

Rogora, Estefanía

El orden público frente a algunos derechos individuales constitucionales: la seguridad pública vs. el derecho a la intimidad y la privacidad

XII Jornadas Internacionales de Derecho Natural, 2016
Facultad de Derecho – UCA

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central “San Benito Abad”. Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Rogora, E.(2016, octubre). El orden público frente a algunos derechos individuales constitucionales : la seguridad pública vs. El derecho a la intimidad y la privacidad [en línea]. *Presentado en Duodécima Jornadas Internacionales de Derecho Natural : Ley Natural y Dignidad Humana*. Universidad Católica Argentina. Facultad de Derecho, Buenos Aires. Disponible en:
<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/ponencias/orden-publico-derechos-individuales-rogora.pdf> [Fecha de consulta:]

XII JORNADAS INTERNACIONALES DE DERECHO NATURAL

Ley Natural y Dignidad Humana

El orden público frente a algunos derechos individuales constitucionales: la seguridad pública vs. el derecho a la intimidad y la privacidad”.

Resumen: El derecho a la intimidad y a la privacidad ambos amparados por la Constitución hacen a la dignidad de la persona (CCE 2491, 2492) ya que ambos son necesarios para su desarrollo integral. La temática se abordará a partir de la reciente disputa judicial entre el FBI vs. Apple Inc., ya que la compañía, amparándose en el derecho a la privacidad de sus usuarios, se negó al pedido del FBI de descifrar el celular de una persona sospechada de cometer un acto de terrorismo en diciembre de 2015. El mencionado hecho se suma a una serie de casos donde se enfrentan, por un lado, la defensa de derechos individuales constitucionales y por el otro derechos absolutos. Será a la luz de la jurisprudencia y doctrina internacional que se analizará en qué circunstancias debería ceder el derecho a la privacidad e intimidad y a su vez cuáles son las garantías que se les deben reconocer a los titulares de los derechos en conflicto. El establecimiento de estas pautas objetivas permitiría proteger esos derechos incluso frente a gobiernos que en realidad no aspiren al bien común sino que se desvíen de él.

Autor

Estefanía Rogora¹

Palabras clave: Orden público, dignidad de la persona, privacidad, derechos constitucionales, ciberseguridad,

Comisión N° 6: “Dignidad humana y constitución”

¹ Abogada, de la Pontificia Universidad Católica Argentina (2010). Docente, Asistente en la cátedra de Historia de la Cultura (2012- presente) en la Pontificia Universidad Católica Argentina. Posgrado en Derecho de Alta Tecnología (tesina pendiente) de esa universidad.

El día 2 de diciembre de 2015 en San Bernardino, California, Estados Unidos, un matrimonio estadounidense de origen pakistaní llevó adelante un tiroteo masivo donde 14 personas fallecieron y 21 resultaron heridas. Rápidamente el Estado Islámico (EI) a través de sus vías de comunicación expresó que los autores del hecho eran seguidores del EI si bien no aclararon que fueran miembros.

Las investigaciones posteriores al hecho, calificado como un *ataque terrorista* por el Presidente del mencionado país², llevadas a cabo por las fuerzas de seguridad estadounidenses llevaron a dar con los efectos personales del matrimonio, hallándose entre sus pertenencias el teléfono celular de marca Iphone del esposo Syed Rizwam Farook. El FBI teniendo fuertes sospechas de que el celular Iphone perteneciente al Sr. Farook podía brindar información vital para la seguridad de la ciudadanía y el orden público solicitó a la compañía Apple que procediera a desbloquear el cifrado de seguridad que contiene el software utilizados por los celulares de esa marca.

Siguiendo al pedido realizado por el FBI la compañía Apple decide explicar a través de comunicado que no va a colaborar con el FBI descriptando el celular de uno de los responsables del tiroteo³. Según explica Tim Cook Director Ejecutivo de Apple, para acceder a un Iphone sin tener la contraseña o medida de seguridad utilizada por su dueño (ej: huella dactilar) sería necesario desarrollar un nuevo sistema operativo, instalarlo en el celular al que se quiere acceder y lograr así pasar por alto las medidas de seguridad del sistema operativo original. Hacer esto sería crear lo que se denomina en informática un *back door*, es decir un acceso al sistema que permite saltar el proceso de autenticación de un producto informático o como ya se dijo en este caso obtener el acceso a un celular saltando el software de seguridad que protege los datos allí almacenados.

Hoy en día los llamados Smartphone no sólo contienen informaciones de contactos al modo de un índice telefónico en papel. Acceder actualmente a un celular de estas características puede significar tener acceso a los mensajes del usuario, información sobre su salud, información financiera, e-mails, rastrear las distintas locaciones visitadas por el usuario e incluso de manera remota la posibilidad de acceder a la cámara o al micrófono logrando así, ver y oír el ambiente donde se encuentra el dispositivo móvil.

Si bien el caso fue llevado ante la Justicia por el FBI en una demanda contra Apple Inc. antes de que se arribara a una sentencia, el FBI desistió de la demanda ya que dijo haber conseguido que una fuente externa a Apple Inc. les facilitara el acceso a la información contenida en el Iphone del Sr. Farook. Aunque hubiera sido interesante leer los argumentos de una posible sentencia, que se retirara la demanda no logró así que se retirara el debate ya instalado.

Qué jerarquía tiene el derecho a la privacidad e intimidad, qué debería limitarlo y quién podría llevarlo a cabo, son los interrogantes que surgen del presente caso. En el siglo XIX Louis D. Brandeis, Juez de la Corte Suprema de Estados Unidos, amplió el concepto desarrollado por Thomas Cooley quien identificó al derecho a la privacidad como el derecho a ser dejado en paz "*the right to be let alone*"⁴ un concepto que la jurisprudencia anglosajona

² Esquivel, P (2016, 6 de diciembre). Obama: This was an act of terrorism designed to kill innocent people. Recuperado de <http://www.latimes.com/local/lanow/la-me-ln-san-bernardino-terror-probe-widens-as-obama-set-to-speak-20151206-story.html>

³ Cook, T (2016, 16 de febrero). A message to our customers. Recuperado de <http://www.apple.com/customer-letter/>

⁴"Recent inventions and business methods call attention to the next step which must be taken for the protection of the person, and for securing to the individual what Judge Cooley calls the right "to be let alone" [10] Instantaneous photographs and newspaper enterprise have invaded the sacred precincts of private and

amplio con el transcurso de los años y que incluye desde evitar que los jueces ordenen indiscriminadamente la grabación de conversaciones hasta el derecho a realizar actividades de recreación lícitas sin que ellos sea de incumbencia del Estado.

En nuestro ordenamiento normativo el derecho a la privacidad es un derecho de raigambre constitucional plasmado en sus arts. 18, 19 y 43⁵, asimismo la Argentina mediante la ratificación de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre reconoce ha dicha declaración de derechos como parte de nuestro sistema de normas y particularmente a su art. 12 el cual consagra que nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada⁶, por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su art. 17⁷ y en nuestro Código Civil y Comercial encontramos el derecho a la intimidad en su art. 52 mencionado como un derecho personalísimo, entendiendo así que **el derecho a la intimidad como su reconocimiento y respeto hacen a la dignidad de la persona**⁸.

La dignidad de la persona humana, es decir su valor inherente por ser persona como explica el Catecismo de la Iglesia Católica, está enraizada en su creación a imagen y semejanza de Dios. Los seres humanos se edifican a sí mismos y crecen desde el interior: hacen de toda su vida sensible y espiritual un material de su crecimiento⁹. Es en este contexto que se entiende la importancia vital que guarda el respeto a la intimidad de la persona, por los demás y por ella misma, para su desarrollo integral y en última instancia para la realización de la bienaventuranza divina¹⁰. Tal es la consideración que tiene la Iglesia de la interioridad de las personas y por ende de su intimidad que explícitamente nos indica en el Catecismo en 2490 y

domestic life; and numerous mechanical devices threaten to make good the prediction that "what is whispered in the closet shall be proclaimed from the house-tops." Brandeis, L y Warren, S. (1890), *The Right to Privacy*, *Harvard Law Review*, Nro. 4, 193

⁵ "Artículo 18.-... El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Artículo 19.- Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe. Artículo 43.- (...) Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística." *Constitución de la Nación Argentina*, Publicación del Bicentenario, Corte Suprema de de Justicia de la Nación, Buenos Aires, 2010.

⁶ Artículo 12.- Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques. Declaración universal de derechos humanos, Resolución 217 A (III) de la Organización de las Naciones Unidas, París, Francia, 10 de diciembre de 1948.

⁷ Artículo 1.-: 1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Resolución 2200 A (XXI) de la Organización de las Naciones Unidas, Nueva York, Estados Unidos, 16 de diciembre de 1966.

⁸ Artículo 51.- "Inviolabilidad de la persona humana. La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad.", Código Civil y Comercial de la Nación, (2014, 8 de octubre), recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>

⁹ "La dignidad de la persona humana", (1992). En *Catecismo de la Iglesia Católica*,. 3ra parte, 1ra sección, cap. 1ero, 1700. Arts. 1 y 6.

¹⁰ "La dignidad de la persona humana", (1992). En *Catecismo de la Iglesia Católica*,. 3ra parte, 1ra sección, cap. 1ero, 1700. Art. 2

conforme al CIC can. 983,1 que “*el secreto del sacramento de la Reconciliación es sagrado y no puede ser revelado bajo ningún pretexto: por lo cual está terminantemente prohibido al confesor descubrir al penitente...*”.

Hasta aquí se podría entender porque en el caso FBI vs Apple Inc. la compañía Apple se negó a ofrecer asistencia al FBI en su investigación argumentando tener en vista por sobre todas las cosas la protección de los datos personales y en última instancia la seguridad personal de todos sus usuarios. Para la empresa acceder sin permiso a uno de sus Smartphones significaría retroceder décadas en lo que a ciberseguridad corresponde y considera que el gobierno de los Estados Unidos excede los límites de la democracia y mina seriamente las libertades que debería proteger¹¹. El comunicado de la empresa sin lugar a dudas encuentra su correlato en un mundo actual donde cada vez más la libertad en todas sus derivaciones es aclamada como un derecho absoluto que no debe conocer límites, ya que intentar remarcar ciertos límites parece casi un atropello a una idea ficticia de lo que debería ser la democracia.

Por el contrario el derecho a la intimidad si bien sin perder su cualidad de derecho constitucional inalienable, ampliamente reconocido y protegido *debe* reconocer su límite ante situaciones donde peligren derechos absolutos como el derecho a la vida o donde el orden público se encuentre en peligro, como resulta el suceso que da lugar a la disputa del caso el cual fue catalogado como un acto de terrorismo. Es así que siguiendo lo anterior encontramos un primer límite al derecho a la intimidad si se contraponen al derecho a la vida ya que “la vida física, no agota todo el valor de la persona ni representa el bien supremo del hombre llamado a la eternidad; sin embargo, en cierto sentido constituye el valor *fundamental*, precisamente porque sobre la vida física se apoyan y se desarrollan todos los demás valores de la persona”.¹² A las limitaciones dadas por un derecho absoluto se debe sumar el respeto y cuidado del orden público entendido como “el conjunto de condiciones fundamentales de vida social instituidas en una comunidad jurídica, las cuales, por afectar centralmente a la organización de ésta, no pueden ser alteradas por la voluntad de los individuos ni, en su caso, por la aplicación de normas extranjeras”.¹³

Resulta entonces evidente que el derecho a la intimidad debe conocer límites y en todo caso la sociedad debe lograr un justo equilibrio entre la salvaguarda de este derecho fundamental para el desarrollo integral de la persona y el orden público y su afectación mediante la puesta en peligro de la seguridad nacional. En post de este justo equilibrio la jurisprudencia hasta el momento no resulta uniforme ya que ante casos como el denominado “Wikileaks” donde la seguridad nacional se contraponía al derecho a la información y su límite. En Argentina, un Juez Federal, ordenó a los proveedores locales de servicios de Internet (ISP) donde se difundían los correos electrónicos que se atribuían a funcionarios, ministros, periodistas e incluso quien fuera por entonces presidente de la Nación bloquear el acceso a esos sitios..

Si bien la doctrina parece uniforme en cuanto a la necesidad de regular el equilibrio entre derechos como la intimidad, libertad de información y el orden público en todas sus expresiones. Resulta sumamente dificultoso establecer el modo en que se debe proteger los derechos personales, cuando el Estado puede avanzar sobre ellos y bajo que procedimientos debe hacerlo, siendo paradójico que los países que más se muestran al mundo como ejemplos de respeto a los derechos individuales son los que mediante su legislación y programas secretos al público en general buscan facilitar el acceso no autorizado a la vida íntima de las

¹¹ Cook, T (2016, 16 de febrero). A message to our customers. Recuperado de <http://www.apple.com/customer-letter/>

¹² Granero, H. (2003). *El orden público tecnológico*. Buenos Aires. Educa

¹³ Granero, H. (2003). *El orden público tecnológico*. Buenos Aires. Educa

personas. Siendo Estados Unidos un claro ejemplo de lo anterior con su *Protect America Act* de 2007 y la creación del programa de vigilancia “PRISM” el cual habría sido diseñado por el gobierno estadounidense para recabar información de los habitantes del mundo, con sospechas de los especialistas sobre vigilancia que no sólo alcanzaría a un control de tráfico sino que también incluiría un control al tráfico de contenido, es decir a la información alojada en los servidores de los buscadores y las redes sociales¹⁴. Otro ejemplo que data de fines de la década del '60 es el programa de espionaje denominado ECHELON integrado por las naciones firmantes del acuerdo de seguridad UKUSA por sus siglas en ingles: Australia, Canada, Nueva Zelanda, Reino Unido y Estados Unidos; el programa que fue creado para interceptar y monitorear comunicaciones de la por entonces Unión Soviética pero se estima que en la actualidad se volvió un sistema de monitoreo mundial del cual incluso el programa PRISM sería parte.

Sea cual sea la solución que se encuentre al conflicto de intereses entre derechos personalísimos y orden público, la realidad evidente es que cualquier expectativa de privacidad que nos proporciona un aparato o medio tecnológico debe ser utilizada sabiendo que, finalmente, lo que tendremos de privacidad será nada más y nada menos que una sensación y que cuidar de la privacidad corresponde tanto a la sociedad entera como *a la propia persona* siendo este cuidado expresado en un sano pudor¹⁵ que evite mostrar lo que debe permanecer velado y cuyo límite en la era de las redes sociales aparece cada vez más difuso.

¹⁴ Tomeo, F. (2014). *Redes sociales y Tecnologías 2.0*. Buenos Aires. Ed. Astrea.

¹⁵ “Los diez mandamientos”,(1992). En *Catecismo de la Iglesia Católica*,. 3ra parte, 2ra sección, cap. 2do, Art. 9, 2521, 2522, 2523.