

SOBRE LA LIBERTAD Y LOS LÍMITES AL PODER¹.

ON FREEDOM AND LIMITS TO POWER

Por Patricia Silvina Mora^(*)

Resumen: Gayo en su afán clasificador hace en sus Instituciones la *summa divisio* de las personas, afirmando que todos los hombres o son libres o son esclavos. La libertad, como principal bien jurídico del hombre, desde los inicios del Derecho ha conjugado con los avances que, sobre la privacidad, ha efectuado la esfera de lo público a través de sus diversas manifestaciones de poder. Este trabajo se propone un esbozo desde los orígenes en Derecho Romano de las configuraciones de lo público y privado, para destacar los desafíos y posibles riesgos que las tecnologías disruptivas pueden presentar.

Palabras claves: libertad, derecho público, privacidad, entorno digital, ciberespacio, derechos fundamentales.

Abstract: Gaius, in his classifying desire, makes the *summa divisio* of people in his Institutions, stating that all men are either free or slaves. Freedom, as man's main legal asset, since the beginning of the Law has been combined with the advances that, on privacy, the public sphere has made through its various manifestations of power. This work proposes an outline from the origins in Roman Law of the configurations of public and private, to highlight the challenges and possible risks that disruptive technologies can present.

Keywords: freedom, public law, privacy, digital environment, cyberspace, fundamental rights.



Artículo publicado bajo Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Sin Derivar. © Universidad Católica de Córdoba

[https://doi.org/10.22529/rdr.2024\(6\)05](https://doi.org/10.22529/rdr.2024(6)05)

¹ Artículo recibido el 10 de Noviembre de 2024 y aprobado para su publicación el 21 de Noviembre de 2024.

^(*) Abogada UBA. Contadora Pública. UBA. Magister en Derecho Administrativo y Administración Pública. UBA. Doctoranda en Ciencias Jurídicas USAL. Profesora Adjunta de Derecho Romano UBA. Correo electrónico: morapatri@yahoo.com

I. Consideraciones Previas

En Argentina, a partir de la reforma de la Constitución Nacional Argentina en el año 1994 tiene especial preponderancia la visión que aportan los Tratados de Derechos Humanos en relación al denominado Derecho Privado.

La constitucionalización del derecho privado implica desplazar la pretensión de excluir al derecho privado del alcance de los principios constitucionales, de la órbita de lo que se denominara público bajo la visión de la justicia distributiva. De tal manera, revitaliza la conceptualización de un Estado que no puede encontrarse al margen de la ciudadanía y la consideración de la dignidad de la persona humana, ni aún en miras del interés general.

Existen determinados aspectos de la individualidad del hombre que desde antaño y con una muy particular evolución, se han tratado de mantener al margen de la regulación estatal. En consideración a estas ideas, se abordarán las raíces romanísticas de las distinciones en las esferas de lo público y privado, así como del concepto de libertas, que hoy adquiere nuevos matices a la luz de las tecnologías disruptivas.

II.-La esfera de lo público y de lo privado en relación con el concepto de libertad. Su distinción e importancia en la evolución jurídica.

Los límites que señalan la materia del derecho público o del derecho privado no son pétreos ni en Roma ni en la actualidad, pues como todo en derecho, atienden a las circunstancias y sociedad de cada época, en tanto puede reputarse un acontecimiento histórico.

El Derecho privado en Roma constituye un ámbito de libertad no sólo en la esfera individual o familiar; el conjunto de normas privadas constituye por sí mismo un límite ante la arbitrariedad de lo público.

El Derecho público supone una reglamentación de intereses públicos (del *populus* considerado como fenómeno colectivo), el Derecho privado de intereses privados (reservados en lo arcaico a la autorregulación que imponía el *paterfamilias*).

Alguien es libre en plenitud y sentido positivo cuando es su propio dueño, cuando es autónomo, *sui iuris* podríamos añadir empleando una precisa terminología jurídico-romana. No obstante dicha plenitud que se esboza cuando se realiza en un ámbito de interrelación se encuentra contenida, limitada, en los aspectos que adquieren interés del colectivo. Límites que vienen a estar dados tanto por la violencia como por la ley.

SOBRE LA LIBERTAD Y LOS LÍMITES AL PODER

Y así nos recuerdan las fuentes romanistas “*Es libertad la natural facultad de hacer lo que se quiere con excepción de lo que se prohíbe por la fuerza o por la ley*» (D. 1,5,4, pr (Flor. 9 inst.)². Mientras que en I.1.3.1. se señala: “*De personarum iure. Personae sunt duae species, liberi homines et servi. Liberi sunt, qui in potestate sua sunt, quod iure gentium gentiumve constituto paterfamilias in filios potestatem habet.*”

Las normas del *ius publicum* están excluidas de la autonomía privada de las partes. Y así el individuo verdaderamente autónomo, no tiene derecho a regular de manera divergente las relaciones que caen bajo dicho ámbito.

Se acuña la máxima “*ius publicum privatorum pactis mutari non potest*” (Pap. D. 2,14,38). La distinción moderna entre Derecho público y Derecho privado tiene sin duda puntos de conexión histórica con la famosa distinción de Ulpiano D. 1,1,1,2 y de Inst. 1,1,4, *acerca de las dos posiciones para el estudio del derecho*: «*Huius studi duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum ius est, quod ad statum rei Romanae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem; sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim*», en atención a la utilidad pública o privada de los intereses en juego. De tal manera, el *ius publicum* mira al status de la cosa romana, esto es, de la cosa ordenada por la ley al bien común, que no es más que lo que concierne al *populus (res publicae)*, El Derecho privado, en cambio, considera la *res privata* tomando como referencia de distinción la utilidad de aquél a quien está dirigida³.

Es que de acuerdo con la definición de Ulpiano, el *ius publicum* es aquel que “*ad statum rei Romanae spectat*”, frase que Iglesias interpreta como el derecho referente a su estructura, funcionamiento y organización⁴.

Se erige como espacio privado, primitivamente, el entorno de la casa y la *familiae*, así como también lo relativo al trabajo para subsistir. Era el terreno de la necesidad y el fundo que se autoabastece, dónde los individuos son guiados para la prosecución de la especie. Mientras que la esfera pública es más bien una zona de libertad de un individuo adjetivado como ciudadano, si bien puede ponerse en jaque el concepto de igualdad en dicha conceptualización, cuestiones que con solo analizar la historia aún en forma superficial quedan despejadas.

² D. 1, 5, 4 “*Florentinus libro nono institutionum. pr. Libertas est naturalis facultas eius quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut iure prohibetur*”.

³ Respecto a las interpolaciones que pudiera poseer el fragmento de Ulpiano, vid. Iglesias, J. (1972). Derecho romano: Instituciones de derecho privado. Barcelona, España: Ariel., p. 99, nota 30.

⁴ Iglesias, J. (1972). Derecho romano: Instituciones de derecho privado. Barcelona, España: Ariel., p. 98.

Diversas tesis se han ensayando tanto sobre el carácter y origen de la familia romana, cómo derivada de la *gens*, así como de la conformación de la *civitas*. Las relaciones de poder nacen y se desarrollan a la luz de una conceptualización que podríamos asimilar a política, de la *gens* primitiva⁵. Numerosos autores romanistas han señalado que la huella de la institución de la *gens*, que formaba un verdadero cuerpo institucional, que se afianzaba en virtud de la existencia de un culto especial, que debía perpetuarse de generación en generación⁶. Ningún extraño podía ser admitido, a excepción de la clientela, que dependía del *patergens*, el hogar la protegía⁷. Se reconoce un antepasado común al que se le rinde culto y tributar este culto a un extraño constituye una verdadera impiedad⁸. Originariamente no podían fundirse dos *gens*, ya que su religión se lo impedía. Cada *gens* tiene un jefe, como la *civitas* tendrá oportunamente un *rex*. Este imparte sus normas, que no están escritas, así como imparte su justicia al interior⁹. El derecho privado que se había forjado de esa forma, en un aislamiento, al interior de cada

⁵ Perozzi, S.. (1947). *Istituzioni di diritto romano* (Vol. II, pp. 300 y ss). Milán.

⁶ La *gens* se presenta como el resultado de un proceso histórico, un embrión de organización política, en cuanto tenía culto y sepulcros propios y el poder de emitir decreta gentilicia, asumiendo el ejercicio de funciones políticas de orden y defensa. DE FRANCISCI, *Primordia civitatis*, Roma 1959, p. 175.

⁷ Existió un verdadero lazo de derecho entre la *gens* y la clientela que se llamó gentilitas, y así encontramos la palabra gentilitalis en Ciceron, *De Oratore*, I.39.

⁸ Fustel de Coulanges, N. D. (1997). *La Ciudad antigua*. Buenos Aires, Argentina, Libro II, Cap. X, pág.96-107. La clientela es un lazo sagrado que la religión formó y que nada puede romper. Una vez cliente de una familia, ya no es posible separarse de ella. La clientela de esos tiempos primitivos no fue una relación pasajera y voluntaria entre dos hombres, sino que fue hereditaria, se era cliente por deber, de padres a hijos. Han llegado hasta nosotros dos testimonios que avalan lo dicho: uno por conducto de Plutarco, otro por medio de Cicerón. C. Herennio, llamado como testigo contra Mario, alega que es contrario a las reglas antiguas que un patrono deponga contra su cliente, y, como causase aparente sorpresa que Mario fuese calificado de cliente habiendo sido ya tribuno, añadió que, en efecto, "Mario y su familia eran de muy antiguo clientes de la familia de Herennio". Los jueces admitieron la excusa; pero Mario, que no se resignaba a quedar reducido a esta situación, replicó que el día en que se le había elegido para una magistratura había quedado libre de la clientela; "lo que no era completamente cierto, añade el historiador, pues no todas las magistraturas eximían de la condición de cliente: sólo las magistraturas curules gozaban de este privilegio" (Plutarco, *Vida de Mario*, 5). La clientela era, pues, excepto este único caso, obligatoria y hereditaria; Mario lo había olvidado; los Herennios lo recordaban. Cicerón menciona un proceso debatido en su tiempo entre los Claudios y los Marcelos. Los primeros, a título de jefes de la *gens* Claudia, pretendían en virtud del derecho antiguo, que los Marcelos eran sus clientes. En vano ocupaban éstos, durante dos ss., el primer rango en el Estado: los Claudios seguían sosteniendo que el lazo de la clientela no habían podido romperlo. Estos dos hechos, salvados del olvido, nos permiten juzgar sobre lo que era la primitiva clientela.

⁹ Finalmente, tras una larga época, los gigantes impíos, que habían permanecido en la infame comunidad de mujeres y cosas, en los riesgos que dicha comunidad provocaba, como señalan los jurisconsultos, los simples de Grocio, los desamparados de Pufendorf, para salvarse de los violentos de Hobbes (al igual que las fieras, a f e c t a d a s de un extremado frío, buscan salvarse dentro de los lugares habitados) ecurrieron a las aras de los fuertes; y entonces estos feroces, que ya estaban unidos en sociedades de familias, mataban a los violentos que habían violado sus tierras y recibían en protección a los miserables como a refugiados. Y además del heroísmo de naturaleza, por haber nacido de Júpiter, o sea, generados con los auspicios de Júpiter, arraigó en ellos principalmente el heroísmo de la virtud, en el que el romano destacó por su excelencia respecto a todos los demás pueblos de la tierra, basado precisamente sobre estas dos prácticas..." G. VICO, *Principios de Ciencia Nueva*, trad. J. M. Bermudo y A. Camps, Ediciones Folio, Barcelona, 2002, parág.553.

SOBRE LA LIBERTAD Y LOS LÍMITES AL PODER

gens, subsistió durante mucho tiempo¹⁰. Para Vico, la historia de las instituciones se corresponde con una historia de la naturaleza humana. La religión y el matrimonio dieron origen a las primeras ideas humanas, limitando los impulsos salvajes de los cuerpos y dando origen a los movimientos voluntarios de los hombres¹¹.

Por otra parte, existía en los primeros siglos un elemento de la población que se afirma estaba por debajo de los clientes, en la medida que nunca pudo conformar una gens. Se afirman diferentes teorías sobre el origen de los plebeyos, resultando sólida aquella que afirma que se fueron conformando de antiguas poblaciones conquistada y sometidas, y que carecían de religión reconocible, por lo que para el romano primitivo se encontraban en situación de inferioridad. Para los plebeyos, en los orígenes, no habrá ley ni justicia, ya que la ley es producto de la religión, de las mores de los antepasados, mientras que el procedimiento un conjunto de ritos al que no acceden¹². No son en los orígenes ciudadanos ni pueden ser magistrados. Fustel de Coulanges afirma que hasta se le prohibía la oración y no podían revelársele ninguno de los ritos, ya que entre el patricio y el plebeyo existe toda la distancia que puede establecerse entre dos hombres, o lo que es peor aún entre un hombre y una bestia (*more ferarum*). Pero ninguna de las distinciones sociales que el hombre establece es inmutable, por lo que de la mano del conflicto, de verdaderas revoluciones, la clientela desaparecerá para fundirse con los plebeyos¹³, y estos lograrán una equiparación social y política.

En la experiencia romana hasta el período republicano, el derecho está escindido en dos zonas separadas basadas en los presupuestos del Estado concebido como *res publicae* y del individuo, mientras que en la experiencia griega, se afirma

¹⁰ DE FRANCISCI, Storia del Diritto Romano, Milán 1943, III, I, pp. 121 y ss.; “La comunità sociale e politica romana primitiva”, en *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 22 (1956) 65 y ss.; “La formazione della comunità politica romana primitiva”, en *Sintesi storica del Diritto Romano* (Roma), 3 (1968) 19 y ss.

¹¹ “La autoridad comenzó por ser divina, pues con ella la divinidad se apropió de los pocos gigantes a los que nos hemos referido al empujarlos hacia abajo y hacer que se escondiesen en las grutas de las laderas de los montes; lo que constituye las anillas de hierro con que los gigantes por temor al cielo y a Júpiter quedaron encadenados, a la tierra en la que se encontraban dispersos por encima de los montes /.../ de ahí que, los paralizados por el espanto pasaron a ser llamados por los latinos con frase heroica *terrore defixi*, y que los pintores los representaran encadenados de pies y manos con anillas en los montes” G. VICO, Principios de Ciencia Nueva, trad. J. M. Bermudo y A. Camps, Ediciones Folio, Barcelona, 2002, parág.387. En idéntico sentido Hobbes sostiene, en el capítulo XII del Leviatán, que la semilla natural de la religión consiste en cuatro cosas: creencia en fantasmas, ignorancia de las causas segundas, devoción hacia lo temido por los hombres y asunción de cosas casuales como pronósticos.

¹² Dionisio, IV.43, afirma que el sexto rey de Roma fue el primero en dictar algunas leyes para la plebe, mientras que los patricios tenían las suyas desde hacía mucho tiempo.

¹³ Fustel de Coulanges, N. D. (1997). La Ciudad antigua. Buenos Aires, Argentina, Libro IV, Cap. VI, pág.265, afirma que hacia el año 372 a.C. ya no habría más clientela.

doctrinariamente que el Estado absorbe al individuo¹⁴. Será el derecho romano el que en la antigüedad realice esta distinción¹⁵. Cuando se conforma la *civitas romana*, la misma no será una asociación de individuos, sino una especie de confederación de *gens* que se conforman luego en *curias*, por ello se deja al *pater* la autoridad absoluta de los suyos, la omnipotencia y el derecho de justicia que también se extiende a los *clientes*, con una ostensible diferenciación de clases por lo menos hasta la consolidación de la *respublicae*. Por su parte, y sin entrar en el debate entre las teorías ascendentes o descendentes de la familia romana¹⁶, ya sea como derivadas de la *gens*, ya sea como fruto de su escisión a partir de la conformación de la *civitas*, lo cierto es que este concepto se forjará como inseparable del sistema de la *patria potestas*¹⁷.

A su turno, la *libertas* en la Roma clásica implicará el status de un *liber*, en contraposición del esclavo, la capacidad de poseer derechos y la ausencia de sujeción a otro *homo*, siendo su desarrollo posible solo dentro de la *civitas*, de modo que no podrá separarse la libertad del individuo de la libertad del ciudadano.

A su vez, Cicerón al definir la república como “*lo que pertenece al pueblo*” nos da las notas características de lo que el *populus romanus* implica: “*pueblo no es todo conjunto de hombres reunidos de cualquier manera, sino el conjunto de una multitud asociada por un mismo derecho que sirve a todos por igual*” (de rep. I, 25,39).

Si atamos entonces el concepto de interés público al interés de toda una colectividad debemos necesariamente analizar el concepto de *populus* en Roma y su evolución.

Senatus Populusque Romanus: “el Senado y el Pueblo Romano”, en una traducción rigurosamente literal. Esta frase resume la concepción política de los antiguos

¹⁴ Álvarez Suárez, U. (1944). Horizonte actual del derecho romano. Madrid, España: Csi C–Instituto Francisco de Vitoria, p. 205.

¹⁵ En relación a la expresión *ius publicum* tanto Fernández de Buján, A. (s.f.). Derecho privado romano. IUSTEL..., p. 47; como Iglesias, J. (1972). Derecho romano: Instituciones de derecho privado. Barcelona, España: Ariel -p. 98. reconocen el uso hacia finales de la República.

¹⁶ Ver Análisis de las posiciones doctrinales dadas sobre la naturaleza de la "familia" en el Derecho Romano arcaico; Laura Sanz Martín; Anuario jurídico y económico escorialense, ISSN 1133-3677, N.º. 43, 2010, págs. 197-214.

¹⁷ Según manifiesta Longo, lo que en la actualidad llamamos poder político, esto es, poder de atender a las exigencias de orden interno, de conservación y defensa, no estaba concentrado en el único organismo superior, sino que era desempeñado por cada uno de los grupos familiares individuales, de modo que todos los organismos del mayor al menor, tenían caracteres políticos, tenían naturaleza de Estado. LONGO, Corso di diritto romano. Diritto di famiglia, Milán 1946, pp. 1-5

habitantes del Lacio, y su construcción refleja el desarrollo de sus instituciones y de su organización política.¹⁸

La organización de la civitas estaba al servicio de la *res publicae*, de la utilidad común. Lo anterior precisa la idea aristotélica de que la “justicia”, el “bienestar público”, es el fin que justifica la asociación política (*πολιτική κοινωνία*) y el ejercicio de su poder, propósito sobre el que basa su legitimidad.¹⁹ El punto de partida, entonces, sobre el que se dirige la norma de naturaleza pública es aquel totalizante, en traducción literal, de la “cosa romana”.

Encontramos la expresión utilidad pública, en la obra Definiciones, Libro II de Papiniano que figura en el Digesto, Libro I, Título I, Fragmento 7, párrafo 1, el cual define al derecho pretorio distinguiéndolo del derecho civil. En el mismo, justifica con base en la utilidad pública la actividad del pretor, que intervenía sobre el derecho civil quirritario introduciendo modificaciones en base a los principios generales del derecho, en función de la *aequitas*.

Por ello, no puede concebirse una *res publicae* sin la *utilitas publicae*, que surge de concretas definiciones que al respecto consagran el *populus*, y un derecho que la resguarde.

Publicus, siendo el adjetivo que corresponde al sustantivo *populus*, es, pues, lo concerniente a éste o, como diríamos hoy, a la sociedad. La contraposición más propia de *publicus* es *privatus*, aquello que concierne al *privus*, esto es, en nuestro actual lenguaje, al particular, al individuo (partícula o pequeña parte) integrante de la sociedad. El *populus* actúa y se protege, genera situaciones y tiene reconocidos una serie de fenómenos que encuentran paralelismo funcional en la esfera jurídico-privada²⁰.

Populus tiene en latín un significado tan difuso como el español «pueblo» y, dentro de él, Tácito²¹ distingue una serie de variantes significativas.

¹⁸ “...esencializa la llamada constitución mixta republicana, basada en una genial interrelación (cfr. Polibio 6.11.11; 6.18.1) entre la autoridad del Senado (*auctoritas patrum*) y la *maiestas Populi*, que se concretaba en la potestas de los magistrados (*imperium* en el caso de *collegae maiores*)”, Domingo, R. (1999). *Auctoritas*. Barcelona, España: Ariel, p. 17.

¹⁹ “La concordia en la civitas, el vínculo de incolumidad más estrecho y mejor en toda república, [...] de ninguna manera puede existir sin la justicia” (Cicerón, M. T. (2010). *De la república* (2a. ed.). México: UNAM (Bibliotheca Scriptorum Graecorum et Romanorum Mexicana), nota 22, lib. II, XLII, 69, p. 77.

²⁰ Fernández de Buján, A. (2022). *Derecho público romano* (25.ª ed.). Cizur Menor: Civitas.

²¹ Cornelio Tácito debió de nacer sobre el año 54 o 55 d. C. en el seno de una familia de rango ecuestre. Recibió una completa educación literaria que demuestra también su elevada condición social. Su matrimonio con la hija del procónsul de Britania Julio Agricola le abrió las puertas para la carrera política, como él mismo reconoce al principio de *Historiae*. Como personaje noble, el historiador muestra a lo largo de sus obras un sentimiento de elevación aristocrática con el que constantemente refleja su odio hacia todo lo vulgar. Algunos estudiosos, como Bassols, afirman que también hace patente su alcurnia a través del

SOBRE LA LIBERTAD Y LOS LÍMITES AL PODER

Ante todo, y en primer lugar, *populus* posee un marcado carácter político, de forma que alude al pueblo como conjunto de ciudadanos con plenitud de derechos, una entidad abstracta dotada de poder político²²: Así pues, *populus* sería equivalente en este sentido a *civitas o cives*, es decir, «ciudadanos con autoridad legal y política», lo que lo alejaría del término *plebs*, que únicamente es un grupo social sin autoridad política alguna. Como tal colectivo el *populus* goza de una serie de poderes y privilegios (*imperator populus* (Ann. III, 6), *parens omnium* (Ann. III, 28), *vis* (Ann. VI, 42), *potestas deligendi* (Ann. XI, 22), etc).

Otras veces aparece la combinación *senatus - populus*, dos fuerzas que hacen las veces del complemento del todo político de Roma, esto es, la autoridad de Senado y pueblo equivalen al sistema que gobierna la ciudad de Roma .

En resumen, el término *populus* tiene un significado propiamente político, pues puede designar genéricamente a un sistema político basado en el gobierno del pueblo, esto es, un sistema democrático. El carácter democrático de la república romana ha sido desarrollado, entre otros, por Fergus Millar, quien dio comienzo de manera más decisiva a esta línea de interpretación, cuyo origen, en realidad, podría ser reconocido desde antiguo, ya que una fuente sustancial para descubrir y sostener la existencia de nuevos matices en la constitución romana procede del análisis del libro VI de Polibio²³.

No obstante, el término *populus* se utilizará a posteriori también para designar a una multitud indeterminada de personas sin especificar su condición: en otras palabras, no sólo equivaldría a «la masa», sino también a «masa de cualquier tipo». Tendría en este caso como único rasgo definitorio la cantidad, lo que aproximaría su significado al de *vulgus*.²⁴

Vulgus alude a la masa en cuanto grupo anónimo, cantidad ingente de personas, sin un carácter bien definido, y en el caso de Tácito se nos presenta con un tratamiento

estilo: *«Tácito odia y reehuye todo lo vulgar y plebeyo. Ningún escritor ha escrito con tanta elevación como Tácito. No desciende nunca hasta sus lectores y, por el contrario, exige que éstos se eleven a él. Evita siempre las frases hechas y triviales, las expresiones vulgares y corrientes»* Cornelio Tácito, *Historiae*, De acuerdo con Bassols (1943), Tácito refleja en sus obras un fuerte sentimiento de elevación aristocrática y desprecio por lo vulgar (p. 37)

²² *nam cunctas nationes et urbes populus aut primores aut singuli regunt* (Ann. IV, 33); *nam populi imperium iuxta libertatem, paucorum dominatio regiae libidini propior est* (Ann. VI, 42)

²³ Especialmente en su obra University of Michigan Press. (1998). *The Crowd in Rome in the Late Republic*. Ann Arbor, se establece como escenario principal el Foro, en cuanto centro neurálgico de los asuntos públicos. Los personajes concitados en torno al Foro son aquellos políticos pertenecientes a la clase gobernante tradicional —nobles incluso— y al *populus* en su representación más pública. Y la modalidad más destacada que cifra esta compleja relación son las *contiones* y, en menor medida, los *comitia*.

²⁴ Villalba Álvarez, J. (1995). Estudio léxico del pueblo en Tácito: "vulgus, plebs, populus". Anuario de estudios filológicos, 18. Universidad de Extremadura.

inhumano, más propio de animales. Además de esta animalización del vulgo como colectivo, podemos observar una serie de rasgos morales despectivos omnipresentes en la obra de Tácito, como pueden ser su carácter murmurador, adulador, mudable, sedicioso, lascivo, cobarde, ignorante o imprevisor.²⁵

De tal manera se refleja la paulatina irrelevancia de una fuerza política como fue el pueblo, con tanto renombre y poder durante la República, en época imperial, y más aún en el momento en que Tácito escribe: el término pierde paulatinamente su significado político, sólo empleado para legitimar bajo una fachada democrática lo que en el fondo no era más que un poder autocrático, y adquiere cada vez con más fuerza la acepción de pueblo en general, sometido por completo a la autoridad unipersonal del emperador.

A su turno, la *utilitas publica*²⁶ sale de la esfera política para introducirse en la jurídica. Escuchamos el concepto de la boca de un emperador en un discurso programático de Tiberio ante el Senado en el que el nuevo emperador jura dejarse guiar por el respeto a la *utilitas publica* (Tac. Ann. 4,38,1): “*Yo, senadores, quiero ser mortal, desempeñar cargos propios de hombres y darme por satisfecho con ocupar el primer lugar; os pongo a vosotros por testigos de ello y deseo que lo recuerde la posteridad, que bastante tributo, y aún de más, rendirá a mi memoria con juzgarme digno de mis mayores, vigilante de vuestros intereses, firme en los peligros e impávido ante los resentimientos por el bien público.*”.

Los glosadores Azon y Acursio intentan relativizar el carácter absoluto de la división de Derecho público y privado. Ellos observan que el *ius publicum* es el Derecho que concierne a la situación del Estado, pero no exclusivamente, porque este Derecho

²⁵ Vulgus alude a la masa en cuanto grupo anónimo, cantidad ingente de personas, sin un carácter bien definido, y en el caso de Tácito se nos presenta con un tratamiento inhumano, más propio de animales. Por ejemplo, vulgus trucidatum est (Ann. I, 68): el verbo trucidare denota vesania en el acto de matar; crebro vulgi rumore (sc. Nero) lacerabatur (Ann. XV, 73): parece como si la masa, con sus habladurías, despedazase como perros a Nerón; sed vulgus ad magnitudem beneficiorum hiabat III, 55): la acción de hiare es propia de los animales; o también milite ad sanguinem et caedes obverso spolia in vulgus cedebant (Hist. III, 83): se da una imagen del vulgo semejante a la de una ave carroñera. Además de esta animalización del vulgo como colectivo, podemos observar una serie de rasgos morales despectivos omnipresentes en la obra tacitea, como pueden ser su carácter murmurador, adulador, mudable, sedicioso, lascivo, cobarde, ignorante o imprevisor. Veamos algunos ejemplos: vulgus fingendi avidum (Hist. II, 1); ad eliciendum vulgi favorem (Ann. XV, 53); clamor vocesque vulgi ex more adulandi nimiae et falsae (Hist. I, 90); ceterum vulgus conscientia scelerum et spe impunitatis facile accessurum (Hist. IV, 56).

²⁶ En relación a la *utilitas publica* como fundamento de división entre *ius publicum* y *privatum* y su consideración como de origen filosófico griego por Steinwenter, A. (1939). *Utilitas publica-utilitas singulorum*. En Feistschrift Koschaker (p. 84). Leipzig: Zentralantiquariat der Deutschen Demokratischen Republik. Además, este mismo autor considera que el fragmento dedicado a la *utilitas publica* pertenece a un operador del Bajo Imperio. Hacia la consideración del sentido filosófico de la *utilitas publica* se inclina Romano, S. (sin año). *La distinzione fra ius publicum e ius privatum nella giurisprudenza romana*. En *Scritti in onore di Santi Romano* (Vol. IV, p. 169). Padova

esta también establecido en interés de los particulares, para quienes tiene importancia la salvaguardia del Estado («*nam et singulorum utilitas rem publicam salvam conservare*»), como dice Acursio en la glosa *spectat, ad Inst. 1,1,4.*, y en la glosa *ad singulorum a D. 1,1,1,2.* («*secundo autem ad publicam utilitatem pertinet : expedit enim rei publicae ne quis re sua male utatur*»).²⁷

En dicho sentido Hans Kelsen, critica la tesis del interés de los romanos en tanto sostiene que toda norma encierra un elemento de Derecho Público. Señala que el Estado al establecer una norma de Derecho Privado, por ejemplo de derecho civil o de derecho comercial, considera la necesidad de reglamentación en torno a la utilidad pública del instituto, y no exclusivamente a la necesidad de los particulares²⁸.

Adentrándonos en un salto histórico hacia la era del constitucionalismo moderno, tras la caída de los estados absolutistas resurge la importancia de la división de las órbitas, de la esfera de actuación del individuo, de su libertad. Y conceptos tales como *populus* se revitalizan a la luz de resultar el centro de la soberanía jurídica.

La autoconciencia filosófico-histórica de los hombres de la Ilustración se encuentra signada por su sentido político, desde la crítica encamina la crisis, y desde la crisis desata la revolución de 1789, en dónde la libertad y la igualdad constituyen dos de sus pilares fundamentales.

En el camino hacia la justificación de la existencia del Estado moderno se desarrollan las denominadas teorías contractualistas que ven al mismo como una verdadera necesidad social, y nos encontramos con Hobbes quien resulta paradigmático para la génesis de la moderna teoría del Estado a partir de las guerras civiles religiosas. Su teoría indaga sobre un fundamento a partir del cual sea posible edificar un Estado que garantice la tranquilidad y la seguridad generales, sacrificando la libertad del ser humano en un estado de naturaleza que se presenta adverso. Para Hobbes, el estado de naturaleza es un estado hipotético en el que los individuos viven sin un gobierno o autoridad central. En este estado, la vida es "solitaria, pobre, desagradable, brutal y corta", ya que la ausencia de un poder soberano lleva a la competencia y al conflicto constante. Será el miedo a la muerte, a sucumbir en manos del más fuerte, lo que impulsará al hombre a

²⁷ Badosa Coll, F. (2010). Memoria de derecho civil. Madrid: Marcial Pons. (págs. 22-24).

²⁸ Bartolomé Fiorini, profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de la Plata afirma que "el error es ab initio, puesto que se pretende en forma absoluta la existencia de dos sectores normativos: Derecho Público y Derecho Privado. Lo que la Ciencia Jurídica Moderna establece como una simple mención didáctica de clasificación, en la doctrina se lo exhibe como división substancial y absoluta" Fiorini, B. (1958). Curso de Derecho Administrativo. Tomo I. (p. 47.).

SOBRE LA LIBERTAD Y LOS LÍMITES AL PODER

refugiarse en el Estado, que le ofrece garantía de protección. El instrumento será la ley y absorberá todo el poder posible de la población, en un verdadero Leviatán, así es como lo denomina, con facultades de legislar y enjuiciar decidiendo controversias, de regular la libertad de expresión, y de dirigir las milicias, hacer la guerra y decretar la paz. En resumen, la conceptualización central de "Leviatán" es la necesidad de un gobierno fuerte y autoritario para evitar el caos del estado de naturaleza. Hobbes argumenta a favor de un contrato social en el cual los individuos ceden sus derechos naturales al Leviatán a cambio de seguridad y orden.

En contraposición, John Locke parte de un estado precontractual diferente. En el estado de naturaleza, para él, todos los hombres son iguales, sin subordinación ni sometimiento. Cada uno busca su progreso, pero en su camino se encuentra con otros que buscan lo mismo, y surge la rivalidad y se transforman en seres egoístas. Por ello será necesario que surja un tercero imparcial que garantice la seguridad y el derecho de propiedad de todos. La libertad, o dosis de poder, que se entrega al tercero imparcial debe ser la mínima para garantizar dicha seguridad y el disfrute de los derechos en plano de igualdad. El tipo histórico será el que se denomine Estado liberal o mínimo y los habitantes tendrán el derecho a resistir la opresión del gobernante que se exceda de los términos del mandato.

Herbert Spencer, conocido por ser uno de los principales exponentes del liberalismo clásico, en su obra "El individuo contra el Estado" (título original en inglés: "The Man Versus the State"), publicada en 1884, critica la intervención excesiva del Estado en la vida de los individuos y aboga por un enfoque más limitado del gobierno que garantice la libertad. Aplicando la teoría de la evolución de Charles Darwin a la sociedad, señaló que las sociedades evolucionan y se desarrollan de manera natural, y que la intervención excesiva del Estado en este proceso puede ser perjudicial. Sus conclusiones se centran en la crítica al paternalismo estatal, argumentando que el gobierno no debe asumir el papel de "padre" y tratar de regular y controlar todos los aspectos de la vida de los individuos. En cambio, aboga por la auto-responsabilidad y la autorregulación.

Jean Jacques Rousseau, en *El contrato Social*, parte del presupuesto del salvaje bueno, el hombre en el estado de naturaleza vive libre, pero se siente encadenado, Se pregunta la razón de esta situación, que no es otra que la civilización y el progreso que no permiten una vuelta atrás. No es posible volver al estado inicial del buen salvaje, hay que mirar hacia adelante y establecer reglas de convivencia en el marco del progreso.

SOBRE LA LIBERTAD Y LOS LÍMITES AL PODER

Sostiene la existencia de dos pactos, uno entre los hombres, el denominado contrato social, el ponerse de acuerdo sobre los presupuestos de esa sociedad, para luego pactar con el gobernante. Rousseau introduce la noción de la "voluntad general" como el principio fundamental de la soberanía en una república. La voluntad general es el interés común que surge cuando los ciudadanos se reúnen y deciden sobre cuestiones políticas. Rousseau defiende la idea de que la voluntad general es siempre justa y busca el bien común. La voz del pueblo entonces será una, su expresión la soberanía, y a su turno cumplirá el doble rol de legitimidad y límite al ejercicio del poder del gobernante. El tipo emergente será el Estado Social y Democrático de Derecho. Su instrumento por excelencia también la ley, como fruto de la voluntad general expresada en el Parlamento. Será esta la posición triunfante en las revoluciones occidentales y su expresión en el constitucionalismo moderno, en dónde no existen derechos ilimitados, y los mismos se reglamenta a través de la ley, teniendo como parámetro por excelencia el principio de razonabilidad. La idea será la del progreso social en plano de igualdad promovida. El Estado es el instrumento para la realización de derechos.

No obstante, el problema en debate se centra en el equilibrio entre qué aspectos de la libertad y la propiedad privada no pueden ser turbados por la presencia del Estado en su manifestación normativa, situación que ha sido motivo de preocupación desde la antigüedad, aún ante la presencia de expresiones extremas del poder. Se presenta la dicotomía entre el ámbito de lo privado y lo público, siendo este último en un principio el lugar de desarrollo del poder y supone desde Roma la reglamentación de los intereses que se denomina "públicos".

Según Arendt (*The Human Condition* 1958), en el pensamiento antiguo la esfera privada debía ser entendida como "privación", o "estar privado": de las cosas que constituyen una verdadera vida humana, estar privado de la realidad que se obtiene al ser visto y oído por otros, estar privado de las relaciones que provienen de compartir un mundo en común, y estar privado de la posibilidad de lograr algo más perdurable que la vida misma.

La tesis del interés que caracterizaba a la idea romana de ambas órbitas, públicas y privadas, la distinción de la esfera colectiva de actuación a la que refiere Arendt, en la antigüedad, será abordada en los siglos XVII y XVIII, desde el punto de vista liberal de la defensa de la propiedad privada, ya que a través de su protección es como el espacio

SOBRE LA LIBERTAD Y LOS LÍMITES AL PODER

privado de autonomía puede garantizarse. No hay a priori ningún deber de defender ciertos valores morales, por el mero hecho de que sean mayoritarios²⁹.

Se trata de consagrar límites al poder del Estado, de modo que su obrar resulta ilegítimo cuando los excede; en función de la libertad. Surge entonces el principio de la autonomía de la persona humana frente a la regulación normativa de fuente estatal que a efectos de incentivar conductas que aseguren la convivencia pacífica, debe delinear los aspectos negativos de los comportamientos, el concepto de daño, para cumplir con el *“alterum non laedere”*³⁰.

John Stuart Mill en torno al concepto de daño señala que *“...el único objeto, que autoriza a los hombres, individual o colectivamente, a turbar la libertad de acción de cualquiera de sus semejantes, es la propia defensa; la única razón legítima para usar de la fuerza contra un miembro de una comunidad civilizada es la de impedirle perjudicar a otros; (...)”*³¹ Mill deja claro cómo su obra no se refiere al concepto o de la libertad entendida como el libre albedrío, sino a la libertad social, relacionada con la no intervención del Estado en los asuntos que corresponden al individuo. Y muy particularmente en su tercer capítulo expone la única razón legítima por la cual la sociedad puede imponer límites a un hombre: perjudicar los derechos de otros.

En concordancia con esta posición la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano, que en lo que a autonomía personal respecta establece en su art. IV que *“La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no cause perjuicio a los demás. El ejercicio de los derechos naturales de cada hombre, no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el disfrute de los mismos derechos (...)”* y en su art. V prescribe que *“La ley sólo puede prohibir las acciones que son perjudiciales a la sociedad (...)”*.

Nos enseña Nino en torno al principio de autonomía que *“siendo valiosa la libre elección individual del plan de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no debe interferir en esa elección o adopción,*

²⁹ Hart, H. L. A. (1963). *Law, Liberty and Morality*. Oxford, Reino Unido: Oxford University Press.

³⁰ Como sostiene Alfredo Di Pietro, *“...la expresión “alterum non laedere”, cobra entonces más fuerza, pues no se reduce a lo que podríamos entender como no dañar, sino que viene a significar un “no lidiar”, “no pugnar” con los demás, entendiéndolo que la paz es uno de los fines del derecho... Por ello, cuando Ulpiano afirma “alterum non laedere” como un precepto de la justicia, está afirmando algo más que un mero “no dañar”; Está afirmando que debemos evitar toda confrontación, toda agresión, toda lidia con nuestros semejantes.”*. Conforme Opinión en el sitio <https://abogados.com.ar/sobre-el-principio-alterum-non-laedere/19508>

³¹ Mill, J. S. (s.f.). *Sobre la libertad* (J. S. Pulido, Trad.). Aguilar. Recuperado de <https://deuba.files.wordpress.com/2013/02/libro-stuart-mill-john-sobre-la-libertad.pdf>

SOBRE LA LIBERTAD Y LOS LÍMITES AL PODER

*limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución. Este es el principio que subyace al principio más específico y menos fundamental que veda la interferencia estatal con conductas que no perjudican a terceros; tal interferencia es objetable en tanto y en cuanto ella puede implicar abandonar la neutralidad respecto de los planes de vida y las concepciones de excelencia personal de los individuo*³² en poder hacer todo aquello que no cause

Robert Alexy subraya respecto de la libertad de acción individual, el derecho a que no sea *"restringida por normas que no son elemento constitutivo del orden constitucional, es decir, que no son formal y materialmente acordes con la Constitución"*. Y en concordancia sostiene, *"una norma puede ser una restricción de derecho fundamental sólo si es constitucional. Si no lo es, su imposición puede, por cierto, tener el carácter de una intervención pero no de una restricción. Con esto, puede fijarse ya una primera característica: las normas son restricciones de derechos fundamentales sólo si son constitucionales"*³³.

La evolución del concepto de libertad en el constitucionalismo refleja la adaptación a las cambiantes circunstancias sociales, políticas y tecnológicas. A medida que la comprensión de los derechos humanos y la justicia social ha evolucionado, también lo ha hecho la forma en que las constituciones abordan y protegen la libertad en sus diversas formas. El ordenamiento público es el ámbito de la atribución, el privado el de la libertad.

La creación jurisprudencial de un Derecho privado, distinto del público, supuso una defensa del individuo contra el Estado y, por tanto, produce efectos en el plano constitucional. Por libertad negativa se entiende un límite normativo al poder del Estado sobre el individuo, no una mera ausencia de interferencia como cuestión de hecho, mientras la idea de libertad positiva se relaciona con la autonomía³⁴.

Las teorías de la libertad positiva se centran fundamentalmente en la capacidad de los individuos para desarrollar su potencial y alcanzar sus metas, en lugar de simplemente estar libres de interferencias externas. Estas teorías sostienen que la verdadera libertad se

³² Nino, C. S. (2012). Ética y Derechos Humanos. Buenos Aires: Astrea. (págs. 204-205).

³³ Alexy, R. (2002). Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. (pág. 270).

³⁴ Berlin, I. (1967). Two concepts of liberty. En A. Quinton (Ed.), Political philosophy (pp. 141-152). Oxford, Universidad de Oxford..

SOBRE LA LIBERTAD Y LOS LÍMITES AL PODER

logra cuando los individuos tienen la capacidad de autodeterminarse y realizar elecciones significativas que contribuyan a su desarrollo humano y bienestar.

Algunos de los principales defensores de las teorías de la libertad positiva incluyen a filósofos como Jean-Jacques Rousseau, Karl Marx y John Dewey.

Dewey argumentaba que la libertad positiva se alcanza a través de la participación activa en la vida democrática y la búsqueda del bienestar colectivo. Para Dewey, la libertad no es simplemente la ausencia de restricciones externas, sino la capacidad de participar en la toma de decisiones que afectan nuestras vidas y el desarrollo de nuestras capacidades en comunidades democráticas y cooperativas. Sus ideas sobre la educación y la democracia pueden entenderse en términos de promoción de la capacidad de los individuos para participar activamente en la vida social y política, lo que se alinea con el concepto de libertad positiva.

Por otra parte, existen dos ángulos teóricos extremos a considerar dentro del marco del intervencionismo en la esfera de la libertad y privacidad, y que se relacionan con la conceptualización de la libertad en su faz negativa.

Para el perfeccionismo el Estado debe perseguir el bienestar, el desarrollo y la excelencia de todos sus ciudadanos y desalentarlos, aun coercitivamente, de acciones que dañan, degradan o humillan, incluso si esas acciones y disposiciones son autorreferentes, o contra si mismos.

Para la neutralidad, el punto de partida es la distinción entre el ámbito público, en el que se desarrolla la intervención legítima del poder estatal, y el ámbito privado en que las personas persiguen su propio bien. En este último, si no hay daño a terceros existe una barrera para el avance de la norma jurídica estatal.

Un capítulo esencial en torno a los límites del poder estatal surge a partir de la protección del contenido esencial de los derechos fundamentales, que se positiviza en Alemania. En efecto, el artículo 19 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949 dispone, en lo pertinente: "*(1) Cuando de acuerdo con la presente Ley Fundamental un derecho fundamental pueda ser restringido por ley o en virtud de una ley, ésta deberá tener carácter general y no estar limitada al caso individual. Además, la ley deberá mencionar el derecho fundamental indicando el artículo correspondiente. (2) En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial*".

Corresponde resaltar que en la declaración de la revolución francesa el límite a la privacidad o autonomía personal viene a estar dado por el daño o perjuicio a otros o a la sociedad. No obstante a partir de estos nuevos conceptos la regulación debe atender

también aspecto que hacen al contenido esencial de los derechos, como principios, como mandatos de optimización³⁵, lo que constituye una barrera a la injerencia que debe ser controlada a la luz del principio de razonabilidad y dignidad de la persona humana. Toda persona goza del derecho de ser dejada a solas por el Estado para asegurar la determinación autónoma de su conciencia cuando toma las decisiones requeridas para la formación de su plan de vida en todas las dimensiones fundamentales.es fundamentales

El derecho a la privacidad o a la autonomía personal está previsto en la primera parte del art. 19 de la Constitución Nacional Argentina, en el art. 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en el art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y en los ya mencionados arts. 4 y 5 de la Declaración Universal de los Derechos. Para Bidart Campos se trata de *“la posibilidad irrestricta de realizar acciones privadas que no dañan a otros”*

.³⁶

Al respecto, señala Schmitt que solo los derechos humanos liberales del individuo son derechos fundamentales en sentido propio. Por tanto, únicamente el individuo puede ser considerado titular de los derechos fundamentales, así como el Estado es el único destinatario de ellos, y el objeto solo puede consistir en abstenerse de intervenir en la esfera de libertad del individuo. De esta forma se intenta establecer que los derechos fundamentales son solamente aquellos derechos que pertenecen a la base del propio Estado. A su vez, el cimiento del Estado de derecho burgués consiste en el *principio de distribución de competencias*, que establece que la esfera de libertad del individuo es en principio ilimitada, mientras que las competencias del Estado son en principio limitadas³⁷.

³⁵ La noción de "derechos como mandatos de optimización" fue propuesta por el filósofo alemán Robert Alexy. Esta idea forma parte de su teoría jurídica y constitucional, particularmente en su obra "Teoría de los derechos fundamentales". Según Alexy, los derechos fundamentales no son simples permisos o facultades discrecionales, sino más bien mandatos de optimización. Esto significa que los derechos imponen a los poderes públicos la obligación de hacer todo lo posible para realizar un estado de cosas en el que se maximice la protección y realización de los derechos de los individuos, dentro de los límites de lo posible. En otras palabras, los derechos fundamentales establecen estándares de actuación para los poderes públicos, exigiéndoles que actúen de la manera más efectiva posible para garantizar y proteger los derechos de los individuos. Sin embargo, debido a las limitaciones de recursos y otros factores, es posible que no siempre sea posible alcanzar una protección absoluta de los derechos. Por lo tanto, los derechos se entienden como mandatos de optimización, en lugar de mandatos de maximización, ya que exigen la maximización de la protección de los derechos en la medida de lo posible, dadas las circunstancias. En resumen, la idea de los "derechos como mandatos de optimización" destaca la naturaleza normativa de los derechos fundamentales, estableciendo estándares exigibles para los poderes públicos en la protección de los derechos individuales.(Ver Alexy, R. (1993). Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales).

³⁶ Bidart Campos, G. (2009). Manual de la Constitución Reformada. Buenos Aires: Ediar, pág.522.

³⁷ Schmitt, C. (1992). Teoría de la Constitución. Madrid: Alianza Universidad. (p. 190).

SOBRE LA LIBERTAD Y LOS LÍMITES AL PODER

De tal manera toda persona goza del derecho de ser dejada a solas por el Estado para asegurar la determinación autónoma de su conciencia cuando toma las decisiones requeridas para la formación de su plan de vida en todas las dimensiones fundamentales. No obstante, el principio de autonomía del ser requiere determinadas condiciones como lo son las apropiadas capacidades, un adecuado y variado rango de opciones e independencia, en aspectos homogéneos. Presupuesto de laboratorio, en tanto la igualdad es un paradigma que siempre se sostiene como meta, nunca como presupuesto.

Según Raz, la autonomía requiere la capacidad de elección, la reflexión crítica, la independencia y la coherencia interna. los individuos autónomos deben ser independientes en el sentido de que sus decisiones y acciones no estén determinadas por factores externos o coerción. Esto significa que deben tener la capacidad de actuar de acuerdo con sus propios intereses y valores, sin ser dominados o controlados por otros, así como también ser capaces de cuestionar y revisar sus preferencias y principios a la luz de la razón y la experiencia. Estas condiciones son fundamentales para que los individuos puedan ejercer su autonomía y tomar decisiones autónomas en sus vidas y de tal manera proyectar su auténtico plan de vida, por fuera de la injerencia del Estado o de terceros, pero siempre atendiendo al deber de no dañar³⁸.

En la actualidad, la ciencia y tecnología han creado nuevos espacios en los que podemos a priori señalar que existe una suerte de anomia, y resurge el debate sobre la regulación e intervención estatal, que se presenta prioritario ante la invasión a la privacidad, que intentaré fundamentar en las siguientes líneas.

III.- Privacidad y Entorno Digital

Sin dudas que los avances tecnológicos resultan innegables en la mejoras que traen aparejadas para el desarrollo humano.

No obstante, y en el marco del denominado entorno digital, surgen nuevamente los problemas a los límites de la libertad, y cómo pueden ser solucionados, es decir si la herramienta debe ser la norma jurídica estatal y sus alcances, en un mundo que se presenta globalizado.

Uno de los mayores impactos que se han producido en el entorno digital es sin dudas sobre el clásico concepto de privacidad.

³⁸ Raz, J. (1986). *The Morality of Freedom*. Oxford: Oxford University Press.

SOBRE LA LIBERTAD Y LOS LÍMITES AL PODER

La idea de privacidad en Internet es compleja y ha evolucionado con el tiempo, especialmente con el rápido avance de la tecnología. Brandeis y Warren, sostienen que conceptualmente la privacidad debe ser analizada bajo otra óptica ante los cambios que trae aparejada estas nuevas tecnologías, ya que todas implican captura, procesamiento y transmisión de datos, necesariamente³⁹.

Pueden resaltarse como aspectos clave relacionados con la privacidad en Internet: Aspectos de control: relacionado con la capacidad de decidir qué información personal se desea compartir en línea y con quién.; Consentimiento Informado: La importancia de dar consentimiento informado antes de que se recopile, almacene o utilice su información personal. Parte de un presupuesto, qué se entiende por información y sus características, que deben atender a usuarios heterogéneos y muy particularmente contemplar situaciones de desigualdad, vulnerabilidad o aún hipervulnerabilidad (pensemos en consumidores y usuarios no expertos en tecnología y sus términos técnicos, caracteres de tipografía y léxico para su transmisión, condiciones de discapacidad, etc.); Seguridad: Lo que implica plataformas confiables para la protección de datos y accesos no autorizados.

Y por supuesto todo el tema que rodea a la seguridad informática en torno a la responsabilidad; Seguimiento y Monitoreo: Partir de la premisa que los datos se recopilan y los usuarios a menudo son rastreados en línea. Por lo tanto la privacidad apunta a ponerle límite a dicho rastreo; normas y regulaciones: Las leyes varían según la región y establecen estándares para proteger la privacidad de los usuarios.

Existen dos modelos polares, pero es innegable que frente a derechos de rango fundamentales el Estado no puede permanecer pasivo.

Las plataformas, a su vez, introducen normas de conducta de los usuarios, que constituyen un conjunto de estándares de comportamiento esperables, es decir, el proveedor suele incluir un listado de "buenas prácticas" para los usuarios, y que adquieren diversos nombres, a saber: Directrices Comunitarias Profesionales (LinkedIn), derechos y responsabilidades o normas comunitarias (Facebook), y/o reglas y políticas de uso (Twitter).

Desde ya que las mismas deben ser controladas bajo políticas que protejan frente a la cancelación discriminatoria. La discusión pública y la participación ciudadana son

³⁹ Warren, S. and Brandeis, L. (1890), "The Right to Privacy," Harvard Law Review, Vol. 4, no. 5, pp. 193–220. El artículo puede consultarse ingresando al vínculo electrónico: <https://www.cs.cornell.edu/~shmat/courses/cs5436/warren-brandeis.pdf>

SOBRE LA LIBERTAD Y LOS LÍMITES AL PODER

fundamentales para abordar la vigilancia masiva. Estos debates deben considerar el equilibrio entre la seguridad y la protección de los derechos individuales.

En términos generales, la privacidad en Internet se refiere al derecho de los individuos a controlar la información personal que comparten en línea y a mantenerla segura de accesos no autorizados. Esta idea ya ha sido receptada a muchas legislaciones, si bien a priori relacionada con las bases de datos, su fidelidad, el acceso a sus contenidos y rectificación, a través de instrumentos tales como la garantía del habeas data, que en la Argentina tiene recepción constitucional expresa en el Art. 43 de la Carta Magna. Dicha norma señala en su tercer párrafo *"Toda persona podrá interponer esta acción (amparo) para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o banco de datos públicos o privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística"*.

El objeto de la acción puede ser "el conocimiento", "la supresión", "la rectificación", "la confidencialidad" y la "actualización" de los datos. Es relevante que la mayoría de la doctrina ha coincidido que esta enumeración constitucional es solo enunciativa y no existiría impedimento legal para accionar por esta vía para "la inclusión" de un dato que debería constar en un registro de acuerdo a la finalidad que fue creado. Evgeny Morozov señala como mito la idea de que la tecnología, en particular Internet, lleven a una mayor libertad y democracia, muy por el contrario sostiene que la tecnología puede ser utilizada para reforzar el control autoritario, la vigilancia y la manipulación. La vigilancia masiva implica la observación y supervisión de grandes segmentos de la población. Puede llevarse a cabo a través de cámaras de vigilancia, interceptación de comunicaciones electrónicas, análisis de datos en línea, entre otras técnicas. Los programas de vigilancia masiva suelen ser iniciados por gobiernos, pero también pueden ser llevados a cabo por otras entidades, como empresas⁴⁰.

Así, las promesas iniciales que la presentaron como un vehículo para la liberación y la democratización han sido cuestionadas a medida que la tecnología se ha desarrollado, y hay un notorio avance sobre la privacidad a través de entornos digitales cada vez más complejos como el metaverso, así como la creación de intranets ocultas, que lejos de asegurar toma de decisiones como expresión de la voluntad, alteran sus sentidos. La

⁴⁰ Morozov, E. (2011). El desengaño de internet: Los mitos de la libertad en la red (E. G. Murillo, Trad.). Barcelona: Ed. Destino.

SOBRE LA LIBERTAD Y LOS LÍMITES AL PODER

libertad en el ciberespacio también implica la necesidad de garantizar la seguridad digital. La protección contra ciberataques y la seguridad en línea son esenciales para mantener la libertad de participar en actividades en línea sin temor a la manipulación o la intrusión.

Se habla de la psicografía biométrica, elemento predictivo que vulnera la barrera del sentido de la privacidad clásica, a punto tal que supera la teoría de la exteriorización de la voluntad, o aún la más amplia en cuanto a las ideas interiores, haciendo trascender comportamientos aún emotivos e incontrolables. La información psicográfica puede utilizarse para personalizar mensajes publicitarios y contenidos en línea.

Aunque esto puede mejorar la relevancia para el usuario, también plantea preocupaciones sobre la manipulación y la falta de control del individuo sobre cómo se utiliza su información. Por otra parte cabe alertar sobre la toma de decisiones automatizadas basadas en perfiles psicográficos, en dónde existe el riesgo de sesgo algorítmico. Los algoritmos pueden tomar decisiones que afectan a las personas sin su conocimiento y sin una comprensión clara de cómo se llegó a esas conclusiones.

A su vez no solo a través de un entorno digital específico como internet o el metaverso, sino también a través de dispositivos e interfaces los datos, aún biométricos, que pueden ser recolectados, se otorgan datos precisos sobre nuestra situación física, preferencias, niveles de salud, que nos colocan en niveles de vigilancia desconocidos, y que presentan el desafío del límite al ejercicio del poder sobre tales datos, sobre lo que se denomina nuestra “huella digital”.

Sin dudas la temática aquí esbozada plantea preocupaciones significativas sobre la privacidad. La recopilación y el análisis extensivos de datos pueden revelar detalles íntimos de la vida de las personas, erosionando el derecho a la privacidad y generando preocupaciones sobre el uso indebido de la información.

El fenómeno del “big data” o “datación” y las apetencias económicas que rodean el conocimiento de nuestras preferencias nos enfrentan a nuevas formas de poder, en la que prevalece la desigualdad de armas, aún con las herramientas tradicionales del derecho. Existen dos grandes corrientes en tal sentido, una que deposita en la plataforma o ciberespacio la autorregulación, y otra en los mecanismos de control y censura que caracterizan al poder del Estado, con diversos matices.

Como punto de partida, John Perry Barlow, publicó en Internet un breve documento llamado “Declaración de la Independencia del Ciberespacio” (A Declaration

of the Independence of Cyberspace⁴¹). Una suerte de independentismo frente a las normas regulatorias del ciberespacio de la Ley de Telecomunicaciones de EEUU de 1996. La declaración proclama la independencia del ciberespacio y lo describe como un nuevo "hogar de la mente" que está más allá de las limitaciones geográficas y gubernamentales tradicionales. Desafía la idea de que los gobiernos tengan autoridad sobre el ciberespacio y sugiere que las leyes soberanas de las naciones no se aplican de manera efectiva en este nuevo espacio.

No propone otra cosa que la abstención del intervencionismo estatal, y la autorregulación del entorno digital. No obstante, en esta desigualdad y peligro, ante la inseguridad que dicho contexto presenta al hombre, como diría Hobbes, el Estado debe intervenir, para asegurar las libertades y derechos individuales, entre ellos la privacidad.

Es decir, existen riesgos directos sobre los derechos de la personalidad, honor, intimidad e imagen. Pero también hacia la integridad y dignidad, la libertad de expresión y el derecho de información, la igualdad y la prohibición de discriminación. De ahí la necesidad de nuevas formas de protección frente al abuso de quienes, teniendo el poder de acceder a datos personales ajenos, hacen un uso indebido de ellos.

Argentina ha ratificado varios tratados internacionales de derechos humanos que tienen implicaciones sobre la privacidad. Ha ratificado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo artículo 17 dispone que *“nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación”*. El Comité de Derechos Humanos ha señalado que los Estados partes en el PIDCP tienen la obligación positiva de *“adoptar medidas legislativas y de otra índole para dar efecto a la prohibición de tales interferencias y ataques, así como a la protección de este derecho [privacidad].”*

En conjunto, estos aspectos respaldan la idea de que el derecho a la privacidad es inalienable, ya que está arraigado en principios fundamentales de dignidad, autonomía y protección contra la intrusión no justificada en la vida personal. De tal manera, la desregulación del ciberespacio, en la medida que afecte la privacidad y derechos esenciales del hombre, podría significar sin más una responsabilidad internacional para la Argentina, centrada en el supuesto de omisión legislativa.

No obstante, tampoco puede afectarse la libertad de expresión. Y así se propone que el tráfico de información, ideas, opiniones en red debería ser abierto y libre, sin

⁴¹ Barlow, J. P. (1996). A Declaration of the Independence of Cyberspace. Davos-Suiza. <https://www.eff.org/es/cyberspace-independence>

censuras, ni las tradicionales, ni las nuevas en forma de bloqueos, retrasos o filtros, sin las debidas garantías. El límite, como siempre, el daño a terceros.

IV.- A modo de conclusión

El entorno digital plantea un importante y urgente desafío jurídico y ético, sobre el equilibrio que debe existir entre la libertad de expresión en línea, la protección a los datos y privacidad, así como también respecto al rol que la norma jurídica debe asumir al respecto, en un entorno que se presenta globalizado, sin fronteras. Esto último supone un constante desafío de cooperación y nuevos conceptos de participación ciudadana. Acuerdos internacionales y normas compartidas son cruciales para abordar los desafíos en el ciberespacio.

Benjamin Constant, abordó temas relacionados con la libertad en su obra, y se le atribuye una distinción entre dos tipos de libertad que han sido influyentes en la teoría política: la "libertad de los antiguos" y la "libertad de los modernos". Estos conceptos son discutidos en su famoso discurso titulado "*La libertad de los antiguos comparada con la de los modernos*" (1819). Para Constant, la "libertad de los antiguos" se refiere a la participación directa en los asuntos públicos y a la toma de decisiones colectivas. En las antiguas repúblicas, como Atenas, los ciudadanos participaban activamente en la toma de decisiones a través de la asamblea. Esta forma de libertad implicaba la participación directa en la vida política, pero también podría requerir una cierta homogeneidad en la sociedad. En contraste, la "libertad de los modernos" se relaciona con la libertad individual y los derechos individuales, especialmente en el contexto de sociedades más grandes y complejas. El autor argumentó que, en las sociedades modernas, la participación directa en la toma de decisiones no era práctica debido al tamaño y la complejidad de las comunidades. En cambio, defendió la importancia de los derechos individuales, como la libertad de expresión, la propiedad privada y la protección de la privacidad.

Este debate recobra actualidad dado que, en apariencia, la imposibilidad fáctica de una participación activa en la esfera pública viene a estar desplazada con las herramientas que proponen las nueva tecnologías, con sus particularidades y riesgos en lo que se ha dado en llamar el "ágora digital". Arendt destacó la importancia de la acción política como un medio para que los individuos se expresen y revelen su singularidad. La acción política, según Arendt, es el proceso a través del cual los individuos participan en asuntos públicos y contribuyen a la formación del mundo común. Estos caracteres se

SOBRE LA LIBERTAD Y LOS LÍMITES AL PODER

oponen a los atributos de objetividad, firmeza y necesidad, implicados en la idea de verdad. Por esta razón Arendt estimaba que el lugar de la verdad debía ser ocupado por la opinión, que es el reflejo de los puntos de vista plurales de una sociedad. De allí que abogó por la importancia de un espacio público vibrante y plural para la política⁴².

Los modelos de autorregulación en un mundo heterogéneo y desigual sin dudas pueden llevar a una completa vulneración de derechos fundamentales. No se trata de la construcción de un "Ciberleviatán"⁴³ con una influencia del Estado o de una entidad de poder similar en el ciberespacio, implicando cuestiones de gobernanza, control, seguridad o incluso preocupaciones sobre la pérdida de privacidad en el mundo digital.

Nuevamente, cuando el derecho y la filosofía política enfrentan lo "absoluto" la propuesta debe ser en torno a principios generales que garanticen los derechos fundamentales del individuo y ese ámbito de privacidad que nos distingue como ciudadanos y no súbditos del poder que se imponga.

Un verdadero desafío que no debe olvidar la dignidad de la persona humana.

V.- Bibliografía

Alexy, R. (2002). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Arendt, H. (1996). *Verdad y política*. En Id., *Entre el pasado y el futuro: Ocho ejercicios sobre la reflexión política* (trad. de A. L. Poliak Zorzut). Barcelona. Península.

Arendt, H. (2009). *La condición humana* (R. G. Novales, Trad.). Buenos Aires: Paidós.

Badosa Coll, F. (2010). *Memoria de derecho civil*. Madrid: Marcial Pons.

Berlin, I. (1967). *Two concepts of liberty*. En A. Quinton (Ed.), *Political philosophy* Oxford, Universidad de Oxford.

Bidart Campos, G. J. (2010). *Manual de la Constitución Reformada* (Tomo 2). Buenos Aires: Ediar..

Bobbio, N. (1985). *Origen y fundamento del poder político* (J. Fernández Santillán, Trad.). México: Grijalbo.

⁴² Arendt, H. (1996). *Verdad y política*. En Id., *Entre el pasado y el futuro: Ocho ejercicios sobre la reflexión política* (trad. de A. L. Poliak Zorzut). Barcelona. Península. Arendt, H. (2009). *La condición humana* (R. G. Novales, Trad.). Buenos Aires: Paidós.

⁴³ Lasalle, J. M. (2019). *Ciberleviatán: El colapso de la democracia liberal frente a la revolución digital*. Barcelona. Ed.Arpa.

SOBRE LA LIBERTAD Y LOS LÍMITES AL PODER

Barlow, J. P. (1996). Declaración de Independencia de Ciberespacio. Recuperado de http://www.uhu.es/ramon.correa/nn_C_edusocial/documentos/docs/declaracion_independencia.pdf.

Constant, B. (1819). De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos.

De Francisci, A. (1943). *Storia del diritto romano*. Milán.

Del Peso Navarro, E. (2000). La protección de datos y la privacidad en Internet. *Informática e Derecho: Revista Iberoamericana de derecho informático*, 33, 61-86.

Dewey, J. (2004). *Democracia y educación: Una introducción a la filosofía de la educación*. Morata. ISBN 84-7112-391-6.

Domingo, R. (1999). *Auctoritas*. Barcelona, España: Ariel.

Fernández de Buján, A. (s.f.). Conceptos y dicotomías del IUS. *Revista Jurídica Universidad Autónoma De Madrid*, (3). Recuperado de <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/6271>.

Fernández de Buján, A. (2022). *Derecho público romano (25.ª ed.)*. Cizur Menor: Civitas.

Fiorini, B. (1958). *Curso de Derecho Administrativo*. Abeledo Perrot. Bs.As. Argentina.

Fustel de Coulanges, N. D. (1997). *La Ciudad antigua*. Buenos Aires, Argentina.

García del Corral, Ildefonso, (1989) *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, España, Lex Nova.

Gelli, M. A. (2003). *Constitución de la Nación Argentina*. Buenos Aires: La Ley.

Gómez Abeja, L. (s.f.). Inteligencia Artificial y Derechos Fundamentales. En F. H. Llano Alonso (Ed.), *Inteligencia Artificial y Filosofía del Derecho* (pp. xx-xx). Ediciones Laborum, S.L. ISBN edición digital: 978-84-19145-25-3.

González López, F. (2016). Desafíos y oportunidades de la regulación en Internet. *Revista de Tecnología y Sociedad*, ISSN: 2007-3607. Universidad de Guadalajara, Sistema de Universidad Virtual, México.

Guzmán Brito, Alejandro, *Derecho privado romano (2ª edición)*, Santiago, 2013),

I.

Hart, H. L. A. (1963). *Law, Liberty and Morality*. Oxford, Reino Unido: Oxford University Press.

SOBRE LA LIBERTAD Y LOS LÍMITES AL PODER

Iglesias, J. (1972). Derecho romano: Instituciones de derecho privado. Barcelona, España: Ariel

Koselleck, R. (2007). Crítica y crisis: un estudio sobre la patogénesis del mundo burgués (R. de la Vega, Trad., J. Pérez de Tudela, Trad., & J. A. Pardos Martínez, Ed. lit.). Madrid: Trotta.

Lasalle, J. M. (2019). Ciberleviatán: El colapso de la democracia liberal frente a la revolución digital. Barcelona. Ed.Arpa.

Larenz, K. (1985). Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica. (L. Díez Picazo, Trad.). Madrid: Civitas.

Longo, A. (1946). Corso di diritto romano. Diritto di famiglia. Editorial: Giuffrè. Milán

Mill, J. S. (1991). Sobre la libertad. En Sobre la libertad y otros escritos (1.^a publicación, 1859) (M. C. C. de Iturbe, Trad.). Madrid: Centro de Publicaciones Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Morente Parra, V. (2021). La libertad de los modernos en la sociedad digital: El control de los datos os hará libres. Derechos y Libertades, Universidad Carlos III-Madrid-Nro.45.

Morozov, E. (2011). El desengaño de internet: Los mitos de la libertad en la red (E. G. Murillo, Trad.). Barcelona: Ed. Destino.

Nino, C. S. (2012). Ética y Derechos Humanos. Buenos Aires: Astrea.

Perozzi, S.. (1947). *Istituzioni di diritto romano*. Milán

Prieto Sanchís, L. (2003). Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Madrid: Editorial Trotta.

Raz, J. (1986). The Morality of Freedom. Oxford: Oxford University Press.

Rossati, H. (2002). El origen del Estado. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni. ISBN: 950-727-374-3.

Schmitt, C. (1992). Teoría de la Constitución. Madrid: Alianza Universidad

Vico, G. (2002). Principios de ciencia nueva (J. M. Bermudo & A. Camps, Trad.). Ediciones Folio.

Villalba Álvarez, J. (1995). Estudio léxico del pueblo en Tácito: "vulgus, plebs, populus". Anuario de estudios filológicos, Universidad de Extremadura.

Xalabarder, R. (2018). Inteligencia Artificial y Derecho. Revista de Internet, derecho y política, 27, 108-109. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/> ISSN-e 1699-8154, N.º. 27

SOBRE LA LIBERTAD Y LOS LÍMITES AL PODER

Consejo de Derechos Humanos. (2018, abril). El derecho a la privacidad en la era digital- Resolución aprobada 34/7. Autores: INCLO, American Civil Liberties Union (ACLU, Estados Unidos), Association for Civil Rights in Israel (ACRI, Israel), Canadian Civil Liberties Association (CCLA, Canadá), Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS, Argentina), Dejusticia (Colombia), Egyptian Initiative for Personal Rights (EIPR, Egipto), Human Rights Law Network (HRLN, India), Hungarian Civil Liberties Union (HCLU, Hungría), International Human Rights Group Agora (Rusia), Irish Council for Civil Liberties (ICCL, Irlanda), Kenya Human Rights Commission (KHRC, Kenia), Legal Resources Centre (LRC, Sudáfrica), Liberty (Reino Unido).

Warren, S. D., & Brandeis, L. (1890). The Right to Privacy. Harvard Law Review, https://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/arHcles/privacy/Privacy_brand_warr2.html