

Contra la espada y la pared. Habrá olvido sin penas

La pandemia de COVID-19, la sobreexposición a las redes sociales, la aparición del derecho al olvido como la prescripción de las víctimas y los niños en el entorno digital

Roberto Marcial Ambrosis

Secretario del TOC de la Plata 3; profesor titular de la materia Derecho Penal de los Mercados de la UCALP; autor de diversas obras de doctrina, entre ellas, Las Redes del Delito, publicado por la Editorial Astrea, año 2018.

«Yo no hablo de venganzas ni perdones, el olvido es la única venganza y el único perdón».

José Luis Borges (1967)

«Si nunca se habla de una cosa, es como si no hubiese sucedido».

Oscar Wilde (1891)

Resumen

Partiendo de la idea que genera el contexto de sobreexposición a las redes sociales en tiempos de pandemia, vamos a analizar un aumento de los delitos informáticos, para luego establecer la actual tendencia de minimizar los daños que pueden derivar de las informaciones del pasado, con lo que llamaremos «derecho al olvido», que se erige como una especie de prescripción de las víctimas o protección de los que se exhibieron o fueron exhibidos en el pasado, por lo que trataremos de definir este concepto en forma somera. Finalmente, vamos a analizar las consideraciones de la Observación General n.º 25 del Comité de Derechos del Niño de la ONU y el entorno digital para concluir y relacionar los conceptos con las temáticas abordadas en el presente trabajo.

Palabras claves: Pandemia, delitos informáticos, derecho al olvido, niños, niñas y adolescentes, entorno digital.



Abstract

Based on the idea generated by the context of overexposure to social networks in times of the pandemic, we will analyze an increase in computer crimes, and then establish the current tendency to minimize the damage that may arise from the information of the past, with what we will call "right to be forgotten", which stands as a kind of prescription of victims or protection from those who were exhibited or exhibited themselves in the past, so we will try to define this concept in a shallow way. Finally, we will discuss the considerations of General Comment No. 25 of the UN Committee on the Rights of the Children and the digital environment to conclude and relate the concepts to the topics addressed in this work.

Keywords: Pandemic, cybercrime, right to forget, children and adolescents, digital environment.

1. La pandemia de COVID-19, el uso de las tecnologías y el aumento de delitos informáticos

La pandemia provocada por el coronavirus parece un castigo que la naturaleza nos envió para demostrar su descontento por nuestra forma de vivir. Este mensaje alarmante nos debe hacer repensar nuestros hábitos y nuestra forma y estilo de vida.

Sin dudas, la COVID-19 nos obligó, como una de las medidas de prevención y profilaxis tomadas por nuestras autoridades y las de gran parte del globo, a mantener el aislamiento social obligatorio, y ello hizo que muchos de nosotros tengamos que estar sin contacto personal con el prójimo, y nos condicionó a vivir en nuestras casas y hacer una vida virtual; es decir, nuestra vida cambió, y esto nos llevó a dar y a tener clases virtuales, hacer teletrabajo..., en suma, a relacionarnos socialmente en forma digital y, en el caso de nuestros niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNA), los sentenció a estar hiperconectados a las redes sociales de manera permanente, más de lo que lo hacen en forma habitual.

La pandemia de COVID-19 nos afecta a todos por igual; este fenómeno que ha provocado el aumento de la vida «virtual», por sobre la «real», contribuye a agigantar los denominados «delitos informáticos» y, al mismo tiempo, desnuda y pone en evidencia los problemas del pasado y del presente.

En estos tiempos de lo virtual, impera la transparencia de las redes sociales y lo que parece ser el fin de la intimidad y el concepto del llamado «ojo absoluto» (Ambrosio, 2018, pp. 10-11). Según Wajcman, esta visión se erige en torno a la comunicación humana y a la sociedad de la información, el llamado «muro de las pantallas» o la llamada «sociedad transparente», donde concluye que «el muro de imágenes se está convirtiendo en el objeto del siglo» (2011, p. 55). Y ello entraña que esa ausencia de reglas, lo que en la modernidad puede resumirse como daños colaterales o indirectos, genere el goce de nuestra sociedad de mirar y ser mirado.

Aparece aquí, tanto en las instituciones educativas como en la familia, lo que se puede definir como la paradoja del control (Ambrosio, 2018, p. 13), en donde los NNA tienen práctica y están habituados al uso de los dispositivos tecnológicos, aunque quizás no tengan la madurez suficiente o los recursos psíquicos —por cuestiones relacionados con la adolescencia, cuyas características son, generalmente, la rebeldía o la retracción, pero también la candidez o la ingenuidad— para poder dilucidar una situación de peligro concreto; ello, asimismo, es potenciado y aprovechado por los delincuentes debido a la tendencia a confiar que poseen aquellos a causa de su pureza.

En este contexto de exposición, con la crisis sanitaria de la pandemia, entiendo que ella actúa como un verdadero catalizador de nuestros problemas anteriores; esto nos pone en una situación sin precedentes, que nos hace más vulnerables, y ello se acentúa con relación a los NNA; nos enfrenta a otros enemigos invisibles, que son los ciberdelincuentes. Más allá de la cercanía que los niños tengan con los padres, docentes y familiares, la delincuencia digital busca vulnerar sus derechos de maneras mutantes y novedosas, y ello nos coloca como sociedad, ni más ni menos, que «contra la espada y la pared».

El estado de la situación en cuanto al crecimiento de los delitos informáticos es dramático. La nota de Attanasio Angelo (publicado el día 25 de abril de 2020, en BBC News Mundo *online*) titulada «Coronavirus, el dramático incremento del consumo de pornografía infantil en el confinamiento por el covid-19» nos da una pauta de lo que está ocurriendo en el mundo con relación a la pandemia. Allí el autor sostiene:

«Estamos todos en casa y constantemente conectados. Todos intentamos hacer en línea lo que no podemos hacer en persona», afirma Nunzia Ciardi, jefa de la Policía de Correos y Telecomunicaciones de Italia. «Y claramente **todos los delitos cibernéticos están en aumento**». (Attanasio, 2020)

En esta línea de ideas, en nuestro país, según lo informado por la página del Ministerio Público Fiscal de CABA, ya al principio de la pandemia se puede ver el incremento de los llamados «ciberdelitos» y de las figuras contravencionales que tiene tipificada esa jurisdicción, situación que se ha incrementado con la continuidad de la emergencia sanitaria.

En el mismo sentido, pueden verse los reportes del National Center for Missing and Exploited Children sobre posible material acerca de abuso o explotación sexual de NNA al comenzar la pandemia, que fue una tendencia que se sostuvo en el tiempo, ya que el 60,28 % del total de los delitos informáticos consultados de los últimos 5 años se reportaron en el 2020. A su vez, en ese mismo año, aumentaron un 61,12 % las denuncias respecto de mismo periodo en análisis, en el 2019.

Asimismo, en la nota de opinión de Sebastián Poleri (nota publicada el 8 de febrero de 2021 titulada «Ciberdelitos: durante la pandemia hubo más del doble de denuncias que en los tres años previos», del diario *La Nación* en línea), se dice lo siguiente:

Pero la pandemia del Covid, con las consecuentes restricciones de actividades que requirieron un mayor uso de tecnologías de comunicación remota, fue el contexto de un explosivo aumento en las denuncias de ciberdelitos. Tanto que en 2020 hubo un 140 % más de denuncias que en el acumulado de los tres años anteriores en el país. Estafas, extorsiones y suplantaciones de identidad estuvieron a la cabeza en el listado de amenazas digitales. (Poleri, 2021)

Sin dudas, la pandemia acrecienta y pone al desnudo todas las falencias que tenemos en nuestro sistema penal; también incorpora, lamentablemente, las víctimas ocultas de este hecho de la naturaleza, que, en muchos casos, a semejanza de la COVID-19, ataca a grupos vulnerables, como los NNA, y ello nos hace pensar que debemos trabajar fuertemente en acciones de prevención, del mismo modo que sucede con el mencionado virus.

2. El derecho al olvido como el derecho a la prescripción de la imagen de las víctimas

El derecho al olvido subyace en tres ideas centrales en el mundo del derecho, que son: el derecho a la intimidad y la dignidad humana, el paso del tiempo y el posible daño a la imagen, que pueden traer los datos del pasado proyectados para el futuro.

Como vengo sosteniendo en el presente trabajo, el estado actual de la situación nos pone entre la espada y la pared, ya que el entorno digital y la sobreexposición muchas veces nos causan un silencioso daño en nuestra salud psíquica y en nuestra intimidad, lo que, sin dudas, nos hace repensar que el paso del tiempo consolida derechos o hace que, por ejemplo, el Estado pierda la potestad para penalizar a sus ciudadanos. Es decir que, en este caso, el paso del tiempo también nos legitima para poder consolidar y gestar derechos.

En ese orden de ideas, pedir que se quite o se desindexe contenido en la red, que alguien generó directa o indirectamente en algún momento de la vida y que, luego de transcurrido un tiempo prudencial, el afectado pueda peticionar, conforme a derecho, retirar de alguna forma ese material por cualquier motivo que sea, para que pueda ser olvidado, con el objetivo de proteger la dignidad y la imagen de las personas, genera lo que se puede llamar «derecho al olvido» o, a mi criterio, se lo podría catalogar como una suerte de prescripción a pedir de la víctima.

Pero, al mismo tiempo, esto nos hace reflexionar sobre la situación; nos interpela sobre quién no ha hecho algo en su juventud de lo que esté verdaderamente arrepentido. Y ello, de alguna forma, nos hace entender que es justo que, pasado un tiempo, una persona, en pos de proteger su imagen y su dignidad (derechos reconocidos ahora en el nuevo CCCA), pueda limitar de alguna manera la libertad de expresión del resto de la comunidad, para salvaguardar sus atributos personales y sociales que deben ser protegidos por el Estado y por los particulares en el mundo globalizado y digital.

En este caso, es posible decir que aquí, en este instituto jurídico, uno sí puede alegar su propia torpeza del pasado y colegir que, de cierto modo, se pueda desarticular un contenido que tiene demasiado tiempo en la red y archivarlo o desindexarlo, probando que ya está cumplido el tiempo para que ello prescriba, en pos de la dignidad de las víctimas; ya sea que el material lo haya generado uno mismo o que lo hiciera un tercero. Porque, además, actualmente en nuestra legislación penal, no existen tipos penales que impongan pena, por ejemplo, por la difusión no consentida de imágenes íntimas y, si ello no fuera así, se estaría alentando, sin quererlo, a realizar conductas socialmente disvaliosas; ese es un mensaje que debemos evitar.

En este sentido, podemos definir el «derecho al olvido» como la potestad de restringir, sesgar o limitar el derecho de libertad de ciertos datos o informaciones, de un tiempo pasado, cuando su actual difusión genera un daño en la imagen, dignidad, intimidad, honra o privacidad de una persona o de un grupo de personas, que puedan afectar su presente y su futuro.

El derecho al olvido puede estar relacionado tanto con la vida privada, pública o con el pasado judicial de un individuo, especialmente en materia penal, tributaria y comercial. En ese sentido, este criterio en el viejo continente ha tenido una gran aceptación en la jurisprudencia.

Para algunos doctrinarios sudamericanos que ahondaron sobre este tema, como Francisco Leturia, las ideas de los datos personales, la imagen y el paso del tiempo juegan a favor de la implementación en el derecho positivo para afianzar el olvido, en pos de proteger la dignidad de las personas. Dice Leturia:

En el caso particular de los datos personales y el mundo digital, parece haber buenas razones prácticas y prudenciales para promover una reglamentación clara, específica y general. No obstante, al reglamentar dichos ámbitos es común que se incluyan dentro del «derecho al olvido» situaciones que buscan la protección de bienes jurídicos y situaciones diferentes [...]. Si el recuerdo de hechos pasados tuviera una cierta capacidad restrictiva, estigmatizante o limitadora para el desarrollo humano, la adopción de medidas que minimicen dichas consecuencias sería razonable, sin pretender afectar ni las comunicaciones estrictamente privadas ni el fuero interno. (2016, pp. 3-4)

Esta idea no es tan novedosa, por los menos en Europa y en Estados Unidos; ha sido receptada por diversos precedentes judiciales y tiene algún desarrollo doctrinario. En España y en Italia, por ejemplo, el derecho al olvido empezó a mencionarse hace dos o tres décadas como un interés humano legítimo de no seguir exponiéndose a los datos que afectan el honor, la dignidad o la privacidad de algún suceso del pasado que ha tomado relevancia pública.

En los Estados Unidos, el paradigma de la libertad de expresión es más amplio; ello generó que la construcción del derecho al olvido tomara más fuerza, sobre todo basado en el texto constitucional de dicho país, que erige el derecho a la libertad de expresión como un esencial de la idiosincrasia norteamericana.

Se puede considerar, entonces, que es más justo restringir la libertad de expresión, la cual va quedando debilitada por el paso del tiempo, que dejar que esa información cause un daño en la integridad de las personas. Es por ello por lo que esta especie de «prescripción de las víctimas» exige que los hechos o informaciones para olvidar hayan sido públicas y luego se tornen o se hagan más privadas con el paso del tiempo, lo que genera la opción de eliminar o desacelerar los datos de internet que hacen a la privacidad de las personas, para que ellos vuelvan a una esfera más privada. Sin embargo, por el momento, no es posible que sean eliminados del todo.

Es difícil establecer estándares para legislar, normar, resolver u objetivar la pérdida del interés público en una información para que ella se reduzca, en virtud de proteger la dignidad y desarrollar la vida sin los estigmas del pasado, pues la memoria juega aquí un rol importante. En pos de esta idea, se puede citar lo que señalan Bertoni y Cortez:

La buena memoria suele verse como una virtud antes que un defecto. En el caso de las instituciones, la preservación de la historia no solo es un deber, sino también una condición necesaria de eficiencia. Sin embargo, para Mayer-Schönberger el cambio de paradigma de la memoria —de olvidar como regla general a olvidar como excepción— afecta la manera como el individuo interpreta su pasado y vive su presente. En esencia, olvidar le permite al hombre desarrollar sus convicciones y creencias y ajustarlas al presente; le posibilita cambiar, reinterpretar, innovar e incluso perdonar. (2016 p. 12)

Este nuevo paradigma es también una forma de poner a la víctima en un lugar importante en nuestra sociedad y tratar de protegerla con la prescripción; es decir, es necesario entender que la falta de necesidad social de transmitir cierta información por el paso del tiempo genera que esos datos sensibles se transformen y vuelvan a estar protegidos, de alguna manera, por el derecho a la privacidad. Entiendo que ese derecho puede tener excepciones:

a) Cuando el interés público de un hecho del pasado vuelva a cobrar dimensión o pase a tener nuevamente interés público, y ese hecho es capaz de crear actualidad.

b) Cuando existe la necesidad de conservar determinados antecedentes, sobre todo en los hechos de notoriedad política, la investigación científica o histórica, pues, en estos casos, la pérdida de los antecedentes podría provocar daños irreparables u operar como limitante del derecho de libertad de expresión.

c) Cuando aparezcan necesidades relacionadas con la seguridad pública que, por ejemplo, obliguen a dar publicidad a cierta información judicial, sobre todos con registros relacionados con abusadores sexuales.

d) Cuando existe la necesidad o interés de dar publicidad a las actuaciones judiciales. En este caso, hay pleno consenso sobre la importancia de la publicidad procesal, frente a las partes y frente a terceros, así como sobre la necesidad de garantizar un pronunciamiento público de la sentencia, especialmente cuando se trata de casos que tienen relevancia pública.

Podemos decir someramente que el «derecho al olvido» se erige, entonces, como el reconocimiento a quien haya sido expuesto en el pasado, a fin de que pueda reconstruir

su vida, sin cargar con ese peso, considerando que muchas veces la difusión de esa información no reporta en el presente una utilidad social que justifique las consecuencias negativas asociadas a la publicidad de un acontecimiento.

Sin dudas, el reconocimiento de este derecho tiene un hito en la jurisprudencia con el precedente de «Natalia Denegri c/ Google», en el fallo que le ordenó a la empresa suprimir toda imagen o video «obtenidos hace veinte años o más».

Se trata del primer precedente en la región que reconoce el «derecho al olvido», sobre todo donde se habla de ese derecho como tal, diciendo que no existía censura, ya que se trata de noticias y difusiones que fueron reproducidas por, aproximadamente, 24 años, «tiempo por demás razonable», advirtieron los jueces del caso.

El fallo pone de manifiesto en la práctica el ejercicio del derecho al olvido, pero lo hace de manera prudencial, ya que, en este aspecto, puede diferenciarse la solución a la que se llegó en el precedente europeo (fallo Costeja, año 2014), en donde se ordenó la supresión de información relacionada con una deuda impositiva, lo cual generó que se establezca el Reglamento de Protección de Datos Europeo, normas específicas que se incluyen en la legislación comunitaria del «derecho al olvido»; allí se establece la supresión total de ciertos datos, a diferencia de como lo hace el precedente nacional, donde la solución es limitar la difusión y circulación de los datos, es decir que, en suma, se restringe u obstaculiza su acceso por parte de los medios tradicionales de búsqueda.

Al igual que en primera instancia, la Cámara decidió mantener los vínculos relacionados al famoso «Caso Cópola», pero no los relativos a las peleas «grotescas» en programas televisivos. Del mismo modo, el fallo precisó que no se vio afectado el derecho a la intimidad, «pues la actora se expuso públicamente, sino su derecho al honor y se fundó que este tipo de decisiones no afecta el derecho de la sociedad a estar informada, ni la libertad de prensa, ejercida durante un lapso prolongado sin censura previa de ningún tipo», máxime si la actora no cometió ningún delito; de lo que ahora se trata es de bloquear, en el buscador, algunos programas televisivos en los que participó hace más de 24 años (de los que no puede sentirse orgullosa), puesto que destacó que no se afecta de manera alguna el interés público.

Es importante valorar este precedente, porque, además de reconocer plenamente el derecho al olvido, le asigna un plazo temporal o prudencial para ejercerlo, y así busca que ello tenga alguna futura recepción en la ley de datos personales, para luego incorporarlo al derecho interno.

3. Las recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño y su importancia para incorporarlas al derecho interno

El Comité de los Derechos del Niño dictó, el 2 marzo del año 2021, la Observación General n.º 25 (2021) relativa a los derechos de los niños en relación con el entorno digital.

En ella se puede destacar, más allá de sus señeras recomendaciones, que surgió de una consulta internacional con 709 niños que viven en muy distintas circunstancias en 28 países de varias regiones y de un análisis de expertos en materia de infancia en el entorno digital.

El mencionado entorno reviste una creciente importancia en un mundo tecnológico y global. Tiene dos caras: la primera hace que el mundo sea más fácil para los niños, y la segunda plantea riesgos relacionados con su violación o abuso de su sexualidad y de su imagen. Sin dudas, esta recomendación pone de relieve que los derechos de los NNA deben respetarse, protegerse y hacerse efectivos en el entorno digital, porque los cambios de las TIC tienen impacto para sus vidas, incluso cuando los propios niños no tienen acceso a Internet.

El objetivo de la observación general es clarificar las medidas legislativas, normativas y de otra índole destinadas a garantizar el pleno cumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de la Convención y sus protocolos facultativos, habida cuenta de las oportunidades, los riesgos y los desafíos que plantean la promoción, el respeto, la protección y el ejercicio efectivo de todos los derechos de los niños en el entorno digital.

Esta compulsa arrojó, a mí parecer, un prejuicio de los que los mayores pensamos acerca de lo que los niños valoran o piensan de su imagen, porque, de acuerdo a lo que se puede entender de la observación, ellos mismos opinaron que les gustaría que los gobiernos, las empresas de tecnología y los mayores en general los ayudaran a gestionar y cuidar, de alguna manera, la información no fiable en línea, lo cual demuestra que están preocupados por el uso que se les puede dar a sus datos en el entorno digital.

Como síntesis, se puede decir que la observación se asienta en cuatro principios generales, que deben servir de guía a la hora de determinar las medidas necesarias para garantizar la efectividad de los derechos de los niños en relación con el entorno digital; ellos son: a) la no discriminación; b) el interés superior del niño; c) el derecho a la vida y su integridad a la supervivencia y desarrollo digno; d) el respeto de las opiniones del niño. Es de destacar que aquí toma vital importancia el entorno digital, pues en él los niños pueden participar con mayor independencia que en otras épocas respecto de la supervisión de sus padres y cuidadores.

Para hacer efectivos los derechos de los niños y asegurar su protección en el entorno digital, es necesario dictar medidas legislativas, administrativas y de otra índole, incluidas las medidas de prevención y capacitación de actores sociales.

También se debe garantizar la aplicación de mecanismos eficaces de protección digital de los niños, así como de normativas de salvaguardia, respetando al mismo tiempo los demás derechos, en todos los ámbitos en que los niños acceden al entorno digital.

A fin de abarcar las consecuencias transversales que tiene el entorno virtual en los derechos de los niños, los Estados partes deben asignar a un órgano gubernamental el mandato de coordinar las políticas, las directrices y los programas relacionados con dichos derechos entre los departamentos de la Administración central y los distintos niveles de

gobierno, incluido el Poder Judicial. Estas observaciones se pueden analizar desde los ejes temáticos que a continuación se describen.

4. El interés superior del niño y el acceso a la justicia

Es primordial también en este documento valorar el acceso a la justicia y la reparación integral del daño en relación con el entorno digital. Muchos de los problemas surgen debido a la falta de legislación que sancione las violaciones de los derechos de los niños, específicamente relacionadas con dicho entorno; también existen dificultades para obtener pruebas o identificar a los autores, bien porque los niños y sus padres o cuidadores no conocen sus derechos o lo que constituye una violación o vulneración de sus derechos en el entorno digital, entre otros factores distorsivos.

Es necesario, sobre todo, poner el acento en que se debe asegurar que todos los niños y sus representantes conozcan y tengan a su disposición mecanismos de reparación judiciales y no judiciales adecuados y eficaces para abordar las violaciones de sus derechos en lo relacionado al entorno digital; asimismo, los mecanismos de denuncia e información deberían ser gratuitos, seguros, confidenciales, receptivos, adaptados a los niños y disponibles en formatos accesibles, lo que no sucede de ninguna manera en nuestro sistema judicial ni en nuestra costumbre social.

Se deben establecer mecanismos para realizar las denuncias colectivas, incluidas demandas y litigios de interés público —donde los niños son víctimas—, así como la prestación de asistencia apropiada, jurídica o de otra índole, por ejemplo, mediante servicios especializados para los niños cuyos derechos hayan sido vulnerados en el entorno digital o a través de este.

Se tiene que considerar la necesidad, dentro de la legislación interna, de adoptar medidas para respetar, proteger y hacer efectivos los derechos del niño en el contexto de las actividades y operaciones empresariales de carácter extraterritorial, siempre que exista un vínculo razonable entre el Estado y las conductas que se pretenden controlar, investigar y sancionar.

Hacia el derecho restaurativo y la especificidad de las investigaciones

Es novedoso el paradigma que se plasma en el documento, donde se plantea una reparación adecuada, incluidas la restitución, la compensación y la satisfacción, y puede requerir una disculpa, una corrección, la eliminación de contenidos ilícitos, el acceso a servicios de recuperación psicológica u otras medidas. Es una cuestión —repito— que debe tenerse en cuenta al adecuar las normas de derecho interno, donde parece que se reconoce o se sugiere la figura «del derecho al olvido».

En relación con las vulneraciones en el entorno digital, los mecanismos de reparación deben tener en cuenta la vulnerabilidad de los niños y la necesidad de actuar con rapidez

a fin de detener los daños actuales y futuros. Los Estados partes deben garantizar la no recurrencia de las vulneraciones mediante, entre otras cosas, la reforma de las leyes y las políticas pertinentes, y deben articular recursos para su aplicación efectiva.

Se reconoce que las tecnologías digitales aportan una complejidad adicional a la investigación y al enjuiciamiento de los delitos cometidos contra niños, que pueden ser de carácter transnacional. Es por ello por lo que, a mi entender, las soluciones deben ser especializadas y cooperativas.

Finalmente, es fundamental impartir formación especializada a los agentes del orden, fiscales y jueces en relación con las vulneraciones de los derechos del niño, específicamente vinculadas con el entorno digital; entre otras formas, puede realizarse mediante la cooperación internacional y la enseñanza de estas temáticas.

5. El derecho de libertad de expresión

El derecho de los niños a la libertad de expresión incluye la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de todo tipo a través de cualquier medio que ellos elijan.

En el mencionado documento, los niños señalaron que el entorno digital ofrecía un margen considerable para expresar sus ideas, opiniones y puntos de vista políticos. Para los niños en situaciones desfavorecidas o de vulnerabilidad, la interacción que la tecnología les permite establecer con otros niños con experiencias similares puede fomentar su capacidad de expresión.

Cualquier restricción del derecho a la libertad de expresión de los niños en el entorno digital, como los filtros y las medidas de seguridad, debe ser legal, necesaria y proporcionada.

Me parece que esta valiosa observación también es una especie de «faro en la oscuridad», porque toma posición en cuanto determina que las amenazas pueden surgir como resultado de las propias actividades de los niños y de las actividades de los miembros de la familia, sus iguales u otras personas, por ejemplo, cuando los padres publican fotografías en línea o cuando una persona desconocida difunde información sobre un niño.

Se reconoce además que las prácticas digitales, como el procesamiento automatizado de datos, la elaboración de perfiles, la selección de comportamientos, la verificación obligatoria de la identidad, el filtrado de información y la vigilancia masiva, se están convirtiendo en procedimientos de rutina y se colige también que estas prácticas pueden dar lugar a una injerencia arbitraria o ilegal en el derecho de los niños y a su privacidad; se observa que estas acciones pueden también tener consecuencias adversas, cuyo efecto podría continuar en etapas posteriores de su vida, lo que parece indicar el sentido y la razón que también fundamenta el llamado «derecho al olvido», conforme lo analizamos.

6. La vigilancia digital

Toda vigilancia digital de los niños, junto con cualquier procesamiento conexo automatizado de datos personales, debe respetar su derecho a la privacidad y no debe realizarse de forma rutinaria, indiscriminada o sin el conocimiento del niño o, en el caso de niños de corta edad, de sus padres o cuidadores; tampoco debe efectuarse dicha vigilancia en entornos comerciales, educativos, recreativos y asistenciales sin que exista el derecho a oponerse a ella, y siempre debe tenerse en cuenta el medio disponible menos intrusivo para la privacidad que permita cumplir el propósito deseado.

Esta definición de la observación toma relevancia en cuanto se adelanta a las tenencias de ciberpatrullaje o programas de inteligencia artificial, donde el entorno digital plantea problemas particulares a los padres y cuidadores a la hora de respetar el derecho a la privacidad de los niños; ya que esas tecnologías que controlan las actividades en línea con fines de seguridad, como los dispositivos y servicios de rastreo, si no se aplican con cuidado, pueden impedir que un niño acceda a una línea de asistencia digital o busque información delicada, y eso es lo que se debe evitar.

Se establece que ha de asesorarse a los niños, a los padres y cuidadores y al público en general para proteger la privacidad del niño en el entorno digital, y ello puede ser vital en circunstancias en que los propios padres o cuidadores representen una amenaza para la seguridad de este o estén en conflicto por su cuidado. Estos casos pueden requerir una mayor intervención, así como orientación familiar u otros servicios, a fin de salvaguardar el derecho a la privacidad y su seguridad.

7. La pandemia y las nuevas amenazas en la red

En la normativa, se dice que el entorno digital puede abrir nuevas vías para ejercer violencia contra los niños al facilitar situaciones en que estos estén expuestos a la violencia o puedan verse influidos a hacerse daño a sí mismos o a otros. Las crisis, como las pandemias o catástrofes, pueden dar lugar a un mayor riesgo de sufrir daños en línea, dado que, en esas circunstancias, los niños pasan más tiempo en las plataformas virtuales que de costumbre.

Como ya vimos, los delincuentes sexuales utilizan en forma creciente las tecnologías digitales para abordar a los niños con fines sexuales y para hacerlos participar en abusos sexuales en línea, por ejemplo, mediante la emisión de videos en directo, la producción y distribución de material visual de abusos sexuales de niños y la extorsión sexual, lo que incluye intimidación y amenazas a la dignidad, la creación o el intercambio no consensuados de textos o imágenes de carácter sexual, como contenidos autogenerados mediante proposición o coacción, y la inducción a comportamientos autolesivos, lo que supone una sumatoria de riesgos.

8. La legislación y el entorno digital

Es crucial, para esta observación, lograr que los padres y cuidadores tengan oportunidades de adquirir conocimientos digitales, aprender de qué forma la tecnología puede apoyar los derechos de los niños y ayudar a reconocer a un niño que ha sido víctima de un daño *online* y, ante ello, responder adecuadamente. Debe prestarse especial atención a los padres y cuidadores de niños en situaciones desfavorecidas o de vulnerabilidad.

La observación general deja en claro que es necesario valorar y tener en cuenta el apoyo, seguimiento y acompañamiento de padres y cuidadores para con los NNA; deben regirse en la comprensión de la especificidad y singularidad de las relaciones entre padres e hijos, y asimismo, hay que mantener un equilibrio adecuado entre la protección del niño y su incipiente autonomía, basándose en la empatía y el respeto mutuos más que en la prohibición o el control.

Las acciones concretas en la legislación como mecanismo de salvaguarda

Los Estados partes deben revisar las leyes y políticas pertinentes para garantizar que los niños estén protegidos contra la explotación económica, sexual o de otra índole, y para que se protejan también sus derechos con respecto al trabajo en el entorno digital y las oportunidades de remuneración correspondientes.

Los Estados partes deben velar por que existan mecanismos de aplicación de la ley apropiados y ayudar a los niños, padres y cuidadores a obtener acceso a las protecciones aplicables.

Los Estados partes y las empresas de tecnológicas deben garantizar que se disponga de la legislación adecuada para proteger a los niños frente a los delitos que se cometen en el entorno digital —como el fraude y el robo de identidad— y asignar recursos suficientes con el objetivo de investigar y perseguir dichos delitos. Es en ese contexto donde se debe exigir un alto nivel de ciberseguridad y privacidad, y eso abarca desde la fase del diseño en los servicios y productos digitales hasta la cadena de comercialización y monitoreo de aplicaciones que utilizan los niños a fin de minimizar el riesgo de comisión de delitos informáticos.

Con relación a la justicia, es paradigmática la resolución, porque contempla que puede darse el caso de que los niños sean considerados sospechosos o sean acusados de infringir las leyes contra la ciberdelincuencia, o sean reconocidos como infractores de estas; se exhorta a hacer todo lo posible por establecer medidas alternativas a la justicia penal y aplicarlas en esos casos, lo que no parece suceder con lo reglado en el art. 131 del Código Penal Argentino con la figura del ciberacoso, que no requiere que el sujeto activo sea una persona mayor de edad.

9. La penalización de conductas relacionada con el entorno digital

Es también importante que el material sexual autogenerado por niños que obre en su poder o que estos compartan con su consentimiento y esté exclusivamente destinado a su uso privado no sea penalizado, y se recomienda crear canales adaptados a los niños para que puedan recabar asesoramiento y ayuda de forma segura cuando se trate de contenidos sexuales explícitos generados por ellos mismos.

Es de destacarse también que debe asegurarse que las tecnologías digitales, los mecanismos de vigilancia —como los programas informáticos de reconocimiento facial— y la elaboración de perfiles de riesgo que se utilizan en la prevención, la investigación y el enjuiciamiento de delitos no se apliquen injustamente a los niños sospechosos o acusados y no se utilicen de manera que vulneren sus derechos, en particular su derecho a la privacidad, a la dignidad y a la libertad de asociación.

Finalmente, el reconocimiento del Comité acerca de los procedimientos judiciales con nuevas tecnologías procura subsanar la falta de contacto personal con los niños; se infiere que ello puede repercutir negativamente en las medidas de justicia rehabilitadora y restaurativa basadas en el desarrollo de relaciones con el niño.

10. El carácter transfronterizo y transnacional, y la cooperación internacional

El carácter transfronterizo y transnacional del entorno digital requiere una fuerte cooperación tanto global como regional para garantizar que todas las partes interesadas, incluidos los Estados, las empresas y otros agentes, respeten, protejan y hagan efectivos los derechos de los niños en relación con el entorno digital.

Finalmente, se establece, en la observación, el deber de promover y apoyar el intercambio internacional y regional de conocimientos especializados y buenas prácticas; también se busca promover la creación de capacidad, recursos, normas, reglamentos y protecciones a través de las fronteras nacionales que permitan que todos los Estados hagan efectivos los derechos del niño en el entorno digital. Sin lugar a dudas, se debe promover la formulación de una definición común de lo que constituye un delito en dicho entorno y se debe garantizar la asistencia judicial recíproca y la recopilación e intercambio conjuntos de pruebas, que es lo deseable en un mundo tan complejo y globalizado.

11. Conclusiones

Como hemos visto, no es menor el impacto que tiene la pandemia de COVID-19 aquí en la Argentina y en todo el globo, en lo que respecta al aumento de los delitos informáticos. Con ello, se puede establecer cuáles son los riesgos de utilizar las tecnologías

y, en particular, es posible concluir que este fenómeno nos afecta en la concreta posibilidad del contacto social y, sobre todo, ello se refleja en lo que atañe a los entornos digitales de los NNA: los hace más vulnerables que antes porque ahora, muchas veces, el uso de las redes sociales —por momentos, desmedido— es la única posibilidad que tienen de evadir esta realidad de encierro.

Sin dudas, la pandemia pone al desnudo nuestros problemas, pasados, presentes y futuros, y exhibe nuestro desconcierto frente a situaciones de conflictiva social, que requieren ser regladas jurídicamente. No obstante, también denota que las soluciones no vienen solo del lado de las normas penales, sino que se demuestra que una de las herramientas más salientes de la política criminal son los factores de prevención y sus actores, entre los que se encuentran el Estado, las entidades intermedias, las ONG y algunas empresas vinculadas a los desarrollos tecnológicos.

Es de destacar el valioso aporte que realiza el Comité de los Derechos del Niño con su Observación General n.º 25 (2021), dictada el 2 marzo del año 2021, donde se pueden sacar conclusiones valiosas y también enseñar grandes lecciones.

La primera de sus recomendaciones radica en que es una observación en donde se valoran y se tienen en cuenta las opiniones de los niños para su formulación, lo que parece un paso adelante en las decisiones de toda índole relativas a los NNA. En mi opinión, la Comisión de Derecho del Niño es pionera en ese aspecto.

La segunda tiene que ver con la incorporación de pautas para la prevención, en donde se insta a la sociedad toda a actuar con cautela. Queda claro que el documento pone el énfasis en la participación y compromiso de los Estados, y también del sector privado de las empresas tecnológicas, a fin de garantizar los derechos de los niños: la seguridad, la libertad de expresión y la privacidad.

La tercera tiene que ver con la adecuación de la legislación vigente en relación con los niños y el interno digital, tanto cuando son víctimas, debiendo extremar medidas serias y razonables para mitigar los delitos informáticos, como cuando los NNA pueden ser autores de conductas incriminadas; en ello debo valorar la recomendación de la observación que alienta a no penalizar o castigar estas acciones cuando los autores de estos hechos sean niños y, de esa manera, insta a desincriminarlas en ciertos países. Finalmente, se sugiere que se busquen salidas alternativas a la prisión cuando los NNA estén involucrados en acciones delictivas en el entorno digital.

Ello supone una incorporación de estas pautas al derecho interno que, conforme al estado de las cosas que he presentado, desde el punto de vista de las instituciones del derecho público y privado, parece ser una tarea titánica y de largo aliento, pero sin dudas va a tornar más eficiente la lucha contra el delito y vamos a tener que reparar menos daño.

Haciendo un paragón con la pandemia, la primera medida para prevenir la enfermedad es lavarnos las manos; lo mismo sucede con estas circunstancias a los que nos referimos, donde la prevención debe ser la primera acción que tomemos. Si capacitamos a los NNA, padres, docentes, funcionarios judiciales, fuerzas de seguridad y la sociedad en general, vamos a tener menos delitos, sin necesidad de endurecer nuestro sistema punitivo.

Luego, se halla la categorización del llamado «derecho al olvido», como una verdadera prescripción del derecho de las víctimas o de quienes han expuesto su imagen en el pasado y buscan restablecer su intimidad de alguna manera, para poder gozar de sus derechos en el presente y en el futuro.

Pese a que existe poca jurisprudencia y doctrina latinoamericana en la materia, el «fallo Denegri» se posiciona como un precedente que, por demás, supone un avance significativo. Específicamente, en la regulación argentina, no hay una norma específica que regule el derecho al olvido tanto en materia civil como penal. Ello hace necesario que los jueces enfoquen la cuestión como una derivación del derecho al honor, la imagen o la intimidad, y así pueden repararse lesiones en nuestro tejido social, más allá de que el CCCA reconozca ahora esos derechos en sus normas.

Finalmente, sabemos que, en este contexto, estamos desnudos o que, por los menos, visualizamos las falencias pasadas y presentes de un modo honesto. Estas grandes dificultades, de algún modo, nos impulsan a pensar que debemos insistir en vestirnos o arroparnos con acciones de prevención y en tratar de consensuar medidas eficaces para dotar a nuestras normas de fortaleza práctica, para evitar que el virus de los delitos en el entorno digital nos siga causando un daño que puede ser irreparable, sobre todo para las generaciones que, en el futuro, van a regir el destino de nuestro mundo. Esto es algo que no debemos y no tenemos derecho a olvidar.

12. Referencias

- Ambrosis, R. M. (2018). *Las Redes del Delito* (con la colaboración de Mariano Refi). Editorial Astrea. ISSN: 950-508-630-X
- Attanasio, A. (25 de abril de 2020). Coronavirus: el dramático incremento del consumo de pornografía infantil en el confinamiento por el covid-19. BBC News Mundo. Recuperado de: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-52385436>
- Bertoni E. y Cortés C. (2016). Derecho al olvido entre la protección de datos, la memoria y la vida persona en la era digital. En *Tomo Internet y derechos humanos II: aportes para la discusión de políticas públicas en América Latina*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina: Ediciones del Jinete Insomne. ISBN 978-987-29629-9-9
- Leturia J. F. (abril de 2016). Fundamentos jurídicos del derecho al olvido. ¿Un nuevo derecho de origen europeo o una respuesta típica ante colisiones entre ciertos fundamentos? *Revista Chilena derecho*, 43(1). Recuperado de: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372016000100005>
- ONU, Convención sobre los Derechos del Niño, Comité de los Derechos del Niño (2021). Observación General N.º 25 relativa a los derechos de los niños en relación con el entorno digital.

Poleri, S. (8 de febrero de 2021). Ciberdelitos: durante la pandemia hubo más del doble de denuncias que en los tres años previos. Diario La Nación en línea. Recuperado de: <https://www.lanacion.com.ar/seguridad/ciberdelito-nid2593717/>

Wajcman, G. (2011). *El ojo absoluto* (traducido por Irene Miriam Agoff). Buenos Aires: Editorial Manantial. ISBN 978-987-500-155-8.

Jurisprudencia

Caso «Costeja», sentencia del TJ de la Unión Europea (Gran Sala) (13 de mayo de 2014). Asunto C-131/12 Google Spain, S.L., Google Inc. contra Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González (Petición de decisión prejudicial planteada por la Audiencia Nacional). Recuperado de: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=152065&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=269153>

Caso «Denegri», Natalia Ruth c/ Google Inc. s/ derechos personalísimos: acciones relacionadas. C. N. de apelaciones en los civil C.A.BA, Sala H (10 de agosto de 2020). Publicado en SAIJ en agosto de 2020, FA20020049. Recuperado de: <https://www.google.com/search?q=Natalia+Ruth+c%2F+Google+Inc.+s%2F+derechos+personal%C3%ADsimos%3A+acciones+relacionadas%2C+10+de+Agosto+de+2020+>