

Ciudad de Buenos Aires, 10 de octubre de 2014.

Y VISTOS:

Estas actuaciones para dictar sentencia de las que, RESULTA:

I. A fs. 1/9 vta. se presenta el Dr. Andrés Gil Domínguez, por su propio derecho, e interpone demanda contra la Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor (DGDyPC) del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires "... respecto de la omisión ilegal y arbitraria de no dictar en el ámbito de sus respectivas competencias la normativa referida a la incorporación obligatoria de un Procedimiento o Protocolo Interno de Protección al Derecho a la Intimidad (en adelante PIPDI) por parte de los proveedores de servicios de búsqueda y enlaces o motores de búsqueda en Internet con domicilio en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires respecto de los resultados que posibilitan las búsquedas por conculcar de forma manifiestamente ilegal y arbitraria la libertad de intimidad de las personas en el ámbito de Internet configurado como un derecho colectivo individual homogéneo no patrimonial ...” (Conf. fs. 1).

A su vez, señala que la sentencia de amparo deberá imponer a dicho organismo la obligación constitucional y legal de dictar la normativa correspondiente para regular la incorporación obligatoria de un PIPDI por parte de los proveedores de servicios de búsqueda y enlaces o motores de búsqueda en Internet domiciliados en la Ciudad de Buenos Aires.

Funda la competencia de este fuero en el artículo 2º del CCAyT de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En relación a la legitimación procesal, señala que el espíritu plasmado en la Convención Constituyente de la Ciudad de Buenos Aires respecto de la acción de amparo fue incorporar una garantía mucho más amplia y tutiva que la receptada a nivel nacional. Prueba de ello, agrega, es que el artículo 14 de la Constitución porteña prescribe que cualquier habitante puede interponer acción de amparo colectivo. En refuerzo del criterio esgrimido cita los argumentos vertidos por distintos Convencionales Constituyentes, y concluye que "... es una acción popular con un espectro de garantía irradiante mucho más amplio que el establecido por el art. 43 de la Constitución argentina” (Conf. fs. 3 vta.).

En el punto IV de la demanda, reseña los fundamentos fácticos y normativos de la presente causa. Apunta que actualmente la configuración de Internet está integrada por los proveedores de Acceso a Internet, Proveedores de Facilidades de Interconexión, Proveedores de Alojamiento, Proveedores de Contenido o de Información, Motores de Búsqueda y Proveedores de Servicios. Cada uno de estos ofrece una prestación específica, algunos se encuentran regulados como por ejemplo los proveedores de servicios de acceso, mientras que otros no, tal es el caso de los proveedores de contenidos.

Luego de detallar las funciones de todos ellos, narra que los prestadores de servicios de Internet cumplen un rol indispensable en el funcionamiento de esta herramienta de información, comunicación y expresión. Sin embargo, circunscribe el objeto de esta

presentación a “... la regulación de específicos resultados de búsqueda generados por los Proveedores de servicios de búsqueda y enlaces, tales como Google, Bing o Yahoo y todos los que sencillamente ofrecen enlaces a otros sitios. La regulación pretendida se solicita cuando dichos resultados afectan derechos personales, como pueden ser la privacidad, la intimidad, la seguridad individual, el honor y la dignidad de la personas”.

Aclara que en numerosas ocasiones, las informaciones y opiniones a las cuales los proveedores de servicios de búsqueda y enlaces permiten acceder generan un daño concreto a la libertad de intimidad de las personas. Añade que aún para cuando se estime que la responsabilidad civil de los proveedores de servicios de búsqueda y enlaces es subjetiva, ello no obsta a que los individuos afectados cuenten con un procedimiento o protocolo interno de fácil acceso y gratuito, a través del cual puedan plantear los casos en donde las informaciones y opiniones que aparezcan en la red sean falsas, discriminatorias, infamantes, desactualizados, ilegales o calumniantes con el fin que los mismos proveedores de servicios de búsqueda y enlaces puedan adoptar decisiones de bloqueo, suspensión, actualización, rectificación, supresión y caducidad de las mismas.

Advierte que en la actualidad, como derivación de la velocidad de diseminación de datos que produce Internet y de su consecuente daño, se requieren procedimientos de tutela con incierto grado de respuesta rápida y efectiva.

Resalta que la existencia de un PIPDI no afecta la libertad de expresión en Internet, en tanto la opinión e información dañosa seguirá sometida al conocimiento de terceros hasta que el afectado accione contra el autor. Lo que pone de manifiesto, que no constituye ningún mecanismo de censura directa o indirecta puesto que opera una vez que la publicación ya fue realizada y se encuentra un daño.

Sobre el derecho a la intimidad manifiesta que el artículo 19 de la Constitución Nacional otorga protección a la libertad personal frente a cualquier intervención ajena, lo que produce la inversión de la carga argumentativa y exige que toda restricción de ese ámbito deba ser justificada en la legalidad constitucional.

Finalmente, menciona que en las presentes actuaciones existe “... un hecho único –la omisión normativa- que lesiona el derecho a la intimidad de los titulares habitantes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires respecto de las informaciones y opiniones que circulan en Internet. La causa fáctica homogénea es la lesión común del derecho y no las particularidades que puede presentar cada caso concreto y singular” (fs. 8 vta.).

Funda en derecho, cita jurisprudencia en su apoyo, plantea cuestión constitucional y convencional.

II. Previo dictamen fiscal –ver fs. 22-, se declaró la competencia del suscripto para conocer en la causa y se ordenó librar oficio a la Secretaria General del fuero a fin de dar cumplimiento con la comunicación prevista en el art. 3 del Acuerdo Plenario de Cámara N° 5/05 (fs. 23). A fs. 28 se dispuso el traslado de la demanda.

III. A fs. 30/47 vta. el GCBA contesta demanda. Realiza las negativas de rigor, y en particular niega que en la especie concurra el requisito de existencia de caso, causa o controversia judicial, en los términos de los artículos 106 y 116 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires y de la Nacional respectivamente. Al respecto apunta que "... la falta de tal requisito de justiciabilidad torna incompetente al Poder Judicial para atender el reclamo principal, pues la actora no presenta un caso concreto, sino que articula bajo el ropaje de una acción de amparo constitucional, una especie de acción popular, que implica una consulta al Poder Judicial, dado que no arrima elemento alguno de convicción sobre la existencia de una conducta (activa u omisiva) por parte de la Administración que genere una lesión concreta y directa a un derecho constitucional" (fs. 33 vta.).

A mayor abundamiento añade que la supuesta omisión de dictar un Protocolo Interno de Protección al Derecho a la Intimidad no es una cuestión que dé lugar al ejercicio de la jurisdicción, toda vez que no existe una norma específica dentro de nuestro ordenamiento jurídico que habilite a la Administración a dictar el mencionado Protocolo.

Por otra parte, alega la falta de legitimación procesal de la actora. Ello por cuanto sostiene que al no existir la obligación en cabeza del GCBA de sancionar dicho Protocolo, admitir la procedencia de la acción sería equivalente a habilitar al accionante a realizar consultas al Poder Judicial, o a para incoar demandas abstractas, quiméricas o conjeturales en las que no surge la existencia de un derecho colectivo ni subjetivo afectado por una omisión manifiestamente arbitraria o ilegal por parte de la Administración. Subraya, en consonancia, que la demanda de amparo se sustenta en meras alegaciones y aseveraciones desprovistas de todo andamiaje legal y probatorio. Ante esta situación recuerda que la acción de amparo no es el medio judicial para el control de la mera legalidad.

A continuación manifiesta que para tener por acreditada la legitimación activa deberá demostrarse que la presentación tiene efectivamente por objeto la defensa de un derecho o interés legítimo colectivo. Es decir que no basta que se trate de un mero "problema común", sino que se compruebe la real afectación a un derecho de incidencia colectiva que no es el resultado de una multiplicidad de derechos subjetivos lesionados, sino de la incidencia del agravio en lo colectivo.

Además, argumenta que la naturaleza de la pretensión involucra cuestiones que exceden ampliamente el marco de cognición reducido que presupone la vía del amparo constitucional.

Reitera que no concurre en la especie omisión lesiva alguna, atento la ausencia de norma legal específica que obligue a la Dirección de Defensa y Protección del Consumidor del GCBA a dictar el Reglamento o Protocolo de Protección al Derecho a la Intimidad.

En efecto, individualiza los requisitos que deben reunirse concurrentemente para que proceda el amparo por omisión; básicamente los siguientes: a) deber previo de actuación, esto es un imperativo jurídico predeterminado en cuanto al qué y al cuándo; b) incumplimiento manifiesto del deber normativo de obrar; c) esa omisión debe producir una lesión cierta y ostensible sobre alguno de los derechos tutelados por el artículo 14 de la Constitución local; d)

relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la invocada lesión constitucional y la omisión imputada a la autoridad pública; y e) ausencia de algún tipo de imposibilidad para cumplir con el deber jurídico predeterminado. Concluyendo que la acción deberá ser rechazada por estar ausente toda conducta omisiva manifiestamente arbitraria y/o legítima que la contraria pueda válidamente endilgarle a la Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor del GCBA.

Asimismo, reseña el marco jurídico constitucional y legal que protege los derechos de los usuarios y consumidores. Sostiene que las leyes de Lealtad Comercial (Ley N° 22.802), de Defensa de la Competencia (Ley N° 25.156), junto con la Ley N° 24.240 conforman un bloque normativo común e integral que dispone expresamente que los gobiernos provinciales y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires actúan como autoridades locales de aplicación, lo que a su criterio no puede ser interpretado como una exigencia de que una autoridad administrativa cree nuevas restricciones y/o obligaciones en la materia. En tal sentido, apunta que el propio constituyente local dispuso que sea el Poder Legislativo el órgano encargado de sancionar la normativa orientada a la protección del consumidor y usuario. De lo que se desprende que el Poder Ejecutivo y sus órganos tienen a su cargo la aplicación y materialización de las normas vigentes, sin que de ello pueda derivarse una exigencia constitucional o legal de reglamentar o dictar normas sobre supuestos no regulados.

Luego de transcribir las funciones primarias de la DGDyPC del GCBA, afirma que los peticionado por el actor excede ampliamente el marco de las competencias asignadas por el ordenamiento jurídico a dicha dependencia administrativa.

Finalmente, solicita que se rechace la acción promovida por la actora, y hace reserva de planteo de inconstitucionalidad y del caso federal.

IV.A fs. 55 se ordenó correr traslado a la parte actora a fin de que manifieste lo que estime corresponder en relación a la inexistencia de caso judicial, falta de legitimación procesal activa, y la inidoneidad de la vía del amparo para canalizar la presente acción invocadas por el GCBA en la contestación de demanda. En la presentación de fs. 56/58 vta. laamparista, si bien reitera argumentaciones del escrito de inicio, hizo hincapié en otras cuestiones. Resaltó que el caso “Selser” citado por la demandada resulta inaplicable, toda vez que el rechazo de la acción no tuvo como fundamento la falta de legitimación procesal colectiva sino la ausencia de un derecho concreto afectado.

Sobre la inexistencia de controversia, describió, que el grupo colectivo afectado son los habitantes de la Ciudad que titularizan el derecho a la intimidad respecto de las opiniones e informaciones que circulan por Internet (derecho colectivo individual homogéneo no patrimonial). A su vez, aseveró que la acción de amparo se encuentra dirigida contra los efectos comunes que la omisión lesiva produce, y que la misma cumple con una omisión preventiva respecto de omisiones lesivas. En este mismo orden de ideas, aclaró que de conformidad con lo prescripto por el artículo 10 de la Constitución porteña los derechos son plenamente operativos y las omisiones no pueden cercenarlos.

Por último, sostuvo que el argumento del GCBA en torno a la necesidad de mayor amplitud de debate y prueba que la naturaleza de la cuestión involucrada exige se refuta con su propio accionar, dado que al no ofrecer en su escrito de responde ningún tipo de medida probatoria está aceptando que el debate suscitado en el presente caso es de puro derecho.

V. A fs. 60 en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 29 del CCAyT, se solicitó a la Dirección de la Carrera de Especialización en Derecho Informático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires que dictamine sobre algunas cuestiones en la presente causa. A fs. 70/141 obra el dictamen solicitado por el suscripto, del cual se le dio traslado a las partes (fs. 142). A fs. 144/146 luce la contestación efectuada por el accionante.

VI. A 150/155 vta. el GCBA solicita el desglose del informe del consultor técnico acompañado por el amparista, y plantea la incompetencia de este Tribunal en el entendimiento que se trata de cuestiones que pertenecen por su naturaleza a la justicia federal. A fs. 160 se rechazó el planteo de incompetencia formulado por la demandada.

VII. A fs. 164 y atento lo manifestado por el informe confeccionado por la Carrera de Especialización en Derecho Informático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, el actor solicitó que se oficie a la Cámara Argentina de Internet (CABACE) a efectos que comunique cuáles son los motores de búsqueda de Internet con domicilio en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, informe que obra a fs. 173.

VIII. A fs. 177 en uso de las facultades conferidas en el art. 29 del CCAyT (aplicable por artículo 28 de la Ley N° 2.145) se fija audiencia, en la que se citó conjuntamente con las partes al Sr. Jefe de Gabinete de Ministros del GCBA, al Director General de Defensa de la Protección del Consumidor del GCBA y al Defensor del Pueblo de la CABA.

IX. De fs. 241 surge que a fs. 198/214 y a fs. 215/230 vta. se presentan espontáneamente el apoderado de Google Inc. y de Yahoo! De Argentina SRL respectivamente. A fs. 235 y vta. se les hace saber a las partes las mencionadas presentaciones para que en un plazo de 24 horas manifiesten lo que estimen corresponder. A fs. 236 el actor solicita el desglose de ambos escritos. A fs. 239 el apoderado de Google Inc. solicita que se resuelva su participación en la audiencia convocada a fs. 177. A fs. 240 y vta. se ordena el desglose de la presentación efectuada por el apoderado de Google Inc y su respectivo Anexo (Conf. fs. 241). A fs. 243 se ordena el desglose de los adjuntos de la presentación realizada por Google Inc. a fs. 198/214 (Conf. fs. 241).



X. A fs. 250 y vta. obra el acta de la audiencia pública, celebrada en los términos del Régimen de audiencias de carácter público de la CSJN (Acordada N° 30/2007), donde las partes y los citados a tal efecto (por Jefatura de Gabinete de Ministros el señor Director General de la Dirección General Técnica Administrativa y Legal de la Secretaría de Gestión Comunal y Atención Ciudadana –Dr. Andrés Bousquet-, y por la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires el señor Director de la Dirección de Datos Personales –Lic. Eduardo Peduto Pardo- expusieron sus fundamentos acerca del objeto del amparo. Allí el letrado del GCBA ratificó su pedido de desglose respecto del informe del consultor técnico presentado por la actora, resuelto favorablemente a fs. 261/262. A fs. 256 obra copia en soporte digital de la mencionada audiencia, y a fs. 262 se puso a disposición de cada uno de los participantes un ejemplar de la misma. Finalmente, a fs. 274 se dictó resolución llamando los autos para sentencia, la que se encuentra firme.

#### Y CONSIDERANDO:

I. Que preliminarmente corresponde determinar si estamos en presencia de un “caso judicial”, lo que constituye requisito sine qua non para que proceda la intervención del Poder Judicial. Máxime teniendo en cuenta que en el dictamen obrante a fs. 16/17 vta. el Sr. Fiscal sostuvo que: “... la invocada condición de habitante de la Ciudad de Buenos Aires disconforme con el accionar del GCBA no configura el “caso”, “causa” o controversia que exige el artículo 116 de la Constitución Nacional para habilitar un pronunciamiento judicial sobre la cuestión planteada en estos autos”.

El artículo 116 de la Constitución Nacional prescribe: “Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inc. 12 del Artículo 75 y por los tratados con las naciones extranjeras...”.

Por su parte, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires en su artículo 106 estableció: “Corresponde al Poder Judicial de la Ciudad el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por esta Constitución, por los convenios que celebre la Ciudad, por los códigos de fondo y por las leyes y normas nacionales y locales, así como también organizar la mediación voluntaria conforme la ley que la reglamente. Ejerce esta competencia, sin perjuicio del juicio por jurados que la ley establezca”.

La reseñada normativa impone a la jurisdicción judicial una limitación de índole objetiva, la existencia de "causa judicial". En rigor, la actividad jurisdiccional está sujeta a la presencia de una controversia entre partes que sostienen derechos contrapuestos, esto es, una contienda concreta. Así lo ha entendido antiguamente la Corte Suprema al señalar que: “... la decisión de cuestiones constitucionales, por parte de los tribunales de la Nación, debe ocurrir sólo en el curso de procedimientos litigiosos, es decir, en controversias entre partes con intereses jurídicos contrapuestos y propios para la dilucidación jurisdiccional. Que aparte cualquier otra pertinente calificación de lo que constituye mera cuestión declarativa, ajena como se ha dicho

a la jurisdicción de los tribunales de la Nación, resulta de lo expuesto que están incluidos en esa especie los procedimientos destinados al solo control de la constitucionalidad de la ley objetada, (...). (CSJN, Fallos 256:104, “Banco Hipotecario Nacional c/ Provincia de Córdoba”, 1963).

Ello en el entendimiento que si no existía un perjuicio concreto no se cumplía con el requisito de “caso judicial”, y en consecuencia los jueces estaban evacuando una mera consulta ajena a sus atribuciones. Originariamente se consideraba, con base en el artículo 2º de la Ley Nº 27, que los tribunales judiciales únicamente tenían jurisdicción en los “casos contenciosos”. La definición de esta expresión era muy rigurosa; sólo configuraba una causa de esas características, aquéllos litigios en los que las partes disputaban intereses contrapuestos con posibilidad de llegar a una sentencia de condena que reconociera un derecho cuya efectividad obstara las normas cuestionadas como inconstitucionales (Conf. BIDART CAMPOS, German J., Manual de la Constitución Reformada, t. I, Editorial EDIAR, Buenos Aires, 2006, p. 360).

Sin perjuicio de lo expuesto, con posterioridad el Máximo Tribunal especificó que “(...) el pedido de declaración de inconstitucionalidad de una norma importa el ejercicio de una acción directa de inconstitucionalidad, de aquellas que explícitamente ha admitido como medio idóneo -ya sea bajo la forma del amparo, la acción de mera certeza o el juicio sumario en materia constitucional- para prevenir o impedir las lesiones de derechos de base constitucional (...) La acción declarativa, al igual que el amparo, tiene una finalidad preventiva y no requiere la existencia de daño consumado en resguardo de los derechos “ (CSJN, Fallos 320:690, “Asociación de Grandes Usuarios de Energía de la República Argentina -AGUEERA- c/ Provincia de Buenos Aires”, 1997).

En lo que aquí interesa es ilustrativo recordar que, el control encomendado a la justicia sobre las actividades ejecutiva y legislativa requiere que el requisito de la existencia de un "caso" sea observado rigurosamente no para eludir cuestiones de repercusión pública, sino para la trascendente preservación del principio de división de poderes, al excluir al Poder Judicial de una atribución que, como la de expedirse en forma general sobre la constitucionalidad de las normas emitidas por los otros departamentos del gobierno, no le ha sido reconocida por el artículo 116 de la Constitución Nacional (CSJN, Fallos 330:3109, “Brandi, Eduardo A. y otros c/ Provincia de Mendoza”, 2007).

Sin embargo, es impostergable advertir que actualmente el “terreno” comprendido por lo jurídico de un caso se ha modificado drásticamente. Justamente, “... los nuevos aspectos de la privacidad, la relativización de la supuesta autonomía de la voluntad frente a la contratación en masa; la instauración de presunciones en defensa de usuarios y consumidores; la profundización de los conceptos de responsabilidad jurídica; la aparición de intereses protegidos nunca antes considerados, entre otros temas, hacen que el alcance de lo jurídico de un caso sea un ámbito distinto al que se admitía algunos lustros atrás” (Conf. GARCIA PULLES, Fernando R., “Perspectivas del contencioso administrativo”, LL 2012-E, p. 1270).

Cabe añadir a lo expuesto que para que se configure el “caso judicial” se exige la concurrencia de los siguientes elementos: a) un conflicto susceptible de ser resuelto a través de la aplicación del derecho; b) que revista actualidad, es decir que no resulte hipotético; y c) que tenga concreción jurídica, esto es que existan intereses a custodiar y no sea una declaración

dogmática (Conf. BIANCHI, Alberto, Control de constitucionalidad, Abaco, 2ª edición, t. I, p. 279).

Sin duda, asiste razón a la parte actora cuando afirma que el bien jurídico en “juego” es la libertad de intimidad de las personas en el ámbito de Internet configurado como un derecho individual homogéneo no patrimonial. Por su parte, el GCBA niega que en la especie concurra el requisito de existencia de causa por entender que el accionante no presenta un caso concreto sino que “... articula bajo el ropaje de una acción de amparo constitucional una especie de acción popular, que implica una consulta al Poder Judicial, dado que no arrima elemento alguno de convicción sobre la existencia de una conducta (activa u omisiva) por parte de la Administración que genere una lesión concreta y directa a un derecho constitucional” (Conf. fs. 33 vta.).

Aun cuando si bien es cierto que con anterioridad un caso sólo era actual si había daño a un interés jurídicamente protegido, no lo es menos que la obsoleta creencia que la función judicial se circunscribe únicamente a dirimir conflictos ha quedado de lado, dando paso a la jurisdicción preventiva. Ello en tanto, una de las notas distintivas de los derechos colectivos individuales homogéneos no patrimoniales es justamente que su protección constitucional no puede llevarse a cabo en idénticos términos que la tutela de los derechos clásicos. Y es esta circunstancia la que me lleva en el presente expediente a repensar los contornos y el alcance del concepto “caso judicial”.

Vale recordar, que si bien hubo manifestaciones anteriores el giro copernicano en torno al reconocimiento de esta tipología de derechos se produce con de la sentencia “Halabi”, a partir de la cual se “...admite una tercera categoría, conformada por derechos de incidencia colectiva referente a los intereses individuales homogéneos” donde “... no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay un homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte salvo en lo que hace a la prueba del daño...” (CSJN, Fallos 332:111, “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. Ley 25.873 Dto. 1563/04”, 2009). (El resaltado me pertenece).

A mayor abundamiento, y en caso de quedar algún resquemor en este sentido, cabe aclarar que el acceso a la justicia es un derecho humano que exige el cumplimiento de determinadas obligaciones por parte del Estado (Conf. ROSATTI, Horacio D., El Derecho a la Jurisdicción antes del Proceso, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1984, p. 13/15).

Al respecto se ha sostenido que “... el segundo principio garantista de carácter general es el de jurisdiccionalidad: para que las lesiones de los derechos fundamentales, tanto liberales como sociales, sean sancionadas y eliminadas, es necesario que tales derechos sean todos justiciables, es decir, accionables en juicio frente a los sujetos responsables de su violación, sea por acción o por omisión” (Conf. FERRAJOLI, Luigi, Derecho y Razón, Editorial Trotta, Madrid, España, 1995, p. 917).



En estas mismas coordenadas, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha puesto especial énfasis en lo que respecta a la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción. De ahí que se le otorgue singular relevancia a las garantías tendientes a la protección de los derechos fundamentales, particularmente el derecho a contar con recursos judiciales idóneos para reclamar su vulneración.

Empero, de ello no puede deducirse que no sea necesario acreditar la existencia de una controversia, esto es la real conculcación del derecho cuya protección se requiere. Ahora bien, en tanto el objeto de las presentes actuaciones es asegurar el efectivo resguardo de dos derechos de raigambre constitucional, como lo son la libertad de intimidad y los derechos de los consumidores y usuarios. Y toda vez que se trata de un conflicto que revista actualidad ya que no puede desconocerse la amenaza cierta que implican las nuevas tecnologías, como internet, para el derecho a la intimidad –muestra de ello es la abultada jurisprudencia que existe en la temática, sirva de ejemplo los siguientes precedentes: CNCiv., Sala J, “Krum, Andrea Paola c/ Yahoo de Argentina S.R.L. y otro /s daños y perjuicios”, sentencia del 31/08/2012; CNCiv., Sala B, “Paquez, José c/ Google Inc s/ Art. 250 C.P.C. -Incidente Civil”, sentencia del 01/09/2014; CNCiv., Sala H, “A., M. A. G. c/ Yahoo de Argentina S.R.L. y Otro s/ medida precautoria”, sentencia del 21/08/2014; CNCiv., Sala A, “R., M. B. c/ Google Inc. y Otro s/ Daños y Perjuicios”, sentencia del 13/05/2013; entre muchos otros-, he de concluir que se encuentra configurado el “caso judicial”.

II. Que luego de examinada la existencia de causa judicial que habilite la intervención del Poder Judicial, corresponde adentrarse en la competencia del suscripto para conocer en autos.

A tal fin, es imprescindible referenciar que el artículo 7º de la Ley 2.145 prescribe: “Cuando la acción de amparo sea dirigida contra autoridades públicas de la Ciudad será competente para conocer el fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad...”.

Lo cual resulta perfectamente congruente con lo estipulado por la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires cuyo artículo 48 determina que la justicia en lo contencioso administrativo y tributario entiende en todas las cuestiones en que la Ciudad sea parte, cualquiera fuera su fundamento u origen, tanto en el ámbito del derecho público como del derecho privado. Con un criterio aún más abarcativo señala el artículo 2º del Código Contencioso, Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Ley 189) que corresponden a este fuero todas las causas en que una autoridad administrativa sea parte, cualquiera sea su fundamento u origen, tanto en el ámbito del derecho público como del derecho privado, competencia que resulta de orden público.

En este sentido, es del caso resaltar el rol que la Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor del GCBA cumple como autoridad de aplicación de la Ley N° 24.240

La Constitución de la Ciudad Autónoma establece en su artículo 46: “La Ciudad garantiza la defensa de los consumidores y usuarios de bienes y servicios, en su relación de consumo, contra la distorsión de los mercados y el control de los monopolios que los afecten. Protege la salud, la seguridad y el patrimonio de los consumidores y usuarios, asegurándoles trato

equitativo, libertad de elección y el acceso a la información transparente, adecuada, veraz y oportuna, y sanciona los mensajes publicitarios que distorsionen su voluntad de compra mediante técnicas que la ley determine como inadecuadas. Debe dictar una ley que regule la propaganda que pueda inducir a conductas adictivas o perjudiciales o promover la automedicación. Ejerce poder de policía en materia de consumo de todos los bienes y servicios comercializados en la Ciudad, en especial en seguridad alimentaria y de medicamentos. El Ente Único Regulador de los Servicios Públicos promueve mecanismos de participación de usuarios y consumidores de servicios públicos de acuerdo a lo que reglamente la ley”.

Su texto es similar a las previsiones contenidas en el artículo 42 de la Constitución Nacional, pero es novedosa la remisión que hace al legislador para el dictado de una ley que regule la publicidad inductiva de conductas perjudiciales o que promueva la automedicación. Asimismo, prevé que la Ciudad ejerce el poder de policía en materia de consumo de los bienes y servicios comercializados dentro de su jurisdicción, especialmente lo referente a alimentos y medicamentos.

En lo que específicamente hace a la autoridad de aplicación en jurisdicción de la CABA, la Ley N° 757 en su artículo 2º apunta: “La máxima autoridad del Gobierno de la Ciudad en materia de defensa de los consumidores y usuarios, será la autoridad de aplicación a los efectos de esta ley y de las Leyes Nacionales de Defensa del Consumidor (24.240) y de Lealtad Comercial (22.802), sin perjuicio de las funciones de los demás organismos de la Ciudad que persigan la protección y defensa del Consumidor o de problemáticas afines a las establecidas por esta ley. A los efectos de garantizar la defensa y protección de los derechos de los consumidores, la autoridad de aplicación tendrá facultades para firmar convenios o acuerdos de colaboración con organismos públicos o privados y para dictar las normas instrumentales e interpretativas necesarias, a fin de hacer eficaz y efectiva la implementación de los objetivos de la presente ley (Conforme texto Art. 1º de la Ley N° 3.959, BOCBA N° 3832 del 13/01/2012)”.

Finalmente, la reglamentación de dicha norma, el Decreto N° 714/010 (BOCBA N° 3509 del 22/09/2010), determina en su artículo 2º: “Establécese a la Subsecretaría de Atención Ciudadana de la Jefatura de Gabinete de Ministros como la Máxima Autoridad local de Aplicación de las Leyes Nacionales de Defensa del Consumidor N° 24.240 y de Lealtad Comercial N° 22.802 y sus leyes modificatorias y demás disposiciones vigentes en la materia”, mientras que el artículo segundo del anexo reglamentario de la Ley 757 expresamente dispone: “La Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor, es la Autoridad de Aplicación del Procedimiento Administrativo para la Defensa de los Derechos del Consumidor y del Usuario, aprobado por Ley N° 757.”

Todo esto en forma concordante con el artículo 41 de la Ley 24.240 que expresa: “Los gobiernos provinciales y la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires actuarán como autoridades locales de aplicación ejerciendo el control y vigilancia sobre el cumplimiento de la presente ley y sus normas reglamentarias respecto a los hechos sometidos a su jurisdicción. Las provincias, en ejercicio de sus atribuciones, podrán delegar sus funciones en organismos de su dependencia o en los gobiernos municipales”.

El eje de la Ley 24.240 es el vínculo de consumo, definida por su artículo tercero como “el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario”, dado que esa relación es la que

da origen a la aplicación de un derecho protectorio como el derecho del consumidor. Ha señalado la jurisprudencia que: “La relación de consumo definida por el artículo 3° de la ley 24.240, impone al proveedor la protección del consumidor más allá del producto o servicio adquirido, incluyendo el íntegro trayecto en el cual se desenvuelve la vinculación de los sujetos, sea antes, durante o después de la eventual contratación” (Cámara 4a de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, in re “González, Yolanda c/ Supermercados Norte S.A” del 4/3/09, publicado en LL Gran Cuyo 2009 Junio).

En cuanto a quién puede ser considerado proveedor a los efectos de la aplicación de la ley, el artículo 2° de la Ley 24.240 dice: “Proveedor. Es la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios. Todo proveedor está obligado al cumplimiento de la presente ley”.

La única excepción es la de las profesiones liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello (párrafo segundo del artículo citado).

A su vez, según la misma ley, son consumidores los comprendidos en el concepto de su artículo 1° que entiende por tal “a toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda comprendida la adquisición de derechos en tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados y figuras afines. Se considera asimismo consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo”, norma por la cual, *brevitatiscausae*, se entiende que la concepción de consumidor ha superado el ámbito restringido del contrato, comprendiendo situaciones que no necesariamente involucran una contratación previa, ya que lo protegido no es el hecho de contratar sino de consumir (Conf. LORENZETTI, Ricardo “Consumidores”, EditorialRubinzalCulzoni, Santa Fe, 2003, p. 85) por lo que puede haber consumidores que sean tales sin haber contratado, que sean simples “utilizadores” de un servicio.

Por lo que resulta sencillo concluir que los buscadores o direccionadores de internet son proveedores de servicios no excluidos de la aplicación de la Ley 24.240, y los que los contratan o utilizan son consumidores a los efectos de la misma ley, encontrándose por ende en el ámbito de la autoridad de aplicación el control y normación de su desenvolvimiento, y el poder de policía sobre la actividad, en términos de la legislación citada.

En otro orden de ideas, debe tenerse en cuenta el mandato constitucional establecido en el artículo 10 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en los siguientes términos: “... Los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y ésta no puede cercenarlos”.

Esta garantía constitucional de operatividad de los derechos ha sido, a mi criterio, adecuadamente interpretada por el Gobierno de turno, en diversas oportunidades. Sirva de

ejemplo, el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 2/2013 donde se afirmó: "... la efectiva garantía de los (...) derechos que consagra la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires requiere el acabado ejercicio de la autonomía que surge del artículo 129 de la Constitución Nacional, y cuya preservación impone el artículo 6° de la Ley Fundamental local" (El resaltado no es del original).

Por otra parte, la interpretación del ordenamiento jurídico que nos rige no puede efectuarse aisladamente del contexto donde va a ser aplicado, porque ello llevaría al absurdo de transformar la Constitución Nacional en un mero catálogo de ilusiones –como sostenía Bidart Campos-. Por ello, tal como con absoluta claridad lo ha fundamentado en ejercicio de sus propias facultades la Administración Gubernamental de Ingresos Públicos de la CABA, no puede obviarse que "... la revolución virtual implica redefinir en el ámbito del derecho las nociones tradicionales de jurisdicción, competencia, validez espacial y temporal, llevando a redefinir el rol del Estado y del protagonismo privado en el ámbito político y social" (Conf. Resolución N° 593/AGIP/14).

La plataforma normativa mencionada, en sintonía con el dictamen del sr. Fiscal a fs. 22 y además estando acreditado en estos autos la existencia de motores de búsqueda de Internet con domicilio en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Conf. fs.173), me lleva a colegir que este Tribunal resulta competente para conocer en las presentes actuaciones.

III. Que sentado lo que antecede, corresponde verificar si se cumplimentan los requisitos de admisibilidad estipulados para la acción de amparo colectivo. Dicho proceso fue incorporado a nivel federal a través de la última reforma de la Constitución Nacional, en el segundo párrafo del artículo 43 que dispone: "Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización".

En consonancia, el artículo 14 de la Constitución local en su parte pertinente prescribe: "Están legitimados para interponerla cualquier habitante y las personas jurídicas defensoras de derechos o intereses colectivos, cuando la acción se ejerza contra alguna forma de discriminación, o en los casos en que se vean afectados derechos o intereses colectivos, como la protección del ambiente, del trabajo y la seguridad social, del patrimonio cultural e histórico de la Ciudad, de la competencia, del usuario o del consumidor. El agotamiento de la vía administrativa no es requisito para su procedencia. El procedimiento está desprovisto de formalidades procesales que afecten su operatividad. Todos los plazos son breves y perentorios. Salvo temeridad o malicia, el accionante está exento de costas. Los jueces pueden declarar de oficio la inconstitucionalidad de la norma en que se funda el acto u omisión lesiva".

Con este marco normativo cabe analizar el planteo de la demandada respecto de la procedencia de la vía escogida por el accionante. Preliminarmente es del caso destacar que para iniciar una acción de amparo colectivo –al igual que una individual- resultaría necesario acreditar los siguientes extremos: un daño actual o inminente a derechos y garantías

reconocidos por la Constitución Nacional, los tratados internacionales, las leyes de la Nación, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, las leyes dictadas en su consecuencia y los tratados interjurisdiccionales en los que la Ciudad sea parte; un acto u omisión lesivo cuya ilegalidad o arbitrariedad aparezcan de un modo claro y manifiesto; y por último la inexistencia de otro medio judicial más idóneo.

Debo señalar, ab initio, que en la especie se encuentran presentes la totalidad de los recaudos mencionados. En efecto, están involucrados derechos fundamentales como el derecho a la intimidad de los consumidores de Internet que supuestamente se ve amenazado por la omisión de la Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de dictar la normativa pertinente a fin de garantizar una tutela efectiva de la libertad de intimidad, lo que prima facie la convierte en arbitraria e ilegal.

Respecto de la inexistencia de otra vía legal más idónea, cabe destacar que la Cámara del fuero en reiteradas oportunidades puso de manifiesto que: “(...) la existencia de otras alternativas judiciales para atender al conflicto planteado, no debe entenderse en un sentido meramente ritual, vale decir que, dada su sola posibilidad formal, se excluya inmediatamente la senda del amparo” (CCAyT, Sala II, in re “Ermini, Enrique Bernardino c/ GCBA s/ Amparo -Art.14 CCABA”, Expte. N° 8868/00, 23/2/2001; Sala II, in re “Rodríguez Eduardo Alejandro c/ GCBA s/ Amparo - Art. 14 CCBA”, Expte. N° 638/2001, 23/4/2001, entre otras). Ello por cuanto, la simple posibilidad fáctica que las vías ordinarias resulten aptas para dirimir la cuestión no puede ser considerada sin más para negar la procedencia del amparo, sino que deberá evaluarse también si procesos de mayor amplitud temporal no importan un serio perjuicio sobre los derechos que buscan ser reconocidos.

Si este test no se efectuara caeríamos en el absurdo de dar por garantizado el derecho que le asiste a toda persona a un recurso rápido, sencillo y efectivo ante los jueces competentes que la ampare contra actos que violen derechos fundamentales previsto en el artículo 25 del Pacto de San José de Costa Rica, por instrumentos meramente formales que en lo empírico no serían eficaces para tutelar los bienes jurídicos que se intentan proteger. Tal como lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos: “No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica; (...) o por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia (...)”. (Conf. Corte IDH. Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8° Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A N°. 9).

A su vez, no puede omitirse ponderar que en este caso ha sido cuestionada la legitimación de la parte actora. Al respecto, la accionada sostiene que no surge del plexo constitucional que el constituyente hubiera reconocido la posibilidad de realizarle consultas al Poder Judicial, como tampoco para incoar demandas abstractas donde no surge la existencia de un derecho colectivo ni subjetivo afectado o lesionado por una omisión manifiestamente arbitraria. Añade que el accionante no acreditó un perjuicio actual y concreto a un derecho subjetivo o de incidencia colectiva.



Para resolver este planteo es indispensable determinar, por un lado, cuál es la naturaleza jurídica del derecho cuya salvaguarda se procura en las presentes actuaciones; y en base a ello, quiénes son los sujetos que se encuentran habilitados para su defensa.

Teniendo en cuenta este esquema metodológico, es importante analizar el criterio establecido por la Corte Suprema de justicia de la Nación en la ya citada causa “Halabi”. En esta oportunidad sostuvo que “en materia de legitimación procesal corresponde, como primer paso, delimitar con precisión tres categorías de derechos: individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos”. En la primera hipótesis, la regla general en materia de legitimación es que éstos son ejercidos por su titular, principio que no se ve alterado por la circunstancia que existan numerosas personas involucradas. Ello en tanto, en estos casos no hay variación en cuanto a la existencia de un derecho subjetivo sobre un bien individualmente disponible por su titular, quien debe, indispensablemente, probar una lesión a este derecho para que se configure una cuestión justiciable. Esta categoría de derechos encuentra base normativa en el primer párrafo del artículo 43 de la Constitución Nacional.

Por consiguiente, si bien desde el punto de vista constitucional es importante precisar que en materia de derechos individuales, la regla general es que la legitimación corresponde a su titular. Con posterioridad, habrá de verificarse si existe un supuesto de excepción, es decir, si la acción es colectiva porque hay un bien colectivo o porque existe la posibilidad de encontrar un elemento común a todos los derechos individuales (LORENZETTI, Ricardo L., Justicia Colectiva, Rubinzal – Culzoni editores, Santa Fe, 2010, p. 107). Ambos supuestos ensanchan los márgenes de la legitimación activa. De hecho, y en relación a los derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos admitidos por el segundo párrafo del artículo 43 constitucional el Máximo Tribunal especificó que es perfectamente aceptable dentro de la arquitectura de nuestro ordenamiento jurídico que un afectado, el Defensor del Pueblo o determinadas asociaciones deduzcan una acción colectiva con el fin de tutelar esta categoría de derechos (Conf. considerando 19 de la sentencia “Halabi”).

Que este argumento resulta aplicable en el ámbito local no sólo en virtud de lo dispuesto por el artículo 14 de la Constitución porteña, sino también en razón de lo prescripto por el artículo 10 del mismo cuerpo normativo que garantiza la operatividad de los derechos. No obstante, diferenciándose de lo dispuesto a nivel federal, el constituyente local de forma aún más abarcativa dispuso que están legitimados para interponer acción de amparo colectivo “... cualquier habitante y las personas jurídicas defensoras de derechos o intereses colectivos”.

En oportunidad de interpretar este dispositivo constitucional el Supremo local explicó: “Para aquellos supuestos identificados como (ii) derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos y (iii) derechos de incidencia colectiva referidos a derechos individuales homogéneos, tengo dicho que “[p]or un lado, el carácter indivisible de los derechos colectivos en sentido estricto, o el que reciben aquellos otros que acceden a esa categoría por disposición normativa (vgr. consumidores y usuarios), conduce a que desaparezca la posibilidad de invocar titularidad exclusiva a su respecto. Eso, a su vez, provoca que la noción de caso difiera cuando se debate en torno a derechos, por ejemplo, de primera generación, y cuando se lo hace respecto de derechos de incidencia colectiva. En este último

supuesto, la identificación del bien tutelado, conduce a poder tener por configurado el caso ante la prueba de su menoscabo, o cuando éste resultara inminente. Todo ello, como dato característico, ocurre, además, al margen de la posición que el demandante ostenta en relación con el bien colectivo tutelado (...) Los afectados directos que integran las referidas categorías (i) y (ii), en relación con el bien colectivo y la tutela que le brinda el proceso de esa especie están, por regla, en situación de paridad y no se desplazan entre sí. Ellos conviven en la misma “zona de interés” con idénticos poderes y, por tanto, resulta indiferente que uno, varios o todos obren en defensa del derecho colectivo que los congrega” (Conf. TSJ de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Expte. n° 6603/09, “Barila Santiago c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido” y su acumulado Expte. n° 6542/09 “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Barila Santiago c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA), sentencia del 4/11/2009. Voto del Dr. Luis Francisco Lozano).

Asimismo, el Tribunal Superior, en el fallo referenciado, puntualizó: “En el supuesto que nos ocupa como el promotor del amparo obra en su carácter de ciudadano, tanto la legitimación que lo asiste como la noción de caso requerirán formular mayores precisiones. Basta señalar, por ahora, que la condición de ciudadano no es en todos sus aspectos y consecuencias homologable a la del afectado directo al que alude el art. 43 de la CN. De cualquier forma, las particularidades de este pleito (...) conducen a admitir la legitimación del actor y a tener por configurado un caso que habilita la intervención de los órganos permanentes del poder Judicial. Ello así, básicamente, por la aptitud consagrada en el segundo párrafo del art. 14 de la CCBA a favor de cualquier habitante, sin que se haya alegado o surja manifiesto que ella desplaza o pueda perjudicar a otro legitimado más directo (...).”

En síntesis, la noción de “derechos de incidencia colectiva” ha sido aggiornada y actualmente abarca otros supuestos donde -como en las presentes actuaciones- el bien tutelado pertenece de manera individual o divisible a una pluralidad relevante de sujetos, la amenaza inminente proviene de un origen común y las características del caso demuestran la imposibilidad o inconveniencia de tramitar la controversia a través de los moldes adjetivos tradicionales.

En esta hipótesis, desconocer las posibilidades de un proceso colectivo de esta clase de asuntos podría ocasionar dos resultados ciertamente indeseables: i) el colapso del sistema de justicia como consecuencia de la multiplicidad de reclamos por una misma cuestión; y/o ii) provocar un estado de indefensión, cuyo único resultado será fomentar la impunidad de un sinnúmero de lesiones antijurídicas debido a las dificultades materiales que el acceso individual al servicio de justicia trae consigo.

Por último, cabe destacar que si bien el actor podría ser un "afectado" lo cierto es que su pretensión fue articulada no sólo en procura de su interés particular, sino principalmente en defensa de los restantes sujetos que utilizan Internet. Siguiendo esta línea argumental, no puede sino concluirse que el aquí accionante se encuentra legitimado en autos dado que es pública y notoria la amenaza que Internet configura para el derecho de intimidad, tal como ha sido reconocido por el Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión del año 2013 que puso especial énfasis en destacar los importantes desafíos que plantea la era digital cuando se trata de controversias entre el derecho a la libertad de expresión y otros derechos como el derecho a la privacidad.

IV. Que, en tales condiciones, se torna indispensable abordar el encuadre normativo que da sustento al planteo en examen. Cabe reiterar que se encuentran involucrados derechos de raigambre constitucional; tal es el caso de la intimidad y los derechos de los consumidores y usuarios.

Corresponde puntualizar, en este orden de ideas, que el derecho constitucional a la intimidad aquí en juego -consagrado en forma genérica por el artículo 19 e individualizado respecto de alguno de sus aspectos en los artículos 18, 43 y 75, inciso 22 de la Constitución- ha sido definido originariamente por la Corte Suprema como "... aquel que protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y, en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad, están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por los extraños significa un peligro real o potencial para la intimidad" (CSJN, Fallos: 306:1892, "Ponzetti de Balbín, Indalia c/ Editorial Atlántida S.A.", 1982).

Así, con una interpretación histórica de los debates de la Convención Constituyente de la Ciudad de Buenos Aires, no presenta duda alguna que esta es la plataforma jurisprudencial tenida en cuenta al incorporar el inciso 3º del artículo 12 al texto constitucional. En efecto, el convencional Vivo en dicha oportunidad recordó lo dispuesto por la Corte Suprema en el citado fallo: "... el avance sobre la intimidad no autoriza a dañar la imagen pública o el honor de las personas y menos a sostener que no tienen un sector o ámbito de vida privada protegida de toda intromisión, máxime cuando con su conducta a lo largo de su vida no ha fomentado indiscreciones ni por propia acción ni autorizado, tácita o expresamente, la invasión de su privacidad y la violación del derecho a su vida privada en cualquiera de sus manifestaciones" (Conf. Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, t. II, 1ª edición, Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, Buenos Aires, 2004, p. 254).

En el ámbito local, este derecho fundamental encuentra base normativa, además de la garantía de operatividad de los derechos consagrada en el artículo 10 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; en el artículo 12 donde expresamente se establece que la Ciudad garantiza "El derecho a la privacidad, intimidad y confidencialidad como parte inviolable de la dignidad humana" –inciso 3º-.

Tal como ha explicado la doctrina del análisis sistematizado e integrador de la normativa constitucional tuitiva del derecho fundamental a la intimidad, surgen básicamente cuatro niveles de protección. Primero, el principio de autonomía personal que constituye uno de los ejes del sistema de derechos individuales y, por lo tanto, del Estado constitucional de derecho que tiene como fin esencial al ser humano. Tiene base normativa en el artículo 19 de la Constitución Nacional, y es el punto de partida de la protección del derecho a la intimidad y a la privacidad (Conf. BASTERRA, Marcela I., Derecho a la información vs. derecho a la intimidad, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2012, p. 115/116).

El artículo 19 es un postulado cardinal del sistema de derechos, tiene un carácter tan básico que la mayoría de los derechos reconocidos en el artículo 14, son instrumentales en relación a este precepto. Tales derechos no serían significativos si no estuvieran en función de la libertad de cada individuo, de elegir su propio plan de vida y de juzgar por sí mismo, la validez de los diferentes modelos de excelencia humana (Conf. NINO, Carlos Santiago, Fundamentos de Derecho Constitucional, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 312/313).

La segunda esfera de protección abarca el derecho a la intimidad, mientras que la tercera se circunscribe al derecho a la privacidad. Si bien estos conceptos suelen ser utilizados como sinónimos tanto por la jurisprudencia como por la doctrina, hay corrientes que postulan diferencias entre ambos. En esta línea de pensamiento, se ha sostenido que existe entre estos vocablos una relación de género -privacidad- a especie -intimidad-. Esta distinción repercute al momento de definir la privacidad, ya que habrá que tomarse en cuenta el lugar o ámbito donde se realizan los actos privados y el grado de expectativa de privacidad que una persona puede esperar en determinadas circunstancias. Todo individuo tiene la misma protección en relación al derecho a la intimidad. En la intimidad personal, nadie, por ningún motivo o circunstancia puede tener acceso sin autorización del titular del derecho. Sin embargo, no todos los sujetos tienen la misma protección respecto de su privacidad, dado que un personaje público, tendrá una expectativa menor de privacidad que alguien anónimo o desconocido (Conf. BASTERRA, Marcela I., Derecho a la información vs. derecho a la intimidad, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2012, p. 163/175).

Finalmente, el cuarto nivel es el de la protección de los datos personales que se encuentren almacenados en bancos de datos públicos, o privados destinados a proveer informes. El habeas data como garantía constitucional salvaguarda una especie de intimidad, el derecho a la intimidad informática.

Ahora bien, cabe advertir que actualmente el gran desarrollo de los medios de comunicación digitales provocaron una nueva forma de intercambio de información que representa una amenaza real al control de los usuarios sobre su intimidad y capacidad de autodeterminación. En efecto, es innegable que la rápida evolución tecnológica y la globalización trajeron consigo nuevos retos para la protección de los datos personales, dado que hoy en día el derecho a la privacidad puede verse menoscabado gravemente por la utilización indebida de los datos que de un individuo pueden obtenerse por los hábitos de navegación que tiene cada usuario y que constituye una severa invasión a esta prerrogativa cardinal del plexo normativo.

Puede afirmarse, pues, que el desarrollo de la informática y de las comunicaciones han posibilitado acceder a informaciones de cualquier naturaleza, de un modo sencillo, sumamente rápido, y -prácticamente- desde cualquier lugar del mundo. En este contexto, el tema que preocupa es el de la preservación de la intimidad; ello en tanto, la información vinculada a personas determinadas o determinables en una sociedad en la que la generalidad de las informaciones personales se registran y procesan en sistemas informáticos, y circulan en redes virtuales de alcances prácticamente ilimitados, ha adquirido una trascendencia tal, que la "personalidad virtual" está sustituyendo en la práctica a la "personalidad real". Estoy persuadido que si esa información personal revela aspectos de la personalidad que no se desea que sean conocidos por los demás, se está vulnerando su privacidad. De allí que se

sostenga que la telemática y la informática han impulsado el desarrollo de los derechos a la intimidad y a la autodeterminación informativa, en una confluencia que da origen a un derecho derivado de ambos: el "derecho a la intimidad informática" (Conf. PEYRANO, Guillermo F., "El derecho a la "intimidad informática". Garantía de la privacidad personal en los entornos virtuales de las comunicaciones electrónicas", AbeledoPerrot N°: 0003/013573).

Tal como surge del informe confeccionado por la Carrera de Especialización en Derecho Informático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires obrante a fs. 70/141, el acceso a Internet se ha convertido en un poderoso instrumento para socializar el conocimiento y favorecer la comunicación entre personas y grupos sociales. A su vez se puso de manifiesto en el documento referido los conflictos que Internet ha suscitado, tales como la falta de control de contenidos que provocó entre otros efectos una fuerte amenaza a la intimidad de las personas. Esos argumentos llevan a esta alta casa de estudio a colegir que es imperioso reformular los criterios y pautas con los que se proponga hacer previsible las conductas en la red, y sobre todo, brindar las respuestas eficaces que el derecho debe proveer cuando se afectan intereses legítimos, muchas veces en conflicto.

Empero, frente a este escenario cobra vital importancia el rol de destacada importancia que en todo sistema democrático detenta la libertad de expresión. En efecto, no es materia discutible el carácter de libertad preferida que ostenta el derecho a expresar libremente las ideas, toda vez que es considerado piedra angular del Estado constitucional de derecho. Esta interpretación ha sido consolidada de manera prácticamente unánime tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, nacional e internacional.

Al respecto, es imperioso recordar la arraigada postura de nuestro Máximo Tribunal al respecto que ha enfatizado: "Entre las libertades que la Constitución Nacional consagra, la de prensa es una de las que poseen mayor entidad, al extremo de que sin su debido resguardo existiría tan solo una democracia desmedrada o puramente nominal. Incluso no sería aventurado afirmar que, aun cuando el artículo 14 enuncie derechos meramente individuales, está claro que la Constitución al legislar sobre libertad de prensa, protege fundamentalmente su propia esencia democrática contra toda posible desviación tiránica. Ha de concluirse, entonces, que tiene máxima jerarquía constitucional la exigencia de que el uso legítimo de la libertad de prensa no pueda ser sancionado cuando se la ejerce contra las manifestaciones radicalmente ilícitas de la dictadura. Y va de suyo que ese requerimiento debe prevalecer sobre cualquier interpretación de normas legales, por responsables que sean los intereses que ellas tutelen" (Conf. CSJN, Fallos 248:291, "Abal, Edelmiro y otros c/ Diario La Prensa", 1960; Fallos 311:2553, "Sánchez, Abelenda R. c/ Ediciones de La Urraca, S. A. y otro", 1988; Fallos 316:1623, "Pérez Arriaga, Antonio c/. Arte Grafica Editorial Argentina S.A.", 1993; Fallos 324:975, "S., V. c/ M., D. A.", 2001; Fallos 331:1530, "Patitó, José Ángel y otro c/ Diario La Nación y otros", 2008, entre muchos otros).

Por su parte la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al interpretar el artículo 13 del Pacto de San José de Costa Rica señaló: "(...) la libertad de pensamiento y expresión "comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole (...)". Estos términos establecen literalmente que, quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el



derecho y la libertad de búsqueda y difusión de ideas u opiniones. (...) En efecto, ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado e impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo, pero también implica recibir cualquier información, así como el derecho a conocer la expresión del pensamiento ajeno” (Conf. Corte IDH, “La Colegiación Obligatoria de Periodistas” (artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13/11/85. Serie A N° 5).

En consonancia, ha sostenido el Tribunal de cita que: “En su dimensión social la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones y para la comunicación masiva entre los seres humanos. Así como comprende el derecho de cada uno a tratar de comunicar a los otros sus propios puntos de vista implica también el derecho de todos a conocer opiniones y noticias. Para el ciudadano común, tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros, como el derecho a difundir la propia”(Conf. Corte IDH, Caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, Sentencia de 02/07/04. Serie C N° 107; “La Última Tentación de Cristo [Olmedo Bustos y otros] vs. Chile”, sentencia del 5 de febrero de 2001, párrafo 64; “IvcherBronstein vs. Perú”, sentencia del 6 de febrero de 2001, párrafo 146; “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, sentencia del 2 de julio de 2004, párrafo 108; y “Ricardo Canese vs. Paraguay”, sentencia del 31 de agosto de 2004, párrafo 77).

Sin embargo, este rango privilegiado del derecho a la información, no implica que siempre y en todos los casos que sea confrontado con otros derechos tenga absoluta prioridad; sino que impone la obligación a los jueces de actuar con especial prudencia al atribuir responsabilidades por su desenvolvimiento, y a realizar la tarea de interpretación con carácter sumamente restrictivo al momento de sacrificar tan excelsa libertad (Conf. BASTERRA, Marcela I., “Alcances de la tutela constitucional de la libertad de expresión. Los sitios de Internet”, LL 2014-D, p. 36).

En el diseño constitucional argentino, la protección a la libertad expresión surge de la interpretación armónica de los artículos 14, 32, 33, 68 de la Constitución Nacional. A partir de la reforma de 1994, hay que anexar el artículo 43, 3° párrafo, en tanto salvaguarda específicamente el secreto de las fuentes de información periodística; como también el artículo 75 inciso 22, que incorpora diversos instrumentos internacionales de protección de los Derechos Humanos con jerarquía constitucional que contienen normas protectoras de esta libertad.

En el marco local, en consonancia con lo dispuesto por la Carta Magna, tales garantías se encuentran reconocidas en la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires. Así, por un lado hay que tener en cuenta, una vez más, la garantía de operatividad de los derechos establecida en el artículo 10. Mientras que específicamente sobre la materia el artículo 12 dispone; “La Ciudad garantiza: (...) 2. El derecho a comunicarse, requerir, difundir y recibir información libremente y expresar sus opiniones e ideas, por cualquier medio y sin ningún tipo de censura”. En relación a la cultura el artículo 32 prescribe; “La ciudad distingue y promueve todas las actividades creadoras. Garantiza la democracia cultural; asegura la libre expresión artística y prohíbe toda censura; facilita el acceso a los bienes culturales (...)”. Finalmente, el artículo 47 expresa; “La Ciudad vela para que no sea interferida la pluralidad de emisores y

medios de comunicación, sin exclusiones ni discriminación alguna. Garantiza la libre emisión del pensamiento sin censura previa, por cualquiera de los medios de difusión y comunicación social y el respeto a la ética y el secreto profesional de los periodistas (...)"

En lo que aquí atañe, vale recordar que en el marco de la ONU, el 1º de junio de 2011 se dictó una Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet donde se dispuso que: “La libertad de expresión se aplica a Internet del mismo modo que a todos los medios de comunicación. Las restricciones a la libertad de expresión en Internet solo resultan aceptables cuando cumplen con los estándares internacionales que disponen, entre otras cosas, que deberán estar previstas por la ley y perseguir una finalidad legítima reconocida por el derecho internacional y ser necesarias para alcanzar dicha finalidad (la prueba "tripartita")”.

A su vez, en julio del año 2012 el Consejo de Derechos Humanos de la ONU ha emitido una resolución, reconociendo por primera vez el derecho a la libertad de expresión en Internet. Así sostuvo que: "... el ejercicio de los derechos humanos, en particular del derecho a la libertad de expresión en Internet, es una cuestión que reviste cada vez más interés e importancia debido a que el rápido ritmo del desarrollo tecnológico permite a las personas de todo el mundo utilizar las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones".

En estas mismas coordenadas, en la Declaración Conjunta del 2012 realizada por el Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y de Expresión, y la Relatora Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión de Derechos Humanos de la OEA; se advirtió que las leyes que regulan Internet deben tener en cuenta sus características especiales como herramienta única de transformación, que permite a miles de millones de personas ejercer su derecho a la libertad de pensamiento y expresión.

De manera complementaria en el Informe Anual de 2013 la Relatoría ha destacado que si bien “La libertad de expresión es un derecho fundamental en una sociedad democrática y sirve de instrumento invaluable de protección y garantía de los restantes derechos humanos (...) No obstante, el derecho a la libertad de expresión no es un derecho absoluto ...” Y recordó: “Tal y como fue observado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la resolución “El derecho a la privacidad en la era digital”, adoptada por consenso, los Estados tienen la obligación de respetar y proteger el derecho a la privacidad de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos, incluyendo en el contexto de las comunicaciones digitales. En efecto, (...) las autoridades deben, de una parte, abstenerse de hacer intromisiones arbitrarias en la órbita del individuo, su información personal y sus comunicaciones y, de otra parte, deben garantizar que otros actores se abstengan de realizar tales conductas abusivas. (...) Este punto está estrechamente ligado a la obligación estatal de crear un ambiente protegido para el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, toda vez que la vulneración de la privacidad de las comunicaciones tiene un efecto inhibitorio y afecta el pleno ejercicio del derecho a comunicarse ...”.

En suma, es preciso aclarar que en principio y abstractos todos los derechos fundamentales poseen igual jerarquía lo que significa que la protección de la intimidad debe realizarse con criterios razonables y proporcionados de forma tal que no termine restringiendo de manera arbitraria el derecho a la libertad de expresión.

Ahora bien, el estado actual del desarrollo de la tecnología ha impactado considerablemente en nuestras instituciones jurídicas. Esta “revolución tecnológica” ha puesto de manifiesto la insuficiencia de las herramientas actuales para proteger eficazmente la libertad de intimidad.

En este contexto, se torna imperioso que tanto los institutos jurídicos tradicionales como también los noveles se adapten a estas nuevas situaciones. Es que "... en un sentido general puede decirse que el derecho y su ciencia están en perpetua crisis, esto es, atentos a un continuo esfuerzo, a un incesante trabajo de adaptación, y de reintegración" (Conf. DEL VECCHIO, G., Crisis del Derecho y crisis del Estado, trad. de Mariano Castaño, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1935, p. 41).

Con este mismo criterio interpretativo, la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso “Google Spain, S. L, Google Inc. Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González” del 13 de mayo de 2014 concluyó que “la actividad de los motores de búsqueda desempeña un papel decisivo en la difusión global de dichos datos en la medida en que facilita su acceso a todo internauta que lleva a cabo una búsqueda a partir del nombre del interesado (...) En consecuencia, en la medida en que la actividad de un motor de búsqueda pueda afectar, significativamente y de modo adicional a la de los editores de sitios de Internet, a los derechos fundamentales de respeto a la vida privada y de protección de datos personales, el gestor de este motor como persona que determina los fines y los medios de esta actividad, debe garantizar, en el marco de sus responsabilidades, de sus competencias y de sus posibilidades, que dicha actividad satisface las exigencias de la Directiva 95/46 para que las garantías establecidas en ella puedan tener pleno efecto y pueda llevarse a cabo una protección eficaz y completa de los interesados, en particular, de su derecho al respeto de la vida privada”.

Ante este escenario es indispensable analizar si los institutos jurídicos existentes son herramientas eficaces y suficientes para tutelar el derecho a la intimidad de los usuarios de Internet. A todas luces, los mismos resultan altamente insuficientes y en este contexto cabe preliminarmente aclarar que lo petitionado por el actor, esto es la incorporación obligatoria de un Procedimiento o Protocolo Interno de Protección del Derecho a la Intimidad (PIPDI) por parte de los proveedores de servicios de búsqueda y enlaces en Internet en modo alguno afecta el ejercicio de la libertad de información. Ello en tanto, le asiste razón al accionante cuando señala que “... la existencia de un PIPDI bajo ningún punto de vista afecta la libertad de expresión en Internet por cuanto la opinión o información dañosa vertida seguirá estando en la misma hasta tanto el afectado accione contra el autor (...) Tampoco se trata de ninguna clase de mecanismo de censura directa o indirecta porque opera una vez que la publicación ya se realizó y está generando un daño...” (Conf. fs. 6 vta.).

Al respecto, cabe insistir una vez más en que el carácter de libertad preferida que en un Estado democrático ostenta la libertad de expresión no la convierte en un derecho absoluto – inexistentes en nuestro sistema jurídico-, muy por el contrario como todos los derechos que contempla nuestro plexo normativo el mismo debe ser ejercido de manera razonable y no menoscabar el libre ejercicio de los restantes derechos constitucionales, tales como el derecho a la intimidad.

En relación al derecho de los usuarios y consumidores, también involucrado en las presentes actuaciones, cabe memorar que los mismos forman parte de ese logro de la civilización que consiste en el amplio espectro que conforman los llamados “derechos humanos” gracias a su desarrollo original en el derecho internacional público, su impregnación en las normas internas de los estados y la progresividad del reconocimiento y protección de éstos, a nivel constitucional y legislativo, nacional y local.

La relación de consumo referida ut supra como el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario, se encuentra transversalmente atravesada por bienes jurídicos o valores que su normativa tutela, que su protección justifica y que deben ser respetados en su desenvolvimiento abarcando, el derecho a la vida y a la dignidad del consumidor, el derecho a la salud y la seguridad, a la libertad de elección, a la protección de los intereses económicos, al trato equitativo y digno y por supuesto a la protección de su honra e intimidad. Todos esos valores están presentes en el fenómeno del consumo y su derecho regulador, nacido para encauzar la relación en el respeto a los imperativos que emanan de la dignidad humana.

El consumo es una dimensión esencial del ser humano, que involucra derechos fundamentales que deben ser protegidos por el Estado, de ahí que deba prodigarse al consumo también una tutela de la más alta jerarquía como son los derechos humanos, de cuyos caracteres participa.

V. Que delimitado el alcance de los derechos involucrados, pasaré a expedirme sobre el fondo del planteo. Esto es la denunciada omisión de la demandada de no dictar en el ámbito de sus competencias la normativa referida a la incorporación obligatoria de un Procedimiento o Protocolo Interno de Protección al Derecho a la Intimidad por parte de los proveedores de servicios de búsqueda y enlaces o motores de búsqueda en Internet con domicilio en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

A fin de dilucidar si la omisión de la Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires implica un cercenamiento a la libertad de intimidad de las personas en el ámbito de Internet se torna indispensable hacer referencia a los presupuestos que rigen el control constitucional de la inactividad de los poderes públicos.

Resulta esclarecedor en tal sentido recordar el voto del Dr. Maier en autos “Usabel Héctor y otros c/ GCBA s/ amparo (Art. 14, CCABA) s/ recursos de inconstitucionalidad concedidos”, sentencia del 14 de septiembre de 2005, donde con excelente criterio identifica como requisito insoslayable para que se configure la inconstitucionalidad por omisión, la existencia de un deber específico que mande a hacer, o ejecutar, la conducta presuntamente omitida, y que así y todo haya sido omitida ilegítimamente.

Los requisitos configurativos de la inconstitucionalidad por omisión son los siguientes: 1) la inactividad debe tener entidad suficiente como para vulnerar derechos o garantías constitucionales; y 2) la existencia de una imposición ya sea de la Constitución, de un tratado o de una ley que obligue al órgano indicado en la posición a realizar determinada acción. En otros términos, la omisión debe ser trascendente y la desobediencia a la imposición debe ser efectiva y concreta (Conf. Bazán, Víctor, "Un sendero que merece ser transitado: el control de

la inconstitucionalidad omisiva", AA.VV, Desafíos del control de constitucionalidad, Coordinador; Bazán, Víctor, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, p. 221/222).

Ahora bien, previo a analizar si en el caso se encuentra presente la superficie que habilita el tratamiento de la cuestión por omisión, se torna indispensable dilucidar si esta teoría resulta aplicable frente al Poder Ejecutivo. En este orden de ideas, no puede desconocerse que tradicionalmente el Alto Tribunal de la Nación ha reconocido la inconstitucionalidad por omisión frente a omisiones de naturaleza legislativa, postura que puede apreciarse en los precedentes "Badaro" I, II (Conf. CSJN, Fallos 329:3089, "Badaro, Adolfo Valentín c/ Administración Nac. de la Seguridad Social", sentencia del 08/08/2006; Fallos 330:4866, "Badaro, Adolfo Valentín c/ Administración Nacional de la Seguridad Social, sentencia del 26/11/2007) y "Halabí", por sólo mencionar algunos.

Esta circunstancia, sin embargo, no permite soslayar que idéntica solución puede adoptarse respecto de las omisiones de la Administración, dado que sus funciones tienen relación directa con el ejercicio de acciones positivas dirigidas a cumplir mandatos constitucionales y legales.

De ahí que si bien tengo dicho en autos "Roitstein, Octavio c/ Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires, Expte. N° A71771/2013/0", que el GCBA goza de un amplio margen de discrecionalidad que no puede ser examinado por el Poder Judicial, no lo es menos que cuando se le impone por ley una determinada obligación, y del cumplimiento de la misma dependen derechos de terceros, el Poder Judicial tiene el deber de cumplir con su rol de garante de derechos fundamentales. En su mérito, las inacciones vulneratorias de derechos por parte de la Administración resultan perfectamente alcanzadas por el control de constitucionalidad.

Despejado este primer interrogante, corresponde ahora determinar si en las presentes actuaciones se encuentran acreditados los requisitos necesarios para que se configure una inconstitucionalidad por omisión. El primer requisito a revisar es la existencia de un mandato normativo expreso. En la especie, existen dos disposiciones constitucionales de las cuales se derivan obligaciones impuestas a los poderes políticos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Concretamente estoy haciendo referencia a los artículos 10 y 12.3 de la Constitución porteña. En tanto el primero de éstos en su parte pertinente dispone: "Los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y ésta no puede cercenarlos"; mientras el segundo prescribe que la Ciudad garantiza, entre otros, "El derecho a la privacidad, intimidad y confidencialidad como parte inviolable de la dignidad humana".

De este último dispositivo constitucional surge un mandato exigible, en virtud de la fuerza normativa que ostenta la Constitución, a todos los poderes públicos. Nótese que el constituyente dispuso expresamente que la Ciudad debe garantizar el derecho a la privacidad e intimidad, lo que se relaciona directamente con los diferentes niveles de obligaciones estatales.

El carácter axial del derecho a la intimidad en el sistema constitucional argentino ya fue resaltado por la doctrina en forma contundente. Joaquín V. González enseñaba hace más de un siglo al analizar el artículo 19 constitucional: "Claramente, comprende los dos principales caracteres de la libertad, el que se refiere a la vida privada, a la esfera de la independencia



personal, donde no llega el poder de la ley, y la que toma al hombre como miembro de la comunidad, obrando activamente dentro del radio donde la ley alcanza. En el primer caso sólo obedece a los mandatos de su voluntad o de su conciencia, cuyas inspiraciones dependen, por lo general, en las sociedades civilizadas, de las nociones morales o de las creencias y sentimientos religiosos; en el segundo caso, sus acciones están reguladas por las prescripciones de las leyes, dictadas por los poderes que han recibido de la Nación esa facultad. Ellas determinan hasta dónde alcanza la libertad de ejecutar lo que se ha pensado; y por consecuencia de lo que no han prohibido expresamente, limitan su potestad para privar al individuo del uso de la libertad de ejecutar su pensamiento o su deseo”. (GONZALEZ, Joaquín V., Manual de la Constitución Argentina 1853/1860, Editorial Estrada, Provincia de Buenos Aires, 1983, p. 116/117). En la misma línea de pensamiento, a la que adhiero, José Severo Caballero expresaba: “Esta fórmula contiene una definición general de la esfera de libertad personal, más allá de las libertades o derechos individuales enumerados, que el Estado no puede sobrepasar, sin lesionar un mundo de reserva que la filosofía y el derecho clásico estimaron también infranqueable aunque las estructuras políticas en el curso histórico lograran caminos para violarla. (...) Esto nos obliga a reflexionar sobre el contenido y la flexibilidad del artículo 19, 1º parte de la Constitución Nacional para atrapar los renovados problemas y circunstancias históricas actuales creados no sólo por el desarrollo técnico y científico, sino por la organización empresarial internacional, interesada económicamente, a veces, en difundir una imagen de la libertad de conciencia y de privacidad del hombre que pueda alterar la significación originaria y la que resulta de su integración legislativa ulterior por tratados internacionales, sin ventaja alguna ante las circunstancias y posibilidades culturales contenidas en la norma” (CABALLERO, José Severo, Acciones privadas de los hombres y autoridad de los magistrados, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1989, p. 5 y 27).

Esta plataforma axiológica es la que se tuvo en cuenta en la Convención Constituyente porteña en 1996. Tal como surge de sus actas, al debatir la inclusión del derecho a la privacidad e intimidad en la Constitución de la CABA, el miembro informante del dictamen votado sin observaciones por el pleno del órgano, el convencional Rafael Moscona, señaló: “El presente proyecto se funda en la debida protección de que debe gozar el derecho a la privacidad, intimidad y confidencialidad de las personas. Para ello es menester crear normas que son necesarias para su eficaz resguardo y que contemplen las distintas formas en que tal derecho puede ser vulnerado” (el subrayado me pertenece) (Conf. Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, t. II, 1ª edición, Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, Buenos Aires, 2004, p. 252).

Esas normas a las que se refiere el convencional constituyente, en una interpretación garantista, no se refieren al ejercicio del derecho, sino al carácter tutelar que los poderes públicos deben imponer en su obrar, en cumplimiento del mandato constitucional de “garantizar”. Por ello, no cabe aquí el alcance de norma en sentido formal, tal como lo impone la OC N° 6 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al analizar el contenido del término “leyes” en la Convención Americana, sino que el alcance se amplía a norma en sentido material, como podría ser un protocolo de protección. La exigencia de garantía así lo impone.

En tal sentido, es esclarecedor mencionar el esquema interpretativo que propone Van Hoofen relación a los distintos "niveles" de obligaciones estatales que caracterizarían el complejo que

identifica a cada derecho. A tal efecto, identifica cuatro "niveles" de obligaciones: de respetar, de proteger, de garantizar y de promover el derecho en cuestión. En lo que aquí interesa, aclara el citado autor que la obligación de garantizar un derecho determinado requiere que el Estado adopte medidas destinadas asegurar que los titulares del mismo efectivamente puedan ejercerlo (VAN HOFF, G., *The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: A Rebuttal of Some Traditional Views*, en Alston, P. y Tomasevski, K. (eds), *The Right to Food*, Utrecht, 1984, p. 97/110).

Cabe anticipar, que en abstracto es prácticamente imposible anticipar qué medidas debe adoptar la Administración para satisfacer adecuadamente su obligación de garantizar el derecho, pero lo cierto es que habrá violado claramente el precepto cuando en una situación, como la que se presenta en autos, donde el derecho a la intimidad sufre una amenaza real se limita a no hacer nada.

Por su parte, Abramovich y Courtis distinguen tres niveles de obligaciones: de respeto, protección y satisfacción (quedando comprendidas en esta última las de garantía y promoción). Apuntando, a su vez, que ninguno de estos niveles puede caracterizarse únicamente a través de la distinción entre obligaciones negativas y positivas; aunque ciertamente las obligaciones de respetar están ligadas a obligaciones negativas, y las restantes implican un mayor activismo estatal (Conf. COURTIS, Christian, y ABRAMOVICH, Víctor, "Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales" en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, 1997, ISBN 987-9120-14-0, p. 283/350.).

Es claro que las normas son susceptibles de ser vulneradas tanto por actos como por vía de omisión; este último supuesto, tal como anticipaba, se configura cuando no se actúa adoptando las medidas necesarias para tutelar derechos fundamentales, como la intimidad a pesar de la expresa previsión constitucional. Hipótesis en la que encuadra el segundo de los recaudos exigidos, es decir la omisión del cumplimiento de tal obligación, por parte de la autoridad competente.

Resta, analizar si dicha omisión produce la vulneración de un derecho o garantía –tercer estándar que debe estar presente para que se constituya la omisión inconstitucional-. Tal como se ha establecido en el considerando que antecede, el derecho que se encuentra en juego es el derecho a la intimidad de los consumidores de Internet.

En virtud de los argumentos vertidos, considero que existe una omisión por parte de la Administración, y que la misma produce una amenaza real y actual al derecho a la intimidad de los habitantes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. A lo cual debe adicionársele que tal como ha sido expuesto por el Director de la Dirección de Datos Personales de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires -Lic. Luis Eduardo Peduto Pardo- en la audiencia celebrada en autos es técnicamente posible llevar a cabo el Protocolo Interno de Protección al Derecho a la Intimidad. Argumento que no fue desvirtuado por la demandada con fundamento sólido (Conf. fs. 256).

Finalmente, es imperioso aclarar que la forma en que se decide en modo alguno significa un avance de la magistratura sobre otros poderes del Estado, sino lisa y llanamente exigir de éstos

el cumplimiento de las obligaciones legalmente impuestas, máxime cuando, como en autos, de su realización dependen derechos de terceros. Cuando existe un deber impuesto por la Constitución a los poderes públicos, el margen exento de control judicial debe ser interpretado con carácter eminentemente restrictivo. Ello en el entendimiento, que es función del Poder Judicial velar por cumplimiento de las normas vigentes.

Ahora bien, aun cuando resulte obvio, no puede omitirse mencionar que el Poder Judicial en ningún supuesto sustituye al Poder Ejecutivo, sino que sus funciones se limitan a emplear las herramientas con las que cuenta para promover el cumplimiento de las leyes.

No obstante, cabe memorar que tal como lo ha sostenido el Máximo Tribunal cuando se trata de reconocer una garantía a los efectos de tutelar de manera efectiva derechos reconocidos en la Constitución Nacional, doctrina que resulta aplicable al sub lite donde se encuentra en juego el derecho a la intimidad“... el Poder Judicial como órgano máximo de protección de esos derechos posee la ineludible misión de tutelarlos en forma concreta y efectiva, supliendo si fuere necesario la omisión legislativa reglamentaria”. Agregando además, que “No puede la acción u omisión de los restantes órganos del Estado impedir que el judicial cumpla con el mandato impuesto por la propia Constitución, pues los jueces como realizadores de la justicia poseen a su alcance las prerrogativas y facultades necesarias para que la totalidad del ordenamiento jurídico vigente sea de efectiva realización evitando la existencia nominal de derechos impedidos de concreción” (Conf. CJSN, Fallos 315:1492, “Ekmekdjian, Miguel A. c/Sofovich, Gerardo y otros”, 1992).

Por estos argumentos, es que corresponde abstenerse de adoptar la decisión supletoria de la referida omisión y ordenar a la Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor del GCBA que adopte las medidas correspondientes a fin de regular la incorporación obligatoria de un Procedimiento o Protocolo Interno de Protección al Derecho a la Intimidad por parte de los proveedores de servicios de búsqueda y enlaces o motores de búsqueda de Internet con domicilio en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

VI. Que en nuestro diseño constitucional los jueces tenemos ya no sólo el deber de llevar a cabo el control de constitucionalidad, sino que también tenemos la obligación de realizar el test de convencionalidad en los términos señalados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En efecto, el Tribunal de cita viene sosteniendo desde hace no mucho tiempo que dicho cuerpo ejercita lo que ha dado en llamarse a partir de la sentencia “Myrna Mack Chang” (Corte IDH, Caso “Myrna Mack Chang Vs. Guatemala”, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C No. 101, Voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez) el "Control de Convencionalidad", lo que importa una comparación entre el Pacto de San José de Costa Rica y otras convenciones que han sido ratificadas por nuestro país y las disposiciones del derecho interno (Conf. Hitters, Juan Carlos, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación”, LL 2009-D, p. 1205).

Es que la creciente trascendencia que adquiere la interacción del derecho internacional de los derechos humanos con el derecho doméstico, exige una articulación de ese binomio de fuentes mediante su retroalimentación y complementariedad; ello por cuanto el

fortalecimiento del plexo de derechos es una preocupación compartida entre las jurisdicciones estatales y la transnacional. En este contexto argumentativo la Corte Interamericana subrayó en "Almonacid Arellano y otros vs. Chile" (Corte IDH, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de septiembre de 2006, Serie C, N° 154) que: "... el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana" (Conf. Bazán, Víctor, "Control de convencionalidad. Influencias jurisdiccionales recíprocas", LL 2012-B, p. 1027).

Sin embargo con posterioridad en el caso "Gelman vs. Uruguay" la Corte Interamericana aclaró que cuando un Estado es parte de un tratado internacional "... todas la autoridades estatales, están en la obligación de ejercer ex officio un "control de convencionalidad" entre las normas internas y la Convención Americana...". Es decir que "... todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana" (Corte IDH, Caso "Gelman Vs. Uruguay". Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución del 20/03/2013).

En estas coordenadas, no resulta sobreabundante recordar que en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos el derecho fundamental a la intimidad tiene un importante desarrollo. En efecto, ya la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, en el artículo 5° dispone que "toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar".

Por su parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos -también de 1948- en el artículo 12 establece que "nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales ataques o injerencias".

En similar sentido, se reconoce el derecho a la intimidad en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, en el artículo 17. Asimismo, la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 en el artículo 11 se refiere a la protección de la honra y de la dignidad, en tanto señala que; "1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques".

En relación a esta normativa, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Escher y Otros v. Brasil" expuso que el artículo 11 de la Convención "(...) prohíbe toda injerencia

arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos de la misma como la vida privada de sus familias, sus domicilios o sus correspondencias (...) el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública” (Conf. Corte IDH, “Caso Escher y otros v. Brasil”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C N° 199).

El mencionado Pacto de San José de Costa Rica en el artículo 13.2 a) reconoce y reglamenta el derecho a la libertad de expresión; y específicamente, en relación a la intimidad dispone; “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión (...) 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás (...)”.

Atento estas consideraciones, no existen dudas acerca de la potestad judicial de ejercer el control tanto de las pretericiones inconstitucionales como inconvenientes. Ello tendiendo básicamente en cuenta que desde el año 1994 la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía idéntica a esta ocupan un sitio central en el sistema jurídico y poseen fuerza normativa lo que importa la obligación de garantizar su indemnidad, sea que las agresiones en su contra se produzcan por acción u omisión.

Es en este marco, donde se torna imperioso reafirmar el deber que tenemos todos los jueces de velar por la supremacía y la fuerza normativa de la Constitución Nacional. Ello a fin de dar cumplimiento acabado a la determinación constitucional legitimante de la competencia de la judicatura para combatir fundamentalmente las omisiones inconstitucionales establecida en la arquitectura constitucional argentina con posterioridad a la reforma de 1994. Es que, tal como lo advertido la doctrina, este “... paisaje constitucional, donde brilla con luz propia el sustancial compromiso asumido por el Estado en el marco de los derechos humanos, trasmite una clara señal a los órganos del poder constituido, los que quedan vinculados por la fuerza normativa de la Ley Fundamental, su supremacía y la de los instrumentos internacionales con valencia homóloga a aquella” (Conf. BAZAN, Víctor, “Perspectivas del control jurisdiccional sobre las omisiones inconstitucionales en Argentina”, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Edición 2011, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, Uruguay, 2011, p. 157/178).

VII. Que, en relación a las costas entiendo no corresponde imponerlas en la presente acción. Así lo amerita el carácter novedoso de la cuestión, su complejidad técnica y el sentido del planteo efectuado por la parte actora, como también la seriedad y el tenor de los argumentos defensivos, teniéndose en cuenta para así decidir, las razones plausibles que cada parte ha tenido para plantear su posición, por lo que considero verificado que los intervinientes en la causa han obrado dentro de razones fundadas para litigar y sobre la base de convicciones razonables (Ver CNCiv., Sala E, “Dos Santos M. c/ La Estrella S.A”, sentencia del 22/3/2011).



Por este fundamento, entiendo que existe mérito suficiente para apartarme del criterio objetivo de la derrota establecido en el artículo 62 del CCAyT, y en resguardo de la equidad de la decisión (Conf. KNAVS, Verónica, “La Eximición de Costas al vencido”, LL 2012 A, p. 130), más allá que el resultado del juicio haya sido el acogimiento de la pretensión de la actora, en uso “del margen que tiene todo magistrado para ponderar las circunstancias del caso y variar el régimen dispuesto que prioriza el vencimiento puro y simple, que es en realidad muy amplio y admite que se aparte una y otra vez”, decido no imponer costas en estas actuaciones (Conf. GOZAINI, Osvaldo Alfredo, “Costas Procesales” Ed. Ediar, 1991 p. 46, Núm.13).

Por todo lo expuesto, FALLO:

1. Hacer lugar a la demanda, ordenar el cese de la omisión constitucional y a la Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adoptar, en un plazo de 180 días, las medidas necesarias a fin de exigir a los proveedores de servicios de búsqueda y enlaces o motores de búsqueda en Internet domiciliados en la Ciudad de Buenos Aires que incorporen de manera obligatoria un Protocolo Interno de Protección al Derecho a la Intimidad de los usuarios de Internet.

2. Sin costas (art. 14 CCABA).

Regístrese y notifíquese a las partes por Secretaría, y al Ministerio Público Fiscal en su público despacho.

DOCTOR MARCELO LÓPEZ ALFONSÍN (JUEZ)