

MANUEL MILLÁN TORRES^(*), FAVIO FARINELLA^(**),
ROBERTO CIPPITANI^(***)

TECNOLOGÍA, DATOS PERSONALES Y PANDEMIAS

ABSTRACT: The ongoing pandemic has been the cause of many restrictions to rights, based on public health. This article elaborates on the relationship between human rights and the pandemic while technologies and artificial intelligence are used for social control. The discussion spins around a noun and two verbs. The pandemic constitutes an *emergency* that, as such, shifts our normality to unknown places. At the same time, it *emphasizes* pre-existing critical social situations and *threatens* freedoms. The novelty brought by this crisis is that the state of emergency makes use of new technologies and artificial intelligence. They can collect sensitive data such as those corresponding to health as a key to collect, store and process sensitive data. The methodology of the article refers to a comparative description (South America-Europe) which is based on a qualitative and quantitative documentary review to gather elements that contribute to the subject.

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. Debilidades estructurales y negación sistemática de derechos humanos. – 3. Los nacionalismos y los procesos de desintegración. – 4. Personalismos y democracias más débiles. – 5. Economía y pauperización pospandémica. – 6. Emergencia y derechos o ¿derechos en emergencia? – 6.1 Tecnología y libertades personales. – 7. Ideas finales sobre cómo rescatar al elefante. – 8. Pandemia y protección de datos en el marco de la Unión Europea (EU). – 9. Conclusiones.

1. — *Introducción.*

El escritor ruso Ivan Krylov en su obra *El hombre inquisitivo* (1812) cuenta la situación en que una persona, al visitar un museo, repara en cada detalle del mismo pero ignora la presencia de un elefante en la sala principal. Esta alegoría tomada luego por Dostoyevsky y Mark Twain entre otros, se

^(*) Universidad Del Valle (Cali-Colombia), ^(**) Universidad Nacional de Mar del Plata (Argentina), ^(***) INDEPAC México, Esuela Judicial de Oaxaca México.

convirtió con el tiempo en un giro idiomático anglosajón – *the elephant in the room* – que expresa la circunstancia en que un determinado tema no puede ser ignorado debido a su magnitud, aun cuando nadie desee verlo.

A lo largo de la pandemia en curso, vemos repetirse los métodos –confinamiento, desinfección, limpieza – utilizados en tiempos de la peste negra europea hace 15 siglos. A diferencia de entonces, estas estrategias afectan hoy la normalidad establecida en las sociedades libres por el paradigma de los derechos humanos. Y esto no puede ser obviado. Nuestro elefante *de los derechos humanos en suspenso* se encuentra transitando una cuarentena preventiva, social y obligatoria, aislado dentro de un marco de gruesas paredes que lo distancian de la crítica realidad con la intención de proteger su salud. Todas ellas fueron legalmente construidas a partir de una situación de emergencia, habilitada por la normativa regional y doméstica del derecho internacional de los derechos humanos. Esta legalidad de origen ha ido encontrando rajaduras y goteras. Tal vez nuestro elefante deba ser reconocido y rescatado de una realidad que puede sofocarlo. Discutiremos cada una de estas paredes en ocho títulos: (ii) debilidades estructurales de los sistemas políticos violatorias de derechos humanos; (iii) nacionalismos; (iv) personalismos y democracias débiles; (v) economía y pauperización pospandémica, (vi) Emergencia y derechos o ¿derechos en emergencia? comunicación y volumen informativo, (vii). Ideas finales sobre cómo rescatar al elefante y (viii) Pandemia y protección de datos en el marco de la Unión Europea (EU).

2. — *Debilidades estructurales y negación sistemática de derechos humanos.*

Una primera circunstancia evidente es que la pandemia en curso acentúa las debilidades existentes en función de la escasez de recursos que las sociedades latinoamericanas destinan a la promoción y protección de los derechos que reconocen. Las personas en situación de indigencia, pobreza, marginalidad, adultos mayores y aquellas privadas de libertad, entre otras, constituyen grupos afectados más allá de lo ordinario como consecuencia

directa e inmediata de la aparición del covid-19. Dentro de las medidas preventivas adoptadas por los gobiernos, la respuesta genérica ha consistido en el confinamiento – cuanto menos se sale, menos exposición al virus se tiene y, en consecuencia, decrece su transmisibilidad –. Esta residencia obligada en el propio hogar puso en evidencia ante la opinión pública, la existencia de “normalidades distintas” que conviven en toda sociedad. En general autoevidentes, pero ignoradas. Primero, existen personas que viven en la calle. Segundo, muchos de quienes poseen un techo, no pueden cumplir el confinamiento por su situación de hacinamiento. Tercero, en general los grupos poblacionales que viven en condiciones indignas se encuentran concentrados en núcleos habitacionales como barrios de emergencia o villas miseria, los cuales – cuarto – carecen de servicios esenciales como agua potable y corriente, cloacas, etc. lo que les dificulta adoptar medidas preventivas mínimas. Quinto, la pandemia arrojó luz sobre la forma en que las personas privadas de libertad como también los adultos mayores que habitan geriátricos, transcurren sus días entre defectos, deficiencias y corrupción estructural del sistema⁽¹⁾.

La pandemia exacerba las situaciones mencionadas – indigencia, pobreza, marginalidad, situaciones de encierro – a punto tal de generar una corriente de opinión y decisión tendiente a cambiar las condiciones de indignidad estructural en que gran parte de la sociedad sobrevive. El covid 19 ha potenciado las negatividades con las que el sistema en lugar de resolver tales problemas los ignora. La carencia de agua potable, o siquiera corriente, vuelve inútiles ciertas soluciones simples. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en un informe realizado a través de la Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales – Redesca –, subrayó que en el contexto de grave crisis de derechos humanos que atraviesa el país, el gobierno altera de manera adicional el disfrute de derechos, como la vida, salud e integridad de sus habitantes.

⁽¹⁾ Ver INFORME RELEVAMIENTO DE GERIÁTRICOS PORTEÑOS, *Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires*, en defensoria.org.ar/noticias y *Reportaje al defensor de la Tercera Edad*, Eugenio Semino en diarioz.com.ar.

3. — *Los nacionalismos y los procesos de desintegración.*

La pandemia ha separado y aislado pueblos y sociedades. La globalización iniciada tras el final de la posguerra fría facilitó el aumento exponencial del traslado de personas en el planeta, consolidando empatía entre culturas. La pandemia ve a la movilidad de personas como una amenaza vital que debe ser detenida porque dispara la posibilidad de contagio. El cierre de fronteras, la interdicción de arribos y/o salidas, la clausura de espacios aéreos, la repatriación de nacionales, son todas ellas medidas que llevan al aislamiento, constituyendo potenciales generadores de desconfianza entre los pueblos aislados. Los nacionalismos estatales peligrosos y pre-existentes, se han exacerbado. Incluso los regionalismos se han potenciado hacia el interior de las jurisdicciones domésticas. Desde la pretensión de cerrar las fronteras provinciales o peor aún, elevar muros municipales, hasta el ataque a casas habitadas por personas contagiadas, asistimos a este tipo de reacciones tan absurdas como reales. La reminiscencia aquí es a las ciudades amuralladas medievales o desde otro ángulo más triste, la creación de ghettos sanitarios.

El aumento del sentimiento nacionalista conduce a la negación del concepto universalista de los derechos humanos. Su respuesta son los muros. Como los países necesitan iguales herramientas para salvar vidas: un juego de suma cero es peligroso. Estados Unidos ha suspendido indefinidamente las solicitudes de asilo en su frontera sur⁽²⁾ y expulsado a 915 niños migrantes no acompañados⁽³⁾, con fundamento en el covid-19. Sesenta y nueve Estados han prohibido o restringido la exportación de equipo de protección, dispositivos médicos o medicamentos⁽⁴⁾. La Organización Mundial de la Salud advierte que el proteccionismo podría limitar la disponibilidad global de las vacunas⁽⁵⁾. Michelle Bachelet, Alta Comisionada ONU para

⁽²⁾ Ver nota P.X. DE SANDOVAL, *Trump cierra indefinidamente la inmigración por tierra con la excusa del coronavirus*, en *El país*, España, 20/05/2020, disponible en elpais.com/internacional.

⁽³⁾ *The New York Times*, edición del 20/05/2020, disponible en nytimes.com.

⁽⁴⁾ Según el proyecto Global Trade Alert, Universidad de San Galo, Suiza.

⁽⁵⁾ *The New York Times*, edición en español de 13/04/2020, disponible en nytimes.com.

los Derechos Humanos, resaltó que la pandemia constituye una amenaza a largo plazo para los derechos humanos: «Me preocupa profundamente la adopción por parte de algunos países de poderes ilimitados de emergencia, no sujetos a revisión», agregando «la epidemia se está usando para justificar cambios represivos de la legislación convencional, que seguirán en vigor mucho después del final de esta emergencia»⁽⁶⁾.

Bachelet evitó dar ejemplos concretos aunque el foco de sus preocupaciones parece estar puesto en países como Hungría, India, Filipinas o Polonia, donde las medidas de control de la población han sido extremas.

4. — *Personalismos y democracias más débiles.*

La pandemia ha acentuado los gobiernos personalistas, especialmente en democracias presidencialistas como las latinoamericanas. Estas democracias infantiles han visto debilitado su carácter republicano. En sistemas presidencialistas, el rol de los otros dos órganos del poder se ha visto relegado. Los órganos judicial y legislativo han visto recortadas sus funciones de hecho o incluso de derecho, transfiriendo potestades propias al ejecutivo con fundamento en la pandemia. En Argentina por ejemplo, en el inicio del aislamiento, el poder judicial trabajó como si transcurriera una feria judicial, atendiendo sólo los juzgados de turno. Luego sumó el teletrabajo, pero dependiendo de la mayor o menor conectividad de cada juzgado. Las notificaciones y presentaciones electrónicas y la digitalización de expedientes han ayudado en esta situación, incluidas audiencias virtuales. No obstante, la situación no refleja la anterior normalidad. También en Argentina, el poder legislativo debatió desde mediados de marzo y por dos meses, la posibilidad de sesionar a través de medios virtuales. Así, estuvo materialmente suspendido, delegando en el Ejecutivo la acción legislativa. Claro que todo tiene su fundamento en la pandemia. ¿Conducirán los personalismos al aumento de los sesgos autoritarios en democracias débiles?. En Argentina, el Ejecutivo

⁽⁶⁾ Nota en Telam de fecha 9/4/2020, disponible en *telam.com.ar*.

ha gobernado sólo, asesorado por un comité de expertos epidemiólogos, generando decretos de necesidad y urgencia, sin debate previo y sin control posterior material en la mayoría de los casos.

En Latinoamérica, desde el inicio de la pandemia, al menos cuatro poderes legislativos comenzaron a sesionar en forma virtual – Brasil, Chile, Ecuador y Paraguay – y otros seis intentan adaptarse a las nuevas circunstancias, promoviendo cambios en sus reglamentos y desarrollando plataformas para la deliberación y votación a distancia – Argentina, Bolivia, Colombia, Honduras, Panamá y Perú – sobre un total de 22 Estados⁽⁷⁾. Mas allá de nuestro continente, en Hungría el Parlamento cedió al primer ministro Viktor Orban, poderes para que gobierne y legisle a través de decretos, bajo un estado de emergencia de duración indeterminada. En cambio, en España, Francia, Italia y Estados Unidos, entre otros, los parlamentos hallaron modalidades de funcionamiento a fin de sancionar leyes, e incluso interpelar y exigir rendiciones de cuentas a ministros y jefes de Estado⁽⁸⁾.

5. — *Economía y pauperización pospandémica.*

La pandemia amenaza de manera evidente la economía de todos los Estados sin importar su nivel de desarrollo. Ninguna economía saldrá indemne y una amenaza consecuente es la posibilidad que el desorden económico se concrete en una amenaza a la paz social y eventualmente, al sistema democrático. Los confinamientos obligatorios son medidas que pueden ser cumplidas por amplios sectores de la sociedad, pero no por todos. Se desconocen los efectos económicos, aunque se presume que se tardará meses o años para recuperar los índices económicos pre-pandemia. En lo obvio, desempleo, problemas de salud asociados a la ausencia de medicina preventiva durante el

⁽⁷⁾ PARLAMERICAS, *COVID-19: El desafío de adaptar y fortalecer el rol de los Congresos, Un análisis desde la perspectiva de Parlamento Abierto*, Abril 2020, p. 3. Disponible en parlamericas.org/uploads/documents.

⁽⁸⁾ L. SERRA, *Coronavirus: los parlamentos del mundo, claves en la crisis*, en *La Nación*, 26/04/20. Disponible en lanacion.com.ar/politica.

confinamiento, pérdida y/o desaparición de la iniciativa privada, dependencia mayor del auxilio estatal, son signos característicos de la economía pospandemia en América del sur. Eventualmente, un aumento de migrantes laborales y consecuentes mayores restricciones por parte de los países receptores.

El silencio de los organismos internacionales tanto políticos como económicos fue ensordecedor. Ni el Consejo de Seguridad ni la Asamblea General ni otros organismos y entes de carácter universal, regional o aun subregional, lograron articular alguna política común o expresar algún tipo de iniciativa conjunta. La crisis sanitaria global tuvo por respuesta el aislacionismo estatal, que – de aspirar a algún grado de éxito –, no podrá repetirse a futuro en lo económico.

6. — *Emergencia y derechos o ¿derechos en emergencia?*

La pandemia amenaza el goce efectivo de todas las libertades individuales. El covid-19 constituye una situación de emergencia y ésta ha sido históricamente la piedra de toque de toda derogación y/o suspensión de derechos y libertades personales. La emergencia como concepto es la amenaza constante – y mas peligrosa, por tener raíces legales –, de los derechos humanos. En India, los ciudadanos se encuentran obligados a utilizar una aplicación de geolocalización que permite al gobierno comprobar que cumplen con la cuarentena. Bachelet afirmó también el aumento de la violencia doméstica durante los confinamientos debidos a la pandemia, ejemplificando en base a estadísticas recientes de España y Francia. Alertó también sobre las desigualdades sociales que la pandemia evidencia, tanto en acceso a las redes de atención sanitaria como en protección laboral, incluso en países desarrollados. Remarcó que el coronavirus tendrá efectos desproporcionados en los más pobres, tal como lo evidencia un estudio del gobierno de Cataluña, que muestra que el nivel de contagio es hasta siete veces mayor en los barrios más populares⁽⁹⁾.

⁽⁹⁾ *Idem* anterior.

Desde el instituto de la dictadura en Roma, situaciones de emergencia que ponen en peligro la paz social o el sistema político, han sido receptadas por las legislaciones nacionales, a fin de suspender el ejercicio de derechos y garantías, bajo ciertas circunstancias.

El artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos habilita la suspensión de las obligaciones contraídas, a fin de enfrentar situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación. Tales medidas deben ser compatibles con el DI y no entrañar discriminación negativa. Aún así, se consideran inderogables los derechos a la vida, integridad, la prohibición de esclavitud, prisión por deudas, tipicidad penal, reconocimiento de la personalidad jurídica y libertad de pensamiento, conciencia y religión⁽¹⁰⁾.

El artículo 15 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales refiere posibles derogaciones frente a un estado de urgencia. En caso de guerra u otro peligro público que amenace la vida de la nación, pueden los Estados derogar disposiciones del Convenio, siempre y cuando no sean contradictorias ni con las restantes disposiciones ni con el DI. Al igual que el Pacto I, menciona como derechos inderogables la vida, integridad personal, prohibición de esclavitud y tipicidad penal. Lógicamente, debe siempre respetarse el principio de proporcionalidad⁽¹¹⁾.

⁽¹⁰⁾ Artículo 4. 1. En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social. / 2. La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos 6, 7, 8 (párrafos 1 y 2), 11, 15, 16 y 18. / 3. Todo Estado Parte en el presente Pacto que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en el presente Pacto, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y de los motivos que hayan suscitado la suspensión. Se hará una nueva comunicación por el mismo conducto en la fecha en que se haya dado por terminada tal suspensión. Observación general sobre su aplicación.

⁽¹¹⁾ Artículo 15. Derogación en caso de estado de urgencia. 1. En caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante

El artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece la posibilidad de suspender las obligaciones previstas en caso de guerra, peligro público u otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado, debiéndose cumplir con las obligaciones impuestas por el DI y no ser discriminatorias. Son aquí inderogables el reconocimiento de la personalidad jurídica, la vida, integridad personal, prohibición de esclavitud, los principios de legalidad y retroactividad, la libertad de conciencia y religión, la protección a la familia, el derecho al nombre, los derechos del niño, el derecho a la nacionalidad, los derechos políticos y las garantías judiciales indispensables⁽¹²⁾.

podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la medida estricta en que lo exija la situación, y supuesto que tales medidas no estén en contradicción con las otras obligaciones que dimanen del derecho internacional. / 2. La disposición precedente no autoriza ninguna derogación al artículo 2, salvo para el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra, y a los artículos 3, 4 (párrafo 1) y 7. / 3. Toda Alta Parte Contratante que ejerza este derecho de derogación tendrá plenamente informado al Secretario general del Consejo de Europa de las medidas tomadas y de los motivos que las han inspirado. Deberá igualmente informar al Secretario General del Consejo de Europa de la fecha en que esas medidas hayan dejado de estar en vigor y las disposiciones del Convenio vuelvan a tener plena aplicación.

⁽¹²⁾ Artículo 27. Suspensión de Garantías. 1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social. / 2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos. / 3. Todo Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.

Finalmente, en el derecho interno argentino, la Constitución, anterior a todos los documentos citados, incluye igual previsión en su artículo 23, que prevé que ante un caso de conmoción interior o de ataque exterior que pongan en peligro el ejercicio de la Constitución y de las autoridades creadas, pueden suspenderse las garantías constitucionales mediante el dictado del estado de sitio.

Son caracteres comunes de toda la normativa citada: (i) la necesidad de un hecho motivador; (ii) el respeto de los principios de legalidad, proporcionalidad y no discriminación; (iii) la temporalidad, (iv) el respeto del DI, (v) la existencia de derechos inderogables, garantías judiciales mínimas y (vi) el deber de información.

En su corta vida como Estado, Argentina ha transitado numerosas emergencias. Al respecto, la evolución jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia puede resumirse en tres etapas⁽¹³⁾.

Primero, el caso *Ercolano v. Lanteri de Renshaw* (1922)⁽¹⁴⁾ inicia el camino de la emergencia en el derecho argentino. Frente a una situación de crisis y emergencia habitacional sufrida principalmente por inmigrantes, se dictan dos leyes, la primera congela el precio de los alquileres y la segunda, suspende los desalojos. En su sentencia, la CSJN justifica la constitucionalidad de ambas leyes en la subordinación de la propiedad privada al bienestar general, refiriendo además la *emergencia* habitacional como fundamento para restringir el derecho de propiedad individual en función del interés general.

La segunda etapa se inicia en la década de 1990 con el caso *Peralta v. Estado Nacional* (1990)⁽¹⁵⁾. La CSJN concibe aquí a la emergencia como una situación extraordinaria, que gravita sobre el orden económico-social, en variables de escasez, pobreza, penuria o indigencia, y origina un estado de

⁽¹³⁾ Para un desarrollo completo ver E.M. FERRARIS, *La independencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en relación a la doctrina de la emergencia*, en *Revista jurídica electrónica Universidad Nacional de Lomas de Zamora*, año I, no. 2. En internet derecho.unl.edu.ar/revista_juridica/02/05.

⁽¹⁴⁾ *Ercolano Agustín c/Lanteri de Renshaw* (CS, 24-08-1922). Fallos: 136:170.

⁽¹⁵⁾ *Peralta, Luis Arcenio y otro c/ Estado Nacional (Mrio. de Economía – BCRA.) s/ amparo*. (CSJN, 20/04/1989 y 27/12/1990). Fallos 313:513.

necesidad al que hay que ponerle fin. Conforme analiza Ferraris⁽¹⁶⁾, en este caso el Estado ya no es un árbitro del conflicto social: es él mismo quien se encuentra en emergencia. Así, el decreto del Poder Ejecutivo 36/90 priva a los ahorristas de sus fondos depositados en plazos fijos, canjeándolos por bonos de deuda pública a largo plazo. Quienes no podían esperar el plazo de rescate de 10 años, debieron vender los bonos a un porcentaje ínfimo respecto de su valor real, generando una grave lesión del derecho de propiedad. La CSJN avaló la forma y el contenido de lo decidido, declarando la constitucionalidad de la norma, con fundamento en la *emergencia*.

La tercera etapa de la doctrina de la emergencia se elabora a partir de la crisis de 2001, verdadera emergencia pública general, que afectó tanto a la sociedad civil (fallo Ercolano) como al mismo Estado (fallo Peralta). Se dictan aquí leyes, decretos, resoluciones y otras normas menores generadas por organismos independientes que conforman una suerte de mini sistema jurídico anticrisis. La ley 25.561 (2002) declara la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria y junto a la ley 25.414 (2001), constituirán el fundamento de la legislación derivada creada por el poder Ejecutivo a través de decretos delegados (art. 76 CN) y decretos de necesidad y urgencia (art. 99(3) CN)⁽¹⁷⁾. Algunos de estos decretos afectaron gravemente el derecho de propiedad y junto a él, el disfrute de numerosos derechos conexos como salud, educación y eventualmente la vida. La CSJN debió evaluar la eventual inconstitucionalidad del mini-sistema. Y lo hizo, aunque de forma oscilante. En dos de sus fallos, Smith (2001)⁽¹⁸⁾ y

⁽¹⁶⁾ E.M. FERRARIS, *La independencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en relación a la doctrina de la emergencia*, cit., nt. 14.

⁽¹⁷⁾ Es recién en 2006 que el Poder Legislativo sanciona la ley que reglamenta y establece el funcionamiento de la Comisión Bicameral Permanente, encargada de revisar los decretos.

⁽¹⁸⁾ Banco de Galicia y Buenos Aires s/ solicita intervención urgente, en autos Smith, Carlos A. c. Poder Ejecutivo Nacional s/ sumarísimo. CSJN, 01/02/2002. Fallos: 325:28. En este caso, la CSJN reconoce la constitucionalidad de las leyes que suspenden temporaria y razonablemente los efectos de los contratos como los de las sentencias firmes, siempre que no se altere su sustancia, a fin de proteger el interés público en presencia de desastres o graves perturbaciones de carácter físico, económico o de otra índole.

Provincia de San Luis (2003)⁽¹⁹⁾, se pronunció en favor de una actividad de control estricto, declarando inconstitucional la pesificación de los ahorros en moneda extranjera (art. 2 Dec. 214/02). Luego, en Cabrera (2004)⁽²⁰⁾ se mantuvo al margen, invocando la doctrina de los actos propios, para justificar su postura. Finalmente, en Bustos y ot. (2004)⁽²¹⁾, luego de 3 años no pudo sino refrendar el hecho consumado, convalidando la pesificación, y contrariando en forma absoluta el citado precedente Provincia de San Luis (2003). Así a principios del siglo XXI, la emergencia sirvió para que la CSJN declarara constitucional una cuasi confiscación de propiedad privada decidida mediante un simple decreto⁽²²⁾.

6.1. – *Tecnología y libertades personales.*

La oposición presentada en los puntos anteriores entre la emergencia declarada y el ejercicio efectivo de los derechos puede ser considerada en una visión de largo plazo, como parte de un enfrentamiento mayor, el de la Tecnología vis a vis los datos personales y en definitiva, las libertades individuales. Nacen aquí varias ideas.

Primero, la tecnología satelital permite el rastreo en tiempo real de cada persona que posea un celular. Existiendo más aparatos móviles que personas en el mundo⁽²³⁾, constituye ésta una amenaza latente a nuestra libertad personal. La geolocalización personal es utilizada con fundamento en

⁽¹⁹⁾ Provincia de San Luis c/Estado Nacional. CSJN, 05/03/2003. Fallos: 326:417 .

⁽²⁰⁾ Cabrera, Gerónimo Rafael c/Poder Ejecutivo Nacional Ley 25561. CSJN, 13/07/2004. Fallos: 327:2905.

⁽²¹⁾ Bustos, Alberto Roque y otros c/Estado Nacional y otros s/apremio. CSJN, 26/10/2004. Fallos: 327:4495.

⁽²²⁾ La CSJN declaró así la pesificación compulsiva y unilateral decidida por el Ejecutivo mediante decreto, de los depósitos en moneda extranjera de las personas, disponiendo su conversión a la moneda nacional (peso) varios cientos de veces devaluada como consecuencia de la crisis, e incluso sin respetar lo dispuesto en la ley de emergencia pública 25.561.

⁽²³⁾ Organización de Telecomunicaciones de Iberoamérica, OTI. Con una población mundial de 7400 millones de personas, el mundo tiene actualmente 7700 millones de suscripciones a teléfonos móviles Disponible en otitelecom.org/telecomunicaciones.

la pandemia para ubicar nuestros desplazamientos, el conocimiento de los patrones de movilidad de los individuos es útil al momento de decidir restricciones sesgadas, razón por la cual se lo autoriza.

Segundo, el tratamiento brindado a los macrodatos o big data es parte de la secuencia. La finalidad es simple: conocer para predecir, o bien, conocer para inducir y así pronosticar con éxito tendencias de todo tipo, incluidas las electorales. En este punto, el 2001 trajo a Snowden y los wikileaks, el 2018 fue el año de Cambridge Analytica y Facebook, y no sabemos si este 2020 constituirá otro hito en relación con la información recabada legalmente y luego utilizada para fines no declarados y diferentes de aquellos para los que fue colectada. Al presente, la minería de datos permite realizar mapeos del brote y conocer así posibles curvas de contagio, destinar recursos médicos a los lugares que primero lo necesitan y establecer restricciones y aperturas, la llamada cuarentena inteligente. Permite también clasificar a las personas conforme patrones sanitarios – contagiados sintomáticos o no, personas sanas y recuperados –. Esta posibilidad de clasificar personas a partir del uso masivo de tecnología, como el sistema de *contact tracing*, ¿se mantendrá en el tiempo, y peor aún, se extenderá a otros usos? Es difícil argumentar por la negativa. El desarrollo tecnológico raramente se detiene y es claro que no retrocede. De momento, tecnologías inmaduras e incluso peligrosas se ponen en funcionamiento sólo porque los riesgos de no hacerlo son aún mayores.

Tercero, la desinformación viral importa no sólo hablar de las *fake news*, sino considerar la relevancia del monotema informativo. Cuando la gran mayoría de los medios reiteran todo tipo de noticias relacionadas únicamente con el covid19, no solo el hartazgo informativo lleva a las personas a desinteresarse sino la abrumadora cantidad de información contradictoria – aun siendo verdadera – termina desinformando. De igual manera, la cantidad de horas que un individuo promedio permanece en el hogar navegando por internet se ha multiplicado en razón de la pandemia. Podríamos afirmar que gran parte de la vida pasa por la red o desde el punto de vista de quien recaba nuestros datos, por la dirección de IP de nuestro hogar. Así, la red se convierte en un lugar en donde muy pocos vigilan a muchos.

En definitiva, debemos preguntarnos si en razón de la habilitación brin-

dada por el covid-19, los datos referidos a la salud que por su naturaleza son de carácter sensible, no se han convertido en la llave para recabar otros datos personales de diversa naturaleza. La finalidad es clara, arribar a lo que Harari llama vigilancia totalitaria⁽²⁴⁾ y a la que debe oponerse el empoderamiento democrático. Sin desconocer que la vigilancia ocurre en regímenes totalitarios desde antes de la aparición de las NTIC masivas, lo novedoso hoy es que —comienza a suceder en gobiernos democráticos.

7. — *Ideas finales sobre cómo rescatar al elefante.*

El debate surgido en torno de las medidas adoptadas por los Estados a causa del covid-19 y las consecuencias negativas comentadas, puede resumirse en la batalla librada entre dos conceptos formidables: el ejercicio efectivo de los derechos humanos y la doctrina de la emergencia como limitante. El primero, un paradigma contemporáneo, el segundo, su *excepción*. El derecho de emergencia no nace fuera de la Constitución respetuosa de los derechos humanos, surge en su interior y no debe servir para desnaturalizarla. Se distingue según las circunstancias, por el acento puesto en el interés de individuos, de grupos o de la sociedad toda⁽²⁵⁾.

El miedo es un impulsor categórico de la obediencia y la medida en que el mismo es utilizado por los distintos gobiernos para desautorizar críticas y eximirse de controles es una cuestión abierta al debate. Precisamente el disfrute de cualquier derecho individual se ha detenido en los hechos bajo la omnicomprendensiva justificación de la pandemia, elevada a verdadera “razón de estado”. Se acepta en forma simple que cualquier organismo público al que debiéramos acudir en defensa del ejercicio de nuestros derechos, simplemente no funcione o lo haga en forma limitada sólo en situaciones *excepcionales*. La naturalización de la ausencia del Estado en todo aspecto que

⁽²⁴⁾ Reportaje a Y.N. HARARI, *The world after coronavirus*, en *Financial Times*, 20/03/2020. Disponible en [ft.com/content](https://www.ft.com/content).

⁽²⁵⁾ CSJN, caso Videla Cuello c/Provincia de La Rioja (CS, 27-12-1990). Fallos: 313:1638.

no sea una escasa asistencia alimentaria o sanitaria debe ser motivo de alarma si se cree que el ser humano es algo más que un ser que come y procura no enfermarse.

Si bien el instituto de la emergencia posee siglos de vida, esta vez viene aliado a las NTIC, lo cual potencia su peligro. Una posible prospectiva es considerar que si el enfrentamiento entre tecnología y libertades personales, no se resuelve en favor de estas últimas, nos dirigiremos inevitablemente hacia un “estado de miedo” permanente, al decir de Giorgio Agamben⁽²⁶⁾. Ya dentro de él, será el Estado quien, utilizando el discurso de la salud pública, manipulará la información y regulará discrecionalmente el alcance de las libertades personales. A esta amenaza presente relativa al mapeo de los movimientos individuales y de brotes pandémicos antes comentados, tal vez en un futuro cercano, se suma el mapeo del cerebro humano, cuya iniciativa ha comenzado en 2013, según ya referimos, en Estados Unidos, Europa y otros lugares del mundo.

Nuestro elefante de los derechos humanos se debate entre las paredes de las debilidades y las amenazas impuestas por la emergencia. En la medida en que esta última no socave los cimientos sobre los que se construye diariamente el edificio de las libertades individuales y sociales, habrá sido útil. Si en cambio, la emergencia cobra vida propia, pierde excepcionalidad y así, define sus propios fines, terminará siendo el antídoto que, administrado en exceso, enferme o mate al paciente.

Como afirmó hace décadas la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ya histórico caso Velásquez Rodríguez, «Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana»⁽²⁷⁾. Ninguna. Liberemos a nuestro elefante.

⁽²⁶⁾ G. AGAMBEN, *Estado de Excepción: Homo Sacer II*, 1, Ed. Pre-Textos. Año 2004.

⁽²⁷⁾ Velásquez Rodríguez, párr.154. Igualmente, en Godínez Cruz, párr. 162; Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 19 de enero de 1995. Serie C No. 20, párr. 75; Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párrs. 89 y 204; Durand y Ugarte, párr. 69; Bámaca Velásquez, párr. 143, y Juan Humberto Sánchez, párr. 86.

8. — *Pandemia y protección de datos en el marco de la Unión Europea (EU).*

Inicialmente se debe reconocer que, desde los dos lados del Atlántico, se tienen los mismos problemas que hoy se evidencian en el continente americano. Por ello, se debe abordar desde el punto de vista jurídico y constitucional.

El propósito de esta parte final del escrito es analizar la protección de datos personales en el marco de la pandemia desde el derecho constitucional; haciendo énfasis en el tema pero desde el punto de vista transnacional del derecho de la Unión Europea (en adelante UE), el cual resulta ser un sistema supranacional y jurídico al punto que casi el 70 por ciento de las normas que aplican en los países parte, son derivadas de la Unión Europea y, es por ello que resulta tan importante revisar esta postura.

Para la Unión Europea la protección de los datos personales es una disciplina de su competencia en tanto está consagrado en el Art. 8 de la *Carta de los Derechos Fundamentales* que desde el 2009 por ello es para los europeos una fuente de nivel constitucional. Asimismo, se encuentran protegidos mediante el artículo 16 del *Tratado sobre el funcionamiento de la UE* que establece varios derechos que derivan de la protección de los datos personales. De igual manera por el *Reglamento 2016/679 GDPR* entrado en vigor el 25 de mayo del 2018 el cual indica que una directiva tiene que ser en el derecho nacional, siendo que la Unión Europea desde los años los años 90 ha tenido la directiva que debe ser incorporada en cada país de la Unión e incluye el tema de la protección de los datos personales.

En la actualidad la UE tiene un reglamento que, dicho sea de paso, no tiene que ser incorporado por los países (no vinculante), por lo que no hay sentido al hablar de una ley italiana, alemana, francesa de la de la de la Unión Europea porque en realidad la ley es exactamente la misma con algunas pocas diferencias desde un punto de vista no legislativo sino desde el administrativo; es decir, diferencias en cuanto a la aplicación de la norma legislativa que es la norma europea puesto que el reglamento está aprobado por el legislador europeo, el Parlamento y el Consejo.

Al entrar en materia, para la protección de los datos personales en el

contexto de la pandemia es importante indicar que en este campo actúan varios actores que en su mayoría son de nivel europeo. Ello no significa que no hayan actores de nivel nacional los cuales están de una manera subordinada a nivel europeo porque siendo un sistema supranacional y no simplemente intergubernamental, el nivel europeo prevalece sobre el nivel nacional. En este orden de ideas, los actores son El Legislador Europeo compuesto por el Parlamento y el Consejo que han aprobado las normas, la Comisión Europea que es una institución que desempeña (como el poder Ejecutivo) sino como Gobierno; y un Poder Judicial: el Tribunal de Justicia que tiene la última palabra cuando hay que interpretar y aplicar el derecho de la Unión Europea.

Entonces, prevalece sobre lo que dicen los tribunales incluso, tribunales constitucionales a nivel nacional. De igual forma, este sistema tiene autoridades de control independientes como lo son a nivel el *European Data Protection Supervisor*; y las autoridades nacionales independientes a nivel de cada país las cuales está coordinadas por el *Supervisor Europeo* y por los comités consultivos, en particular a nivel europeo que es el *European Data Protection Board*, el cual está compuesto por los jefes de las autoridades de supervisión de control nacionales y por el director de *European Data Protection Supervisor*. Siendo esto así, es evidente subrayar que existe un sistema que establece las normas pero este sistema europeo también tiene muchos órganos e instituciones que aplican las reglas, elaboran consultorías y documentos para aplicar las reglas. Sin embargo, la aplicación concreta es a nivel nacional, esto constituye un problema, sobre todo en un periodo tan complicado como lo es el periodo de la pandemia por la difícil relación que se genera entre la gobernanza a nivel europeo y la aplicación práctica a nivel nacional.

Durante la fase más crítica de la pandemia, la Comisión Europea ha dictado las orientaciones para implementar el Derecho de la UE en la situación de emergencia, siendo un enfoque de coordinación porque como se ha visto, si bien las reglas europeas son de aplicación nacional, fue necesario establecer una actividad de coordinación para evitar problemas de ausencia de coordinación entre países debido a la urgencia de la situación y la fragmentariedad de la de la acción.

La acción fundamental de las instituciones ha sido una acción de coordinación, por ello la Comisión Europea en este, como en otros temas, ha dictado orientaciones para implementar el derecho europeo en una situación de emergencia. En particular, para evitar interpretaciones nacionales las cuales, al no contar con estas orientaciones, habrían tenido un impacto mayor. Estas orientaciones han sido elaboradas por la Comisión Europea que el Ejecutivo de la UE pero en colaboración con las demás instituciones como: los comités consultivos, las autoridades de supervisión, las autoridades de supervisión y finalmente, con los Estados miembros.

En este periodo de cierre que ha tenido Europa se han adoptado muchos documentos siendo los principales *EDPS: Guidelines 03/2020 on the processing of data concerning health for the purpose of scientific research in the context of the COVID-19 outbreak (21/4/2020)*, *EDPB: Statement on the processing of personal data in the context of COVID-19 outbreak (19/03/2020)*, *EDPB: Guidelines 04/2020 on the use of location data and contact tracing tools in the context of the COVID-19 outbreak (21/04/2020)*, *Comisión Europea: Comunicación orientaciones sobre las aplicaciones móviles de apoyo a la lucha contra la pandemia por Covid-19 en lo referente a la protección de datos, Comisión Europea: Recomendación (UE) 2020/518 de la comisión de 8 de abril del 2020 relativa a un conjunto de instrumentos comunes de la Unión para la utilización de la tecnología y los datos a fin de combatir y superar la crisis por COVID-19, por mencionar algunos.*

De las principales producciones que ha desarrollado la UE destacan como contenidos relevantes el enfoque Global ya que el tema de la pandemia no es un tema nacional sino continental y es por ello que estos documentos subrayan el enfoque paneuropeo que significa no sólo de la Unión Europea sino también un enfoque que involucra otros países europeos que no forman parte de la Unión Europea incluso, incluso Reino Unido que está que están saliendo de la Unión Europea e incluye un plan común sobre el uso de datos toda vez que estos son la principal herramienta y, en situaciones de pandemia, compartir los datos es importantísimo para tener un enfoque común no solo a nivel nacional sino un enfoque que tendría que involucra los países extra europeos. Estos documentos destacan la

necesidad de actuar de manera sincrónica con el marco normativo que ya tenemos representado como hemos visto; en particular por el reglamento 2016-679 dentro de la cual encontramos los principales instrumentos normativos para actuar, y en particular, están previstos los principios fundamentales para actuar de manera transparente y basado en el principio de la seguridad.

Todos los países han previsto derogaciones por causa del principio de la seguridad de la salud pública pero visto los problemas que estas derogaciones pueden tener no obstante se recuerda que todas las medidas que se adopta deben tener lo que ya está previsto en las normativas, es decir que todas las medidas que se tienen que adoptar para salvaguardar la seguridad y salud pública tienen que ser necesarias, aprobadas y proporcionales al objetivo que tenemos de garantizar la seguridad pública.

La Comisión Europea en particular, repite esto en sus documentos ya que es consciente de la tentación que significa esta ocasión, incluso para los países democráticos de ir más allá del objetivo que se tiene. De igual manera recuerda que la guía esta representada por la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea y por el convenio Europeo para la protección de los derechos fundamentales del consejo de Europa y sobre todo recuerda que todo lo que están haciendo los países no es una consecuencia sin control porque en los países y las administraciones públicas están sujetas al control de las autoridades de control a nivel nacional, y sobre todo, están sujetas al control de los tribunales regionales Europeos.

Por otro lado, también se hace la recomendación de realizar una revisión periódica y continuada del tratamiento de los datos personales siendo que este no es un tema estático sino más bien dinámico y cuando cambien las necesidades de la temporalidad se borra la información toda vez que no es necesaria. Por ello, se deben establecer cláusulas de extinción adecuadas con el fin de velar porque el tratamiento no se extienda más allá de lo estrictamente necesario para dichos fines decretados por la Comisión Europea sobre lo refiere al uso de las *Apps* en esta coyuntura.

9. — *Conclusiones.*

En conclusión es importante resaltar los aspectos positivos y negativos del enfoque paneuropeo que está desarrollando la Comisión Europea. Los positivos son: a. que el marco normativo descrito en el reglamento sobre Protección de Datos personales ha sido adecuado para enfrentar situaciones extremas como la pandemia. b. Las instituciones de la UE han actuado de manera rápida y adecuada a la situación a través de una opción de coordinación de los países. Por su parte los aspectos negativos son: a. los países de la Unión ha actuado, en muchos casos, de manera fragmentaria, no coordinada y, hasta en algunos casos, violando el derecho comunitario b. los europeos siguen pensando la normativa de la protección de datos personales desde una perspectiva tradicional, es decir, la perspectiva de hace dos siglos por la cual el derecho regla sólo lo que ocurre dentro de un sistema nacional o supranacional como la Unión Europea. Pero esto no es suficiente dado que la Protección de datos personales es un tema global y como no existe una gobernanza internacional esto tienen como efecto un fracaso de la aplicación de estas reglas a un nivel internacional.