al Estado de Chile ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. La Comisión declaró admisible la denuncia en agosto de 2008. En 2010 la Comisión observó que Chile vulneró los derechos de la jueza Karen Atala al quitarle la tuición de sus tres hijas debido a su orientación sexual. Junto con ello, la Comisión hizo recomendaciones al Estado chileno en orden a reparar el daño causado a la familia y a evitar la ocurrencia de situaciones similares en el futuro. Sobre estos hechos, la Comisión presentó una demanda contra el Estado de Chile ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Dos años después, en 2012, la Corte sentenció al Estado de Chile a investigar y sancionar a los funcionarios judiciales que discriminaron a Atala, a dar asistencia médica y psicológica gratuita para ella y para las tres niñas, a realizar un acto de reconocimiento público de responsabilidad internacional, a dar garantías de no repetición, a capacitar a funcionarios públicos sobre este tipo de casos, a adecuar las leyes, y a entregar una indemnización compensatoria por daños.

Entre los derechos amparados por la CIDH destaca el Derecho a la honra y la intimidad, señalando que uno de los ámbitos de la vida privada de las personas, es la vida privada de sus familias. La vida privada, prosigue el fallo, es un concepto amplio que no es susceptible de definiciones exhaustivas y comprende, entre otros ámbitos protegidos, la vida sexual y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos. Es decir, la vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo y cuándo decide proyectar a los demás. En ese sentido la Corte resalta que la orientación sexual de la señora Atala hace parte de su vida privada, de manera que no era posible realizar una injerencia en la misma sin que se cumplieran los requisitos de “idoneidad, necesidad y proporcionalidad”. Distinto es que en el marco de un proceso de tuición se puedan analizar las conductas parentales concretas que, supuestamente, pudieran haber ocasionado un daño en el niño o la niña (…).

El Tribunal constata que durante el proceso de tuición, a partir de una visión estereotipada sobre los alcances de la orientación sexual de la señora Atala (…), se generó una injerencia arbitraria en su vida privada, dado que la orientación sexual es parte de la intimidad de una persona y no tiene relevancia para analizar aspectos relacionados con la buena o mala paternidad o maternidad .

La Corte concluye que el Estado de Chile vulneró en este sentido la Convención Americana de Derechos Humanos.

3) Caso Halabi: Intercepción de comunicaciones telefónicas.

El año 2008, el abogado argentino Ernesto Halabi, a través de una acción de amparo constitucional, solicitó que se declarase inconstitucional la ley 25.873 y su decreto reglamentario, que modificaban la Ley de Telecomunicaciones de ese país. Esta ley establecía que las compañías de telefonía debían interceptar telecomunicaciones (tanto telefónicas como a través de Internet) a requerimiento del Poder Judicial y el Ministerio Público, conservándose por diez años los registros de las llamadas y conexiones, y que el Estado se haría responsable de los perjuicios producidos por estas acciones. Halabi planteo en su demanda que esta ley representaba una violación a sus derechos a la privacidad y a la intimidad, en su condición de usuario, a la vez que menoscababa el privilegio de confidencialidad que, en su condición de abogado, requería ante sus clientes. Argumentó que las normas vulneraban los derechos establecidos en los artículos 18 y 19 de la Constitución de Argentina, en la medida que autorizan la interrupción de las

comunicaciones telefónicas y por Internet, sin determinar en qué casos y con qué justificativos.

El fallo estableció que las restricciones de derechos autorizadas por la ley se encontraban desprovistas del mínimo grado de determinación que excluya la posibilidad de que en su ejecución concreta por agentes de la administración, se produzcan abusos o arbitrariedades por parte de estos últimos. En virtud de esto declaró inconstitucional a la ley 25.873 citada.

La sentencia, además, tuvo un gran impacto jurídico, pues reconoció, y fijó los requisitos para las acciones colectivas en el derecho argentino. En razón de esto, y su relevancia en materia de protección a la privacidad de las personas, es que hoy es enseñada en todas carreras de derecho en Argentina, y en buena parte de las escuelas de derecho de la región.

4) Bases de datos de morosos y recopilación de datos.

En 2014, la ONG Asociación Salvadoreña para la Protección de Datos e Internet (INDATA) presentó un recurso de amparo constitucional contra la empresa Directorio de Información Comercial (DICOM), por recopilar datos personales sin autorización en El Salvador. INDATA es una asociación sin fines de lucro, fundada por el abogado Boris Solórzano, quien fue víctima de DICOM, pues ésta había publicado datos incorrectos sobre su situación crediticia, lo que estaba afectando su vida diaria.

La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de ese país estableció que DICOM había vulnerado el derecho a la autodeterminación informativa de los titulares de los datos que constan en sus bases, pues no había implementado las medidas técnicas necesarias para evitar la recopilación, transmisión y circulación de datos personales sin el consentimiento del titular. En ese sentido, la empresa habría incumplido las exigencias previstas en la Ley de Regulación de los Servicios de Información sobre el Historial de Crédito de las Personas.

La Corte ordenó a DICOM realizar las diligencias necesarias a efecto de depurar su base de datos y eliminar la información que haya sido recopilada y almacenada sin el consentimiento expreso de las personas. Para mantener dicha información, dicha sociedad deberá contar con la documentación que acredite la existencia del consentimiento. Asimismo, obliga a DICOM a abstenerse de utilizar, transferir y comercializar la información de las personas de su base de datos, a menos que en cada caso individual cuente con el consentimiento expreso de sus titulares.

El fallo designó a la Superintendencia del Sistema Financiero como garante de la implementación de las medidas por parte de la empresa. Esto derivó en que la Superintendencia, ante el incumplimiento de la empresa de lo mandatado por la Corte, decidió no extenderle la autorización para operar como empresa de servicios de información personal y crediticia, lo que derivó en el cierre de la compañía en ese país.

La importancia de este fallo radica en que por primera vez se reconoce la autodeterminación informativa como un derecho fundamental por la Corte Suprema de El Salvador.

5) Derecho al Olvido

El año 2015, la Corte Constitucional colombiana reconoció por primera la existencia del "derecho al olvido" para personas afectadas por publicaciones en Internet. El fallo surge tras un recurso de amparo constitucional interpuesto por Gloria (nombre usado por la sentencia para resguardar la identidad de la persona) cuyo nombre aparecía como integrante de una organización criminal dedicada al tráfico de drogas y trata de blancas, noticia publicada por el diario El Tiempo de ese país. El proceso prescribió sin que hubiera veredicto, sin embargo, al buscar su nombre en el buscador de Google, el primer vínculo que aparecía era la noticia que la sindicaba como delincuente.

La demanda perseguía la protección de sus derechos constitucionales a la dignidad humana, intimidad personal y familiar, buen nombre, honra, debido proceso, y concretamente, la presunción de inocencia. Los jueces de primera y segunda instancia declararon improcedente el amparo demandado. Sin embargo, la Corte Constitucional revirtió estos fallos, y acogió el amparo, señalando que no era procedente ordenar al medio de comunicación eliminar la noticia, debido a que ello afectaría de forma desproporcionada su derecho a la libertad de expresión, pero sí determinó necesario disponer medidas para proteger los derechos fundamentales de la tutelante.

La sentencia se aleja del criterio establecido por el fallo "Costeja" del Tribunal Europeo, que ordenó la desindexación de una noticia del buscador de Google; en cambio la Corte colombiana ordenó al medio de comunicación implementar medidas técnicas para evitar que la noticia apareciese en los buscadores al consultar por el nombre de la afectada. De este modo, El Tiempo deberá impedir que el 'robot' de Google y otros buscadores indexen la URL en la que está la noticia, de modo que ésta no aparezca en los resultados de búsqueda cuando se busque el nombre de la tutelante.

El fallo fue explícito en sostener que el proveedor de servicios de búsquedas no es responsable del contenido de las páginas que figuren como resultados; así como tampoco por mantener en sus registros determinada información.

La Corte usó de referencia el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual en su artículo 19 integra en sus garantías la libertad de expresión, y señala que, si bien puede estar sujeta a restricciones, estas deben estar previstas en la ley y resultar necesarias para: proteger derechos de terceros, y para velar por la integridad de la seguridad nacional, el orden, la salud o la moral pública. A partir de esto, el fallo dictamina que la prensa tiene el deber de actualizar la información relacionada con procesos o investigaciones penales.

Sobre esto último, las ONG Karisma y la Fundación para la Libertad de Prensa, quienes participaron como coadyuvantes en el caso, señalaron que les pareció desmedida la obligación que estableció la Corte de actualizar de oficio –haya o no petición al respecto- notas sobre procesos judiciales, aunque haya pasado mucho tiempo desde su publicación. Señalaron que el deber de actualización permanente, sin solicitud, es una carga desproporcionada, sobre todo, si se piensa en los medios de comunicación pequeños, *blogs* y otras plataformas digitales. Este fallo tuvo amplia cobertura en los medios del país y la región, llegando incluso a España.

6) Registro de metadatos de comunicaciones “Ley Telecom”

La ONG mexicana Red de Defensa de los Derechos Digitales (R3D) presentó en 2016 un recurso de amparo constitucional contra los artículos 189 y 190 de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión (conocida como “Ley Telecom”). Estos artículos establecen la obligación de las compañías de comunicación de registrar los metadatos de las comunicaciones de todos los usuarios mexicanos por el periodo de dos años para mantenerlos al alcance de los órganos de justicia y seguridad del país. Los datos recogidos incluyen identidad, origen, destino, hora y duración de las comunicaciones, y a la vez que el registro de los datos de geolocalización de la persona en tiempo real.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación falló contra el amparo, y estableció que la Ley de Telecomunicaciones no viola ni transgrede la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, a la protección de datos personales, libertad de expresión y seguridad jurídica. La ONG se mostró muy decepcionada por este fallo, en especial consideración de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea invalidó en 2014 una disposición de retención de datos similar tras considerarla desproporcionada y contraria al derecho a la privacidad. Así mismo, diversos organismos internacionales han advertido de la incompatibilidad de la retención de metadatos con los estándares internacionales de derechos humanos.

Sin embargo, el fallo de la Corte Suprema estableció una serie de controles judiciales sobre la ley. En ese sentido, se estableció que los metadatos de comunicaciones se encuentran igualmente protegidos por la Constitución que el contenido de las comunicaciones, y con base en ello, la Sentencia establece con claridad que para acceder a metadatos de comunicaciones, como los conservados por las empresas de telecomunicaciones, se requiere una autorización judicial. También la sentencia determina específicamente que organismos estatales pueden acceder a la información, restringiendo el alcance de la norma. A esto se agrega que los jueces de control no podrán otorgar las autorizaciones cuando se trate de asuntos de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor.

Otros de los aspectos preocupantes de la sentencia, señalan en R3D, es la decisión de que el monitoreo en tiempo real de la localización de un usuario a través de un teléfono móvil no requiere una autorización judicial. Indican que esta decisión, además de abrir la puerta a serios abusos, es absolutamente contradictoria con el reconocimiento de que los metadatos de comunicaciones se encuentran protegidos por la Constitución. El argumento que usa la Corte para permitir esta recolección de datos sería que no se interfiere con el derecho a la privacidad porque no se geolocaliza a una persona, sino a un teléfono. La ONG apunta a que los datos de localización de un teléfono, tanto históricos como en tiempo real, se encuentran siempre asociados a una persona identificada o identificable.

Debido a todas estas críticas, desde R3D informaron que demandaran al Estado Mexicano ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con el objetivo de que reconozca las violaciones denunciadas y eventualmente someta el caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

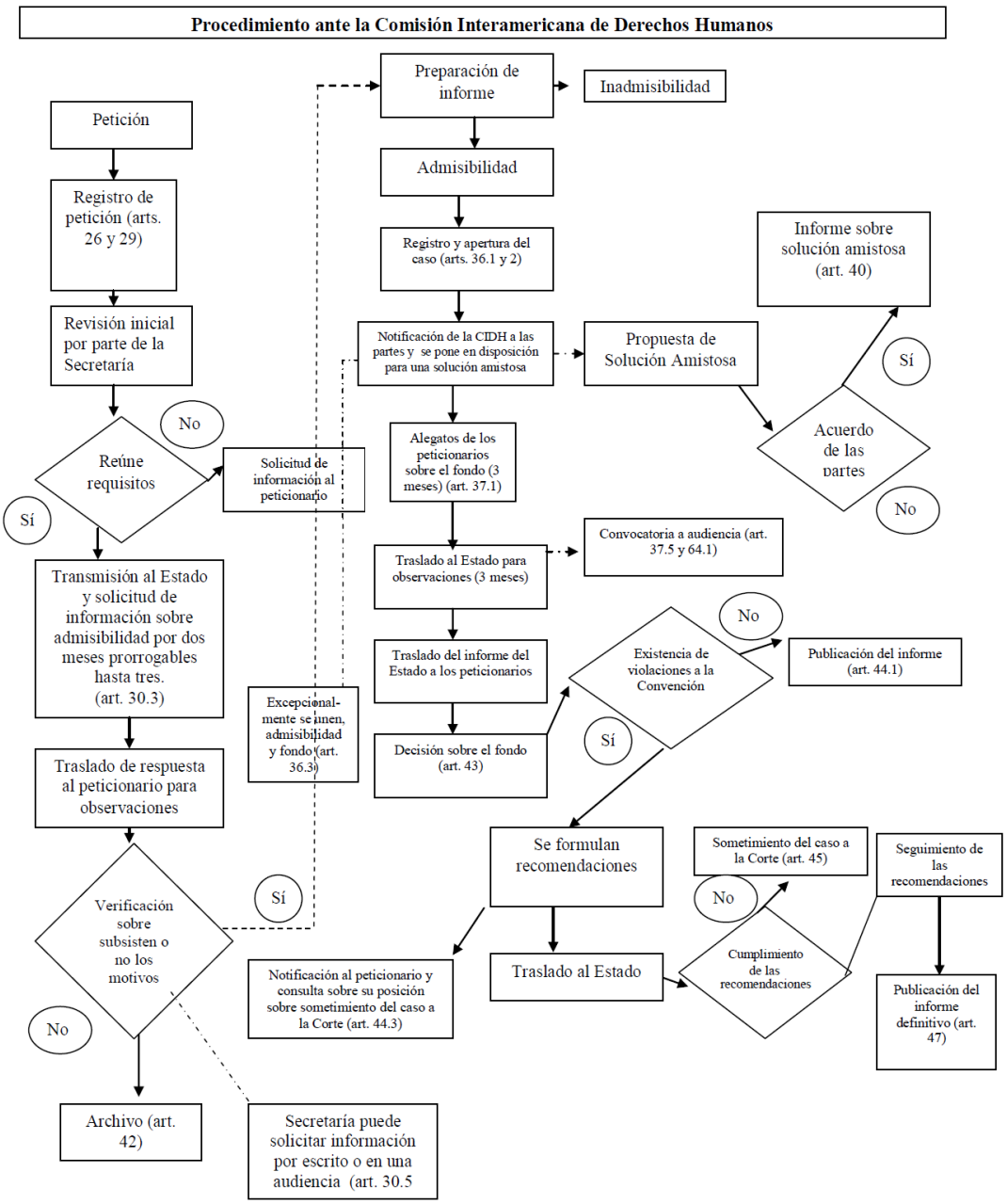
ANEXO IV

BIBLIOGRAFÍA

- CONTRERAS, J. C. G. (2011). Modelo para armar: litigio estratégico en derechos humanos. México DF: Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos AC.
- Sánchez, F. (2007). El litigio estratégico en México: la aplicación de los derechos humanos a nivel práctico. Experiencias de la sociedad civil. CELS.
- Litigio estratégico y derechos humanos. La lucha por el derecho (Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2008).
- Cabal, Luisa; Roa, Mónica & Sepúlveda-Oliva, Lilian, What Role Can International Litigation
- Play in the Promotion and Advancement of Reproductive Rights in Latin America, (2003), 7 Health and Human Rights, N° 1, 50-88.
- Díaz, A. M. C., Toro, B. L., & Ávila, L. M. M. (2010). El concepto de litigio estratégico en América Latina: 1990-2010. Vniversitas, 59(121), 49-76.
- SANTOS, B. D. S. Estrategia general para los Litigios de Alto Impacto.
- Luño, A. E. P. (2014). Los derechos fundamentales. Tecnos.
- Corte IDH (2012), Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, Sentencia de 24 de febrero 2012, <http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=196&lang=e>.
- Morales, C. (2015) La emblemática sentencia de la Corte IDH que definió la adopción gay. El Tiempo. Rescatado de: http://www.eltiempo.com/politica/justicia/caso-de-la-jueza-chilena-karen-atala-ante-la-corte-interamericana-de-derechos-humanos/16443411
- Pino P. (2016) Acusan que globos de vigilancia en la zona oriente son “orwellianos”. La Segunda. Rescatado de: http://impresa.lasegunda.com/2015/08/17/A/FU2OHSKE/all

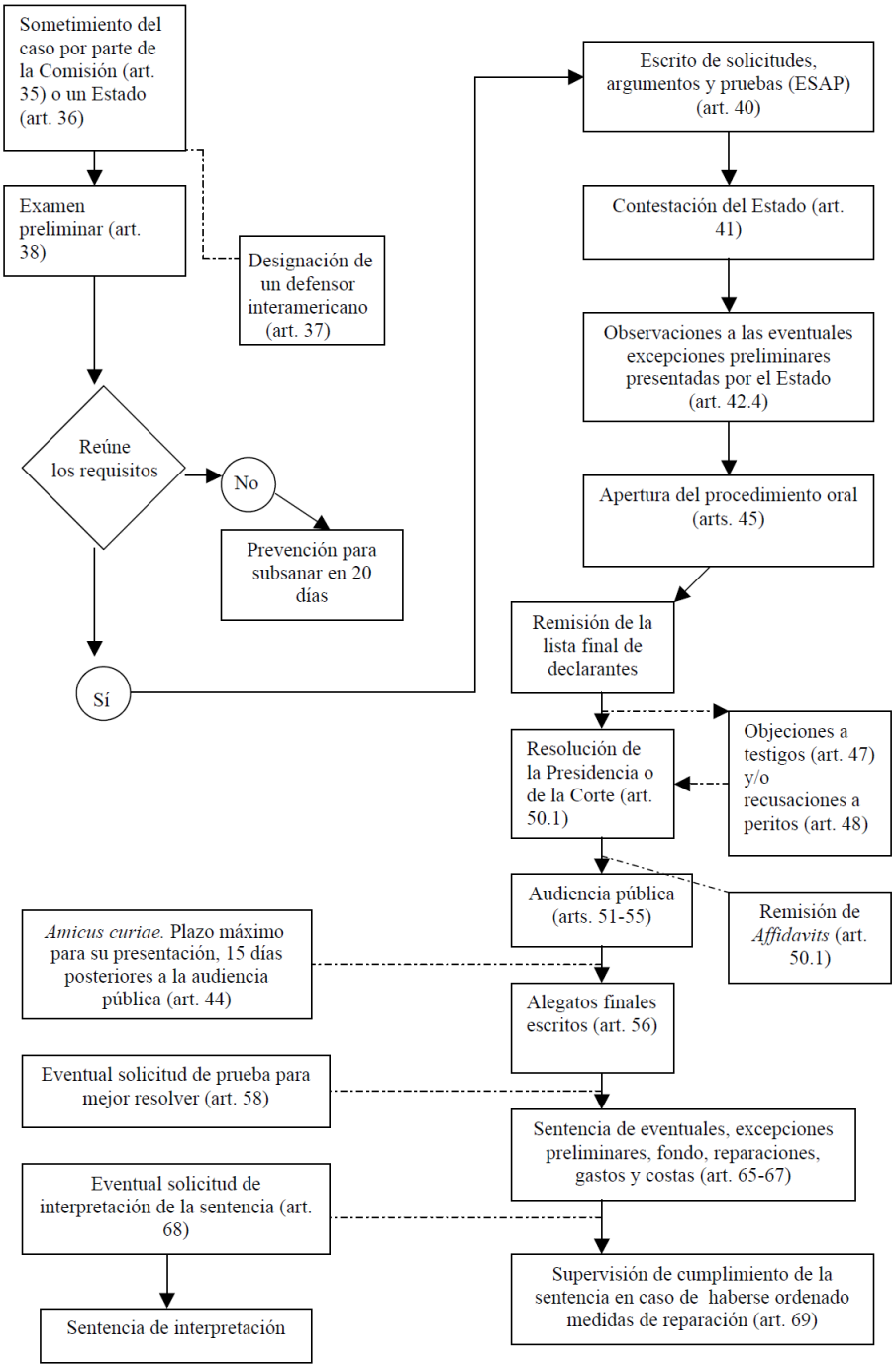
ANEXO V

DIAGRAMAS DE LOS ´PROCEDIMIENTOS ANTE LA CIDH Y EL CORTEIDH



Fuente: Héctor Fix-Zamudio y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *Derecho de amparo.* México, Porrúa / UNAM, 2011, p. 285.

Procedimiento ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos



Fuente: Héctor Fix-Zamudio y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *Derecho de amparo.* México, Porrúa / UNAM, 2011, p. 286.

Datos
Protegidos