

Los derechos personalísimos del consumidor en la “cultura de la conectividad”

A propósito de la tutela de los datos personales

por MIGUEL FEDERICO DE LORENZO

Sumario: 1. UN DEBATE OLVIDADO PERO ACTUAL. – 2. LOS DERECHOS PERSONALÍSIMOS Y LA AUTONOMÍA PRIVADA. – 3. ¿INSTRUMENTALISMO O DETERMINISMO DE LA TECNOLOGÍA? – 4. EL PODER DE LAS PLATAFORMAS DIGITALES. – 5. EL PROBLEMA DEL CONSENTIMIENTO. – 6. VOLVER AL DEBATE. – 7. LA METÁFORA DE GEORGE ORWELL Y LA NECESIDAD DE UNA TUTELA OBJETIVA DE LOS DATOS PERSONALES. – 8. LOS DATOS PERSONALES: ¿SON SOLO UN BIEN INDIVIDUAL?

1. Un debate olvidado pero actual

Vuelvo una vez más sobre *la actual* importancia de un debate jurídico inmerecidamente olvidado.

Hace casi medio siglo, se desarrollaba en nuestro país uno de los debates jurídicos más trascendentes y menos conocido del Derecho Civil. Dos notables juristas –lúcidamente anticipados a los tiempos– ponían sobre el tapete una de las cuestiones más agudas e incipientes de la teoría jurídica: ¿Cómo debe proteger el ordenamiento jurídico a los bienes vinculados a la esfera existencial de la persona humana? O para expresarlo de un modo más técnico: ¿Cuál es la naturaleza jurídica de la protección a la esfera de la personalidad?

Naturalmente que ambos juristas coincidían en que estos bienes debían ser protegidos. En esto, por supuesto no había dudas ni, por lo tanto, desacuerdos. Son bienes vinculados directamente a la dignidad de la persona humana y, por lo tanto, deben ser preservados por el orden jurídico.

La discusión entre ambos juristas, si se quiere, transcurría por otro andarivel. En efecto, ¿se trata de intereses que deben ser protegidos a través de la tutela imperativa del *derecho objetivo*?⁽¹⁾, o, por el contrario, ¿deben ser protegidos a través del ropaje jurídico del *derecho subjetivo*?⁽²⁾.

Nada menos que este era el eje del debate.

La cuestión, a decir verdad, no era nueva⁽³⁾, pero quedó en el olvido durante décadas hasta que este debate, carga-

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en *EL DERECHO: Datos sensibles: perfiles y regulaciones. El impacto del desarrollo tecnológico*, por GUILLERMO F. PEYRANO, ED, 200-750; *Los derechos a la imagen y la intimidad en la era de los teléfonos móviles con cámaras fotográficas e Internet*, por HUGO ALFREDO VANINETTI, ED, 214-948; *Derecho a la privacidad y protección de datos personales en las condiciones de uso y políticas de privacidad de las redes sociales*, por JOHN GROVER DORADO, ED, 268-609; *Los derechos de propiedad intelectual en el marco de los ADPIC*, por YAMILE BERNAN, EDPE, 1/2018-5; *Adolescentes y redes sociales: consideraciones jurídicas sobre la disposición de la propia imagen*, por BELÉN MARÍA ASTELARRA, ED, 278-864; *El derecho de imagen en la publicidad*, por JULIÁN IANIV AZAR, ED, 282; *El reconocimiento de los consumidores y los consumidores hipervulnerables en el ordenamiento jurídico argentino*, por CAREN KALAFATICH y EZEQUIEL N. MENDIETA, ED, 288-1372; *Perspectiva de vulnerabilidad en las relaciones de consumo. El lenguaje fácil como herramienta para la efectividad del derecho a la información del consumidor*, por MARÍA LAURA ESTIGARRIBIA BIEBER y SERGIO JUNIORS SHWOIHORT, ED, 289-1500; *La figura del daño punitivo en la Ley de Defensa del Consumidor. Un aporte para la inagotable polémica sobre los requisitos de procedencia y su valoración judicial*, por MARÍA BELÉN JAPAZE, ED, 292-462; *Incumplimiento de garantía del consumidor y asuntos probatorios*, por SAMIR ABEL DAYOUB, ED, 293-651; *La tutela de los derechos humanos en el ámbito del consumo. Para muestra, basta la “Publicidad 4.0”*, por MARCELO C. QUAGLIA, ED, 295-1015; *Cuestiones de la publicidad no tradicional: influencers, “publinotas” y responsabilidad*, por WALTER F. KRIEGER, ED, 296; *Los nuevos desafíos en la regulación de la publicidad*, por WALTER F. KRIEGER, ED, 298. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(1) ORGAZ, Alfredo “Personas individuales”, Ediciones Assandri, Córdoba, 1961, pág. 119 y ss.

(2) CIFUENTES, Santos “Derechos Personalísimos”, Astrea, Bs. As. 3ª edición, pág. 97.

(3) CASTAN TOBEÑAS, José, “Los derechos de la personalidad”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1952, pág. 5 y ss., y en especial, pág. 17, para quien se trata de verdaderos “derechos subjetivos”; DE CASTRO, Federico “Los llamados derechos de la personalidad”, en *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, 1959, pág. 3 y ss., que adhiere fervientemente a la postura “objetiva”; ROGUIN, Ernesto (“Las reglas jurídicas”, Madrid, 1904 (de la edición francesa de 1889), n° 131; FERRARA, Francesco, “Trattato di diritto civile italiano”, vol. I, Roma, Athenaeum, 1921, pág. 313; DABIN, Jean, “Theorie générale du Droit”, 12ª edición, Bruylant, Bruselas, 1953, pág. 103; DE CUPIS, Adriano, “I Diritti della personalità”,

do de cultura jurídica, la puso nuevamente entre nosotros, como epicentro de la teoría general de los derechos personalísimos.

Tampoco era, ni es, un problema baladí, sino que por el contrario encierra –como luego veremos– una de las cuestiones más delicada del tema.

Básicamente, la disputa entre ambos juristas se centraba en lo siguiente: ¿los bienes personalísimos (vida, integridad, honor, intimidad, datos personales, etcétera) deben ser tutelados *objetivamente* por el derecho o, en cambio, debe considerarse que *la persona es la titular de derechos subjetivos de la personalidad*?

En un caso (si se tratara de una tutela objetiva), la protección de los intereses personalísimos debe provenir de modo imperativo del ordenamiento (derecho objetivo), pero sin otorgar, correlativamente, *un derecho subjetivo* que dependa –como todo derecho– de la voluntad de su titular. La tutela, vale decir, es impuesta por el ordenamiento a través de normas imperativas sustrayendo a estos bienes jurídicos existenciales, por así decirlo, a la idea de un *derecho sobre sí mismo* y, por ende, sujeto a la voluntad dispositiva del propio individuo.

En el otro (es decir, si se tratara de una tutela subjetiva) la protección opera –siguiendo el teorema de Jhering– en la forma de un interés jurídicamente protegido por el conducto técnico de *un derecho subjetivo* y, por lo tanto, sujeto al ejercicio discrecional según *la voluntad* de su titular, dentro por supuesto de los límites del orden público.

En suma, mientras que para la teoría subjetiva, los derechos personalísimos terminan por ser disponibles⁽⁴⁾ y, por lo tanto, compatibles con la *autonomía de la voluntad*; para la teoría contraria, conceptualizar a estos bienes como derechos subjetivos sería tanto como admitir que frente a bienes jurídicos esenciales a la persona humana⁽⁵⁾, el *titular termine por ser el árbitro*⁽⁶⁾, a través de la autodeterminación, de su vida, de su integridad física, de su libertad o de su honor, por citar algunos ejemplos, circunstancia que resultaría, según este enfoque, incompatible con la naturaleza de estos bienes jurídicos incompatibles con el modelo de un “yo” *propietario* característico de los derechos patrimoniales.

En síntesis, hallándose en juego bienes “existenciales” –sostiene la postura objetiva– que hacen al “ser de la persona”, estas situaciones jurídicas deberían ser aprehendidas por el derecho objetivo que es quien debe establecer reglas precisas, adecuadas y *diferenciadas para cada uno de estos bienes*, en cuanto a la posibilidad de disposición, de renuncia, de transmisibilidad, etcétera.

Vale aclarar que ambas teorías coinciden en la necesidad de proteger al individuo no solo de terceros, sino –y este es el punto– incluso *de sí mismo, de sus propias decisiones*, las cuales –se afirma– tomadas de un modo inaprensible podrían socavar su propia esencia humana⁽⁷⁾. Ambas teorías, por lo tanto, profesan un cierto *paternalismo jurídico* y coinciden con el núcleo duro de la cuestión: *preservar la intangibilidad de la persona humana* (art. 51 del CCyC).

Ahora bien, mientras que para la teoría objetiva esta protección se logra a través del derecho objetivo, que es el encargado de dosificar la tutela del bien respectivo; para la teoría del “derecho subjetivo” la protección se logra no ya a través de la antigua herramienta de la “indisponibilidad” (resabio del “perfeccionismo” jurídico) sino, por medio de la facultad “irrenunciable” del titular del derecho a *revisar y revocar libremente la disposición que haya realizado de su derecho* (art. 54 del CCyC). El sistema, en otros términos, prioriza la “autodeterminación” de la

Giuffré, Milán, 1959, tomo 1, págs. 11, 33 y ss.; DECOCQ, André, “Essai d’une théorie générale des droits sur la personne”, París, LGDJ, 1960, 2 y ss.

(4) Es la solución finalmente recogida por el artículo 55 del CCyC.

(5) MESSINETTI, Davide, “Personalità (diritti della)”, en *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffré, pág. 355 y ss.

(6) Es el epicentro de la crítica de ORGAZ, Alfredo, op. cit., pág. 116.

(7) CATERINA, Raffaele, “Paternalismo e antipaternalismo nel diritto privato”, en *Rivista di diritto civile*, 2005, pág. 771.

persona, pero, consciente que el propio individuo, con su elección, puede poner en riesgo sus intereses esenciales, le otorga el beneficio del *ius poenitendi*.

2. Los derechos personalísimos y la autonomía privada

Con el correr de los años, la doctrina de los derechos (subjctivos) personalísimos terminó por imponerse ampliamente tanto en nuestro medio⁽⁸⁾ como en el derecho comparado⁽⁹⁾, consolidándose incluso normativamente con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación que recogió claramente esta perspectiva⁽¹⁰⁾.

En suma, los derechos personalísimos –como dice Bueres– son derechos subjctivos *especiales*, pero derechos subjctivos al fin y a la postre⁽¹¹⁾.

No obstante ello, no han faltado voces autorizadas que han puesto en tela de juicio este punto de vista.

Así, por ejemplo, se ha objetado:

a) Que posicionar a los derechos humanos subsumidos en la estructura clásica de los derechos subjctivos, es condenar a estos bienes a circular bajo la forma mercancía⁽¹²⁾.

b) Que las situaciones jurídicas existenciales antes que un derecho constituyen un valor fundamental en el ordenamiento que incluso son anteriores a este⁽¹³⁾;

c) Que los derechos humanos necesitan siempre de una tutela objetiva y del derecho positivo para ostentar su vigencia⁽¹⁴⁾.

d) Que la lógica del derecho subjctivo, que en condiciones normales pudo haber sido vista como una adquisición para la persona humana, resulta ser en estadios de complejidad social una *teoría regresiva* para los derechos personalísimos porque pone al interés tutelado en una situación de fragilidad debido a la posibilidad de disposición por parte de su titular⁽¹⁵⁾.

d) Que concebir a un “derecho humano” como un bien jurídico sujeto a la libre y voluntaria disposición por su titular, es negarle su carácter de derecho esencial⁽¹⁶⁾.

f) Que esta idea que asimila a las situaciones jurídicas existenciales con los derechos patrimoniales, poniéndolos en la misma bolsa del verbo “tener”, no responde ya a los valores inspiradores de la persona humana; y que, precisamente por ello, ya comienza a abrirse camino la idea, cercana al abuso del derecho, de la *fonction sociale des droits de la personnalité*.

g) Que la noción de “*autodeterminación*” es una idea *ultra individualista* que pone a la esencia de la persona humana en el riesgo de la reificación razón más que suficiente para que el sistema jurídico preserve a la persona aun de *sí mismo* y de *sus propias decisiones* en cuanto comprometan a la dignidad humana⁽¹⁷⁾.

h) Que sería incoherente que en un derecho subjctivo el sujeto titular sea, al mismo tiempo, el objeto de la situación jurídica subjctiva⁽¹⁸⁾.

(8) TOBIAS, José, “Tratado de Derecho Civil. Parte General”, La Ley, Bs. As., 2018, tomo II, pág. 173; RIVERA, Julio C., “Instituciones de Derecho Civil”, La Ley, Bs. As. 2022; SAUX, Edgardo, “Tratado de Derecho Civil. Parte General”, Rubinzal, 2018, tomo II, pág. 117.

(9) BRUGUIÉRE, Jean - GLEIZE, Bérengère, “Droits de la personnalité”, Ellipses, París, 2015, pág. 63.

(10) COMPAGNUCCI de CASO, Rubén, “Los derechos personalísimos y sus principales caracteres”, en “Estudios de los Derechos Personalísimos. Obra en Homenaje a Santos Cifuentes”, Instituto de Derecho Civil, Academia Nacional de Derecho, Buenos Aires, 2019, pág. 119.

(11) BUERES, Alberto J., Prólogo a la obra de BERGOGLIO - BERTOLDI, “Trasplantes de órganos”, Hammurabi, Buenos Aires, 1983, pág. XXV.

(12) BARCESAT, Eduardo, “Sobre el porvenir de los derechos humanos”, en Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2001, pág. 183.

No hará falta aclarar que, como señala Rivera, lo que los civilistas llamamos derechos personalísimos no son más que el reflejo de los derechos humanos en el ámbito del derecho privado (“Instituciones...”, cit., tomo I, p. 146).

(13) Recientemente de LIPARI, Nicolò, “Il diritto civile tra passato e futuro”, Riv. Dir. Civile, 2021, pág. 334.

(14) GUIBOURG, Ricardo, “¿Fundamento de los derechos humanos?”, en Ideas y Derecho. Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, 2010, pág. 129 y ss.

(15) ANCEL, Pascal, “L’indisponibilité des droits de la personnalité: une approche critique de la théorie des droits de la personnalité [sous la direction de Gérard Couturier]”, These, 1978, pág. 1 y ss.

(16) FABRE MAGNAN, Muriel, en Revue Droits, 2008, París, N° 48, cit. pág. 42; “¿Los derechos del hombre no correrían el riesgo de vaciarse de su substancia si el consentimiento fuera suficiente para dispensar su carácter imperativo?”.

(17) FELDMAN, Jean Philippe, “Faut-il protéger l’homme contre lui même?”, En Revue Droits, Puf, París, 2009, pág. 89.

(18) Con amplias y valiosas consideraciones: CICALA, Francesco, “Il rapporto giuridico”, Giuffrè, Milano, 1959, pág. 455 y ss.

Al margen de estas observaciones –de por sí inquietantes en una época en la cual los riesgos que afronta la persona humana son cada vez más intensos– la idea de bienes existenciales concebidos jurídicamente bajo la estructura del derecho subjctivo, cuya esencia es la *facultad de disponer*⁽¹⁹⁾, necesariamente entrelaza a estos bienes con la *autonomía privada* o la *autodeterminación de la persona* y, consecuentemente, con la teoría del negocio jurídico⁽²⁰⁾.

Más aún, en los últimos años, a partir de la apertura hacia la *autodeterminación* de la persona, sumada a nuevos hábitos sociales cada vez más inclinados a disponer de bienes como el cuerpo humano (tatuajes, estética, etc.)⁽²¹⁾, la imagen, la privacidad o los datos personales, se incrementó notoriamente la *disponibilidad de los derechos personalísimos a través del contrato* dando lugar a complejas cuestiones que se derivan de la confluencia, por un lado, del principio general en materia de disposición de derechos personalísimos que es siempre –como se dijo– *libremente revocable* (art. 55 del CCyC) y, por el otro, del marco contractual sometido al principio general del *pacta sunt servanda* (art. 959 del CCyC)⁽²²⁾. Con lo cual, la revocación de la “autorización” o “consentimiento” para la disposición del derecho personalísimo encuentra, en las derivaciones patrimoniales de la relación contractual en la cual se suele “insertar” la autorización para disponer, un eventual factor disuasorio.

3. ¿Instrumentalismo o determinismo de la tecnología?

En forma casi paralela a este debate jurídico, también la *tecnociencia* –que sin dudas trajo innumerables beneficios a la vida social– asistió a un inquietante debate sobre su incidencia en el cambio social. Un debate que interesó primero a la sociología⁽²³⁾, luego, a la propia teoría jurídica⁽²⁴⁾, y ahora, ya en el ámbito de la teoría general del contrato⁽²⁵⁾.

El debate es extremadamente importante para la teoría de los derechos personalísimos y en particular para el destino del *derecho a los datos personales*, dado el eslabonamiento que existe entre el uso –inevitable– de las plataformas digitales en la actual *cultura de la conectividad*⁽²⁶⁾ y los datos personales de los usuarios y consumidores que, a esta altura, es casi la totalidad de la población.

No es este el lugar para extenderme sobre este debate, pero una síntesis ayudará a comprender su vínculo con la tesis que sustento.

En líneas generales, se podría decir que el impacto de las nuevas tecnologías ha dado lugar a dos posturas sociológicas antagónicas.

Por un lado, se hallan los “*instrumentalistas*”, que son aquellos que minimizan el poder de la tecnología, en la creencia de que las herramientas son artefactos neutrales, totalmente subordinados a los deseos conscientes de sus usuarios. Nuestros instrumentos –se sostiene– son los medios que usamos para lograr nuestros fines, y como tales, carecen de fines propios.

(19) FERRARA, Francesco, “Trattato di diritto Civile italiano”, cit. pág. 324.

(20) NICOLAU, Noemí, “El acto jurídico personalísimo, instrumento para la dinamización de los derechos personalísimos”, en “Estudios de los derechos personalísimos. Obra en homenaje a Santos Cifuentes”, Academia Nacional de Derecho, Buenos Aires, 2019, pág. 47; DE LORENZO, Miguel F., “El negocio jurídico (crisis y fragmentación de una categorial)”, en prensa, Buenos Aires, 2023; NICOLUSSI, Andrea, “Autonomía privada e diritti della persona”, en Enciclopedia del Diritto, Milán, Giuffrè, pág. 133 y ss.

(21) Importantes reflexiones sobre un preocupante cuadro en: TOBIAS, José, “Tatuajes y ‘piercings’: entre la autodeterminación y la salud”, en La Ley, t. 2022-F, págs. 1-4.

(22) DE LORENZO, Miguel Federico, “El acto jurídico extrapatrimonial”, en Liber Amicorum, Marcos Córdoba, Rubinzal Culzoni, Bs. As., 2016, tomo III, pág. 101 y ss.

(23) MOROZOV, Evgeny, “La locura del solucionismo tecnológico”, Buenos Aires, 2016.

(24) Pioneros los trabajos de: LAQUIS, Manuel, “El derecho frente a las nuevas tecnologías”, en “El Derecho y las nuevas tecnologías”, Separata de la Revista del derecho industrial, n. 33, Buenos Aires, Depalma, 1990, pág. 543 y ss., y de COTTA, Sergio, “El desafío tecnológico”, Eudeba, Bs. As., 1968 (del italiano por Viggliolo de More); ALTERINI, Atilio A. “Perspectivas éticas y jurídicas de las tecnologías convergentes”, en La Ley 2007-F, pág. 891; del mismo autor: “Respuestas ante las nuevas tecnologías: sistema, principios y jueces”, La Ley 2007-F, pág. 1338; RODOTA, Stefano, “Il Diritto di avere diritti”, Laterza, Bari, 2012.

(25) Recientemente con un amplio análisis: HERNÁNDEZ, Carlos A., “Comercio electrónico y relaciones de consumo”, en RDP, Rubinzal, 2023, pág. 169 y ss.

(26) Sobre lo cual: VAN DIJCK, Johana José, “La cultura de la conectividad. Una historia crítica de las redes sociales”, Buenos Aires, Siglo XXI, 2016.

La tecnología, para este punto de vista, no sería otra cosa que una “herramienta” al servicio del hombre que este *domina* según sus preferencias y necesidades.

En el otro extremo del espectro se encuentra el “*determinismo tecnológico*”⁽²⁷⁾. El padre de esta teoría fue Thorstein Veblen, a principios del siglo XX.

Los deterministas consideran, básicamente, que el desarrollo tecnológico condiciona, como ningún otro elemento singular, el cambio y la estructura sociales. Dicho de otra forma, que la fuente más importante de cambios sociales, a lo largo de la historia, son las innovaciones tecnológicas. Ciertas tecnologías acaban afectando, según este punto de vista, a todos los ámbitos sociales: las instituciones, las formas de interacción, e incluso al mismo sistema jurídico que termina “supeditándose” a los resultados de la tecnología.

La perspectiva determinista se caracteriza por considerar la relación entre tecnología y sociedad como unidireccional: mientras que la evolución de la sociedad (en sus aspectos económicos, políticos o culturales) es consecuencia del desarrollo tecnológico –está, pues, determinada por él– la tecnología sigue un curso particular de acuerdo con sus propias leyes.

La tecnología intelectual, dice Nicholas Carr, cuando alcanza un nivel generalizado, a menudo fomenta nuevas formas de pensar. *Incluso nuevas necesidades*⁽²⁸⁾.

El conflicto entre deterministas e instrumentalistas, que representa los enfoques sobre la relación entre la tecnología y la persona humana, probablemente nunca se resolverá, pero, definitivamente, es esclarecedor al menos por dos razones.

La primera es que, al margen del grado o intensidad y de si se acepta o no la teoría determinista, lo que está comprobado es que *la tecnología digital condiciona, cada día más, nuestros hábitos y nuestras necesidades*⁽²⁹⁾. Las plataformas digitales, por dar un ejemplo, han dejado de comportarse como meras herramientas o instrumentos para realizar tareas y han pasado a ostentar el poder de una estructura necesaria e inevitable para relacionarse social, económica y jurídicamente.

Ya nadie puede prescindir del uso de “Google”, de “WhatsApp”, de “Gmail”, de “Instagram”, de “Facebook”, o de los “Smartphone” para relacionarse social o económicamente.

De este modo, la actual tecnología digital actuaría de manera muy sutil pero terminante: básicamente condicionando nuestros hábitos a un complejo entramado tecnológico.

La otra razón también es decisiva. Si la tecnología, en vez de actuar como “mero instrumento”, condiciona –como mínimo– los hábitos, generando una dependencia, se advierte el peligro inminente de que la tecnología digital se convierta en un paradigma de comprensión que condiciona la vida de las personas y el funcionamiento de la sociedad.

Hoy el paradigma tecnocrático se ha vuelto tan dominante que es muy difícil prescindir de sus recursos, y *más difícil todavía es utilizarlos sin ser dominados por su lógica*. Tanto es así, que se ha vuelto contracultural elegir un estilo de vida con objetivos que puedan ser al menos en parte independientes de la tecnología digital (“*hereje digital*”) de sus costos y de su poder globalizador y masificador⁽³⁰⁾.

A tal punto llega este condicionamiento que impone la denominada *tecnología disruptiva*⁽³¹⁾, que se ha podido afirmar, desde el plano del psicoanálisis, que *la tecnología digital se encamina a concretar nada menos que una dominancia de la subjetividad*⁽³²⁾.

(27) Ampliamente: OSORIO MARULANDA, Carlos, “El determinismo tecnológico: una reflexión crítica desde la teoría de los sistemas tecnológicos”, Departamento de Filosofía, Universidad de Oviedo, 2007.

(28) “Superficiales”, Taurus, Madrid, 2010, pág. 66.

(29) Vale expresar que solo se señala un condicionamiento cultural que sugiere un giro en la política legislativa sobre el tema del consentimiento para el tratamiento de datos y que, por lo tanto, no vinculo esta ponencia, en lo concreto, con la teoría de destacados juristas argentinos (Chamatzopoulos, Shina, Sobrino, entre otros) que han hecho un uso fecundo del análisis de las neurociencias para indagar sobre la “racionalidad” de la decisión contractual.

(30) MOROZOV, Evgeny, “La locura del solucionismo tecnológico”, Buenos Aires, 2016, pág. 15.

(31) TWIGG FLESNER, Christian, “Disruptive Technology - Disrupted Law? How the digital revolution affects (Contract) law”, en A. De Franceschi, European Contract Law and the Digital Single Market (Intersentia, 2016), pág. 1 y ss.

(32) ALEMAN, Jorge, en diario Perfil del 11 de junio de 2021; GUREVICH, Ariel, “La vida digital. Intersubjetividad en tiempos de plataformas sociales”, La Crujía, 2021.

Básicamente, algo ya presente en la profecía de Stewart Brand, cuando decía: “intentar cambiar la mente de las personas es una pérdida de tiempo. Cambia las herramientas que utilizan y cambiarás el mundo”⁽³³⁾.

4. El poder de las plataformas digitales

Yendo ahora al centro de la tesis, se podría decir que la tecnología digital, a diferencia de cuanto habíamos conocido, opera sobre dos postulados.

a. El primero de ellos es que no solo condiciona nuestros hábitos, sino que está pensada –especialmente a través de la IA– para construir su poder *sobre la base de nuestros datos personales*.

Las plataformas digitales utilizan los datos de los usuarios para influir en el tráfico y monetizar flujos de información. Como dice una reconocida jurista, en este ecosistema digital, la información asociada al *big data* se “datifica” convirtiendo a los datos que circulan en la red en un activo o capital al servicio de las grandes empresas del sector, poniendo en crisis el derecho a la privacidad y la autodeterminación informativa que lo integra⁽³⁴⁾.

Con diez “me gusta” que das en Facebook, dice Martin Hilbert, la inteligencia artificial te conoce mejor que tus colegas de trabajo; con 100, mejor que tu familia; con 150, mejor que tu pareja y tu mamá; y con 200, mejor que tú mismo⁽³⁵⁾.

Los “me gusta” no son solo termómetros de deseo, sino también generadores de potenciales tendencias de consumo.

Los “Smart contracts”, por dar otro ejemplo, están en condiciones de gestionar, por sí mismos, el riesgo contractual, y pueden hacerlo, con una asimetría nunca antes conocida; no solo porque el proveedor conoce todo sobre lo que oferta, sino porque además conoce todo de su contratante, incluso –y este es el punto– paradójicamente, ¡más de cuanto este sabe de sí mismo! gracias a los “datos personales” con los que cuenta para “perfilar” al cocontratante⁽³⁶⁾.

b. El segundo postulado es que, al menos desde el plano formal, las plataformas digitales no niegan nuestra libertad, sino que, conscientes del condicionamiento que imponen, nos consultan previamente sobre nuestra conformidad para acceder a nuestros datos personales⁽³⁷⁾.

La etiqueta “no haremos nada sin tu conformidad” es una constante en las plataformas, tanto nacionales como globales.

Pero este vericuetto que luce a primera vista como positivo, resulta sin embargo un punto preocupante para el sistema jurídico. En efecto, alguna vez, la preocupación radicaba en el temor a que las reglas sobre el tratamiento de datos que se hacía en la página web no fueran suficientemente conocidas o debidamente entendidas por el usuario⁽³⁸⁾. Hoy, aun si esa hipótesis subsiste, la preocupación es (o debería ser) otra: que *el usuario no puede negarse a consentir* sencillamente porque no puede prescindir del servicio a través del cual despliega, ya condicionado, sus vínculos sociales y económicos.

En esa circunstancia, forzado el usuario no solo a celebrar un “contrato necesario”⁽³⁹⁾, sino además a *aceptar* las condiciones que le impone la plataforma digital sobre el uso de sus datos personales y de las “cookies” para poder acceder al servicio, *el consentimiento se convierte en un instrumento endeble para ser el eje del tratamiento de los datos personales*.

Bajo estas condiciones, el consentimiento no es más que una manera de crear la ilusión de la libertad a través de la “yema de los dedos” que se desplaza presurosa sobre la pantalla para presionar el botón aceptar y poder continuar en la página web⁽⁴⁰⁾.

Desde el momento en que las plataformas digitales se convirtieron en indispensables, en necesarias para poder

(33) Cit. por BARICCO, Alessandro, “The game”, Gribaudo, 2021, pág. 8.

(34) FRUSTAGLI, Sandra A., “Derecho del consumidor frente a los desafíos del uso de la inteligencia artificial (IA) en las relaciones de consumo”, en RCCyC 2021 (diciembre), 5.

(35) Diario La Nación del 20-6-2021.

(36) DE LORENZO, Miguel F., “Repensar al otro. (Reflexiones sobre el Derecho Civil)”, en Jurisprudencia Argentina, 2019-II, pág. 3.

(37) BYUNG CHUL, Han, “Capitalismo y pulsión”, Barcelona, Herder, pág. 5.

(38) SCHWARTZ Paul - SOLOVE, Daniel, “Notice and choice: implications for digital marketing to youth”, 2009, pág. 2.

(39) Era la expresión sobre los contratos impuestos de MASNATTA, Héctor, “El contrato necesario”, Buenos Aires, Abeledo, 1964.

(40) BYUNG CHUL, Han, “Infocracia”, Buenos Aires, Taurus, 2022, pág. 20.

participar de lleno en nuestra sociedad, *ya no hay posibilidad de excluirnos de forma voluntaria de la recopilación de datos*. Más aún, el sujeto moderno, tecnológicamente condicionado, ya ni siquiera es consciente⁽⁴¹⁾ de que, al aceptar, ingresa en un verdadero contrato “oneroso” (art. 959 del CCyC), en el cual, a cambio del servicio, *¡brinda como contraprestación sus propios datos personales!*

“Datos personales” suena demasiado abstracto. Y esta es una abstracción muy oportuna para los que mercantilizan los datos. De lo que estamos hablando, en realidad, es de un derecho personalísimo, quizás, el más envolvente de nuestra esencia humana⁽⁴²⁾ porque representa nuestras esperanzas y miedos, nuestros historiales médicos, nuestras conversaciones más privadas, nuestras amistades, nuestros más oscuros remordimientos, nuestros traumas, nuestras alegrías, de cómo suena nuestra voz y de cómo nos late el corazón.

5. El problema del consentimiento

Sobre la base de las precedentes consideraciones, se advierte que la legislación argentina sobre la protección integral de los datos personales (arts. 5 y 11 de la ley 25.326), cuyo eje para el tratamiento radica principalmente en el “consentimiento” del interesado, a la luz de los actuales condicionamientos producidos por el uso extendido de la tecnología digital resulta un *instrumento insuficiente* para una protección adecuada del derecho personalísimo en cuestión.

Va de suyo, y casi no resulta necesario aclararlo, nadie pone en duda la conveniencia de estar debidamente informado, ni de la utilidad de la recolección de datos cuando se halla justificada. De lo que se trata es de preservar los datos personales, de cuidar el derecho a la intimidad y de poner al resguardo el derecho a no ser arbitrariamente discriminado⁽⁴³⁾.

Hoy, cuando todo da a entender que, por el poder de las plataformas digitales⁽⁴⁴⁾ asistimos, si no es a un determinismo al menos a un “*sonambulismo tecnológico*”⁽⁴⁵⁾; cuando para aceptar el tratamiento de los datos basta con un “clic”, mientras que para “rechazarlo” se requiere de mucha paciencia y esfuerzo; cuando, como se sabe, *en las plataformas digitales –verdaderos monopolios– nada se negocia*, pues todo es “adhesión”⁽⁴⁶⁾, *dejar al derecho personalísimo de los datos personales en las manos del consentimiento* constituye una técnica de tutela no solo aparente, sino desacordada con la realidad que se pretende regir⁽⁴⁷⁾.

6. Volver al debate

Con este escenario por delante, renace –a mi entender– la importancia del señero debate entre Orgaz y Cifuentes mencionado al inicio.

Quizás no ya a través de la discusión sobre la naturaleza de la situación jurídica respectiva, que hoy ya se encuentra consolidada en favor de la categoría del derecho subjetivo, pero sí sobre los ejes de una tutela efectiva de cara a una nueva ley que necesariamente se requiere en la materia, y en especial sobre la oportunidad de introducir reglas objetivas e imperativas sobre el tratamiento de los datos⁽⁴⁸⁾.

(41) BYUNG CHUL, Han, “No cosas”, Buenos Aires, Taurus, 2021, pág. 41.

(42) CIFUENTES, Santos, “Los datos personales informáticos, un derecho autónomo personalizado”, *Jurisprudencia Argentina*, del 13/10/1999.

(43) Recientemente en Italia se aprobó la ley del “olvido oncológico” destinada a evitar discriminaciones, etc., sobre los pacientes (véase: “Diritto all’oblio oncologico: via libera della Camera alla legge per la tutela dei diritti delle persone guarite da malattie oncologiche”, <https://www.dimt.it/>).

(44) ALPA, Guido “On Contractual Power of Digital Platforms”, en *European Business Law Review* (2023), pág. 377.

(45) Imprescindible: WINNER, Langdon, “La ballena y el reactor. Una búsqueda de los límites en la era de la alta tecnología”, Gedisa, Barcelona, 2008, pág. 43.

(46) GENTILI, Aurelio, “La volontà nel contesto digitale: interessi del mercato e diritti della persona”, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2022, pág. 701 y ss.

(47) GALLI, Federico, “La pubblicità mirata al tempo dell’intelligenza artificiale: quali regole a tutela dei contratti”, en *Contratto e Impresa*, 2022, pág. 931. Pero ya, anticipadamente: PATTI, Salvatore “Il consenso dell’interessato al trattamento dei dati personali”, en *Rivista di Diritto Civile*, 1999, pág. 467; WARNER, Richard - SLOAN, Robert, “Beyond Notice and choice: privacy, norms and consent”, en *High Tech L.* (2013), RESTA Giorgio, ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo, “Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete”, *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, 2018, págs. 411 y ss.

(48) CAGGIA, Fausto, “Libertà ed espressione del consenso”, en “I dati personali nel diritto europeo”, al cuidado de CUFFARO, Vincenzo y RICCIUTO, Vincenzo, Giappichelli, 2019, pág. 251.

Ya no resulta suficiente –como en el pasado reciente– contentarse para determinar la licitud del tratamiento de datos personales con que el titular hubiere prestado su consentimiento libre, expreso e informado (art. 5, ley 25.326). En las actuales condiciones de dependencia con la tecnología digital, este requisito se da por descontado.

Se imponen, por lo tanto, otras exigencias. No sería descabellado establecer la inadmisibilidad del consentimiento bajo la condición de pérdida de un servicio⁽⁴⁹⁾; o que resulte inadmisibles la exigencia de datos personales *no vinculados a la finalidad del contrato y/o a la ejecución de las prestaciones respectivas*, y así sucesivamente.

7. La metáfora de George Orwell y la necesidad de una tutela objetiva de los datos personales

George Orwell escribió que “si la mayoría de la gente está interesada en la libertad de expresión, habrá libertad de expresión, incluso si las leyes la persiguen”. Sin retorcer sus palabras, se puede extraer la conclusión inversa: si la mayoría de la gente deja de estar interesada en la libertad de expresión, dejará de haber libertad de expresión, incluso aunque las leyes la permitan.

La metáfora puede y debe extenderse al derecho personalísimo a los datos personales. No habrá intimididad si las personas dejan de valorar a sus datos personales⁽⁵⁰⁾. Pero mucho menos aun si el sistema emplea al consentimiento como dato clave de la protección de datos personales.

Cualquiera que haya usado internet alguna vez habrá comprobado que frente a la premura o necesidad de acceder a una determinada información termina autorizando la recolección de su información personal sin saber sobre el verdadero impacto de ello. La opción por defecto debería ser, por lo tanto, la no recopilación de datos o la recolección *mínima y necesaria* lo que garantizaría un equilibrio entre la libre circulación de datos y la protección de la intimidad personal.

8. Los datos personales: ¿son solo un bien individual?

Por último, pero no menos importante, cabe señalar que *la privacidad, ya no es una mera cuestión individual* como lo era en el pasado reciente cuando no existía la IA ni el desarrollo digital que existe hoy. Cuando se dice que tus datos son “personales” parece que se esté dando a entender que solo el titular es la única parte interesada a la hora de compartirlas. Pero ese es un error de concepto. *La privacidad, los datos personales de un grupo o de una sociedad es tan colectiva como personal*. Como el desastre de Cambridge Analytica ha demostrado, cuando se expone la privacidad, todos estamos en peligro⁽⁵¹⁾.

De hecho, para que no haya dudas sobre lo que quiero expresar, ya existe un uso político de los datos personales⁽⁵²⁾.

Urge, por lo tanto, que los civilistas posemos la mirada en el paradigma tecnológico, principalmente allí donde este paradigma “coloniza” primero y confronta después a los derechos personalísimos, recordando que, como decía Luigi Mengoni⁽⁵³⁾, la tecnología, por su naturaleza, no cuenta por sí misma con la capacidad para elegir un fin. *Esta tarea le pertenece, siempre, al Derecho*.

VOCES: DERECHO COMERCIAL - CONTRATOS - COMERCIO E INDUSTRIA - EMPRESAS - PUBLICIDAD - CONTRATOS INFORMÁTICOS - BASES DE DATOS - HABEAS DATA - COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - DERECHOS DEL CONSUMIDOR - DEFENSA DEL CONSUMIDOR - TECNOLOGÍA - INFORMÁTICA - INTERNET - RELACIÓN DE CONSUMO - RESPONSABILIDAD CIVIL - DEBER DE INFORMACIÓN - CONTRATO DE COMPRAVENTA - DAÑOS Y PERJUICIOS - RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

(49) RUIZ MARTÍNEZ, Esteban, “La protección de los datos personales en internet (una tarea ineludible)”, en *El Derecho*, tomo 284.

(50) Genera fundadas controversias por cierto que la empresa del dueño de ChatGPT ofrezca en nuestro país dinero a cambio de “escanear tu retina”, y que más de dos millones de personas en el mundo ya realizaron el intercambio; mientras que, en la Argentina, el número asciende a 200.000 en solo pocos días (*La Nación*, 4 de agosto de 2023).

(51) VELIZ, Carissa, “Privacidad es poder. Datos, vigilancia y libertad en la era digital”, Madrid, Debate, 2021.

(52) ZUBOFF Shoshana, “La era del capitalismo de la vigilancia”, Paidós, Buenos Aires, 2021.

(53) “Diritto e tecnica”, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2001, pág. 7.