

DERECHO, INNOVACIÓN & DESARROLLO SUSTENTABLE

REVISTA DE DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

Director: DR. EMILIANO C. LAMANNA GUIÑAZÚ

Consejo de Redacción: DRA. MATILDE PÉREZ - DRA. SUSANA ELOÍSA MENDER BINI - MG. KARINA VANESA SALIERNO - DR. PATRICIO MOYANO PEÑA - ING. HERNÁN MARIÑO

CÁPSULA INTRODUCTORIA

Del letargo a la acción, por Susana Eloísa Mender Bini • Cita Digital: ED-V-CMLXXXIII-118

CÁPSULA DE PRESENTACIÓN

Lorenzo Cotino Hueso: nuevo presidente de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), por Matilde Pérez • Cita Digital: ED-V-CMLXXXIII-117

CÁPSULA DE ANÁLISIS

A propósito de la presentación del Tratado del Reglamento de Inteligencia Artificial de la Unión Europea, por Lorenzo Cotino Hueso • Cita Digital: ED-V-CMLXXXIII-116

Desarrollo de competencias digitales para una justicia antifrágil, por Patricio Moyano Peña • Cita Digital: ED-V-CMLXXXIII-115

Los criptoactivos en la perspectiva de la doctrina nacional, por Carlos Alberto Fossaceca (h.) • Cita Digital: ED-V-CMLXXXIII-114

DOCTRINA

Impacto de la inteligencia artificial en la práctica de la abogacía: algunas consideraciones marginales, por Leonardo Pucheta • Cita Digital: ED-V-CMLXXXIII-113

Redes sociales, libertad de expresión y seguridad nacional: lecciones del caso TikTok v. Garland, por Martín Oyhanarte y Julio Oyhanarte • Cita Digital: ED-V-CMLXXXIII-112

Contratos inevitables + prosumidor + patrones oscuros = ¿prácticas abusivas digitales?, por Marcelo C. Quaglia • Cita Digital: ED-V-CMLXXXIII-110



EL DERECHO



Del letargo a la acción^(*)

por SUSANA ELOÍSA MENDER BINI^(**)



I. Primer round: ChatGPT vs. DeepSeek

El año inició con una serie de altibajos para las inteligencias artificiales (IA) generativas del establishment, principalmente para ChatGPT, atento el lanzamiento de DeepSeek.

Pero ¿qué es DeepSeek? Esta pregunta se puede res-

ponder de múltiples maneras. Desde una perspectiva diplomática, resulta ser una nueva IA generativa, de naturaleza similar a ChatGPT o Gemini. Así también, podríamos llegar a considerarlo la némesis del bot de OpenIA. Aunque, en realidad, se debería entender como el fruto de optimizar resultados por sobre la escasez de recursos.

Y es aquí donde vemos la resiliencia que tienen las startups tecnológicas de China, que ante uno de sus más grandes obstáculos (la decisión de Nvidia de no venderle más placas para desarrollo de IA) lograron un producto competitivo, que se encuentra a la misma altura –si no superior– a ChatGPT y que, para rematar, consume menos recursos y hace un uso más eficiente con los pocos recursos con los que cuenta. A todo ello, me pregunto: ¿ChatGPT y Co. se sentirán un poquito “Paranoid”?⁽¹⁾

II. Sin mayores preámbulos, demos por iniciado el año

En este número, realizando la apertura de la sección Cápsulas el Dr. Cotino Hueso nos esclarece, por medio de una serie de preguntas claves, las interrogantes que atiende el Nuevo Tratado del Reglamento de Inteligencia Artificial de la Unión Europea en su trabajo “A propósito de la presentación del Tratado del Reglamento de Inteligencia Artificial de la Unión Europea”.

En “Desarrollo de competencias digitales para una justicia antifrágil”, nuestro querido Patricio Moyano nos plantea la necesidad que deben los organismos de justicia de desarrollar competencias digitales, no solo a nivel procesal, sino también en cuestiones de fondo, con un principal enfoque en el ámbito penal.

(*) La presente cápsula se inscribe dentro del Programa IUS de Investigación Jurídica Aplicada de la Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA) que dirige el profesor doctor Jorge Nicolás Lafferrère, concretamente en el Programa IUS titulado: “El derecho civil patrimonial frente al emergente alta tecnología. Desafíos e interpretación jurídico/patrimonial frente al avance tecnológico, la innovación permanente y el desarrollo sustentable”, que dirigen los doctores Emiliano Carlos Lamanna Guiñazú y Matilde Pérez junto a un grupo de destacados juristas que los acompañan.

(**) La doctora. Susana Eloísa Mender Bini es abogada (UNSTA); Doctora en Ciencias Jurídicas por la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina; Máster en Propiedad Intelectual e E-law (UCC, Irlanda), especialista en Sistemas Biométricos y Privacidad (FernUni Schweiz, Suiza), miembro del Grupo Argentino de Bioestadística y de la International Biometric Society, estudiante de Ing. en IA (UP).

(1) OST de enero 2025, “Paranoid” de Black Sabbath.

Culminando la sección Cápsulas, encontramos al Dr. Carlos Fossaceca, quien nos lleva, partiendo de las conclusiones arribadas en la Comisión n.º 11 “Interdisciplina” de las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, a reflexionar sobre diversos aspectos de los cryptoactivos, desde su carácter patrimonial hasta el rol que debe tener el Estado frente a ellas.

Inaugurando la sección 2025 de ARTÍCULOS, encontramos al joven Leonardo Pucheta con su trabajo “Impacto de la Inteligencia Artificial en la Práctica de la Abogacía: Algunas Consideraciones Marginales”. En este trabajo, el autor nos lleva a reflexionar sobre el papel que tiene la IA en el ejercicio del derecho, como así también la importancia de la especialización del letrado, todo ello en un loable acto de reivindicación del valor de esta hermosa profesión.

Como los hermanos Gallagher, encontramos en esta sección a Martín y Julio Oyhanarte con su trabajo “Redes Sociales, Libertad de Expresión y Seguridad Nacional: Lecciones del Caso Tiktok v. Garland”, en el que –mediante el análisis exhaustivo del fallo de la Suprema Corte de Estados Unidos– se analizan principios fundamentales sobre la protección de la libertad de expresión en la era digital.

Finalmente, llegamos a “Contratos Inevitables + Prosumidor + Patrones Oscuros = ¿Prácticas Abusivas Digitales?”, trabajo del Dr. Marcelo C. Quaglia, en el que, a la luz del artículo 42 de la Constitución Nacional, nos presenta la figura del “prosumidor” dentro del marco de los mercados de consumo digital y la afectación del derecho de libre elección del consumidor.

Este número inicia pisando fuerte, con la introducción de varias novedades jurídicas, así como de temas de relevancia actual. Sin mayor ánimo de dilación, los invito a zambullirse en la lectura de esta nueva entrega.

VOCES: TECNOLOGÍA - INFORMÁTICA - INTELIGENCIA ARTIFICIAL - COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS - PODER JUDICIAL - ACCESO A LA JUSTICIA - PROCESO JUDICIAL - ABOGADO - DEMANDA - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - DEFENSA EN JUICIO - EXPEDIENTE JUDICIAL - DERECHO CONSTITUCIONAL - DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - REDES SOCIALES - DERECHOS HUMANOS - LIBERTAD DE EXPRESIÓN - DERECHO COMERCIAL - ACTOS DE COMERCIO - CONTRATOS COMERCIALES - ABUSO DEL DERECHO - COMERCIO ELECTRÓNICO - MULTA - DAÑO PUNITIVO - E-COMMERCE - INTERNET - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - RESPONSABILIDAD CIVIL - DERECHOS DEL CONSUMIDOR - RESPONSABILIDAD SUBJETIVA - RELACIÓN DE CONSUMO - CONTRATOS - RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL - DAÑOS Y PERJUICIOS - OBLIGACIÓN DE SEGURIDAD - OBLIGACIONES - ECONOMÍA - PERSONAS JURÍDICAS - BASE DE DATOS - NEGOCIO COMERCIAL - CRYPTOACTIVO - CRIPTOMONEDAS - CIBERDELITOS - PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES



Lorenzo Cotino Hueso: nuevo presidente de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD)

por MATILDE PÉREZ(*)



El 19 de febrero de este año, la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados de España tomó una decisión trascendental al ratificar el nombramiento del Prof. Dr. Lorenzo Cotino Hueso como presidente de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD). Este nombramiento, propuesto por el Consejo de Ministros en diciembre de 2024, marca un hito en la protección de datos en España.

El Prof. Cotino llega a este cargo con una sólida trayectoria en la materia, habiendo publicado 35 libros y 205 artículos, dirigido 20 proyectos y ofrecido 533 conferencias sobre protección de datos y Derecho Digital. Su extenso currículum refleja su dedicación y conocimiento profundo en el campo.

Durante su mandato, el Prof. Cotino planea implementar un ambicioso plan de acción que incluye la colaboración con agentes sociales y la promoción de la innovación tecnológica en el ámbito de la protección de datos. Su visión y liderazgo prometen llevar a la AEPD a nuevos niveles de excelencia.

Es también doctor y licenciado en Derecho por la Universidad de Valencia, posee un máster en Derechos Fundamentales por ESEADE, así como una licenciatura en Ciencias Políticas por la UNED. Desde 2017, ocupa la

cátedra de Derecho Constitucional en la Universidad de Valencia en la que lleva adelante diversos proyectos de investigación enfocados en privacidad, transformación digital e inteligencia artificial.

En nuestra Universidad Católica Argentina, el día 15 de octubre de 2024 impartió una Masterclass organizada por el Doctorado en Ciencias Jurídicas, el Programa IUS de Investigación Jurídica Aplicada, el Centro de Innovación Jurídica y auspiciada por editorial EL DERECHO, que llevó por título “Análisis del Reglamento sobre Inteligencia Artificial de la Unión Europea. Desafíos y oportunidades en tiempos de cambio”, en los que expuso los principales puntos de esta norma esencial en los contextos de innovación tecnológica.

Además, contamos con trabajos de su autoría en nuestro Suplemento de Derecho, Innovación y Desarrollo Sustentable que dan buena cuenta de su calidad académica y humana al prestar su colaboración.

Como Coordinadora de este Suplemento y directora del Centro de Innovación Jurídica, extendemos nuestras más sinceras felicitaciones al Prof. Dr. Lorenzo Cotino Hueso. Estamos seguros de que su conocimiento, valores y compromiso con las instituciones y la sociedad dejarán una huella duradera en la protección de datos en España que irradiará en la Unión Europea y en nuestro país.

VOCES: UNIÓN EUROPEA - PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES - RESPONSABILIDAD CIVIL - DERECHOS DEL CONSUMIDOR - ACTOS Y HECHOS JURÍDICOS - CONTRATOS COMERCIALES - RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL - ECONOMÍA - CÓDIGO DE ÉTICA - JUECES - ABOGADO - PROFESIONES LIBERALES - ORGANISMOS INTERNACIONALES - TECNOLOGÍA - INFORMÁTICA - INTELIGENCIA ARTIFICIAL - ACCESO A LA JUSTICIA - PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES - TRATADOS INTERNACIONALES

(*) Abogada (UCA); Doctora en Ciencias Jurídicas (UCA); Abogada especialista en Derecho Administrativo (UNLP); Abogada especialista en Entornos Virtuales de Aprendizaje (UCA). Profesora titular de las asignaturas Obligaciones Civiles y Comerciales, Derecho de Daños y Derechos Reales Parte General y Parte Especial. Profesora invitada en la Maestría de Derecho Civil Patrimonial (UCA). Autora de diversos artículos de doctrina y ponente en congresos y jornadas. Miembro de la Comisión de Abogacía Digital de la Facultad de Derecho (UCA). Directora del Centro de Innovación Jurídica (UCA).



A propósito de la presentación del Tratado del Reglamento de Inteligencia Artificial de la Unión Europea^(*)

por LORENZO COTINO HUESO^(**)



Sumario: I. LO PRETENDIDO (Y SUS INTERROGANTES). – II. EL EQUIPO DE TRABAJO. – III. EL MODELO ESTRUCTURAL DEL TRABAJO. – IV. LA SITUACIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA. – V. IMPACTO DEL REGLAMENTO. EXPECTATIVAS Y PERSPECTIVAS.

I. Lo pretendido (y sus interrogantes)

Como coordinador con Pere Simón me complace presentar el “Tratado del Reglamento de inteligencia artificial de la Unión Europea” (Aranzadi La Ley, 2024).

Se puede acceder al índice y presentación del libro, en el siguiente enlace: <https://links.uv.es/207Yo7O>.

Lejos de ser meros comentarios de preceptos, el tratado tiene una visión sistémica y exhaustiva del Reglamento de IA de la UE (RIA)⁽¹⁾, una norma complejísima y extensa, que cuenta con 180 considerandos, 112 artículos y 13 anexos. Por hacernos una idea, frente a las 60 mil palabras del RGPD, el RIA cuenta con unas 108 mil.

Este tratado pretende dar respuesta a algunas preguntas clave, como ser:

¿Por qué regula la UE la IA y en qué se diferencia el Reglamento de IA europeo de otros marcos legales internacionales?

¿Qué tipos de sistemas de IA están prohibidos o restringidos en la normativa europea?

¿Qué convierte a un sistema de IA en “alto riesgo” según el Reglamento?

¿Cuáles son las principales obligaciones de los proveedores y desarrolladores de IA para cumplir con el Reglamento?

¿Cómo interfiere o complementa el Reglamento de IA con la protección de datos personales?

¿Qué derechos tienen los ciudadanos frente a la IA según el Reglamento?

¿Qué obligaciones de documentación técnica y actualización deben cumplir los proveedores de IA? ¿Cómo se asegura la trazabilidad y los registros?

¿Cómo se garantiza la transparencia y supervisión en los sistemas de IA de alto riesgo? ¿Qué papel juega la vigilancia humana en estos sistemas?

(*) El presente trabajo se inscribe dentro del Programa IUS de Investigación Jurídica Aplicada de la Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA) que dirige el profesor doctor Jorge Nicolás Lafferrière, concretamente en el Programa IUS titulado: “El derecho civil patrimonial frente al emergente alta tecnología. Desafíos e interpretación jurídico/patrimonial frente al avance tecnológico, la innovación permanente y el desarrollo sustentable”, que dirigen los doctores Emiliano Carlos Lamanna Guiñazú y Matilde Pérez junto a un grupo de destacados juristas que los acompañan.

(**) LORENZO COTINO HUESO es Catedrático de Derecho Constitucional por la Universitat de Valencia (5 sexenios ANECA), Magistrado del TSJ Comunidad Valenciana 2000-2019, vocal del Consejo de Transparencia C. Valenciana desde 2015. Doctor y licenciado en Derecho (U. Valencia), Máster en Derechos Fundamentales (ESADE, Barcelona), licenciado y Diplomado de Estudios Avanzados de Ciencias políticas (UNED). Ha recibido premios de investigación nacionales (INAP, Ministerio de Defensa, Ejército Extraordinario de Doctorado). profesor invitado en Konstanz (Alemania) desde 2004 y de diversas universidades colombianas (Profesor Honorario Universidad Nacional de Colombia), y estancias de investigación también en Utrecht y Virginia. Ha escrito 13 libros y ha coordinado otros 22, siendo autor de 184 artículos o capítulos científicos y 467 ponencias y conferencias (180 de estas, internacionales). Ha dirigido 18 proyectos de investigación subvencionados, y ha formado parte como miembro del equipo de otros 29 proyectos sobre libertad en internet, e-Administración, transparencia y participación, Derecho de las nuevas tecnologías transformación digital e inteligencia artificial. También es especialista en Derecho de seguridad y educación, sobre lo que versan varios libros y publicaciones sobre sus temáticas.

(1) Su nombre propiamente es Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n.º 300/2008, (UE) n.º 167/2013, (UE) n.º 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial).

¿Qué criterios establece el Reglamento para la evaluación de conformidad y la vigilancia poscomercialización? ¿Qué deben hacer los proveedores ante incidentes graves?

II. El equipo de trabajo

Se ha involucrado a un equipo de 34 autores, incluyendo a 30 doctores y 29 profesores universitarios seleccionados entre los mejores por su experiencia en Derecho digital y, específicamente, en inteligencia artificial. Pese a la excesiva literatura sobre el tema, lo cierto es que no muchos conocen bien el Reglamento. Uno de los aspectos diferenciadores de este trabajo es su estructura temática, diseñada para ofrecer una visión integradora de la normativa. En lugar de adoptar el enfoque tradicional de comentario artículo por artículo, hemos optado por una organización que permite una comprensión más global y precisa de los aspectos más significativos del Reglamento.

III. El modelo estructural del trabajo

Este modelo estructural ha sido clave para articular el tratado en ocho partes, desde la contextualización del Reglamento en un marco global hasta el análisis exhaustivo de los sistemas de IA de alto riesgo y la regulación de las IA de uso general. El tratado no solo es la mejor referencia académica en español sobre el Reglamento, sino también una herramienta práctica para académicos y profesionales del Derecho.

La primera parte del tratado contextualiza el Reglamento en el ámbito internacional, con un enfoque particular en Europa e Iberoamérica. Esta sección cuenta con las contribuciones de destacados expertos internacionales, como Alessandro Mantelero, Jacques Ziller, Juan Gustavo Corvalán y María Victoria Carro, quienes han aportado una perspectiva invaluable en la intersección entre el derecho y la inteligencia artificial.

La segunda parte aborda las cuestiones terminológicas y el alcance del RIA, proporcionando una base sólida sobre qué regula el Reglamento, sus exclusiones y su relación con la protección de datos personales. La tercera y la cuarta partes analizan los sistemas de IA prohibidos y de alto riesgo, explorando los ámbitos más debatidos y las normas aplicables a estos sistemas. Hemos reservado un quinto apartado específicamente para el régimen general de los sistemas de IA de alto riesgo, abordando tanto la implementación de normas armonizadas como el análisis de los modelos de evaluación de conformidad y los organismos encargados de su notificación.

En la sexta sección, nos enfocamos en el conjunto extenso de obligaciones particulares para los proveedores e implementadores responsables del despliegue de estas tecnologías de alto riesgo.

La séptima parte está orientada a la regulación de los sistemas que no se consideran de alto riesgo, abarcando también las IA de uso general y los sistemas descritos en el artículo 50 del RIA. Finalmente, la octava sección está dedicada a los mecanismos de gobernanza y supervisión del cumplimiento, el régimen sancionador, y contempla la posibilidad de crear sandboxes regulatorios y espacios de prueba controlados, así como el derecho a presentar reclamaciones, solicitar explicaciones sobre la IA y acceder a documentación y medidas de confidencialidad dentro del marco del RIA.

IV. La situación en la Unión Europea

El proceso legislativo que culminó con la aprobación del RIA ha sido largo y complejo, iniciándose con la propuesta de la Comisión Europea en 2021, pasando por los debates y enmiendas en el Consejo y el Parlamento, hasta su acuerdo político en diciembre de 2023 y su adopción definitiva en mayo de 2024. Este reglamento establece un marco de regulación basado en el riesgo, estableciendo obligaciones y requisitos específicos según el nivel de riesgo de la IA y su aplicación concreta. Este enfoque re-

presenta un avance significativo en la legislación de IA, al priorizar la seguridad y la protección de los derechos ciudadanos, mientras se promueve una IA “made in Europe” que fomente la inversión y la innovación.

Resulta especialmente complejo el RIA porque se enmarca la técnica de regulación armonizadora de la UE, que exige la superación de una evaluación de conformidad para comercializar un producto en la UE. Para ello, es preciso garantizar la adopción de estándares técnicos específicos y la implementación de controles reforzados en sistemas de IA de alto riesgo. El objetivo es claro: crear un entorno donde la inteligencia artificial se desarrolle de manera segura y conforme a la normativa, sin comprometer los derechos fundamentales y la democracia. Sin embargo, esta normativa plantea interrogantes sobre la supervisión y el cumplimiento que serán abordados por las autoridades nacionales y la recientemente creada Oficina de la IA, autoridades de vigilancia del mercado de los 27 estados, un entramado de entidades y gobernanza de la IA esencial la monitorización y certificación de estos sistemas de alto riesgo.

Este tratado también incluye una revisión profunda de las categorías de IA prohibidas que el artículo 5 del RIA considera inaceptables, como las IA de evaluación biométrica en tiempo real en espacios públicos. Ciertamente la redacción de este precepto deja no pocos interrogantes para el futuro.

La obra también explora a fondo los requisitos de registros, supervisión, documentación, transparencia, evaluación de riesgos, precisión o ciberseguridad que el RIA impone a los sistemas de IA de alto riesgo.

La naturaleza colaborativa de esta obra ha sido un reto que hemos enfrentado con dedicación. Coordinar a más de treinta expertos no es tarea sencilla, especialmente cuando se trata de mantener la coherencia y el rigor en una obra de esta magnitud. Sin embargo, el resultado ha sido gratificante, y creemos que este tratado se convertirá en una referencia indispensable para académicos, profesionales y legisladores que busquen comprender y aplicar el RIA en sus respectivos ámbitos.

V. Impacto del Reglamento. Expectativas y perspectivas

El impacto previsto del Reglamento es significativo y transformador, no solo en el ámbito jurídico, sino también en el mercado y en la sociedad en general. A medida que el RIA se aplique gradualmente, veremos cómo se implementan nuevas prohibiciones y se establecen estándares que influirán en la manera en que la IA se desarrolla y utiliza en Europa. Este Reglamento es un paso hacia una IA ética y segura que refleja los valores europeos, y el tratado que hemos coordinado busca ser un faro en esta transición, proporcionando una guía tanto teórica como práctica para aquellos que trabajan en la intersección entre la tecnología y el Derecho. No hay que olvidar que una de las principales pretensiones del RIA pasa también por influir en todo el mundo bajo el llamado “efecto Bruselas”, algo que en cierta medida consiguió con la aprobación del Reglamento General de Protección de Datos.

Así, pues, el “Tratado del Reglamento de inteligencia artificial de la Unión Europea” que he tenido el gusto de coordinar se distingue por su profundidad y rigor académico, reflejando el compromiso de los autores con una regulación que, estamos convencidos, definirá el futuro de la IA en Europa. Invitamos a los juristas a utilizar esta obra como una herramienta fundamental para entender y aplicar el RIA.

VOCES: DAÑOS Y PERJUICIOS - COMERCIO E INDUSTRIA - OBLIGACIONES - DERECHOS DEL CONSUMIDOR - UNIÓN EUROPEA - RESPONSABILIDAD CIVIL - ACTOS Y HECHOS JURÍDICOS - CONTRATOS COMERCIALES - RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL - ECONOMÍA - DEBER DE INFORMACIÓN - ESTADO - DAÑO - CÓDIGO DE ÉTICA - JUECES - ABOGADO - PROFESIONES LIBERALES - ORGANISMOS INTERNACIONALES - EMPRESA - TECNOLOGÍA - INFORMÁTICA - INTELIGENCIA ARTIFICIAL - ACCESO A LA JUSTICIA - PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES - TRATADOS INTERNACIONALES

Desarrollo de competencias digitales para una justicia antifrágil^(*)



por PATRICIO MOYANO PEÑA^(**)



La teoría de sistemas antifrágiles de Nassim Taleb⁽¹⁾ (2012) describe a los sistemas que no solo resisten el caos, sino que también crecen y mejoran frente a él. En el contexto del sistema judicial, una estructura verdaderamente antifrágil no solo debe adaptarse a las amenazas del mundo digital, sino también

evolucionar con cada nuevo desafío.

Inspirado por esta visión, el Ministerio Público de la provincia de Buenos Aires, junto con el Grupo Petersen, lanzó la segunda edición del Programa de Formación Continua en “Ciberdelitos, Innovación Tecnológica e Investigación Digital”. Este Programa, desarrollado con el respaldo de la Embajada de Francia en Argentina, la Universidad Nacional Raúl Scalabrini Ortiz, Fortinet, Amazon, Telecom Argentina, la ONG Bitcoin Argentina, y la participación de la Oficina Internacional para el Desarrollo, Asistencia y Capacitación (OPDAT) de la Embajada de EE. UU. en Brasil, promueve la formación en competencias digitales críticas para enfrentar la complejidad actual.

Hoy, la innovación tecnológica es un elemento determinante en el desarrollo económico y social, y en la competitividad global de las naciones. De hecho, una proporción cada vez más significativa de la economía mundial depende del uso de tecnología avanzada. En particular, la Inteligencia Artificial ha emergido como un factor transformador en múltiples sectores. Por ejemplo, según un informe reciente de McKinsey (2023), la IA Generativa tiene el potencial de añadir un valor económico de entre 2.6 y 4.4 billones de dólares a nivel global⁽²⁾.

No obstante, el crecimiento exponencial de las tecnologías es también aprovechado por los criminales para escalar, diversificar y sofisticar sus ataques. De acuerdo con un artículo publicado en *Cybercrime Magazine* (2020)⁽³⁾, que es citado por el Foro Económico Mundial⁽⁴⁾, los daños ocasionados por todas las formas de ciberdelincuencia, incluidos los costos de recuperación y reparación, ascendieron a US\$ 3 billones en 2015, US\$ 6 billones en 2021 y podrían alcanzar los US\$ 10,5 billones anuales en 2025. Para poner estos números en perspectiva, si este fenómeno se comparara con el PBI de un país, sería el tercero más grande del mundo.

Este escenario pone de manifiesto que los delincuentes están utilizando las herramientas tecnológicas de manera más eficaz que muchas instituciones que aún están en proceso de adaptación. Ello plantea un reto considerable tanto para la sostenibilidad del sistema como para la estabilidad económica global.

(*) El presente trabajo se inscribe dentro del Programa IUS de Investigación Jurídica Aplicada de la Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA) que dirige el profesor doctor Jorge Nicolás Lafferrière, concretamente en el Programa IUS titulado: “El derecho civil patrimonial frente al emergente alta tecnología. Desafíos e interpretación jurídica/patrimonial frente al avance tecnológico, la innovación permanente y el desarrollo sustentable”, que dirigen los doctores Emiliano Carlos Lamanna Guiñazú y Matilde Pérez junto a un grupo de destacados juristas que los acompañan.

(**) Patricio Moyano Peña es abogado con diploma de honor (UCA). Coordinador de Relatores del Procurador General ante la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y Titular del Programa MPBA 2050. Fellow del Programa GovTech Latam del Banco Interamericano de Desarrollo. Coordinador del Suplemento “Derecho, Innovación & Desarrollo Sustentable” de la Editorial EL DERECHO. Integrante del Observatorio de Derecho, Tecnología e Innovación de la UMSA. Profesor en UCA y en IUV. Egresado del Posgrado en E-Business Management de la Universidad del Salvador y la Universidad de Georgetown. Maestrando en Dirección Estratégica de Tecnología por el Instituto Tecnológico de Buenos Aires. A su vez, realizó programas de formación continua en Singularity dentro del Centro Ames de la NASA, en el MIT PE, en Hyper Island, Kaospilot, AOTS Japón, entre otras.

(1) Taleb, N. N. (2012). *Antifragile: Things that gain from disorder*. Random House.

(2) McKinsey (2023). *The economic potential of generative AI. The next productivity frontier*, p. 9.

(3) Morgan, S. (2020). *Cybercrime To cost the world \$10.5 trillion annually by 2025*. Cybercrime Magazine.

(4) Foro Económico Mundial. Muggah, R., & Margolis, M. (2023). *Por qué necesitamos normas mundiales contra la ciberdelincuencia*.

En este contexto, el proceso penal cumple un rol fundamental. Cuando se lleva a cabo de manera justa y se impone una sanción adecuada, contribuye a generar un entorno de confianza y estabilidad. Esta confianza es esencial para que personas y organizaciones operen y se desenvuelvan con seguridad en el mundo actual. Ahora bien, este entorno digital, en constante evolución, también ha hecho que la prevención y persecución del delito se conviertan en desafíos cada vez más complejos. En la primera edición de este programa, el entonces asesor legal del *International Computer Hacking and Intellectual Property* (ICHIP) para América Latina y el Caribe, y Fiscal Federal del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, Om Kakani, destacó que en los próximos diez años el 90% de las investigaciones criminales se llevará a cabo a través de medios tecnológicos.

En este sentido, si como ha observado William Gibson, “*el futuro ya está aquí, solo que aún no ha sido distribuido*”, el verdadero desafío para nuestras instituciones radica en la rapidez y la eficacia con la que adoptemos y diseminemos la innovación tecnológica. Con este propósito, el Procurador General de la provincia de Buenos Aires, Dr. Julio Conte-Grand, lanzó en 2018 el Programa MPBA 2050, bajo mi dirección, para impulsar la adopción de tecnologías avanzadas que permitan resolver problemas concretos y enfrentar los desafíos del servicio de justicia, aprovechando la capacidad creativa de todos los miembros de nuestra organización.

Si aspiramos a distribuir ese futuro de manera equitativa y contribuir a la construcción de un sistema cada vez más justo, seguro y antifrágil, el desarrollo de competencias digitales ya no es una opción, sino un deber. Solo a través de la innovación y del aprendizaje continuo podremos seguir fortaleciendo nuestra capacidad para responder con precisión, adaptabilidad y velocidad a los desafíos presentes y futuros.

De ahí que, en una primera etapa, las actividades de capacitación del organismo se han centrado en dotar a los funcionarios de los conocimientos necesarios para gestionar la obtención de evidencia digital. En simultáneo, se avanzó en incorporar tecnología a nuestros procesos, integrar bases de datos, rediseñar circuitos, fortalecer la colaboración y eliminar cuellos de botella, entre otras acciones. En la segunda etapa, se hizo foco en difundir estos conocimientos entre los actores del sistema penal. Ya que, si en el futuro prácticamente toda investigación será digital, es necesario trabajar con un enfoque sistémico y colaborativo.

Por ello, y considerando el avanzado nivel de conocimiento de los agentes del organismo, en la segunda edición del programa se incorporaron contenidos sobre Inteligencia Artificial, Ciberseguridad y Blockchain, en la convicción de que, sin una comprensión científica sólida, la tecnología se reduce a una mera técnica, y los agentes judiciales en ejecutores de los desarrollos informáticos.

Por último, esta actividad contó con más de 1.400 inscriptos y reunió a disertantes y asistentes de países como Chile, Perú, Ecuador, México, Estados Unidos y Francia. En particular, participaron representantes de los Poderes Judiciales, Ministerios Públicos Fiscales, de las fuerzas de seguridad, de distintas jurisdicciones del país, así como también del sistema financiero, que es un actor fundamental en este ecosistema, entre los que se destacan por ejemplo los Bancos de Santa Fe, San Juan, Santa Cruz, Entre Ríos y el Banco Provincia, y prestigiosas entidades académicas.

VOCES: DERECHO - TECNOLOGÍA - INTERNET - INTELIGENCIA ARTIFICIAL - INFORMÁTICA - ESTADO - DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - PODER JUDICIAL - INTELIGENCIA ARTIFICIAL - JUECES - ABOGADO - ACCESO A LA JUSTICIA - PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES - TRATADOS INTERNACIONALES - ORGANISMOS ADMINISTRATIVOS - COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS - HÁBEAS DATA - ORDEN PÚBLICO - PHISHING - BASE DE DATOS - ENTIDADES FINANCIERAS - CIBERDELITOS - GRUPOS ECONÓMICOS

Los criptoactivos en la perspectiva de la doctrina nacional^(*)

por CARLOS ALBERTO FOSSACECA (h.)^(**)



Sumario: I. INTRODUCCIÓN. – II. REFLEXIONES. II.A. CARÁCTER PATRIMONIAL. II.B. NATURALEZA JURÍDICA. II.C. DERECHOS INVOLUCRADOS. II.D. SMART CONTRACT. II.E. TEORÍA DEL ACTO JURÍDICO. II.G. ROL DEL ESTADO. II.H. INTERVENCIÓN DE PROFESIONALES. – III. CONCLUSIÓN.

I. Introducción

Los criptoactivos resultan ser un producto típico de nuestros tiempos, de la Revolución Industrial 4.0. El carácter descentralizado de la tecnología base, conocida como blockchain, explica el motivo por el cual muchas personas han decidido volcarse a su ámbito.

Tal instituto no puede ser soslayado y debe ser foco de atención por parte de la doctrina nacional. Tal circunstancia conlleva a que sea digno de encomio que la Comisión n.º 11 “Interdisciplina” de las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en la Universidad Austral, en su sede de Pilar, los pasados 26, 27 y 28 de septiembre, haya enfocado la ponderación de los estudiosos al mundo de los criptoactivos.

Nosotros aprovechamos la ocasión presentando una ponencia titulada: “*Estimación jurídica y económica de los Criptoactivos en el ecosistema de la economía del conocimiento*”, que fuera encabezada por el profesor doctor Emiliano Carlos Lamanna Guiñazú, Profesor Titular de las asignaturas “Obligaciones” y “Derecho de Daños” de la Pontificia Universidad Católica Argentina y suscripta por la profesora adscripta, Pilar Moreyra.

II. Reflexiones

Al analizar las conclusiones de la referida Comisión 11, es dable señalar:

II.A. Carácter patrimonial

Los criptoactivos integran el patrimonio de una persona. Pueden encuadrar sin problemas en la definición de propiedad que asentara la Corte Suprema de Justicia de la Nación: “*todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad*”⁽¹⁾.

No es de extrañar, siguiendo tales órdenes de ideas, que se haya predicado que ellos pueden ser objeto de aportes a sociedades accionarias y de responsabilidad limitada, tal como lo aceptara la Inspección General de Justicia, recientemente.

Sin embargo, hay que señalar que no se consignó ninguna definición en las conclusiones. Tal decisión obedece

a la circunstancia que la noción de criptoactivos es ciertamente compleja y muy técnica.

II.B. Naturaleza jurídica

Se ha estimado que ofrece una mirada polivalente:

Por un lado, puede tratarse de un bien en sentido estricto. Nosotros lo habíamos calificado en tal sentido, estimando como un activo digital.

Por otro lado, se predicó que es posible catalogarlo como cosa no dineraria. Dicha noción no obtuvo mayoría, probablemente por la materialidad que exige el artículo 16 del Código Civil y Comercial.

Por último, se postuló su encuadramiento como dinero en ciertas situaciones. En este extremo, hay que tener en consideración que el artículo 30 de la Carta Orgánica del Banco Central coloca en cabeza de dicha entidad la emisión monetaria.

II.C. Derechos involucrados

Se concluyó que el titular de criptoactivos goza de un derecho personal sobre ellos, descartándose un poder jurídico al estilo del dominio.

Aprovechando la mención de los derechos reales, se aconsejó el mantenimiento del título suficiente y modo suficiente para los modos derivados de transmisión, evitando su reemplazo por la técnica de blockchain. Ello no implica que en el ámbito notarial y registral se recurra a las escrituras con firma digital, prescindiendo del soporte tradicional del papel.

II.D. Smart contract

No se ha admitido que pertenezcan al espectro de los contratos. En consecuencia, no es dable calificarlos de actos jurídicos.

Pertenecen al capítulo instrumental de la ejecución de las prestaciones pactadas.

II.E. Teoría del acto jurídico

Pueden desempeñar la función de objeto. Simultáneamente, integrar el plan prestacional para extinguir una obligación.

Con referencia a especies contractuales, se ha determinado que aquellos que tengan por objeto criptoactivos no pueden ser encasillados siempre en la categoría de aleatorios.

Se ha admitido ampliamente que es legítima su inclusión en los actos de última voluntad, tales como disposiciones de legado.

Se ha recomendado de *lege ferenda* reincorporar la forma de testamento cerrado que preveía el artículo 3666 del Código Civil de cuño velezano en vistas de ser una modalidad adecuada para salvaguardar los datos vinculados a los criptoactivos, verbigracia, la clave privada de acceso a la cuenta de exchange del testador.

Se ve robustecida la figura del albacea como persona de confianza para custodiar información relacionada con el instituto en ponderación.

II.F. Exchange

Se ha propiciado la aplicación de la ley de defensa del consumidor, encuadrando dichos sitios virtuales como proveedores.

No se ha consignado si existe un contrato de depósito regular entre los administradores de las exchange y sus clientes.

Corolario de la aplicación normativa consumeril, se proyecta una aplicación robusta de la obligación de información, sobre todo, de los riesgos que acarrea operar en los referidos ámbitos.

Especial mención debe hacerse del derecho de arrepentimiento: debe serle reconocida al consumidor la posibilidad de dejar sin efecto la transacción realizada cuando sea llevada virtualmente, “fuera de los establecimientos y a distancia”.

II.G. Rol del Estado

Debe cumplir una doble función:

Por un lado, vigilar de manera adecuada el funcionamiento de los criptoactivos en la medida que fuera posi-

(*) El presente trabajo se inscribe dentro del Programa IUS de Investigación Jurídica Aplicada de la Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA) que dirige el profesor doctor Jorge Nicolás Lafferrière, concretamente en el Programa IUS titulado: “El derecho civil patrimonial frente al emergente alta tecnología. Desafíos e interpretación jurídico/patrimonial frente al avance tecnológico, la innovación permanente y el desarrollo sustentable”, que dirigen los doctores Emiliano Carlos Lamanna Guiñazú y Matilde Pérez junto a un grupo de destacados juristas que los acompañan.

(**) Doctor en Ciencias Jurídicas y Profesor de la Pontificia Universidad Católica Argentina en Obligaciones y Daños, y autor de diversos artículos de doctrina. Email: fossaceca@uca.edu.ar

(1) “Que, en cuanto al primer fundamento, debe observarse que las palabras ‘libertad’ y ‘propiedad comprensivas de toda la vida social y política, son términos constitucionales y deben ser tomados en su sentido más amplio. El término ‘propiedad’, cuando se emplea en los artículos 14 y 17 de la Constitución o en otras disposiciones de ese estatuto comprende, como lo ha dicho esta Corte, ‘todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad’. Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privado sea que nazca de actos administrativos (derechos subjetivos privados o públicos), a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce así sea el Estado mismo, integra el concepto constitucional de ‘propiedad’, Corte Suprema de Justicia, “Bourdieu, Pedro Emilio c. Municipalidad de la Capital”, 16 de diciembre de 1925, La Ley Online, AR/JUR/10/1925.

ble, obedeciendo al carácter descentralizado de las blockchains.

Por el otro, fomentar la educación digital del ciudadano en aras de que comprenda cabalmente las características del instituto en ponderación y evite transformarse en sujeto pasivo de estafas.

II.H. Intervención de profesionales

Permitirían la verificación de los presupuestos para que se ejecute un Smart Contract, por ejemplo. Desempeñarían la función de oráculos, sujetos que confirman el antecedente, el IF de programación, para que se ejecute el consecuente, el THEN.

Sería muy útil cuando deba realizarse una transferencia de criptoactivos en vistas al cumplimiento de una prestación previa.

III. Conclusión

Muchos han sido los matices ponderados en la Comisión de Interdisciplina.

La fecunda labor desarrollada permite deducir la importancia del instituto en estudio y las complejidades que acarrea. Tarea de dilucidación que deberá llevar a cabo la doctrina nacional en futuros estudios y congresos.

Pero, sin lugar a dudas, ha sido uno de los temas más atractivos de discusión de las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil y establece pautas interpretativas de las opiniones actuales de los estudiosos argentinos sobre el tema.

VOCES: CRIPTOACTIVO - CRIPTOMONEDAS - CONTRATOS - OBLIGACIONES - DAÑOS Y PERJUICIOS - ECONOMÍA - ENTIDADES FINANCIERAS - MONEDA - CAMBIO - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - DERECHO A LA INFORMACIÓN - INFORMÁTICA - DEFENSA DEL CONSUMIDOR - ACTOS DE COMERCIO - GRUPOS ECONÓMICOS - PERSONAS JURÍDICAS - CLÁUSULAS CONTRACTUALES - PHISHING - BASE DE DATOS - NEGOCIO COMERCIAL - INTERNET - TÍTULOS VALORES - COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS



Impacto de la inteligencia artificial en la práctica de la abogacía: algunas consideraciones marginales^(*)

por LEONARDO PUCHETA^(**)



Sumario: I. INTRODUCCIÓN. – II. ABOGACÍA E INTERÉS PÚBLICO. – III. ABOGACÍA E INTELIGENCIA ARTIFICIAL. – IV. NECESIDAD DE “DES-ESPECIALIZACIÓN”. – V. UNA OPORTUNIDAD PARADÓJICA. – VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. Introducción

En 1926, Piero Calamandrei sostuvo en un trabajo de su autoría titulado “Demasiados abogados” que había “muchos abogados, pero poca justicia”⁽¹⁾, afirmación enmarcada en una valoración del jurista italiano del devenir de nuestra profesión en su país a inicios del siglo XX.

La obra referida posee muchas aristas interesantes y que aún hoy nos interpelan, pero a la luz de la realidad contemporánea es posible resignificarlas y encontrarles un sentido orientador para quienes hallamos en la práctica de la abogacía no solo un medio de subsistencia, sino, fundamentalmente, una satisfacción vocacional. No nos referimos a los factores concretos que motivan a las personas a estudiar la carrera de Abogacía, sino a la *vocación del abogado* en un sentido más profundo; al llamado superior que nos moviliza magnéticamente a accionar de determinada manera, debiendo afrontar dificultades e, incluso, en colisión con la obtención de otras ventajas inmediatas.

Esa misma vocación es la que durante el ejercicio profesional opera como norma guiando nuestro proceder. Cuando se la atiende, quizás como una suerte de “conciencia profesional”, la vocación encuentra satisfacción e, idealmente, opera desarrollando hábitos deontológicos positivos.

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los trabajos publicados en *EL DERECHO: Notificación electrónica. Reforma al Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires*, por HUGO A. VANINETTI y GUSTAVO VANINETTI, EDLA, 2010-B-1069; *E-Justicia en el Poder Judicial de la Nación. Proyecto de ley que busca instaurar el expediente electrónico*, por HUGO ALFREDO VANINETTI, cita digital: ED-DCCLXXII-328; *Notificación electrónica. Acordadas 35/13, 36/13, 38/13 y 43/13 de la Corte Suprema de la Nación. Avances en su implementación*, por HUGO ALFREDO VANINETTI, EDLA, 2014; *Consideración procesal de los medios de prueba tecnológicos*, por LUIS R. CARRANZA TORRES, ED, 248-177; *La videgrabación de las audiencias y su máximo rendimiento para una valoración fundada de la prueba*, por AMALIA FERNÁNDEZ BALBIS, ED, 253-729; *Cuestiones probatorias del correo electrónico*, por PABLO A. PALAZZI y LUCAS F. TAMAGNO, ED, 255-78; *Correo electrónico e Internet. Consecuencias jurídicas de su uso en el ámbito laboral*, por MARCO A. RUFINO, ED, 255-92; *El uso de software abierto para el análisis de la evidencia digital*, por PABLO A. PALAZZI y GUSTAVO PRESMAN, ED, 267-653; *La invasión digital al Poder Judicial*, por JORGE HORACIO GENTILE, EDCO, 2017-342; *En la prueba anticipada, los medios de prueba son taxativos (art. 326 del Código Procesal Civil de la Nación)*, por JULIO CHIAPPINI, ED, 271-559; *Prueba de la manifestación de voluntad por medios electrónicos*, por PABLO FERNANDO CEBALLOS CHIAPPERO, ED, 279-641; *La prueba tecnológica y el principio de libertad probatoria*, por ENRIQUE V. DEL CARRIL, 284-705; *El aislamiento social y preventivo como presupuesto del avance del expediente electrónico: algunas reflexiones sobre los plazos en los procesos aduaneros para las infracciones, las impugnaciones y las repeticiones*, por PABLO SEBASTIÁN BORGNA y MARCELO RAÚL RODRÍGUEZ, ED, 290-655; *Automatización, virtualidad y eficacia, estándares de las transformaciones procesales en el expediente digital de la Justicia bonaerense. Nuevo Reglamento de Presentación de Notificaciones Electrónicas –Acuerdo n° 4013/2021 SCBA– (T.O. Acuerdo n° 4039/2021)*, por PAULO ALBERTO MARESCA, ED, 295-897; *Abogacía digital. De la toga al metaverso*, por MATILDE PÉREZ, *El Derecho Diario*, *El abogado y el futuro*. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(*) El presente artículo se inscribe dentro del Programa IUS de Investigación Jurídica Aplicada de la Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA) que dirige el profesor doctor Jorge Nicolás Lafferrière, concretamente en el Programa IUS titulado: “El derecho civil patrimonial frente al emergente alta tecnología. Desafíos e interpretación jurídico/patrimonial frente al avance tecnológico, la innovación permanente y el desarrollo sustentable”, que dirigen los doctores Emiliano Carlos Lamanna Guinazú y Matilde Pérez junto a un grupo de destacados juristas que los acompañan.

(**) Abogado. Subgerente de Innovación Tecnológica aplicada a la Prevención en la Superintendencia de Riesgos del Trabajo.

(1) Calamandrei, Piero; “Demasiados Abogados”, Biblioteca de Derecho Procesal, Lex, 2018, pág. 58.

Estas breves reflexiones son solo algunas ideas marginales generadas a partir de aquella afirmación de Calamandrei en el contexto de la revolución de la inteligencia artificial, ciertamente una de las tecnologías que promete transformar el mundo y, por tanto, también nuestra práctica profesional. Lo expuesto resultará provisorio y demandará revisiones sucesivas de la mano de la asimilación de las novedades tecnológicas y del modo que impacten en nuestra cotidianidad.

II. Abogacía e interés público

En gran medida el ejercicio liberal de la abogacía consiste en la repetición de pasos, en el cumplimiento de solemnidades, plazos y gestiones que no necesariamente requieren reflexiones en torno a la licitud de los planteos, intereses y aspiraciones de las partes.

Las reglas procesales son ciertamente necesarias y virtuosas, en tanto establecen pautas de vinculación entre las partes, el juez, los auxiliares de justicia, así como la estandarización de procedimientos en general ordena a los profesionales en búsqueda de mayor eficiencia. Sin embargo, lo propio de la profesión pareciera trascender esta faceta netamente procedimental.

La reducción de la función del abogado a la consecución de pasos lógicos podría estar asociada a una determinada concepción de la abogacía, entendida solo como servicio al interés privado. Calamandrei inicia su obra destacando que “(...) históricamente, la abogacía ha surgido en servicio del interés privado: mientras el proceso fue concebido como un duelo legalizado entre dos intereses individuales, en medio de los cuales el Estado se colocaba como espectador pasivo, al modo que lo hace en un torneo el juez de campo, encargado solamente de hacer respetar las reglas del juego, los defensores de los dos adversarios entraban en liza como soldados de ventura prontos a vender al mejor postor las armas de su experiencia técnica y de su astucia”⁽²⁾.

Profundiza el autor: “Así como en el combate verdadero vence el más fuerte, así también en ese combate simulado, que era el proceso, vencía el más astuto y el más experto; y esto era lícito, porque el Estado, con tal de que quedase garantizado que los combatientes luchaban con armas iguales, se desinteresaba del resultado de la contienda”⁽³⁾.

Lo cierto es que en el esquema del Estado constitucional de derecho y del juego de pesos y contrapesos propios de la estructura republicana, el desarrollo y el resultado del proceso judicial parecerían vincularse con el interés público, ya que la aplicación de la ley en el caso concreto se asocia al respeto de la voluntad popular expresada democráticamente.

Podría decirse que así valorado, como acatamiento a la norma positiva, el “interés público” es expresión de una visión positivista del Derecho, pero desde una posición iusnaturalista se sostiene que –en rigor de verdad– el interés público consiste en la concreción del valor “justicia” entendido como “dar a cada uno su derecho”⁽⁴⁾.

Es así que, para nosotros, integrar el interés público en el ejercicio profesional implica –en el mejor de los casos– el respeto de las reglas establecidas en el derecho vigente y la sujeción a los principios prácticos morales que las sustentan. En el peor de los casos, cuando las normas positivas no son consistentes con las previsiones del derecho natural, tal como enseña Legarre, “el derecho natural juega de un modo notable y sirve de herramienta de crítica”⁽⁵⁾. En ese supuesto, la labor del abogado habrá de ser valorada también por contraste con la *ipsa res iusta*⁽⁶⁾.

(2) Calamandrei, Piero; “Demasiados Abogados”, Biblioteca de Derecho Procesal, Lex, 2018, pág. 9.

(3) Calamandrei, Piero; “Demasiados Abogados”, Biblioteca de Derecho Procesal, Lex, 2018, pág. 9.

(4) S. Th., II-II, q. 58, a. 1.

(5) Legarre, Santiago; “Abogados y jueces frente al derecho natural”, <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/10371> [Último acceso: 03/02/2025].

(6) Santo Tomás de Aquino; “Summa Theologiae”, II-IIae, q. 57, a. 1.

Lo que intenta ponerse de manifiesto es la escisión, en ocasiones drástica, entre la praxis jurídica y la justicia en sentido estricto. No se trata de desconocer los méritos de la faceta técnico-procesal asociada al “arte de la abogacía”, sino de poner de relieve cierto alejamiento de *lo justo* como contraste objetivo al proceder del abogado y, como contrapartida, sugerir la consideración de una concepción más completa de la profesión en línea con las enseñanzas de Calamandrei, quien afirma que “(...) a través de la concepción *publicista* del proceso, la función de la abogacía se ennoblece y se eleva”⁽⁷⁾.

III. Abogacía e inteligencia artificial

La IA posee muchas utilidades y una cantidad de riesgos asociados. No todas son ventajas, desde ya. Por ejemplo, están quienes ponen de manifiesto una correlación negativa entre el uso de la IA y la disminución del pensamiento crítico, profundo y reflexivo⁽⁸⁾ o quienes destacan incluso amenazas concretas para la supervivencia de la profesión⁽⁹⁾.

Ahora, en términos prácticos, debe reconocerse que herramientas tecnológicas emulan con creciente precisión operaciones humanas, tendencia que se agudizaría según pronostican los especialistas. Además de realizar labores minimizando gradualmente los márgenes de error y de sesgo, el volumen y la velocidad de las tareas realizadas superan en términos de “fuerza bruta” la capacidad de la persona humana individual. Eventualmente, la IA podrá llevar a cabo una mayor cantidad de operaciones *jurídicas* de forma más rápida y con menor grado de error.

Interrogado el ChatGPT respecto de las ventajas que la IA conlleva para la práctica de la abogacía, respondió: *“La inteligencia artificial (IA) está revolucionando la abogacía, ofreciendo múltiples ventajas que mejoran la eficiencia, precisión y accesibilidad en la práctica legal. Algunas de las principales ventajas incluyen:*

1. Automatización de tareas repetitivas
 - Redacción y revisión de documentos legales.
 - Análisis de contratos con herramientas de IA para detectar errores o cláusulas problemáticas.
 - Generación de informes jurídicos.
2. Investigación jurídica más rápida y precisa
 - Búsqueda automatizada de jurisprudencia y legislación relevante en segundos.
 - Uso de algoritmos avanzados para encontrar precedentes legales más relevantes.
3. Análisis predictivo y toma de decisiones estratégicas
 - Evaluación de probabilidades de éxito en litigios basada en datos históricos.
 - Identificación de patrones en decisiones judiciales previas.
4. Optimización del servicio al cliente
 - Chatbots y asistentes virtuales que responden consultas legales básicas.
 - Gestión eficiente de citas y seguimiento de casos.
5. Mejor gestión de casos y cumplimiento normativo
 - Herramientas de IA para organizar expedientes y gestionar plazos procesales.
 - Detección automatizada de riesgos legales y cumplimiento normativo.
6. Accesibilidad y democratización del derecho
 - Plataformas impulsadas por IA que brindan asesoría legal asequible.
 - Facilita la asistencia legal a personas con menos recursos.
7. Mayor precisión y reducción de errores
 - IA puede detectar inconsistencias en documentos legales que un humano podría pasar por alto.
 - Minimiza riesgos en la redacción y análisis de contratos.

En resumen, la IA en la abogacía no solo ahorra tiempo y costos, sino que también mejora la calidad del servicio legal, permitiendo a los abogados centrarse en tareas más estratégicas y de alto valor.”

Podrían disputarse varios de los puntos afirmados por la IA, pero también puede concederse que, a menor complejidad de las tareas emprendidas mayor será la posi-

bilidad de automatización y, por tanto, de prescindencia del humano. Así como, a mayor nivel de experticia y de pensamiento crítico requeridos, menor será el riesgo de reemplazo de la persona humana⁽¹⁰⁾.

IV. Necesidad de “des-especialización”

Si la ejecución de operaciones de baja complejidad realizada por humanos fuera fácilmente reemplazada por procesos automatizados, donde la mediación de sistemas basados en IA ofrezca mayor celeridad, transparencia y eficiencia, la imprescindibilidad de algunos operadores del derecho podría verse ciertamente comprometida. Salvo que estos asuman análisis de mayor complejidad, de mayor nivel de abstracción. Salvo que lleven adelante operaciones que la máquina no esté en capacidad técnica de poder ofrecer.

Entre otras cuestiones, semejante objetivo supone abordar la faceta formativa, revisar el modo en que somos formados como abogados, ofreciendo a los estudiantes contenidos de conocimientos y hábitos necesarios para poder realizar análisis con profundidad antropológica y ética. Los abogados han de “des-especializarse”, en el sentido de poder tomar distancia de objetos de estudios demasiado específicos y llevar a cabo juicios más complejos que demandan mayor grado de abstracción.

De todas formas, el vasto cúmulo de normas y problemáticas alcanzadas por el derecho actual demanda especialización en la formación, lo que podría presentarse contradictorio con lo antes afirmado. Sin embargo, pensamos que no es así. El desafío consiste en balancear el ofrecimiento de contenidos específicos con una formación integral, con foco en la persona humana en todas sus dimensiones.

V. Una oportunidad paradójica

“Si alguno objetase que de este modo se confunde el derecho con la moral y que el abogado debe obrar como jurisperito y no como confesor, bastaría responderle, sin teorizar demasiado, que muchos abogados y quizás bastantes más de los que comúnmente se cree, ejercen su profesión aplicando y haciendo aplicar, al lado de las leyes escritas en los Códigos, aquellas leyes de la honestidad que no están escritas más que en la conciencia de los hombres honrados, pero que no por eso son menos claras y menos imperiosas. Hoy esas leyes, le ocurrirá oír decir a cualquier colega ya ‘llegado’: ‘¡Ingenuo, tu no harás carrera!’. Pero no importa; los jóvenes deben estar seguros de que, así como la abogacía, en el sentido noble de la palabra, tendrá un lugar honroso en la sociedad de mañana, así también de la sociedad de mañana serán expulsados inexorablemente los aventureros de la práctica y del engaño”⁽¹¹⁾.

La IA bien puede representar una posibilidad de repensar el rumbo de la abogacía y, quizás, de volver a entenderla como la “gran lucha por la realización práctica de la justicia”⁽¹²⁾. Pensamos que la recuperación de una épica profesional no solo sirve a los efectos de redimir a los abogados en un contexto de cierta desconfianza, sino que fundamentalmente, contribuye a darle sentido a nuestro desarrollo profesional, un sentido que nos trasciende y que se orienta a la consecución de la justicia en nuestras sociedades.

En el marco del aparente sismo tecnológico, que por momentos nos entusiasma y por otros nos asusta, el rol de los abogados puede resurgir como una necesidad humana ante la permeabilidad de la cultura actual frente a los postulados transhumanistas y los presupuestos del imperativo tecnocrático subyacente.

Los abogados hoy pueden contribuir al rescate de lo propiamente humano, de modo que, paradójicamente, la tecnología parece ofrecer hoy una oportunidad para poner en crisis los modos actuales de relacionalidad humana y para fortalecer el tejido social, gravemente dañado por tendencias individualistas y colectivistas extremas.

La abogacía no corre riesgo de desaparecer, pues responde a dinámicas humanas que sobrevivirán cualquier cambio social, por más radical que sea. Eso sí, habrá de adaptarse al escenario en el cual se despliega como prác-

(7) Calamandrei, Piero; “Demasiados Abogados”, Biblioteca de Derecho Procesal, Lex, 2018, pág. 10.

(8) Gerlich, Michael; “AI Tools in Society: Impacts on Cognitive Offloading and the Future of Critical Thinking”, *Societies*, 15(1), 6, <https://lnkd.in/eUfhxhVG> [Último acceso: 03/02/2025].

(9) <https://www.infobae.com/tecnologia/2025/01/29/adios-a-los-medicos-y-abogados-en-el-mundo-seran-derrotados-por-la-ia-la-prediccion-de-elon-musk/>.

(10) Ramírez, Aníbal Matías; “Implicancias de la inteligencia artificial en el ejercicio de la abogacía”, *Revista Jurídica de San Isidro, Serie Contemporánea*, págs. 95-102, <https://www.casi.com.ar/sites/default/files/2023-09/J-Ramirez.pdf> [Último acceso: 03/02/2025].

(11) Calamandrei, Piero; “Demasiados Abogados”, Biblioteca de Derecho Procesal, Lex, 2018, pág. 59.

(12) Calamandrei, Piero; “Demasiados Abogados”, Biblioteca de Derecho Procesal, Lex, 2018, pág. 58.

tica profesional, en orden a no perder competitividad ante la potencia de las herramientas tecnológicas actuales.

Para mitigar el riesgo de obsolescencia ante la IA, los abogados hemos de reparar en lo que significa el “Ser Humano” y descubrir el sentido de nuestra profesión en este cambiante horizonte temporal. La era tecnológica puede ser la era de la reconciliación entre derecho y moral, relación sin la cual el derecho se transforma en un cúmulo de reglas formales basados exclusivamente en la fuerza.

La profesión puede salir beneficiada, incorporando herramientas tecnológicas para tornar más eficiente la prestación y transitando la senda de la justicia como instrumento ordenador de las relaciones humanas, como vehículo para el equilibrio y la paz social.

VI. Bibliografía

Calamandrei, Piero; “Demasiados Abogados”, Biblioteca de Derecho Procesal, Lex, 2018.

Santo Tomás de Aquino, *Summa Theologiae*. II-II, q. 58, a. 1. Disponible en línea en <https://hfg.com.ar/sumat/c/index.html#c57>.

Legarre, Santiago; “Abogados y jueces frente al derecho natural”, <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/10371>.

Gerlich, Michael, “AI Tools in Society: Impacts on Cognitive Offloading and the Future of Critical Thinking”, Societies, <https://lnkd.in/eUfhxhVG>.

Ramírez, Aníbal Matías; “Implicancias de la inteligencia artificial en el ejercicio de la abogacía”, Revista Jurídica de San Isidro, Serie Contemporánea, págs. 95-102, <https://www.casi.com.ar/sites/default/files/2023-09/J-Ramirez.pdf>.

VOCES: TECNOLOGÍA - INTERNET - INFORMÁTICA - INTELIGENCIA ARTIFICIAL - DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - DERECHO COMPARADO - PODER JUDICIAL - ACCESO A LA JUSTICIA - PROCESO JUDICIAL - ABOGADO - DEMANDA - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - DEFENSA EN JUICIO - EXPEDIENTE JUDICIAL - JUECES - SENTENCIA - PROCESO ORDINARIO - EJERCICIO PROFESIONAL - COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS - NORMAS DE EMERGENCIA

Redes sociales, libertad de expresión y seguridad nacional: lecciones del caso *TikTok v. Garland* (*)



por MARTÍN OYHANARTE** y JULIO OYHANARTE***



Sumario: I. INTRODUCCIÓN. – II. LOS HECHOS. – III. LAS DEMANDAS. – IV. DEBATE ORAL. – V. *AMICUS CURIAE*. – VI. EL FALLO. – VII. ANÁLISIS Y DISCUSIÓN. A) *LOS DATOS Y LA TRANSPARENCIA*. B) *LA TRAMPA DEL ESCRUTINIO INTERMEDIO*. C) *CONSECUENCIAS POLÍTICAS Y CASOS FUTUROS*. – VIII. CONCLUSIÓN. – IX. BIBLIOGRAFÍA.

I. Introducción

La sentencia de la Suprema Corte en “*TikTok v. Garland*”⁽¹⁾ es un hito relevante en la disputa entre Estados Unidos y China por el liderazgo tecnológico y la hegemonía global. Con más de mil millones de usuarios, TikTok no es una red social cualquiera: es un medio de comunicación masivo donde se dirimen batallas culturales e ideológicas. Su origen y sus vínculos con la República Popular China han convertido a la plataforma en un símbolo de la competencia entre ambas potencias.

Frente a lo que se percibe como una amenaza, el Congreso de Estados Unidos invocó razones de seguridad nacional para otorgar al Poder Ejecutivo una autoridad sin precedentes: exigir la venta de la compañía controlante o forzar el cierre de un medio de comunicación que usa la mitad de la población estadounidense.

El fallo de la Suprema Corte no solo resuelve las controversias constitucionales más inmediatas, sino que establece principios fundamentales sobre la protección de la libertad de expresión en la era digital, donde las fronteras entre el discurso, la tecnología y seguridad nacional son cada vez más difusas. A continuación, analizaremos las distintas etapas del proceso que dio lugar a la sentencia y luego ofreceremos un análisis crítico.

II. Los hechos

Como se dijo, TikTok es uno de los medios de comunicación más importantes del mundo. Desde su lanzamiento en 2017, ha superado los mil millones de usuarios activos mensuales, incluidos 170 millones solo en los Estados Unidos. Este enorme alcance, combinado con la inigualable facilidad con que permite a los usuarios crear y difundir contenido, lo convierte en uno de los espacios digitales más dinámicos e inclusivos de la historia.

La naturaleza participativa de TikTok fomenta la expresión creativa y el intercambio de ideas. En 2023, los usuarios en Estados Unidos publicaron más de 5.5 mil millones de videos, que fueron vistos más de 13 billones de veces en todo el mundo⁽²⁾. Estas cifras reflejan la magnitud de su impacto como una usina global para la generación de contenido, donde cualquier individuo, sin

el menor presupuesto publicitario, y con independencia de su posición geográfica, social o económica, puede llegar a audiencias en los dos hemisferios en tiempo real.

Como ocurre con todo medio de comunicación, lo que abunda es el contenido de baja calidad. Sin embargo, TikTok se ha consolidado como un espacio transversal, especialmente accesible para minorías desaventajadas. Por ejemplo, ha resultado decisivo para movimientos educativos como #EduTok, iniciativas contra la discriminación como #BlackLivesMatter, #CulturalIndigena, #CulturaLatina o #UnDiaSinNosotras, o campañas ambientales como #SaveTheOceans y #PlantATreeChallenge. Su alcance masivo y la capacidad de conectar grupos y personas sin recursos económicos la convierten en una herramienta irremplazable.

Los aspectos más controvertidos de la aplicación son su capacidad para captar y almacenar datos de los usuarios y su misterioso algoritmo de recomendación de contenido, desarrollado y custodiado en China. Este perfil, sumado al control corporativo de ByteDance Ltd., una empresa opaca con vínculos con el gobierno de la República Popular China⁽³⁾, ha generado preocupaciones legítimas sobre la privacidad y la seguridad de los datos a nivel global. En particular, la legislación china permite al gobierno acceder a la información almacenada por empresas radicadas en su territorio, lo que ha desatado la inquietud de los países occidentales en los últimos años.

En los Estados Unidos, estas preocupaciones llevaron a las administraciones de Trump y de Biden a emitir órdenes ejecutivas para bloquear TikTok o pactar una solución consensuada⁽⁴⁾. Ante el fracaso de las negociaciones, el gobierno de Biden promovió la ley denominada “*Protecting Americans from Foreign Adversary Controlled Applications Act*” (“PAFACA”), cuyo objeto es forzar la venta de TikTok o tornar imposible su operación en los Estados Unidos.

La norma prohíbe a las empresas estadounidenses distribuir, mantener o actualizar la plataforma si TikTok sigue bajo control chino más allá del 19 de enero de 2025⁽⁵⁾. En la práctica, esto impide la operación de esta aplicación si es que continúa controlada por un “adversario extranjero”, según lo determine discrecionalmente el presidente. Sin embargo, si los dueños actuales realizaran una desinversión calificada, bajo términos también fijados por el Ejecutivo, la prohibición legal no entrará en vigor.

III. Las demandas

Una vez promulgada la ley, TikTok Inc., ByteDance Ltd. y un grupo de usuarios presentaron una impugnación constitucional contra PAFACA. Argumentaron que violaba la Primera Enmienda al imponer una prohibición *de facto* sobre el acceso y el uso de TikTok, tanto para los

(*) El presente artículo se inscribe dentro del Programa IUS de Investigación Jurídica Aplicada de la Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA) que dirige el profesor doctor Jorge Nicolás Lafferrière, concretamente en el Programa IUS titulado: “El derecho civil patrimonial frente al emergente alta tecnología. Desafíos e interpretación jurídica/patrimonial frente al avance tecnológico, la innovación permanente y el desarrollo sustentable”, que dirigen los doctores Emiliano Carlos Lamanna Guinazú y Matilde Pérez junto a un grupo de destacados juristas que los acompañan.

(**) Abogado, Master of Laws (Harvard Law School). Profesor de Derecho Constitucional. Miembro de la New York State Bar.

(***) Abogado, Master of Laws (UCLA). Master of Public Policy (King’s College), Miembro de la State Bar of California, titular de @inmigracion e @immigrationtv, cuentas de TikTok con más de 8.3 millones de seguidores.

(1) 604 U. S. ____ (2025) (slip op.). Sentencia de la Suprema Corte de Estados Unidos dictada en los expedientes consolidados “*TikTok Inc., et al. v. Merrick B. Garland, Attorney General*” y “*Brian Firebaugh, et al. v. Merrick B. Garland, Attorney General*”, de fecha 17/1/2025, (en adelante “*TikTok v. Garland*”), disponible en <https://www.supremecourt.gov/opinions/24pdf/24-656-ca7d.pdf> (consultado el 3/2/2025).

(2) “*TikTok v. Garland*”, § I.A, p. 2.

(3) Si bien la propiedad de ByteDance Ltd. no está en manos de China, no se encuentra controvertido que su gobierno puede influir en ByteDance a través de sus leyes y comités del Partido Comunista, mecanismo que ha utilizado para forzar a empresas dentro de su jurisdicción a cumplir con sus directivas sin revelar dichas acciones. Además, ByteDance reconoció que China puede restringir su capacidad para exportar su algoritmo o motor de recomendación, lo que demuestra un grado de control efectivo del gobierno chino sobre la empresa. Véase “*Reply Brief for the Respondent, TikTok Inc. and ByteDance Ltd. v. Merrick B. Garland, Attorney General*”, p. 22, disponible en https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/24/24-656/336568/20250103162633069_24-656rb_Govt_final.pdf (consultado el 3/2/2025).

(4) Véase Donald J. Trump, Exec. Order No. 13942, 3 C.F.R. 412 (2021); 85 Fed. Reg. 60061 (2020); *TikTok Inc. v. Trump*, 507 F. Supp. 3d 92 (D.D.C. 2020); *Marland v. Trump*, 498 F. Supp. 3d 624 (E.D. Pa. 2020); *TikTok Inc. v. Comm. on Foreign Inv.*, No. 20–1444 (CADC, Feb. 19, 2021).

(5) PAFACA establece dos mecanismos para designar una “aplicación controlada por adversario extranjero”: (i) designación directa de aplicaciones operadas por ByteDance Ltd., TikTok o sus subsidiarias [§2(g)(3)(A)]; y (ii) un marco general que requiere que la aplicación sea operada por una “empresa cubierta” controlada por un adversario extranjero y que el presidente determine, tras un proceso público, que representa una amenaza significativa para la seguridad nacional [§2(g)(3)(B)].

propietarios de la red como para los millones de suscriptores.

De acuerdo con esta parte, PAFACA impuso restricciones que afectan y gravan de manera directa al derecho fundamental a la libertad de expresión, consagrado por la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos.

Los argumentos principales en contra de la constitucionalidad de la ley consistieron en plantear que opera como un dispositivo de censura previa y que, en la medida en que constituye una regulación legal cuyo objetivo y resultado es el de suprimir una plataforma de actividad expresiva y comunicativa, debe ser analizada bajo un estándar de “escrutinio estricto”⁽⁶⁾.

Los impugnantes alegaron que no hay prueba de un caso concreto de un daño actual o inminente a la seguridad nacional de los Estados Unidos, y que habría medios regulatorios menos gravosos o restrictivos para alcanzar los fines legislativos propuestos, la ley impugnada no debería pasar el más exigente test de validez constitucional.

A su vez, y como segundo argumento, se planteó que la ley es una regulación estatal explícitamente dictada en función de un cierto contenido o punto de vista, lo que también debería activar el “escrutinio estricto”. En este aspecto, los impugnantes señalaron que el trámite legislativo demuestra que un objetivo del Congreso fue el de cancelar el algoritmo. Tal como lo manifestaron los legisladores en el debate de la ley, como luego lo sostuvo el gobierno en distintos medios⁽⁷⁾, lo que la ley busca es prevenir una suerte de manipulación encubierta de contenido y proteger a los usuarios estadounidenses de propaganda emitida por un “adversario extranjero”. Más aún, alegaron que uno de los propósitos expresos de la ley es el de evitar la operación de una aplicación que mediante un cierto algoritmo “edita” y “manipula” el contenido en función de los datos de los usuarios. Es indudable –según los impugnantes– que este propósito no puede ser considerado neutral respecto del “punto de vista” del discurso.

Una vez establecido lo anterior, y dando por cierto que en el caso debe aplicarse el denominado “escrutinio estricto”, los impugnantes señalaron que el gobierno debió haber demostrado que no existen alternativas menos restrictivas para abordar sus preocupaciones. Y, como es obvio, en este caso existirían varias alternativas menos gravosas para la libre expresión y el libre flujo de ideas, tales como la imposición de medidas de transparencia, la obligación de divulgar posibles manipulaciones de contenido, o la regulación del acceso a los datos de los usuarios. Todo ello podría haber cubierto las alegadas preocupaciones respecto de la seguridad nacional sin la necesidad de cerrar definitivamente una plataforma que utilizan al menos la mitad de los estadounidenses.

Por último, los impugnantes señalaron que la mera invocación de razones de “seguridad nacional” no exime al gobierno de la carga probatoria. En esa línea, se citó abundante jurisprudencia en la que la Corte había subrayado que la invocación de la seguridad nacional no disminuye las protecciones de la Primera Enmienda ni el estándar de revisión aplicable⁽⁸⁾.

A su turno, el gobierno negó estas impugnaciones. El punto central de la defensa fue el de que los impugnantes no sufrieron agravio alguno bajo la Primera Enmienda, ya que la ley solo apunta a regular el control corporativo de un medio de comunicación. Luego, enumeró una larga lista de reglas que, a lo largo de la historia estadounidense, limitaron a los gobiernos extranjeros en su injerencia sobre los medios de comunicación.

La *Solicitor General* de la administración Biden, Elizabeth B. Prelogar, resumió su línea de defensa de modo elocuente: “la Primera Enmienda no habría exigido a nuestra Nación tolerar la propiedad y el control soviéticos de emisoras de radio estadounidenses (u otros canales de comunicación e infraestructuras críticas) durante la Gue-

rra Fría, y tampoco nos exige tolerar hoy la propiedad y el control de TikTok por un adversario extranjero”⁽⁹⁾.

En la instancia inferior, se aplicó el estándar de “escrutinio estricto”, pero la cámara de apelaciones concluyó que esta cumplía con los criterios necesarios debido al interés gubernamental apremiante en proteger la seguridad nacional y al ajuste razonable de las medidas adoptadas. Se declaró la constitucionalidad de PAFACA, y el caso llegó, en esas condiciones, a la Suprema Corte para su revisión final.

IV. Debate oral

Ya en la instancia de la Suprema Corte, se llevó a cabo el debate oral. Como ocurre en la mayoría de los litigios sobre la aplicación de la Primera Enmienda, los argumentos principales estuvieron dirigidos a ganar la batalla por el marco teórico y el tipo de escrutinio aplicable al caso.

En efecto, Noel Francisco, en representación de TikTok, afirmó que el verdadero propósito de la ley era restringir la expresión en una plataforma en particular debido al temor de que las ideas difundidas en TikTok puedan influir en la opinión pública estadounidense. La prueba de este extremo, según Francisco, fue que otras plataformas con prácticas de recopilación de datos similares no estaban sujetas a las mismas restricciones. Esto, según esta parte, demostraría que el foco de la ley es el contenido generado por los usuarios de TikTok, el impacto del algoritmo o su inusitado impacto social, y no en los riesgos objetivos de seguridad nacional. Por eso, sostuvieron que PAFACA debía presumirse inconstitucional.

Una segunda presentación, en contra de la constitucionalidad de la ley, fue la de Jeffrey Fisher, quien representó a los usuarios. Destacó que, aunque la ley se dirige a la estructura de propiedad de TikTok, sus efectos repercuten directamente en los usuarios, quienes utilizan la plataforma para diversas formas de expresión comunicativa, desde entretenimiento hasta discurso político. Por esta razón, describió que, desde el punto de vista de la población, la plataforma opera como un “foro público moderno”, que merece la protección más robusta del derecho fundamental a la libre expresión.

La *Solicitor General*, en cambio, insistió en que la ley no afecta directamente la libertad de expresión ni rozaba la vigencia de la Primera Enmienda, ya que PAFACA solo se centra en la propiedad extranjera de la aplicación. Sostuvo que la conexión y sometimiento de ByteDance al gobierno de China constituían una amenaza para la seguridad nacional. A diferencia de lo dicho en su escrito, en la instancia oral la funcionaria se abstuvo de afirmar que la República Popular China tiene un régimen “comunista” similar al de la URSS, o que es un Estado totalitario. Pero reiteró que lo que justificaría la constitucionalidad de PAFACA es que China podría manipular la plataforma de manera encubierta para promover sus intereses geopolíticos y perjudicar a Estados Unidos, por ejemplo, difundiendo desinformación o sembrando discordia durante una crisis.

Los jueces, a su turno, mostraron con sus preguntas divisiones importantes. Por un lado, ciertos jueces anticiparon con su línea de interrogación una postura contraria al enfoque de TikTok. Clarence Thomas y Elena Kagan plantearon dudas sobre si el impacto en los derechos de la Primera Enmienda era “directo”, dado que la ley solo exige la desinversión de ByteDance, no el cierre automático de la plataforma. Amy Coney Barrett sugirió que cualquier cierre de la aplicación sería una decisión de ByteDance, no un mandato gubernamental, y que esto desvincula el caso de una violación de la Primera Enmienda.

Otros, como John Roberts y Brett Kavanaugh, se mostraron especialmente preocupados por los argumentos del gobierno sobre la amenaza a la seguridad nacional. Roberts destacó que la conexión de ByteDance con China no puede ser ignorada, mientras que Kavanaugh señaló los riesgos futuros que implica la posible explotación de datos recopilados por TikTok para fines de inteligencia o manipulación política.

Por su parte, algunos magistrados se mostraron interesados en explorar la proporcionalidad de las medidas. Neil Gorsuch, por ejemplo, dejó entrever que la solución

(6) El “escrutinio estricto” es el test de constitucionalidad más riguroso y requiere que una restricción a la libertad de expresión: (1) persiga un interés gubernamental imperioso; (2) esté estrictamente diseñada para alcanzar ese interés, y (3) utilice los medios menos restrictivos. Al respecto, véase FALLON, RICHARD H., “Strict Judicial Scrutiny”, *UCLA Law Review*, 2007, t. 54, p. 1267; RUBENFELD, JED, “The First Amendment’s Purpose”, *Stanford Law Review*, 2001, t. 53, p. 767.

(7) GERSHMAN, JACOB, “Court Appears Skeptical of TikTok’s Challenge to U.S. Ban”, *The Wall Street Journal*, diario del 16/9/2024.

(8) Por ejemplo, “New York Times Co. v. US”, 403 U.S. 713 (1971), o “Brandenburg v. Ohio”, 395 U.S. 444 (1969).

(9) Escrito caratulado “Brief for the Respondent, Elizabeth B. Prelogar, Solicitor General”, p. 40, disponible en https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/24/24-656/336144/20241227161148472_24-656tsGovt_final.pdf (consultado el 3/2/2025).

propuesta –la venta o el cierre de TikTok– es “paternalista” y que alternativas menos restrictivas, como un enfoque regulatorio o la obligación de divulgar posibles manipulaciones de contenido, podrían ser más acordes con los principios de la Primera Enmienda.

V. *Amicus curiae*

El *amicus curiae*, literalmente “amigo de la corte”, desempeña un papel significativo en el sistema judicial de los Estados Unidos, particularmente en la tradición de la Suprema Corte. Estos individuos o instituciones no son parte directa en un caso, pero ofrecen información, perspectivas o argumentos que pueden ayudar al tribunal a tomar decisiones mejor informadas. Su relevancia se amplifica en litigios que plantean cuestiones constitucionales complejas o de interés público, como la protección de derechos garantizados por la Primera Enmienda.

En el caso que nos ocupa, se destaca la participación de organizaciones como la American Civil Liberties Union (“ACLU”) y el Cato Institute. Aunque no fueron los únicos *amici*, sus contribuciones y sobre todo sus coincidencias llaman la atención por sus enfoques ideológicos opuestos. La ACLU, defensora de derechos civiles con una orientación progresista, y el Cato Institute, una organización libertaria, coincidieron –a pesar de sus diferencias filosóficas– en cuestionar la constitucionalidad de la ley.

La ACLU argumentó que PAFACA vulnera la Primera Enmienda al restringir su capacidad de utilizar TikTok como plataforma de expresión. Sostuvo que la ley es sobreinclusiva, porque prohíbe todo el contenido de la plataforma, no solo el potencialmente problemático. Esto afecta indiscriminadamente expresiones valiosas y protegidas por la Constitución. Además, consideró que la ley es subinclusiva, porque no aborda riesgos similares planteados por otras plataformas tecnológicas, circunstancia que revela una falta de coherencia en su diseño para enfrentar amenazas a la seguridad nacional.

Por su parte, el Cato Institute enfatizó que la ley otorga al gobierno un poder peligroso para decidir qué discursos eran aceptables, socavando el principio de un “mercado libre” de ideas protegido por la Primera Enmienda. Coincidió con la ACLU en que la ley regula más de lo necesario y en que su selectividad para atacar exclusivamente a TikTok pone en duda su validez bajo el escrutinio estricto.

Ambas organizaciones criticaron que PAFACA promueva la prohibición total en vez de medidas menos restrictivas que podrían haber abordado riesgos específicos sin sacrificar la libertad de expresión. Subrayaron que la censura gubernamental, fundada en opiniones o mensajes percibidos como desinformación, contradice los principios constitucionales. Para el Cato Institute, la respuesta a discursos considerados peligrosos no debió ser la censura, sino más discurso, promoviendo un debate abierto y robusto en el ámbito público. La coincidencia de estos *amici curiae*, desde perspectivas ideológicas opuestas, dejaba en evidencia la amplitud del consenso sobre la inconstitucionalidad de PAFACA.

Por otro lado, resulta imposible pasar por alto que Donald J. Trump también presentó un escrito como *amicus curiae*. Si bien no apoyó explícitamente a ninguna de las partes, argumentó que PAFACA plantea cuestiones constitucionales complejas que deben ser abordadas con más tiempo. Señaló que la norma interfiere con la autoridad del Poder Ejecutivo en política exterior y seguridad nacional que él debía comenzar a ejercer a partir del 20 de enero de 2025, un día después del plazo previsto en la ley.

Solicitó, en síntesis, que la Corte suspenda la fecha límite del 19 de enero de 2025, un día antes de su asunción, para que su administración pueda negociar una solución política. Sostuvo que un acuerdo permitiría proteger la seguridad nacional sin restringir la libertad de expresión. También afirmó que la ley otorga al Congreso un control indebido sobre decisiones del ejecutivo en política exterior. Finalmente, advirtió que la decisión de cerrar una plataforma de redes sociales por motivos políticos sentaría un precedente peligroso, similar a la prohibición de X (antes Twitter) en Brasil.

VI. El fallo

La decisión de la Suprema Corte en este caso fue emitida *per curiam*, lo que significa que no fue atribuida a un juez específico y refleja la posición colectiva de la Corte.

Este método suele usarse en casos donde el tribunal busca proyectar unanimidad o, como en esta circunstancia, rapidez en la resolución.

En pocas palabras, podemos decir que la Corte reconoció que la prohibición afectaba actividades expresivas protegidas por la Constitución, pero concluyó que los intereses alegados por el gobierno justificaban las restricciones.

En efecto, la Corte no negó el impacto sobre la libertad de expresión y que la ley afecta actividades protegidas por la Primera Enmienda. A diferencia de lo planteado por la *Solicitor General*, reconoció que PAFACA no es una mera regulación del control corporativo de un medio de comunicación, sino que la ley tiene efectos significativos sobre derechos y actividades expresivas no solo de empresas chinas, sino de ciudadanos estadounidenses. En el fallo, se señala explícitamente: “Un efectivo veto a una plataforma de redes sociales con 170 millones de usuarios en los Estados Unidos ciertamente afecta de manera no trivial las actividades expresivas de esos usuarios”⁽¹⁰⁾. De modo que todo el marco analítico propio de la Primera Enmienda debía aplicarse en plenitud.

No obstante, el fallo matizó de inmediato esta premisa mayor al aceptar el argumento del gobierno acerca de que la regulación tiene como objetivo central el de abordar preocupaciones legítimas de seguridad nacional, y no el de suprimir contenidos específicos.

Por tal motivo, la Corte rechazó la aplicación del test de constitucionalidad más exigente. Argumentó que la ley no regulaba directa o indirectamente el contenido del discurso ni buscaba suprimir ideas específicas. Citó precedentes como “Turner Broadcasting System v. FCC” (1994)⁽¹¹⁾ y “Ward v. Rock Against Racism” (1989)⁽¹²⁾, que establecen que leyes justificadas por razones no relacionadas con el contenido no requieren un “escrutinio estricto”.

El test aplicado fue, entonces, el de “escrutinio intermedio”, que exige que la regulación: 1) esté directamente relacionada con un interés gubernamental importante (“*substantial government interest*”), y 2) esté ajustada de modo preciso (“*narrowly tailored*”) para no restringir más expresión de lo necesario. Este test se aplica típicamente a leyes neutrales en cuanto al contenido, pero que causan un gravamen significativo sobre la expresión, como se explica en el ya citado “Turner Broadcasting” y en “U.S. v. Albertini” (1985)⁽¹³⁾.

La Corte aplicó este tipo de escrutinio y concluyó que la ley regula razonablemente un interés gubernamental importante, como lo es el de proteger la seguridad nacional al prevenir el acceso de China a datos sensibles de ciudadanos y funcionarios estadounidenses. A los jueces les bastó rescatar este propósito como justificación de la constitucionalidad de la ley, y decidió expresamente no tratar el segundo argumento del gobierno –más problemático– según el cual el algoritmo de la aplicación podía operar en perjuicio de la seguridad del Estado.

Que el Congreso haya identificado exclusivamente a TikTok como objeto de la ley no resultó ilícito bajo el escrutinio intermedio, ya que tiene características especiales –el control por parte de un adversario extranjero y su capacidad de recopilar datos personales de 170 millones de usuarios en los Estados Unidos– que justifican este trato diferenciado⁽¹⁴⁾. Se pudo determinar, de ese modo, que la prohibición era proporcionada, porque no imponía una restricción absoluta, sino una condición sujeta al cumplimiento de estándares de desinversión.

Para la Corte resultó un hecho probado que la actividad de TikTok era realmente lesiva para la seguridad nacional, pero sin que quede claro cuál es la evidencia concreta en la que fundó tal aserto. En particular, parece haber dado por probado que TikTok es una plataforma que de modo distintivo opera de manera dañosa, o equivalente a la de una actividad de espionaje, y señaló su capacidad para recolectar “amplias cantidades de datos sensibles” y que ello de por sí habilita a un uso indebido por parte de China. Resaltó que los datos recopilados podrían usarse para espionaje corporativo, construcción de perfiles personales o chantaje, pero siempre utilizando lenguaje potencial. No se refirió a hechos concretos en los que esas acciones hayan tenido lugar, y expresamente afirmó que en este

(10) “TikTok v. Garland”, § A, p. 8.

(11) 512 U.S. 622 (1994).

(12) 491 U.S. 781 (1989).

(13) 472 U.S. 675 (1985).

(14) “TikTok v. Garland”, § B.b.2, p. 12.

punto adoptaba de modo deferente el punto de vista del Congreso⁽¹⁵⁾.

Desde otra perspectiva, recurrir al test intermedio le permitió a la Corte evitar analizar o decidir si existían algún medio menos restrictivo para lograr el mismo objetivo. Rechazó las alternativas propuestas por los peticionarios, como acuerdos de seguridad nacional, y afirmó que la ley cumple con la segunda parte del escrutinio intermedio porque no era sustancialmente más amplia de lo necesario.

Los jueces Sotomayor y Gorsuch agregaron votos personales. Sotomayor planteó que la Primera Enmienda debe ser aplicable a estos casos de modo más rotundo, aunque coincidió con el resto del voto general. Gorsuch expresó reservas sobre la neutralidad de la ley, cuestionó que los hechos del caso no se hayan probado de un modo más contundente y dejó planteadas serias dudas sobre el impacto futuro de esta decisión.

En cualquier caso, ningún juez votó en disidencia ni encontró inconstitucional la ley. El núcleo de la decisión, o *holding*, fue que la ley no violaba la Primera Enmienda, dada su finalidad legítima y su proporcionalidad en los términos del escrutinio intermedio. Esto hace que el margen de lo decidido fuese expresamente estrecho, ya que la Corte expresamente no quiso fijar posición sobre estándares para leyes con justificaciones mixtas o los límites precisos de este escrutinio menguado.

VII. Análisis y discusión

En nuestra opinión, la decisión de la Suprema Corte merece varias críticas y suscita una genuina preocupación hacia el futuro. Algunos puntos que la Corte subraya no estuvieron jamás en debate; otras cuestiones, quizás las más importantes, no fueron abordadas con profundidad. De haberse analizado cuidadosamente todos los argumentos presentados por los impugnantes y por varios de los *amici curiae*, creemos que la decisión debió haber sido en el sentido contrario.

a) Los datos y la transparencia

En primer término, observamos que, sobre algunos puntos tratados en el fallo, hay acuerdo general. Pero ello no es suficiente para decidir en el sentido en el que lo hizo la Corte.

Nadie ignora que las aplicaciones instaladas en los teléfonos celulares recopilan datos sensibles, que las empresas y los gobiernos tienen herramientas para cruzar y explotar esos datos, y que esto genera una seria preocupación para las libertades individuales. Todas las instituciones del Estado tienen razones valederas y un interés legítimo en exigir mayor transparencia y protección regulatoria en esta materia. Sin embargo, la decisión bajo análisis no se focalizó en este punto.

La existencia de una zona de opacidad en la operación de las redes sociales justifica, en todo caso, la adopción de regulaciones razonables para todas las plataformas. Y cuando esta regulación general pueda vulnerar algún derecho constitucional preeminente, lo que deben analizar los jueces es si existen alternativas menos restrictivas disponibles para abordar las preocupaciones del gobierno. En esa línea, y desde distintas perspectivas, la ACLU sugirió regulaciones específicas sobre la recopilación y el uso de datos, mientras que el Cato Institute abogó por transparencia y auditorías independientes en lugar de una prohibición directa.

La Corte evitó un análisis detallado de este enfoque. En cambio, se limitó a afirmar de modo dogmático que el gobierno tiene un margen de gran latitud para elegir su solución regulatoria siempre que no sea “sustancialmente más amplia de lo necesario”, con cita del precedente “*Ward v. Rock Against Racism*” (1989)⁽¹⁶⁾.

Pero, al admitir que unas plataformas pueden operar bajo ciertas reglas distintas de otras, se perdió la oportunidad de establecer si las alternativas regulatorias propuestas eran viables o si hubiesen logrado los mismos fines sin afectar tanto la libertad de expresión. En este sentido, el fallo, lejos de promover una comunicación digital más transparente, quita incentivos para que existan nuevas regulaciones generales en la materia.

b) La trampa del escrutinio intermedio

Esto nos lleva a la verdadera cuestión en disputa: el marco analítico adoptado en el caso. La Corte, de ma-

nera previa y con cierta arbitrariedad, aplicó un test de menor exigencia. Optó por un modelo argumental favorable a la postura del gobierno, conocido como “escrutinio intermedio”.

Este test nació como una solución pragmática para que la Suprema Corte evaluara regulaciones que afectaban la expresión sin prohibir directamente su contenido. Surgió en casos de regulaciones de contenido neutral, como restricciones de tiempo, lugar y forma, o el discurso comercial⁽¹⁷⁾. Con el tiempo se ha convertido en un estándar aplicable por defecto⁽¹⁸⁾, un comodín para las situaciones más diversas, siempre y cuando la regulación sea neutral respecto del contenido o punto de vista del mensaje⁽¹⁹⁾.

Con el tiempo, su uso se expandió sin distinguir entre distintos de situaciones o contextos. Cuando la regulación es considerada “neutral” en cuanto al contenido, la Suprema Corte elaboró más de siete tipos de análisis, y “ha hecho poco esfuerzo por definir con precisión los límites de los distintos estándares”, al punto que “a menudo es difícil determinar dónde termina un tipo de test y comienza el siguiente”⁽²⁰⁾. En otras palabras, en esta área la Suprema Corte suele ser demasiado flexible, ya que su aplicación a menudo favorece limitaciones gubernamentales sin una justificación sólida⁽²¹⁾.

Uno de los principales problemas en la aplicación del escrutinio intermedio a regulaciones aparentemente “neutrales” en materia de contenido es la constante falta de evidencia en estos expedientes. Los académicos más destacados han criticado esta imprecisión y han señalado que “el uso errático de estos estándares ha permitido que las restricciones gubernamentales sean validadas sin un análisis riguroso”⁽²²⁾.

Asimismo, se ha observado que el concepto de la idea “neutralidad de contenido” se volvió demasiado maleable, pues se incluye bajo el mismo marco analítico a cuestiones bien disímiles: desde la regulación del tiempo, modo o lugar de una protesta, el volumen con el que puede operar un parlante en la vía pública, hasta la clausura de un medio de comunicación⁽²³⁾. Esta inconsistencia es lo que permite que los jueces tengan latitud para “balancear” o llevar a cabo un “análisis de ponderación”, lo que en la mayoría de los casos se traduce en una postura extremadamente deferente a los intereses planteados por el gobierno⁽²⁴⁾.

El problema es especialmente delicado en los casos en los que, como en el de TikTok, la regulación afecta o clausura la infraestructura comunicativa, con aparente neutralidad en materia de contenido, pero con un efecto de eliminación de un medio expresivo y una notoria merma en la cantidad y calidad del debate público.

En “*Turner Broadcasting*”, la Corte decidió que, para revisar normas que obligaban a los operadores de cable a transmitir ciertos canales, no correspondía utilizar el escrutinio estricto, sino el intermedio. No se juzgó entonces que la regulación produjera una merma en la calidad o cantidad del debate público. Este precedente inauguró una línea de casos en donde, bajo la apariencia de un control

(17) BHAGWAT, ASHUTOSH, “The Test That Ate Everything: Intermediate Scrutiny in First Amendment Jurisprudence”, *U. of Illinois Law Review*, v. 2007, p. 785.

(18) Cf. voto del juez SCALIA en “*Madsen v. Women’s Health Ctr.*”, 512 U.S. 753, 792 (1994); y en igual sentido DENTE ROSS, SUSAN, “Reconstructing First Amendment Doctrine: The 1990s Revolution of the Central Hudson and O’Brien Tests”, *Hastings Comm. & Ent. Law Journal*, 2001, t. 23, p. 727.

(19) Por ejemplo, “*Ward v. Rock Against Racism*”, 491 U.S. 781 (1989) (regulaciones de tiempo, modo y lugar para protestas); “*Turner Broad. Sys., Inc. v. FCC*”, 512 U.S. 622 (1994) (regulación de contenido neutral en televisión por cable); “*Central Hudson Gas & Elec. Corp. v. Pub. Serv. Comm’n*”, 447 U.S. 557 (1980) (restricciones al discurso comercial); “*United States v. O’Brien*”, 391 U.S. 367 (1968) (expresión simbólica); “*Heffron v. Int’l Soc’y for Krishna Consciousness*”, 452 U.S. 640 (1981) (distribución de material impreso en ferias estatales); “*Hill v. Colorado*”, 530 U.S. 703 (2000) (restricciones en proximidad a clínicas de salud reproductiva); “*FCC v. Pacifica Found.*”, 438 U.S. 726 (1978) (contenido indecente en radio y televisión); “*McConnell v. FEC*”, 540 U.S. 93 (2003) (restricciones al financiamiento de campañas políticas), entre otros.

(20) STONE, GEOFFREY R., “Content-Neutral Restrictions”, *U. of Chicago Law Review*, t. 54, p. 50.

(21) HAUPT, CLAUDIA E., “Professional Speech and the Content-Neutrality Trap”, *Yale Law Journal Forum*, 2017, t. 127, p. 150.

(22) TESIS, ALEXANDER, “Levels of Free Speech Scrutiny”, *Indiana Law Journal*, 2023, vol. 98, p. 1225. En idéntico sentido, Note “*The Supreme Court - Leading Cases*”, *Harvard Law Review*, 2022, t. 136, p. 321.

(23) STONE, “Content-Neutral...”, p. 52.

(24) ZACHARIAS, FRED C., “Flowcharting the First Amendment”, *Cornell Law Review*, 1987, t. 72, p. 936; y en igual sentido STONE, “Content-Neutral...”, p. 73; FRANTZ, LAURENT B., “The First Amendment in the Balance”, *Yale Law Journal*, 1962, t. 71, p. 1441.

(15) Cf. *Id.*, § C.1, p. 14.

(16) 491 U.S. 781 (1989).

judicial severo, en realidad “los tribunales sistemáticamente favore[cían] los intereses regulatorios sobre la libre expresión”⁽²⁵⁾, sin atender adecuadamente a la evidencia del caso y “sin evaluar con seriedad la carga que imponen sobre el discurso”⁽²⁶⁾.

La trampa conceptual que encierra el escrutinio intermedio, que se diluye en un mero análisis de ponderación, es la de que muchas de las restricciones neutrales respecto del contenido, pero que afectan a la infraestructura comunicativa, pueden ser tanto o más perjudiciales que aquellas que se establecen debido al contenido, si es que limitan de manera significativa el acceso a las oportunidades de expresión. Como la prueba de estos hechos es compleja, la selección *a priori* del test intermedio en casos donde se afecta la infraestructura comunicativa conduce a distorsionar la verdadera función del control judicial, impidiendo que la Corte esté en condiciones de reconocer o proteger cierto contenido expresivo valioso que se ve suprimido⁽²⁷⁾.

Pues bien, al aplicar el “escrutinio intermedio” al caso de la constitucionalidad de PAFACA, la Corte encontró la vía para aplicar un test complaciente a una norma dictada con apoyo mayoritario de los dos partidos que dominan el Congreso. Y es aquí, entonces, donde es posible formular una de las críticas más fuertes a la decisión, porque el tribunal evitó evaluar adecuadamente la evidencia del expediente.

En concreto, la Corte no abordó la evidencia que demuestra que PAFACA era “sobreinclusiva” porque afectaba tanto actividades legítimas como aquellas que razonablemente pueden considerarse peligrosas o dañinas. Tampoco analizó su carácter “subinclusivo”, al no extenderse un trato similar a otras plataformas que también son controladas por adversarios extranjeros y presentan riesgos similares.

La Corte desestimó estas dos preocupaciones con una argumentación superficial. Sostuvo, de manera dogmática, que la ley no se dirigía en contra de un contenido o punto de vista específico, sino que buscaba impedir el control por un adversario extranjero sobre datos sensibles. El tribunal reconoció que la norma no incluía todas las plataformas con capacidad de recolección de datos. Pero ello no llevó al tribunal a examinar la conclusión obvia: la falta de autenticidad de los propósitos alegados por el gobierno al sancionar la ley que es neutral solo en apariencia.

Si la Corte hubiera analizado esta objeción como una cuestión de hecho decisiva, de manera previa y rigurosa, antes de decidir qué test o tipo de “escrutinio” aplicaría al caso, le habría resultado imposible descartar que lo que el Congreso verdaderamente buscaba era clausurar un medio de comunicación considerado indeseable. Porque como la propia jurisprudencia de la Corte reconoce, “las restricciones al discurso fundadas en la identidad del orador son, muy frecuentemente, solo un medio para controlar el contenido”⁽²⁸⁾.

Como se dijo antes, los problemas de tratamiento de los datos es un rasgo común a la expresión mediante medios digitales. Todas las redes sociales que compiten con TikTok en los Estados Unidos también recopilan y procesan datos sensibles de los usuarios, con graves riesgos para la privacidad o para la salud⁽²⁹⁾.

Además, muchas aplicaciones vinculadas al gobierno chino, menos conocidas que TikTok, o con un perfil más enfocado al comercio, realizan la misma recolección y cruce de datos. Aplicaciones como “RedNote”, “Pinduoduo”, “Shein” o “Temu” son plataformas globales de comercio electrónico. No están orientadas primordialmente a la difusión de ideas o contenido. Sus operaciones dependen de fabricantes y empresas chinas, lo que implica la recopilación masiva de datos personales sensibles, incluidos patrones de compra, ubicaciones geográficas, listas de contactos y métodos de pago⁽³⁰⁾. Sin embargo, estas

aplicaciones no enfrentan las restricciones que le fueron impuestas a TikTok por PAFACA.

El trato desigual entre TikTok y las demás plataformas vinculadas a China plantea serias dudas sobre la alegada neutralidad de la ley en materia de expresión y, por lo tanto, resta credibilidad al fallo que se apoya sobre tal premisa⁽³¹⁾. Ello nos lleva a pensar que la Corte partió de un modelo analítico maleable para luego encuadrar los argumentos y objeciones de modo favorable al gobierno. Si hubiera examinado la realidad antes de definir el marco analítico aplicable, el resultado habría sido distinto.

c) Consecuencias políticas y casos futuros

Por último, creemos que lo más grave de la decisión es la proyección futura y sus consecuencias políticas. Lo que hoy afecta a TikTok puede resultar aplicable a cualquier otra red digital o medio de comunicación tradicional. Por eso, un aspecto crucial a considerar para meritar la decisión es cómo queda el balance de poder, y qué grado de discrecionalidad política le queda al Poder Ejecutivo en la implementación de la norma en el plano de la realidad. Sobre este punto, el fallo no dice ni una palabra.

En este sentido, debe quedar claro que el diseño de PAFACA, convalidada por la Corte, permite al presidente actuar con un amplio margen de discrecionalidad, y con su sola decisión negociar o disponer la virtual clausura de un medio de comunicación con el sencillo resorte de calificar a sus controlantes remotos como “adversarios extranjeros”.

Vale la pena aclarar que este problema no tiene que ver con la orientación ideológica de una administración demócrata o republicana. El expresidente Biden promulgó la ley, pero luego, con total discrecionalidad, optó por no hacer cumplir el cierre de TikTok antes de dejar el cargo. En su *amicus curiae* ante la Corte, el actual presidente Trump pidió expresamente a la Suprema Corte que le permita dejar abierta la posibilidad de negociar las condiciones de funcionamiento, eventual venta o cierre de este medio de comunicación.

Esta situación, en donde la libre expresión queda a merced de un presidente, introduce una dimensión política significativa en la aplicación de una medida que debería ser evaluada y ejecutada bajo estándares objetivos. Si la implementación del fallo se convierte en un instrumento de discrecionalidad político-partidaria, los riesgos para la vigencia de los derechos fundamentales serán aún más evidentes y perjudiciales.

En este contexto, se prevén varios escenarios. Primero, la administración actual podría optar por extender las negociaciones con ByteDance, buscando una resolución política que evite el cierre definitivo de TikTok. Sin embargo, esto podría generar una dilación en la solución definitiva, dejando a los usuarios y creadores de contenido en una posición de incertidumbre prolongada. Segundo, si la administración decide aplicar de manera estricta el fallo y proceder con la prohibición, el daño en términos de acceso a la información y expresión será inmediato, afectando a millones de usuarios y configurando un precedente que legitima restricciones amplias ante la mera alegación de intereses de seguridad nacional. Tercero, existe el riesgo de que la decisión desencadene la migración masiva de usuarios a aplicaciones similares, como “RedNote”, lo que minaría el propósito de la ley y podría plantear nuevos desafíos regulatorios.

Por todo lo expuesto, creemos que el fallo bajo análisis es erróneo desde lo técnico y preocupante desde lo institucional. Ha sido un error aplicar al caso un estándar de escrutinio intermedio a la clausura de una red social masiva, cuando los precedentes, los hechos y el contexto político clamaban por la aplicación del escrutinio estricto y un análisis preciso de la prueba. A su vez, un precedente donde el resultado es el de que será la discrecionalidad presidencial la que determine el alcance y ritmo del desenlace jurídico, solo profundiza los problemas y temores ya identificados.

VIII. Conclusión

La Primera Enmienda protege la libertad de expresión, el contenido del discurso, los medios que lo hacen posible y los espacios donde se manifiesta. Los entornos

(25) BHAGWAT, “The Test That Ate...”, p. 785.

(26) TESIS, “Levels of Free Speech...”, p. 21.

(27) STONE, “Content-Neutral...”, p. 79. En sentido similar, HAUPT, “Professional Speech...”, ps. 150-151.

(28) “Citizens United v. Federal Election Comm’n”, 558 U. S. 310, p. 340 (2010).

(29) MINOW, NEWTON & MINOW, MARTHA, “Social Media Companies Should Pursue Serious Self-Supervision - Soon”, *Harvard Law Review Forum*, 2023, t. 36, p. 428.

(30) Véase, por ejemplo, KUBOTA, YOKO, HUANG, RAFFAELE *et al.*, “Behind Cheap Stuff From Shein and Temu: A Hard Bargain With Suppliers”, *The Wall Street Journal*, diario del 3/1/2024; LEONG, CLARENCE Y PURNELL, NEWLY, “Google Halts Download of Chinese App Pinduoduo Over Security Concerns”, *The Wall Street Journal*, diario del 21/3/2023; O’FLAHERTY, KATE, “Is RedNote Safe? Here’s What Millions of TikTok Users Need To Know”, *Forbes*, revista del 15/1/2025.

(31) Cf. STONE, “Content-Neutral...”, p. 100, quien sostiene que “una falta sustancial de inclusión” hace presumir falta de “legitimidad del interés estatal alegado para restringir la expresión”.

digitales son inasibles y plantean desafíos regulatorios complejos. Casi todas las plataformas implican riesgos para la privacidad y pueden usarse como herramientas de manipulación. Pero la respuesta constitucional no puede ser un martillazo. Estas redes sociales son el foro donde hoy se desarrolla el debate político y deben, por lo tanto, ser reguladas con el máximo respeto a los valores democráticos.

La invocación de la seguridad nacional no basta por sí sola para justificar una restricción a la libertad de expresión ni para sentar un precedente en esa materia. El ejemplo de la *Solicitor General* sobre las “radios soviéticas operando durante la Guerra Fría” es falaz. Hoy existen muchas plataformas similares, hay muchas “radios soviéticas” en plena operación, pero el gobierno solo apuntó a clausurar a la más popular.

El respaldo a una política de clausura selectiva, fundada en la discrecionalidad de un funcionario, sienta un precedente preocupante. Lo ideal sería que, ante el cierre de un medio de comunicación o la imposición de restricciones significativas al acceso a la infraestructura que permite la libre expresión, los tribunales adopten una postura firme en defensa de este derecho, exigiendo que limitaciones de este calibre sean sometidas a un escrutinio estricto.

Más allá del caso puntual de TikTok, condicionar el acceso a espacios de expresión a decisiones arbitrarias o negociaciones opacas dentro del Poder Ejecutivo no solo vulnera derechos fundamentales, sino que también erosiona los más elementales principios republicanos.

La Corte debió haber evaluado con mayor rigor las opciones menos restrictivas que fueron descartadas. Transparencia, regulación de datos o supervisión de algoritmos podrían haber mitigado riesgos sin necesidad de cerrar una plataforma que es uno de los foros públicos más importantes de la actualidad. Optar por medidas drásticas en lugar de soluciones equilibradas afecta el acceso al foro público y sienta un precedente de intervención gubernamental en la expresión bajo argumentos brumosos y politizados.

El impacto real dependerá de las acciones de la nueva administración. Si el cumplimiento del fallo y la implementación de la ley se convierten en un insumo transaccional de la dialéctica partidaria, el daño a los principios de libertad de expresión será todavía más profundo y evidente.

Decisiones de este tipo dejan la vigencia de un derecho constitucional preeminente sujeta a los cambios en el escenario político y las fluctuaciones de la geopolítica. Es crucial que, en el futuro, la Corte rectifique su rumbo y reafirme una defensa sólida de la libre expresión, garantizando principios previsibles, claros y neutrales.

IX. Bibliografía

BHAGWAT, SHUTOSH, “The Test That Ate Everything: Intermediate Scrutiny in First Amendment Jurisprudence”, *U. of Illinois Law Review*, v. 2007, p. 785.

DENTE ROSS, SUSAN, “Reconstructing First Amendment Doctrine: The 1990s Revolution of the Central Hudson and O’Brien Tests”, *Hastings Comm. & Ent. Law Journal*, 2001, t. 23, p. 727.

FRANTZ, LAURENT B., “The First Amendment in the Balance”, *Yale Law Journal*, 1962, t. 71, p. 1441.

FALLON, RICHARD H., “Strict Judicial Scrutiny”, *UCLA Law Review*, 2007, t. 54, p. 1267

GERSHMAN, JACOB, “Court Appears Skeptical of TikTok’s Challenge to U.S. Ban”, *The Wall Street Journal*, diario del 16/9/2024.

HAUPT, CLAUDIA E., “Professional Speech and the Content-Neutrality Trap”, *Yale Law Journal Forum*, 2017, t. 127, p. 150.

KUBOTA, YOKO, HUANG, RAFFAELE *et al.*, “Behind Cheap Stuff from Shein and Temu: A Hard Bargain With Suppliers”, *The Wall Street Journal*, diario del 3/1/2024

LEONG, CLARENCE y PURNELL, NEWLLY, “Google Halts Download of Chinese App Pinduoduo Over Security Concerns”, *The Wall Street Journal*, diario del 21/3/2023.

MINOW, NEWTON & MINOW, MARTHA, “Social Media Companies Should Pursue Serious Self-Supervision - Soon”, *Harvard Law Review Forum*, 2023, t. 36, p. 428.

Note “The Supreme Court - Leading Cases”, *Harvard Law Review*, 2022, t. 136, p. 320 y ss.

O’FLAHERTY, KATE, “Is RedNote Safe? Here’s What Millions of TikTok Users Need To Know”, *Forbes*, revista del 15/1/2025.

RUBENFELD, JED, “The First Amendment’s Purpose”, *Stanford Law Review*, 2001, t. 53, p. 767.

STONE, GEOFFREY R., “Content-Neutral Restrictions”, *U. of Chicago Law Review*, t. 54 p. 48.

TESIS, ALEXANDER, “Levels of Free Speech Scrutiny”, *Indiana Law Journal*, 2023, vol. 98, p. 1225.

ZACHARIAS, FRED C., “Flowcharting the First Amendment”, *Cornell Law Review*, 1987, t. 72, p. 936.

VOCES: DERECHO CONSTITUCIONAL - REDES SOCIALES
- DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES
- INTERNET - INFORMÁTICA - TECNOLOGÍA -
PRENSA - LIBERTAD DE PRENSA - HÁBEAS DATA
- PERSONA - DERECHOS HUMANOS - LIBERTAD
DE EXPRESIÓN - COMUNICACIONES ELECTRÓ-
NICAS - LEGITIMACIÓN PROCESAL - DERECHO
DE RÉPLICA - CONTROL DE CONSTITUCIONA-
LIDAD - DERECHO A LA INTIMIDAD - DERECHO
CIVIL - SENTENCIA EXTRANJERA

Contratos inevitables + prosumidor + patrones oscuros = ¿prácticas abusivas digitales?(*)



por MARCELO C. QUAGLIA (**)



Sumario: I. LA LIBERTAD DE ELECCIÓN Y LOS ENTORNOS DIGITALES COMO HERRAMIENTA DE ORDEN Y FUNCIONAMIENTO DEL MERCADO. – II. LA CATEGORÍA DE CONTRATOS INEVITABLES. – III. LA FIGURA DEL PROSUMIDOR. III.A) LA CONDICIÓN DEL PROSUMIDOR EN EL ENTORNO DIGITAL. – IV. PATRONES OSCUROS. – V. A MODO DE SÍNTESIS PARCIAL. – VI. POSIBLES SOLUCIONES JURÍDICAS. VI.A) RÉGIMEN DE TUTELA A LA PERSONA CONSUMIDORA: LAS LLAMADAS PRÁCTICAS ABUSIVAS. VI.B) RÉGIMEN DE TUTELA A LA PERSONA CONSUMIDORA: OTRAS DISPOSICIONES. VI.C) RÉGIMEN DE TUTELA A LA PERSONA CONSUMIDORA: EL ANTEPROYECTO DEL CÓDIGO DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR 2024. VI.D) EL PLURIJURIDISMO DEL RÉGIMEN DE CONSUMO. – VII. BREVES CONSIDERACIONES FINALES. – VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. La libertad de elección y los entornos digitales como herramienta de orden y funcionamiento del mercado

El art. 42 de la Constitución Nacional consagra en su primer párrafo los llamados derechos fundamentales de

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en *El Derecho*: Comercio electrónico y relaciones de consumo, por EMILIANO CARLOS LAMANNA GUINAZÚ, ED, 225-989; *Estafa por medios electrónicos. Análisis del art. 173, inc. 16 (ley 26.388). Crítica. Manipulación informática. Estafas cometidas vía Internet*, por GUSTAVO JUAN VANINETTI y HUGO ALFREDO VANINETTI, ED, 223-776; *Responsabilidad civil en internet: avance de las nuevas tecnologías de la información y asignaturas pendientes del sistema jurídico*, por MARCELO OSCAR VUOTTO, ED, 261-860; *Los contratos electrónicos de consumo en el derecho argentino*, por JOHN GROVER DORADO (h.), ED, 270-641; *Régimen jurídico de un sitio web. Identificación. Contenidos. Responsabilidades civiles derivadas de internet*, por HORACIO FERNÁNDEZ DELPECH, ED, 273-799; *Luces y sombras en un nuevo pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto de la responsabilidad civil de los buscadores de internet*, por GUSTAVO ARIEL ATTA, ED, 275-521; *El carácter de la responsabilidad del operador de sitio de e-commerce*, por RITA CASTIGLIONI y NICOLÁS MOFFAT, ED, 278-25; *El defensor del cliente y la protección de los consumidores*, por SERGIO SEBASTIÁN BAROCELLI, ED, 278-800; *El reconocimiento de los consumidores y las consumidoras 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 responsabilidad precontractual, la previsibilidad empresarial y el derecho de consumo*, por GRACIELA LOVECE, ED, 290-43; *Incumplimiento contractual y daño punitivo. La defensa de los derechos de los débiles frente a la indiferencia de algunos proveedores*, por LIDIA M. R. GARRIDO CORDOBERA y ROGUE A. PICCININO CENTENO, ED, 291-471; *El concepto de persona frente a las tecnologías disruptivas: persona humana, persona jurídica, ¿persona electrónica?*, por VERÓNICA ELVIA MELO, ED, 289-1386; *Aspectos destacados de los smart contracts*, por CARLOS ALBERTO FOSSACECA, *Derecho, Innovación & Desarrollo Sustentable*, Número 1 - Junio 2021; *Smart Contracts y contratos de consumo: ¿tecnología disruptiva a favor o en contra de los “e-consumers”?*, por FLORENCIA ZIZZUTTI POLETTI, ED, 296-1046; *El actuar de los “cazadores de ofertas” en la compraventa electrónica y la figura del abuso del derecho*, por JUAN IGNACIO CRUZ MATTERI, ED, 304-639; *Responsabilidad de las plataformas de comercio electrónico frente al consumidor*, por MARÍA EUGENIA D'ARCHIVO, ED, 305-564; *Los entornos digitales y la figura del prosumidor*, por MARCELO QUAGLIA, *El Derecho Diario, Consumidor Digital*. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(*) El presente artículo se inscribe dentro del Programa IUS de Investigación Jurídica Aplicada de la Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA) que dirige el profesor doctor Jorge Nicolás Lafferrière, concretamente en el Programa IUS titulado: “El derecho civil patrimonial frente al emergente alta tecnología. Desafíos e interpretación jurídica/patrimonial frente al avance tecnológico, la innovación permanente y el desarrollo sustentable”, que dirigen los doctores Emiliano Carlos Lamanna Guinazú y Matilde Pérez junto a un grupo de destacados juristas que lo acompañan.

(**) Magíster en Comercio Empresarial (Facultad de Ciencias Empresariales - Universidad Austral, Argentina); Especialista en Derecho de Daños (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario - UCA, Argentina); Director de la carrera de posgrado de Especialización en la Magistratura (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario - UCA, Argentina); Profesor Protitular de Derecho de los Contratos Parte General, Derecho de los Contratos Parte Especial y Derecho del Consumidor (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario - UCA, Argentina); Juez de Distrito Civil y Comercial en Rosario, Argentina. Instagram @marcelocarlosquaglia.

los consumidores, norma que es considerada como directamente operativa y de goce directo⁽¹⁾.

En estas líneas, y sin perjuicio de la relevancia de los otros derechos enunciados, pretendemos focalizarnos en la “libertad de elección”. La protección de este derecho resulta en extremo relevante ya que su afectación puede ser generadora de graves consecuencias, no solo en el campo de la tutela de los derechos de los consumidores, sino también en el normal funcionamiento del mercado y, por tanto, de la economía.

Y es que, dentro del espectro de tutela al consumidor deben procurarse que este arribe a decisiones libres e informadas, buscando de tal manera orientar al mercado en la mejora de las condiciones de los productos o servicios ofrecidos. Es de esta forma como debe funcionar el llamado principio de Soberanía del Consumidor⁽²⁾.

Ahora bien, naturalmente las decisiones de consumo no son tomadas de manera aleatoria⁽³⁾ o con independencia de factores externos (entre los cuales se evidencia como uno de los preponderantes la información que brinda el proveedor)⁽⁴⁾; advirtiéndose usualmente ciertas conductas que, en muchas ocasiones, procuran incidir en la voluntad de ese consumidor, llegando hasta el extremo de imponerle la realización de determinados actos.

Entendemos que, en el marco de los entornos digitales⁽⁵⁾, estas prácticas pueden llegar a agravarse imponiendo o sugiriendo (de manera forzosa o imperativa –aun a través de supuestos estímulos o premios⁽⁶⁾–) la realización de determinados comportamientos o la celebración de ciertos contratos sin el ejercicio pleno esa libertad de elección a la que hacemos referencia.

De esta manera, no solo se ve afectada la libertad contractual (entendida como facultad de debatir y acordar el contenido del contrato), sino también la libertad de con-

(1) STIGLITZ, Gabriel; en “Los principios del Derecho del Consumidor y los Derechos Fundamentales”, en Tratado de Derecho del Consumidor. Tomo I, Stiglitz - Hernández (directores), La Ley, Bs. As, 2015, pág. 309.

(2) El Principio de Soberanía del Consumidor se encuentra reconocido, por ejemplo, en el Código de Protección y Defensa del Consumidor de 2010 de Perú (ley 29.571).

En nuestro derecho la Res. MERCOSUR 36/2019 (internalizada a través de la Res. SCI 310/2020), si bien detalla los principios del derecho de consumo, no enuncia el referido entre los que enumera. Ello no es óbice para su reconocimiento dado que la norma es meramente enunciativa (SAHLIÁN, José H.; “Principios de progresividad y no regresividad en los derechos de los consumidores”, LA LEY del 26/12/2017 -t. 2018-A-, pág. 1, y QUAGLIA, Marcelo C. y MUTI- LIENGO, Ma. Victoria; “Los principios de derecho del consumidor en el marco de los entornos digitales”, Edición Especial sobre “El Consumidor Digital” en la Revista El Derecho en adhesión a las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, dirigida por Carlos Hernández, 19 de septiembre de 2022, Cita Digital: ED-MMMCDLXXVII-254) a lo que se adiciona que otros principios reconocidos se complementan y replican con el señalado (tales como el principio de transparencia de los mercados, el de respeto de la dignidad de la persona humana, de buena fe y de información, entre otros) como se verá durante el desarrollo de estas líneas.

(3) Si bien el derecho considera que las decisiones de los consumidores son razonadas y lógicas se ha evidenciado que muchas veces ello no se condice con la realidad (se recomienda al respecto consultar, entre otros, SHINA, Fernando E.; “Derecho y neurociencias. El futuro que ya empezó hace décadas. Un elogio al oxímoron jurídico”, 19 de Septiembre de 2019, www.saij.gob.ar, Id SAJ: DACF190158 y KAHNEMAN, Daniel; “Pensar rápido, pensar despacio”, Ed. Debate, Bs. As., 2022).

(4) Así lo destacan OLANO RODRÍGUEZ, Karina Leticia y LOAIZA TAPIA, José Sebastián en “‘Dark comercial patterns’ o ‘Patrones comerciales oscuros’ en el Perú: Comentarios sobre su licitud y evaluación en materia de protección al consumidor” en Revista de Actualidad Mercantil Nro. 8, e-ISSN: 2523-2851, pág. 60.

(5) El constante desarrollo de la tecnología ha introducido en nuestras vidas nuevas formas y maneras de desarrollarnos e interactuar, evidenciando importantes cambios sociales. Así, hoy muchas veces (y especialmente luego de transitada la pandemia y el aislamiento mundial que hemos vivido), la vida se ha trasladado a un lugar diferente, donde estudiamos, nos reunimos con familiares, hacemos sesiones de terapia y/o festejamos cumpleaños, a través de Entornos Digitales (BOCZKOWSKI, Pablo J. y MITCHELSTEIN, Eugenia; “The Digital Environment: How we Live, Learn, Work, and Play now”, Ed. The MIT Press, 2021).

(6) Hablamos de la suma de puntos, obtención de descuentos, acceso a sorteos y otros beneficios sujetos a la condición de la utilización de ciertas aplicaciones, formas de pago, etc.

tratar (considerada como la posibilidad de determinar si quiero, o no, celebrar dicho contrato), trasponiendo a la persona de sujeto a objeto del mercado digital.

Ante tal situación debe interpretarse que nos encontramos en presencia de una práctica abusiva, lesiva justamente del trato digno y equitativo que demanda y debe brindarse a la persona en el marco de las relaciones de consumo; así como una vulneración del Principio de Equiparación de Derechos (Res. MERCOSUR 36/2019 –internalizada en nuestro derecho por Res. SCI 310/2020–, que no es más que una consecuencia del principio de igualdad ante la ley (art. 16, CN) y requiere un grado de protección para los consumidores que recurran al comercio electrónico que no sea inferior al otorgado en otras formas de comercio⁽⁷⁾.

Al referirnos a prácticas, evidentemente, la cuestión no se circunscribe a un acto o conducta en particular, sino a una conjunción de factores (generados por el proveedor digital) y que pueden acumularse en un solo caso o presentarse “supuestamente” en forma aislada, pero que conllevan como resultado a las vulneraciones enunciadas. Así, podemos enunciar (sin ánimo de taxatividad alguna) a tres herramientas que se presentan diariamente en los entornos digitales, muchas veces procurando el quebrantamiento de las garantías enunciadas: la categoría de los contratos inevitables, la figura del prosumidor y los llamados patrones oscuros, dark patterns o evil nudgets.

Procuraremos efectuar un breve análisis de cada una de ellas...

II. La categoría de contratos inevitables

Actualmente la persona humana se desenvuelve básicamente en tres entornos: el natural, el artificial y el digital⁽⁸⁾, los cuales se entremezclan y generan una única realidad que los configura.

En dicho contexto, y como señala con buen tino Álvarez Larrondo, el mundo virtual ya se ha instaurado entre nosotros (de allí que hoy se hable de “entorno digital”)⁽⁹⁾ y, como destaca el autor citado, quien se niegue a (o no pueda)⁽¹⁰⁾ acceder al mismo, quedará afuera del futuro⁽¹¹⁾. En efecto, hoy muchos vínculos sociales, y la actividad negocial o laboral, se desarrollan virtualmente.

Ahora bien, usualmente, para poder ingresar en estos entornos virtuales (y permanecer en ellos) el usuario digital se ve forzado a celebrar acuerdos, convenios y/o contratos masivos y por adhesión en los que, en razón de la particularidad de estos esquemas de negocio (ya que el supuesto ofrecimiento gratuito de servicios que brindan muchas plataformas o aplicaciones no es tal)⁽¹²⁾ se da, como destaca Álvarez Larrondo, en la circunstancia de que el no aceptar las reglas impuestas por el proveedor digital implica quedar fuera del entorno, convirtiéndose en un “analfabeto digital”, con las consecuencias que ello conlleva (no solo en lo digital, sino también en los demás entornos –natural y artificial–)⁽¹³⁾.

Es de esta forma como nos vemos forzados a celebrar lo que califica el autor como “contratos inevitables”, entendiéndolos como una instancia superadora del ya conocido “contrato forzoso” (donde primaban razones de interés general para limitar la autonomía de la voluntad)⁽¹⁴⁾.

(7) Conforme determinan las normas de soft law de la Directriz I, núm. 63 de las Directrices de la ONU para la Protección del Consumidor.

(8) Para ampliar estos conceptos se sugiere la charla TED “Oxígeno digital” de Pablo J. Boczkowski <https://www.youtube.com/watch?v=AgZzDFkE9x0>.

(9) BOCZKOWSKI, Pablo J. y MITCHELSTEIN, Eugenia; “The Digital Environment: How we Live, Learn, Work, and Play now”, Ed. The MIT Press, 2021.

(10) Nos permitimos agregar.

(11) ÁLVAREZ LARRONDO, Federico; “Los ‘contratos inevitables’ como nueva categoría de clasificación acorde al novel mundo ‘virtual’”, en “Justicia y sociedad 5.0”, coord. por Mónica María Bustamante Rua, Adriana del Pilar Henao Ochoa y Luis Orlando Toro Garzón, 2022, ISBN 978-628-95005-8-5, págs. 125-142.

(12) Al respecto pueden consultarse, entre otros, SIBILIA, Paula; “La intimidad como espectáculo”, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2017, 1º ed., 4º reimpr.; ZUBOFF, Shoshana; “La era del capitalismo de la vigilancia”, Paidós, Buenos Aires, 2021 y DANESI, Cecilia; “El imperio de los algoritmos”, Editorial Galerna, Bs. As., 2022, ISBN 9789505569045.

(13) Así, por ejemplo, muchas veces riesgos propios de los entornos naturales o artificiales son advertidos o informados a través de medios digitales (congestiones de tránsito, cataclismos naturales, etc.), pudiendo verse afectado por ellos quien no acceda a los medios digitales (por voluntad propia o imposibilidad material).

(14) ÁLVAREZ LARRONDO, Federico; “Los ‘contratos inevitables’ como nueva categoría de clasificación acorde al novel mundo ‘vir-

Así, para poder continuar desarrollándonos en la sociedad digital debemos “pagar el peaje” de consentir farragosos términos y condiciones que muchas veces no leemos o ni siquiera llegamos a comprender cabalmente⁽¹⁵⁾ (entregando nuestros datos –a veces biométricos–⁽¹⁶⁾ gratuitamente, autorizando funciones de nuestros dispositivos que en principio no queríamos activar, etc.).

De esta manera, y sin pretender llegar a la solución extrema que propone el autor creador de esta categoría (que propugna directamente que dichos contratos le sean inoponibles al usuario digital)⁽¹⁷⁾, entendemos que el efecto vinculante de estos acuerdos debe sopesarse prudentemente, ponderando el estado de necesidad, ligereza e inexperiencia que el usuario digital detenta frente al proveedor y la información a la que efectivamente pudo acceder (o comprender) al celebrarlos, analizando cautamente sus términos, definiendo o redefiniendo el alcance de lo pactado y hasta integrando su contenido a través de la labor jurisdiccional (conforme consagra el art. 38 *in fine* LDC)⁽¹⁸⁾.

Tal, proponemos, es al menos el primer paso que debe darse a fin de responder a estas nuevas realidades.

III. La figura del “prosumidor”⁽¹⁹⁾

Ahora bien, ya hemos destacado que usualmente estas técnicas no se plantean de forma individual, sino que se adicionan o acumulan a otras conductas tendientes a procurar similares resultados. En esta línea, es usual que el contexto de contratos inevitables se vea agravado por otros factores, por ejemplo la imposición de determinadas conductas a cargo del consumidor digital que lo expongan a mayores riesgos o perjuicios (el prosumidor) y la incentivación a llevar a cabo determinados actos que, generalmente, no le resultan beneficiosos (los patrones oscuros).

Continuaremos el desarrollo con el análisis del prosumidor. El término es un acrónimo formado por la fusión de las palabras productor (o profesional o proveedor) y consumidor⁽²⁰⁾, y si bien es pasible de más de un significado⁽²¹⁾, en el presente referiremos a él como un consu-

midor”, en “Justicia y sociedad 5.0”, coord. por Mónica María Bustamante Rua, Adriana del Pilar Henao Ochoa y Luis Orlando Toro Garzón, 2022, ISBN 978-628-95005-8-5, págs. 125-142.

(15) Entre otros puede consultarse, con relación a la obligación de informar en los entornos digitales FRÚGOLI, Martín A.; en “Análisis económico y conductual del Derecho (Behavioral Law & Economics)”, www.saij.gob.ar, Id SAIJ: DACF210109; SHINA, Fernando E.; “Las neurociencias y la información: una mirada distinta del deber de informar”, 27 de septiembre de 2021, www.saij.gob.ar, Id SAIJ: DACF210166; CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro; “El Deber de Información frente a las Decisiones “No Racionales” del Consumidor”, Bs. As., La Ley, 2024, y MÜLER, Germán; “Hacia el deber de asesoramiento a la persona consumidora”, RCCyC Año IX, Número 5, octubre 2023, pág. 58 y ss.

(16) QUAGLIA, Marcelo C.; “Vulnerabilidades 4.0 de la persona consumidora”, Sup. Innovación y Derecho 2024 (abril), 1, LA LEY 2024-B, TR LALEY AR/DOC/822/2024.

(17) ÁLVAREZ LARRONDO, Federico; “Los ‘contratos inevitables’ como nueva categoría de clasificación acorde al novel mundo ‘virtual’”, en “Justicia y sociedad 5.0”, coord. por Mónica María Bustamante Rua, Adriana del Pilar Henao Ochoa y Luis Orlando Toro Garzón, 2022, ISBN 978-628-95005-8-5, págs. 125-142.

(18) “Cuando el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario”. De tal manera, si bien el actual art. 960 del CCyC, a través de la modificación formulada por el DNU 70/2023, aparentemente no confiere facultades a los jueces para modificar las estipulaciones de los contratos (excepto que sea a pedido de una de las partes cuando lo autoriza la ley), el texto de la LDC sortea dicho impedimento.

(19) Para desarrollar este concepto puede consultarse QUAGLIA, Marcelo C.; “Vulnerabilidades 4.0: la figura del prosumidor”, publicado en RCCyC 2022 (febrero), 15/02/2022, 54 y “Los entornos digitales y la figura del prosumidor”, Edición Especial sobre “El Consumidor Digital” en la Revista El Derecho en adhesión a las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, dirigida por Carlos Hernández, 19 de septiembre de 2022, Cita Digital: ED-MMMCDLXXXVII-255.

(20) <https://www.fundev.es/recomendacion/prosumidor-en-espanol-mejor-que-prosumer-1292/>.

Alvin TOFFLER acuña la denominación en su obra “La Tercera Ola”, Plaza y Janés Editores, 1995 y, si bien la edición original en inglés es de 1980, ya había referido al fenómeno con anterioridad (“El shock del futuro”, Plaza y Janés Editores, 1973 –edición original en inglés de 1970–).

(21) El término admite diversas acepciones, tales como “un consumidor que participa en el proceso de diseño de los servicios o productos consumidos y que ha encontrado en el mercado digital el ambiente perfecto para desarrollarse. Además, es aquel que puede emitir una opinión sobre tu empresa en la red e influenciar positiva o negativamente a otras personas de acuerdo con su experiencia con tu marca” (<https://www.zendesk.com.mx/blog/que-es-prosumidor/>) o persona que actúa fuera del marco profesional, aunque volcando al mercado lo que le excede o no consume (GALLEGO DOMÍNGUEZ, Ignacio, “El consumo colaborativo: introducción, concepto y clases”, en GOZÁL-

midor que realiza una actividad que agrega valor al bien o al servicio que recibe, valor que no conlleva per se una transacción monetaria pero que, usualmente, implica un ahorro de costos de producción o de recursos que el proveedor debía brindar. El fenómeno se evidencia tanto en el mercado analógico como en el digital⁽²²⁾.

De esta forma, a través de la figura del prosumidor, el proveedor delega o terceriza en el consumidor tareas propias e inherentes al servicio que presta o el bien que comercializa. Así, actividades que otrora llevaba a cabo el profesional especializado hoy son desarrolladas por un profano, usualmente sin la debida capacitación a los fines de desarrollarlas.

Ahora bien, la figura se evidencia como una herramienta especialmente útil en el contexto de los mercados digitales, sin embargo, como herramienta, puede resultar necesario en determinadas situaciones adaptarla a un uso adecuado o reencauzarla a fin de arribar a una solución justa ante el potencial o concreto conflicto que se genere.

Como beneficios pueden enunciarse, entre otros, el ahorro que genera para el proveedor (especialmente si el mismo es trasladado al consumidor) y la mejora que implica en la inmediatez y la celeridad con que recibe ciertos servicios (tal es la situación que se evidencia en la atención remota de ciertos servicios técnicos, ya que muchas veces le resulta dificultoso al proveedor llegar a determinados lugares, o el consumidor debe solicitar turnos y luego padecer esperas, todo lo cual se subsana con un llamado o un chat que lo asista).

Sin perjuicio de ello, el traslado de determinadas acciones al ámbito de un neófito en la materia puede implicar el incremento de errores o la generación de mayores inconvenientes en la operación que se desarrolle, simplemente debido a la inexperiencia del usuario devenido en proveedor (o al menos en colaborador de éste).

III.a) La condición del prosumidor en el entorno digital

Entendemos que el prosumidor, a pesar de las actividades que se le imponen, no pierde su calidad de consumidor.

De tal manera, a la vulnerabilidad propia de toda relación de consumo (vulnerabilidad genética)⁽²³⁾, condición que cuenta hoy con un expreso reconocimiento normativo⁽²⁴⁾, se adicionan otros factores o elementos que incrementan o agravan dicha vulnerabilidad (vulnerabilidades funcionales).

En el caso en análisis, las vulnerabilidades funcionales que se configuran son: a) la utilización de entornos digitales⁽²⁵⁾ (recordemos que para parte de la doctrina la condición de consumidor digital implica per se la calidad de consumidor en situación vulnerable y de desventaja

—antes denominado hipervulnerable—⁽²⁶⁾), muchas veces calificados como cosas o servicios riesgosos o peligrosos⁽²⁷⁾, y b) la condición de prosumidor (asumiendo un rol —a veces hasta preponderante y para el cual usualmente no se lo ha calificado o instruido— dentro de la cadena de valor). En tal sentido la jurisprudencia ya se ha expedido reseñando que, “cuando el consumidor digital asume la calidad de prosumidor, incorpora otra condición de vulnerabilidad”⁽²⁸⁾.

Ante dichas situaciones, se evidencia claramente un agravamiento en la vulnerabilidad del prosumidor, situación que muchas veces es aprovechada por los proveedores, imponiendo determinadas conductas (como ya hemos señalado) o estimulando su realización a través de incentivos que terminan constituyéndose en herramientas de manipulación de la persona inmersa en el referido entorno digital.

De esta forma, el agravamiento de la vulnerabilidad genética del consumidor a través de la imposición de determinadas vulnerabilidades funcionales conlleva a calificar a ese sujeto (prosumidor) como consumidor en situación vulnerable y de desventaja o hipervulnerable⁽²⁹⁾.

Volvemos así a la tesis de origen: el sujeto pasa a ser objeto, atentándose contra su dignidad a través de la utilización indebida de herramientas que terminan constituyéndose más bien en prácticas abusivas por parte de los proveedores.

Siguiendo esta lógica la Comisión N° 5 de Derecho del Consumidor de las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (desarrolladas en Mendoza en el año 2022) se ha expedido de manera unánime imponiendo los riesgos y la responsabilidad por el uso de entornos digitales, en cabeza de los proveedores⁽³⁰⁾. Y, expresamente, en la Comisión N° 3 de Derecho de Daños de las mismas Jornadas se entendió que, en la medida en que el proveedor delega tareas y funciones al consumidor (o prosumidor), se presume su responsabilidad⁽³¹⁾.

De esta manera, a la imposición forzosa (desde una óptica fáctica) a la celebración de determinados contratos (los llamados contratos inevitables), se adiciona la (también forzosa) delegación de funciones o tareas que se colocan en cabeza del consumidor, agravando así su vulnerabilidad con el agregado de pretender (por parte del proveedor) desconocer o trasladar en cabeza del consumidor, las consecuencias dañosas de dicho proceder, conducta que no puede admitirse.

BEZ PEQUEÑO, Humberto [dir.], Régimen jurídico del consumo colaborativo, Ed. Thomson Reuters - Aranzadi, Navarra, 2019, pág. 74).

(22) Baste como ejemplo de la situación reseñada la adquisición de muebles cuyo armado se traslada al comprador. Imponer esa tarea al consumidor (hoy prosumidor), no solo permite un packaging más económico, sino que además excluye de la cadena de comercialización a una persona (a cargo del proveedor) que los arme para entregarlos (o, en su defecto, brindar a esa persona a un mayor costo).

El contexto de los entornos digitales varias veces pueden evidenciarse situaciones que conlleven a que el consumidor pase a desempeñar el rol de prosumidor: numerosos servicios técnicos que asisten al propio consumidor de manera remota, siendo este quien debe solucionar inconvenientes puntuales de sus computadoras personales, televisores inteligentes o celulares; al contratar en forma virtual un viaje, donde las funciones que antes debía desplegar el agente de viajes hoy son asumidas por el adquirente del servicio: es este quien debe completar sus datos para volcarlos en pasajes, controlar las exigencias de ingreso al país al que pretende ir, o en el caso de la pandemia, la documentación que se solicitará para trasladarse de una provincia a otra; las operaciones de homebanking que antes se efectuaban a través de un cajero humano; etc.

(23) Destaca en este aspecto Garzino que la noción de consumidor y su especial protección se fundamentan en la vulnerabilidad o debilidad estructural de este frente al proveedor en el mercado, lo que impuso la necesidad de equilibrar a las partes mediante normas y principios positivos (GARZINO, M. Constanza; “La protección del consumidor hipervulnerable a través del ‘diálogo de fuentes’ y la necesidad de una previsión equilibrada”, ponencia presentada en el marco del XVII Congreso Argentino de Derecho del Consumidor (www.derechouns.com.ar/wp-content/uploads/2018/05/01-Garzino-Consumidores-hipervulnerables.pdf)).

(24) Así lo determina la Res. 36/2019 Mercosur (art. 1), ratificada en nuestro derecho interno por la Res. 310/2020 SCI.

(25) Así lo destaca BAROCELLI, Sergio Sebastián en “Hacia una teoría general de las relaciones de consumo en entornos digitales” en, Suplemento especial del diario La Ley del 8 de noviembre de 2021 XXII, Congreso Argentino de Derecho del Consumidor “Hacia el Código nacional de defensa del consumidor”, pág. 7.

(26) MENDIETA, Ezequiel; “Reconocimiento Judicial de la categoría de Consumidor Hipervulnerable. A propósito de la resolución 139/2020”, Revista de Derecho del Consumidor, 9, diciembre 2020, Cita: IJCMXXXVI26 y “Transporte aéreo, comercio electrónico y la protección del consumidor turista electrónico. Comentario al fallo ‘Despegar.com.ar S.A. c. GCBA s/ recurso directo sobre resoluciones de defensa al consumidor’”, Revista de Derecho del Consumidor, 8, abril 2020, Cita: IJCMXII100.

(27) De tal manera, se ha aseverado que un sistema informático en actividad que permite realizar pagos y extracciones de fondos de una cuenta bancaria y que opera de forma remota es naturalmente una cosa riesgosa, circunstancia que impone una diligencia aun mayor por parte del proveedor que sugiere (o impone) al consumidor operar a través de estos medios (CNCom., sala A, “Bieniauskas, Carlos c/ Banco de la Ciudad de Buenos Aires”, Id SAJ: FA08971926).

(28) CCyC de Sta. Fe, sala I, 26/03/2024 (NBSF S.A. c/ Sec. de Ccio. Interior de Sta. Fe y NBER c/ SCISF).

(29) Sin pretender ahondar en el concepto de consumidor en situación vulnerable y de desventaja (que ha sido tratado por numerosas y mejores voces), cabe considerarse que es calificado como tal el sujeto (consumidor) cuya situación de vulnerabilidad se ve acentuada o incrementada debido a su condición o particular situación de hecho o derecho, supuesto que claramente se condice con el del prosumidor que interactúa en “Entornos Digitales”.

Determina la Disposición 137/2024 SSDCYLC en su art. 1 que “se considera consumidor en situación vulnerable y de desventaja a toda persona humana que en atención a su edad, género, condiciones de salud u otras circunstancias sociales, económicas o culturales sea, o pueda ser en forma inminente, pasible de cualquier afectación a sus derechos como consumidor en razón de su particular condición”.

(30) “2. Proyección y Relevancia de los Principios Generales en la Protección del Consumidor en Entornos Digitales:

2.5. En virtud del principio protectorio, el art. 1107 in fine del CCCN debe ser interpretado en el sentido de que quien asume los riesgos de la utilización del medio electrónico no puede ser otro que el proveedor, que es quien ha generado el riesgo al ofrecer sus productos y servicios a través de plataformas, aplicaciones, dispositivos o canales de dicha naturaleza”.

(31) “B. Prevención y Contratos:

8. TUTELA PREVENTIVA Y RELACIONES DE CONSUMO. La pandemia generó una ampliación de la contratación a través de plataformas digitales. En ese contexto, corresponde resaltar que en la medida que el proveedor delega tareas y funciones al consumidor (o prosumidor) se presume su responsabilidad”.

IV. Patrones oscuros

Resta, entonces, referir a los llamados patrones oscuros⁽³²⁾.

La denominación “patrones oscuros” o “dark patterns” (también denominados “evil nudgets”) fue desarrollada por Harry Brignull en el año 2010, refiriendo a estrategias que desarrollan los sitios web o aplicaciones con el objetivo de llevar al usuario a realizar una acción que, en un principio, no tenía pensado hacer y que, usualmente, no lo favorece.

Conforme los define la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) en su publicación de octubre de 2022 denominada “Dark Commercial Patterns”⁽³³⁾, puede caracterizárseles como “prácticas comerciales que emplean elementos de la arquitectura de elección digital, en particular en interfaces de usuario en línea, que subvierten o perjudican la autonomía, la toma de decisiones o la capacidad de elección del consumidor. A menudo engañan, coaccionan o manipulan a los consumidores y es probable que causen un perjuicio directo o indirecto al consumidor de diversas maneras, aunque puede ser difícil o imposible medir dicho perjuicio en muchos casos”⁽³⁴⁾.

Referimos así a una amplia variedad de prácticas, usualmente contenidas en plataformas, aplicaciones, juegos u otras interfaces de usuario en línea que llevan al consumidor a tomar decisiones que pueden no ser las más convenientes, incluso explotando sus prejuicios o sesgos. El documento de la OCDE citado, enuncia como supuestos más frecuentes aquellos que implican enmarcar (pre-seleccionar opciones por defecto o darles prioridad visual, ocultar información o disfrazar anuncios); crear una sensación de urgencia (mediante indicaciones de escasez potencialmente engañosas); generar una prueba social (mediante indicaciones de popularidad potencialmente engañosas); forzar el registro o la revelación de información; insistir para que se tome una decisión; o dificultar la cancelación o la exclusión voluntaria⁽³⁵⁾.

Es usual que a través de estas prácticas se busque (y se consiga) que el usuario abone más dinero del que pensaba, brinde datos personales o entregue más tiempo de atención del deseado.

Harry Brignull creó una página (<https://www.deceptive.design/>) con información vinculada a la cuestión (y que recomendamos consultar) donde hay referencias a varios casos jurisprudenciales y normas de derecho comparado vinculados a la temática. En dicho sitio se ha creado un “Salón de la Vergüenza” (Hall of Shame) donde pueden denunciarse supuestos de patrones oscuros (a la fecha, el “podio” está encabezado por Google –con 27 patrones oscuros–, Amazon –23– y Facebook –22–)⁽³⁶⁾.

En la misma línea, Brignull ha desarrollado una página referida a los patrones oscuros contenidos en videojuegos (<https://www.darkpattern.games/>), cuestión de evidentemente mayor sensibilidad ya que en este caso dichos patrones están dirigidos usualmente a los niños, niñas o adolescentes, sujetos que claramente debemos calificar como consumidores en situación vulnerable y de desventaja o hipervulnerables⁽³⁷⁾.

Destaca con acierto Frustagli⁽³⁸⁾ que los patrones oscuros afectan la autonomía del consumidor, la toma de deci-

siones libres e informadas. Ello, evidentemente (continúa la autora) contraría el derecho fundamental a la libertad de elección (art. 42, CN), y contradice la prohibición general del artículo 1099 del Código Civil y Comercial.

V. A modo de síntesis parcial

Finalizamos así la enunciación y el análisis de las herramientas digitales que hemos seleccionado para evidenciar como supuestos que pueden incidir, usualmente en forma negativa, en la libertad de elección del consumidor.

Y, si bien no hay nada nuevo bajo el sol y varias de estas figuras ya se evidenciaban en los entornos analógicos, su utilización en el ámbito digital adquiere otros ribetes, dado el alcance que desarrollan y la vulnerabilidad que ostenta el destinatario de ellas. Es por ello que consideramos necesario que los operadores jurídicos adviertan estas situaciones (como ya se está evidenciando⁽³⁹⁾), y procuren a través de las herramientas que el sistema jurídico nos brinda, y las que eventualmente se desarrollen en el futuro⁽⁴⁰⁾, intentar arribar a soluciones justas que tutelen al consumidor digital.

Recordamos que en las presentes líneas solo hemos referido a una mera enunciación de supuestos ya que prácticamente en forma diaria se generan nuevos medios, modos o sistemas que pretenden captar el interés del consumidor digital a fin de incidir en su decisión, ello conforme se estructura cada esquema negocial digital. Asimismo, cabe la posibilidad de que el proveedor recurra a una sola de estas herramientas o, en su caso, formule un desarrollo donde ellas interactúen y se vinculen entre sí (quizás retroalimentándose) a los fines de incidir en la decisión final del usuario digital.

Asimismo, es necesario reiterar que referimos a herramientas que, a través de un uso adecuado o razonable pueden llevarnos a resultados positivos⁽⁴¹⁾, sin embargo, a través de estas líneas queremos evidenciar que, a veces, su uso inadecuado o inapropiado, genera perjuicios (patrimoniales o extrapatrimoniales) o pretende trasladar (inapropiadamente) riesgos y/o eximirse de responsabilidad.

¿Qué soluciones puede brindarnos el sistema jurídico argentino ante este tipo de situaciones?

VI. Posibles soluciones jurídicas

Cabe, en primer lugar, destacar que nuestro régimen normativo no contiene referencia expresa o recepción de ninguno de los fenómenos reseñados, sin embargo (y como ya hemos destacado), la consagración a nivel constitucional del derecho a la libertad de elección de consumidor como operativo y de goce directo nos permite, a través de su tutela, aplicar diversas soluciones que contengan y/o reencaucen las inconductas de los proveedores digitales.

Es así como se advierte la configuración de una serie de disposiciones y regulaciones tendientes a ratificar la protección de este derecho, junto con la enunciación de

Revista de Derecho del Consumidor - Número 17 -, 19/11/2024, Cita: IJ-VCMX-372.

(39) Refiere Frustagli, en el trabajo ya citado (Cita: IJ-VCMX-372) a dos sentencias de nuestro país donde se evidencian ya referencias a los dark patterns.

En una, se analiza la existencia de imprecisiones, vaguedad y contradicciones en la página web del proveedor son susceptibles de hacer incurrir a la persona consumidora en un error en orden a la verdadera entidad económica de la compra (Cámara Civil y Comercial de Córdoba, sala 1°, en autos “Berrondo Lion, Valeria Elisa c/ Booking.com Argentina S.R.L.”, del 4 de julio de 2024).

En la otra se ponderó el diseño de un mecanismo malicioso a través de una plataforma de página web que mediante engaño al consumidor ofrecía un producto a un precio para luego convertirlo en otro mayor, lo que llevó a la imposición de daños punitivos (Juzg. CyC N° 2 de La Plata, en autos “Ciglia Lelli, Lorena Natalia vs. Falabella S.A. s. Cumplimiento de contratos civiles/comerciales”, 02/07/2021; Rubinzal Online; RC J 4598/21).

(40) En tal sentido, analizaremos infra el interesante Anteproyecto del Código de Defensa del Consumidor 2024 recientemente presentado.

(41) La existencia de contratos inevitables no se presenta per se como un elemento negativo. Lo mismo sucede con la figura del promotor. Respecto a los patrones oscuros la situación es diversa ya que si bien los mismos detentan una connotación negativa no son sino impulsos o “empujones” (nudgets) que incitan a efectuar una conducta específica; cuando la conducta a la que tienden es positiva, evidentemente no pueden calificarse como perniciosos (por ej., la calidad de donantes de órganos por el mero hecho de no manifestar la voluntad) (SÁNCHEZ MORALES, Carlos y GARCÍA FLORES, Julián Rubén; “La teoría del empujoncito: nudgets saludables”, en Gaceta, Revista de la Universidad Abierta y a Distancia de México, edición de julio-septiembre 2023; <https://gaceta.unadmexico.mx/categorias-todas/97-2023/julio-septiembre-2023/salud/211-la-teoria-del-empujoncito-nudges-saludables>).

(32) Cuestión tratada en QUAGLIA, Marcelo C.; “Vulnerabilidades 4.0 de la persona consumidora”, Sup. Innovación y Derecho 2024 (abril), 1, LA LEY 2024-B, TR LALEY AR/DOC/822/2024.

(33) OCDE (2022), “Patrones comerciales oscuros”, OECD Digital Economy Papers, N° 336, OECD Publishing, París, <https://doi.org/10.1787/44f5e846-en>.

(34) Traducción realizada con la versión gratuita del traductor de IA DeepL.com.

(35) Traducción realizada con la versión gratuita del traductor de IA DeepL.com.

(36) <https://www.deceptive.design/hall-of-shame>

(37) Con relación a esta cuestión se recomienda consultar el excelente trabajo de ROJO, Martina; “Novedades de la protección del consumidor en EE. UU.: el caso Fortnite y los dark patterns”, en Revista de Derecho del Consumidor, Edición Especial - XXV Congreso Argentino de Derecho del Consumidor, IJ Editores, 11/09/2023, Cita: IJ-VDCCCXXI-442.

El opúsculo refiere al acuerdo que aceptó la empresa “Epic Games” (desarrolladora del mundialmente conocido juego en línea “Fortnite”) con la Federal Trade Commission de los EE. UU., abonando una compensación de \$ 245 millones de dólares con más una multa de \$ 275 millones de dólares (por violación de la Ley de Protección de Privacidad para Niños), atento haber utilizado dark patterns para inducir a los jugadores a efectuar compras no deseadas y dificultando o imposibilitando la cancelación de los cargos generados y, naturalmente, cesando en su inconducta.

(38) FRUSTAGLI, Sandra A.; “Prácticas desleales y abusivas en entornos digitales: A propósito de los patrones oscuros o ‘dark patterns’”,

principios y disposiciones amplias y elásticas que pueden invocarse y utilizarse ante el uso inadecuado de estas herramientas.

En este sentido, la ausencia de una norma expresa en este campo no necesariamente debe ser considerada como un aspecto negativo de la regulación ya que usualmente, y en razón de la celeridad con que se producen los avances tecnológicos, si se procura una norma específica para el supuesto de hecho configurado, probablemente la solución llegue tarde.

Conforme lo expuesto, una regulación elástica y fácilmente adaptable al caso concreto, a través de la enunciación y reconocimiento de ciertos principios en la materia (contenidos en la norma positiva o no)⁽⁴²⁾, concreta un diseño normativo dinámico, no solo en sintonía con el mercado y los avances tecnológicos, sino también útil para el operador jurídico, al contar con “normas abiertas” para abordar en concreto la realidad del caso. Ello además recepta la motivación que inspirara el cambio de paradigma propuesto por el CCyC: el diálogo de fuentes, enfatizado en la relevancia que reciben los derechos humanos, como lo demuestra la recepción (en relacionamiento con la tutela de la persona consumidora) de la protección especial para situaciones de vulnerabilidad agravada, el respeto de la dignidad de la persona humana, el principio antidiscriminatorio y particularmente, el principio de progresividad y no regresión⁽⁴³⁾.

De tal forma, tanto en el marco de las normas de tutela a la persona consumidora como fuera de dicho régimen (o integrado con este) puede advertirse la presencia de diversas herramientas que auxiliarán al operador jurídico para tutelar los derechos eventualmente en crisis.

Y, si bien el tema se incluye, como tantos otros, en uno más amplio, desde que son situaciones irregulares que pueden ser miradas bajo el prisma de la buena fe, el abuso del derecho, el orden público, las buenas costumbres, etc.⁽⁴⁴⁾; entre estos grandes principios generales del derecho y la regla específica del caso concreto, podemos encontrar algunos institutos o normas que entendemos dan una solución adecuada al planteo. Procuraremos enunciar algunas de ellas.

VI.a) Régimen de tutela a la persona consumidora: las llamadas prácticas abusivas

Como ya hemos reseñado, el uso inapropiado de las herramientas analizadas traslada a la persona del lugar de sujeto del mercado al de objeto, incumpléndose así con la obligación de trato digno y equitativo que la propia constitución también demanda en el referido artículo 42.

Como señala Chamatropulos⁽⁴⁵⁾, cuando esta serie de conductas reprochables se “institucionalizan”, prolongándose en el tiempo y formando parte del modus operandi de una compañía, pasan a transformarse en prácticas comerciales ilegales o abusivas.

Afirma en similar sentido Wajntraub (con acertado criterio) que dichas prácticas afectan los aspectos más sensibles de las personas, quienes tienen una clara protección de jerarquía constitucional, evidenciando una amplitud de legitimados activos, a través de la conjunción del art. 8 bis de la LDC con los arts. 1096 a 1099 del CCyC⁽⁴⁶⁾.

Asimismo, es necesario integrar dichas normas, junto al art. 42 de la CN ya citado, en diálogo con los arts. 51 (que determina la inviolabilidad de la persona humana y su reconocimiento y respeto de su dignidad) y 52 (que consagra el derecho a la prevención y reparación de daños frente a las afectaciones o lesiones a la dignidad personal de la persona humana) del CCyC⁽⁴⁷⁾. De tal forma, también corresponderá (como lo hace el art. 8 bis, LDC),

considerar la eventual aplicación de daños punitivos, dada la función preventiva que tiene dicho instituto (y sin perjuicio de la posibilidad de que el mandato judicial emita, más allá de la imposición de la sanción, mandatos preventivos)⁽⁴⁸⁾.

VI.b) Régimen de tutela a la persona consumidora: otras disposiciones

Integrando la solución reseñada cabe ponderar que usualmente, a través de las prácticas enunciadas, se omite información relevante o se genera un cúmulo de datos donde la información efectivamente necesaria se termina diluyendo entre los datos y referencias acompañados (el fenómeno de la llamada sobreinformación), afectando de tal forma (nuevamente) los arts. 42 de la CN; 4 de la LDC, y 1100, del CCyC.

Y es que, entre las numerosas funciones que cumple la obligación de informar, una de las más relevantes radica en lograr que el consumidor emita un consentimiento pleno y válido, dotado del necesario discernimiento, intención y libertad⁽⁴⁹⁾.

Ante estas situaciones, y sin perjuicio de recurrirse a las soluciones enunciadas, podemos (como destaca Wajntraub⁽⁵⁰⁾) recurrir al art. 37 in fine de la LDC, planteando que, ante la violación de la obligación de informar o de la legislación de defensa de la competencia o lealtad comercial, procede la nulidad del contrato o de la cláusula que se impugna.

Asimismo, siguiendo al autor citado, también puede destacarse la Res. SCI 994/2021 que, dentro de las cláusulas abusivas que prohíbe, incluye colar en la canasta productos adicionales, presumir el consentimiento cuando los consumidores navegan en los sitios web de los proveedores o limitar el derecho de resolver el contrato⁽⁵¹⁾, entre otras opciones.

VI.c) Régimen de tutela a la persona consumidora: el Anteproyecto del Código de Defensa del Consumidor 2024

Resulta interesante, en este punto, detenernos brevemente en el reciente Anteproyecto de Código de Defensa del Consumidor 2024⁽⁵²⁾, disposición que si bien no es texto normativo vigente puede invocarse como argumento de autoridad dado que recoge la fecunda labor de la doctrina, conforme ya ha reseñado nuestra jurisprudencia⁽⁵³⁾.

En la materia que nos convoca resulta relevante destacar que, con gran acierto, junto con la enunciación de una serie de principios propios del régimen de tutela de la persona consumidora, en su art. 3 el texto proyectado incorpora un detalle (meramente enunciativo) de principios destinados a regir las relaciones de consumo en entornos digitales: a) neutralidad tecnológica, fiabilidad e inclusión; b) protección acentuada frente a las nuevas tecnologías (en especial datos personales, inteligencia artificial y contratos autoejecutables); c) de transparencia digital y; d) de no ser destinatario de decisiones basadas únicamente en el tratamiento automatizado de datos personales.

(48) Como destaca FRUSTAGLI, Sandra A.; “Prácticas desleales y abusivas en entornos digitales: A propósito de los patrones oscuros o ‘dark patterns’”, Revista de Derecho del Consumidor - Número 17, 19/11/2024, Cita: IJ-V-CMXX-372; al comentar el acuerdo de la Cámara Civil y Comercial de Córdoba, sala 1º, en autos “Berrondo Lion, Valeria Elisa c/ Booking.com Argentina S.R.L.”, del 4 de julio de 2024.

(49) QUAGLIA, Marcelo y RASCHETTI, Franco; “La obligación de informar en el ámbito de las relaciones de consumo. Alcances y extensión (ámbito objetivo y subjetivo)”, SJA 20/05/2020, 15. JA 2020-II, 389.

(50) WAJNTRAUB, Javier H.; “Patrones comerciales oscuros y cumplimiento contractual en el derecho del consumidor”, LA LEY 26/06/2024, 1 - LA LEY 2024-C, 312.

(51) WAJNTRAUB, Javier H.; “Patrones comerciales oscuros y cumplimiento contractual en el derecho del consumidor”, LA LEY 26/06/2024, 1 - LA LEY 2024-C, 312.

(52) El texto elaborado ha sido materia de análisis y tratamiento por gran parte de la comunidad jurídica y, como lo señala su nota de presentación “cierra el proceso iniciado en el bienio 2017/2018, cuya obertura correspondiera al ‘Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor’, elaborado por esta misma ‘Comisión Reformadora’”.

A partir de allí numerosos operadores jurídicos e instituciones han formulado aportes y sugerencias de mejoras que fueron tomados por la Comisión Reformadora de la Ley de Defensa del Consumidor y el Consejo Consultivo constituidos por la Resolución N° 80/2024 de la Secretaría de Industria y Comercio (de esta manera en el actual anteproyecto se refleja un trabajo y *aggiornamento* de ya más de 6 años en la materia de toda la comunidad jurídica del país).

(53) CSJ de Tucumán, 14/08/2019, “Asociación Mutual Asis c/ Cubilla”.

(42) Ver cita Nro. 3.

(43) QUAGLIA, Marcelo C. y MUTILIENGO, Ma. Victoria; “Los principios de derecho del consumidor en el marco de los entornos digitales”, Edición Especial sobre “El Consumidor Digital” en la Revista El Derecho en adhesión a las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, dirigida por Carlos Hernández, 19 de septiembre de 2022, Cita Digital: ED-MMMCDLXXXVII-254.

(44) Así lo destaca KEMEIMAJER de CARLUCCI, Aída; “Prácticas abusivas en los contratos de consumo”, Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos 2015 (febrero), 25/02/2015, 237. Cita Online: AR/DOC/392/2015.

(45) CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro; “Estatuto del Consumidor Comentado. Tomo 1”, Ed. La Ley, Bs. As., comentario al art. 8 bis.

(46) WAJNTRAUB, Javier H.; “Patrones comerciales oscuros y cumplimiento contractual en el derecho del consumidor”, LA LEY 26/06/2024, 1 - LA LEY 2024-C, 312.

(47) Así lo destaca FALERO, Johanna C. en “Pregunta frecuente ¿Qué son las ‘prácticas abusivas’?”, MJ-DOC-17215-AR | MJ17215.

Reflejo de la consagración de dichos principios se evidencia, por ejemplo, en el art. 26, donde se enuncia con un mayor detalle las llamadas prácticas abusivas, y en el art. 75 que reconoce y garantiza a los consumidores en el entorno digital un grado de protección que nunca será inferior al otorgado en las relaciones de consumo entre presentes. Asimismo, puede enunciar una precisa regulación de la publicidad en entornos digitales (arts. 40 a 42), la intermediación en entornos digitales (art. 77 y ss.) y la sobreinformación (art. 18), entre otros aspectos.

VI.d) El plurijuridismo del régimen de consumo

Finalmente, no puede dejar de considerarse que el microsistema de tutela de la persona consumidora no resulta un régimen aislado y autosuficiente. El mismo se inserta en un marco de “plurijuridismo”, donde se produce el encuentro de sistemas jurídicos en un mismo lugar y en un mismo tiempo, o “pluralismo jurídico”, que consiste en “...la existencia simultánea de sistemas jurídicos diferentes aplicados a situaciones idénticas en el seno de un mismo orden jurídico, y también a la coexistencia de una pluralidad de ordenamientos jurídicos distintos que establecen, o no, relaciones de derecho entre ellos”⁽⁵⁴⁾, debiendo ponderarse no solo la Constitución Nacional, el Código Civil y Comercial y la ley 24.240, sino también las demás normas que componen el régimen, acudiendo al llamado diálogo de las fuentes para lograr la solución más justa en el caso concreto, a través de la tutela de las disposiciones que surgen en los tratados sobre derechos humanos (art. 2, CCyC) y el principio de interpretación más favorable para el consumidor (arts. 3 y 37, ley 24.240, y arts. 1094 y 1095, CCyC).

Es así como, dentro de este esquema podremos encontrar otras normas o regulaciones que contengan y ordenen los fenómenos analizados. Podemos destacar, por ejemplo, el principio de transparencia plasmado en el artículo 1º del régimen de lealtad comercial (DNU 274/2019), destacando Frustagli⁽⁵⁵⁾ que en las conclusiones de las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Mendoza, 2022), justamente se enunció que el principio de transparencia en el ámbito de los entornos digitales exige que el consumidor sea informado con el estándar más elevado que sea posible en las diferentes etapas de la relación de consumo.

También debe ponderarse la regulación de protección de los datos personales, principalmente contenida en la ley 25.326 de datos personales y la de defensa de la competencia (al que expresamente remite el art. 3, LDC, junto con el de lealtad comercial, conformando una trilogía de normas que procura proteger el normal y adecuado funcionamiento de los mercados)⁽⁵⁶⁾, entre otras disposiciones.

VII. Breves consideraciones finales

1. La consagración del derecho a la libertad de elección en el marco de la tutela constitucional de las relaciones de consumo procura tutelar el Principio de Soberanía del Consumidor, principio que tiende a amparar un normal y justo funcionamiento del mercado y, por tanto, de la economía. Y es que, a través de decisiones libres e informadas por parte del consumidor, el mercado se orienta a una mejora en las condiciones de los productos y/o servicios ofrecidos.

2. En este contexto, y más allá de que históricamente el proveedor siempre ha procurado dirigir o encauzar esa libertad de elección a su favor (o en contra de su competidor), en el marco de los entornos digitales se evidencia la utilización de nuevas o reformuladas herramientas a tal fin que, eventualmente, pueden afectar de forma ilegítima el Principio de Soberanía del Consumidor.

3. De tal forma, pueden llegar a configurarse prácticas que, al transformar al consumidor de sujeto a objeto del mercado, atentan contra el trato digno y equitativo que

debe brindársele, correspondiendo calificarlas como prácticas abusivas.

Del amplio espectro de herramientas utilizadas a tal fin nos hemos circunscripto en el presente a analizar tres fenómenos en particular: la categoría de los llamados contratos inevitables, la figura del prosumidor y los patrones oscuros.

4. El fenómeno de los contratos inevitables se vincula con la imposición de la digitalización en los modos y medios de relacionamiento, tanto social como profesional y laboral. De esta manera, el consumidor debe vincularse digitalmente (no solo al proveedor, sino también a su entorno) llevando a cabo actos jurídicos que muchas veces ni siquiera comprende cabalmente en su alcance y consecuencias (bajando aplicaciones, autorizando el uso de sus datos o el acceso a su información, relacionando o vinculando recursos tecnológicos a través de los cuales se formulan perfilamientos del sujeto, etc.).

Ante tal situación se demanda una adecuada ponderación del efecto vinculante de dichos acuerdos el que, considerando las particularidades condiciones del consumidor y/o la información que le fue brindada (o que comprendió) al acceder a ese acuerdo, deberá morigerarse, reducirse o no readecuarse, evidenciándose una necesaria y prudente intervención de los operadores jurídicos en el fenómeno.

5. Otro fenómeno es el del llamado prosumidor, situación en la que el proveedor delega o terceriza en el consumidor tareas que son propias o inherentes al bien o servicio que brinda, tanto en el mundo virtual como en el analógico.

Dentro de los eventuales inconvenientes que pueden evidenciarse en este contexto se destaca la usual ausencia de información o capacitación adecuada de ese consumidor, quien se ve inmerso en un contexto que desconoce pudiendo incurrir en errores que le conlleven consecuencias perniciosas; situación que se agrava en los entornos digitales.

Asimismo, a dicho agravamiento se adiciona la conducta de muchos proveedores que pretenden desconocer las responsabilidades que se generan por esas consecuencias perniciosas o, en su defecto, imputarlas en cabeza del consumidor devenido prosumidor, proceder que no debe ser jurídicamente admitido.

6. Los llamados patrones oscuros se caracterizan por ser prácticas comerciales que vinculan elementos de arquitectura de elección digital que procuran alterar o perjudicar la toma de decisiones o la capacidad de elección del consumidor, modificando su conducta hacia actos que no tenía pensado realizar y que, generalmente, no lo favorecen (abonando más dinero, brindando sus datos o entregando más tiempo de atención del deseado).

Evidentemente, la práctica enunciada afecta la libertad de elección del consumidor (art. 42, CN).

7. La utilización en el marco de los entornos digitales de las prácticas enunciadas (contratos inevitables, prosumidores y patrones oscuros) puede generar una mayor vulneración de los derechos de los consumidores, especialmente el de libertad de elección, dado el alcance que tiene dicho entorno y la particular vulnerabilidad que padece el usuario digital (especialmente el inmigrante o el analfabeto digital⁽⁵⁷⁾).

8. Naturalmente el sistema jurídico debe responder a estos nuevos desafíos y, el hecho de que no existan referencias expresas a estos fenómenos en los textos normativos, no debe resultar un impedimento al momento de buscar soluciones justas para el caso concreto.

8.a) En este sentido, la consagración en el art. 42 de la CN del derecho a la libertad de elección como operativo y de goce directo, nos permite acceder o fundar la tutela a un nivel constitucional.

A partir de dicho punto pueden aplicarse diversas disposiciones y regulaciones, así como invocarse principios generales, aspecto de la regulación que no necesariamente puede calificarse como negativo ya que ante este tipo de fenómenos generalmente la creación de soluciones específicas resulta tardía para contenerlo y/o reencauzarlo (dada la celeridad de desarrollo de las técnicas de la infor-

(54) NICOLAU, Noemí L., “El derecho contractual frente al plurijuridismo, la integración y la globalización”, en ALTERINI, Atilio - NICOLAU, Noemí L. (dirs.), *El derecho privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2005, pág. 423.

(55) FRUSTAGLI, Sandra A.; “Prácticas desleales y abusivas en entornos digitales: A propósito de los patrones oscuros o ‘dark patterns’”, *Revista de Derecho del Consumidor* - Número 17 -, 19-11-2024, Cita: UJ-VMXX-372.

(56) QUAGLIA, Marcelo C.; “Grupos de empresas, defensa de la competencia y derechos del consumidor”, Fondo Editorial de Derecho y Economía. Ed. La Ley S.A., Bs. As., 2002.

(57) Para ampliar estos conceptos se recomienda consultar, entre otros, PISCITELLI, Alejandro; “Nativos e inmigrantes digitales: una diálctica intrincada pero indispensable”, en “Los desafíos de las TIC para el cambio educativo”, Roberto Carneiro, Juan Carlos Toscano y Tamara Díaz (coordinadores), Fundación Santillana, Madrid, 2021, pág. 71.

mación y las comunicaciones), exigiéndose dinamismo y celeridad en las respuestas jurídicas.

En este sentido, integrando las disposiciones de tutela a la persona consumidora (art. 3, LDC) con el necesario diálogo de fuentes (arts. 1 y 2, CCyC), además de los principios generales (tales como la buena fe, el abuso del derecho, el orden público, las buenas costumbres, etc.), podemos destacar:

8.b) La regulación de las prácticas abusivas: consideramos que las inconductas reseñadas trasladan a la persona consumidora de sujeto a objeto del mercado, circunstancia que afecta el trato digno y equitativo que se le demanda. Asimismo, al advertirse la reiteración e “institucionalización” de este proceder, podemos calificar al mismo como una práctica abusiva.

De tal forma, y dada la afectación de derechos personalísimos, como la dignidad de la persona y su libertad, que el propio Código Civil y Comercial califica como comprendidos dentro del contexto de los derechos humanos (art. 1097, CCyC), una de las consecuencias más relevantes de este encuadre radica en la posibilidad de plantear, ante la configuración del supuesto de hecho, la aplicación de los daños punitivos.

8.c) Otras normas dentro del régimen de tutela de la persona consumidora: naturalmente el encuadre de la inconducta en el contexto de las llamadas prácticas abusivas no es la única norma o instituto al que puede recurrirse ante estas situaciones.

Así, dentro del contexto del especial régimen de tutela a la persona consumidora puede advertirse el incumplimiento de la obligación de informar (con la posibilidad de plantear la nulidad de la cláusula o el contrato) y/o la configuración de cláusulas abusivas, correspondiendo declarar su invalidez y, eventualmente, integrar el vínculo.

8.d) El Anteproyecto de Código de Defensa del Consumidor 2024: si bien el texto no es aún norma vigente, ya sus precedentes han sido invocados por la jurisprudencia con fundamento en que recoge la fecunda labor de la doctrina, resultando por tanto fuente del derecho y argumento de autoridad.

La norma proyectada aporta interesantes recursos vinculados con el tema en análisis, y en línea con las soluciones que venimos propugnando. Así, por ejemplo, en vez de regular a través de normas cerradas y específicas, con acierto incorpora una enunciación de principios destinados a regir las relaciones de consumos en el marco de los entornos digitales.

También se detallan, entre otros institutos y figuras, las prácticas abusivas (dentro de las que pueden encuadrarse las conductas ya reseñadas), se consagra expresamente el principio de equiparación entre el consumidor analógico y el digital, se regula la publicidad y la intermediación en el marco de entornos digitales y se reconoce el fenómeno de la sobreinformación.

8.e) Finalmente, no podemos dejar de destacar que, dada la transversalidad del régimen de consumo y su vinculación con otros sistemas y microsistemas jurídicos, se produce una integración de reglas y principios a los que también puede recurrirse que excede el marco de esta especial regulación.

Así, podemos invocar el principio de transparencia, plasmado en el art. 1 del régimen de lealtad comercial (DNU 274/2019); la tutela de los datos personales, contenida principalmente en la ley 25.326; y la tutela de la defensa de la competencia, entre otras disposiciones.

9. De esta forma, hemos intentado efectuar un breve relevamiento de un fenómeno con el cual coexistimos diariamente, fenómeno que afecta la libertad de elección del consumidor y que, a través de las normas y principios vigentes, los operadores jurídicos debemos contener, reencauzar y ordenar.

Esperamos que nuevas y mejores voces tomen en sus manos este desafío, procurando soluciones que nos permitan arribar a un resultado cada vez más justo en el caso concreto.

Con ello nos contentamos...

VIII. Bibliografía

- ÁLVAREZ LARRONDO, Federico; “Los ‘contratos inevitables’ como nueva categoría de clasificación acorde al novel mundo ‘virtual’”, en “Justicia y sociedad 5.0”, coord. por Mónica María Bustamante Rua, Adriana del Pilar Henao Ochoa y Luis Orlando Toro Garzón, 2022, ISBN 978-628-95005-8-5, págs. 125-142.

- BAROCELLI, Sergio Sebastián; “Hacia una teoría general de las relaciones de consumo en entornos digitales”, en Suplemento especial del diario La Ley del 8 de noviembre de 2021, XXII Congreso Argentino de Derecho del Consumidor “Hacia el Código nacional de defensa del consumidor”, pág. 7.

- BOCZKOWSKI, Pablo J.; “Oxígeno digital”, <https://www.youtube.com/watch?v=AgZzDFkE9x0>.

- BOCZKOWSKI, Pablo J. y MITCHELSTEIN, Eugenia; “The Digital Environment: How we Live, Learn, Work, and Play now”, The MIT Press, 2021.

- CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro; “El Deber de Información frente a las Decisiones ‘No Racionales’ del Consumidor”, Bs. As., La Ley, 2024.

- CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro; “Estatuto del Consumidor Comentado. Tomo 1”, Ed. La Ley, Bs. As., comentario al art. 8 bis.

- DANESI, Cecilia; “El imperio de los algoritmos”, Editorial Galerna, Bs. As., 2022, ISBN 9789505569045.

- FALEIRO, Johanna C.; “Pregunta frecuente ¿Qué son las ‘prácticas abusivas’?”, MJ-DOC-17215-AR||MJD17215.

- FRÚGOLI, Martín A.; “Análisis económico y conductual del Derecho (Behavioral Law & Economics)”, www.saij.gov.ar, Id SAIJ: DACF210109.

- FRUSTAGLI, Sandra A.; “Prácticas desleales y abusivas en entornos digitales: A propósito de los patrones oscuros o ‘dark patterns’”, Revista de Derecho del Consumidor - Número 17 -, 19-11-2024, Cita: IJ-V-CMXX-372.

- GALLEGU DOMÍNGUEZ, Ignacio, “El consumo colaborativo: introducción, concepto y clases”, en GÓZALBEZ PEQUEÑO, Humberto [dir.], Régimen jurídico del consumo colaborativo, Ed. Thomson Reuters - Aranzadi, Navarra, 2019, pág. 74.

- GARZINO, M. Constanza; “La protección del consumidor hipervulnerable a través del ‘diálogo de fuentes’ y la necesidad de una previsión equilibrada”, ponencia presentada en el marco del XVII Congreso Argentino de Derecho del Consumidor (www.derechouns.com.ar/wp-content/uploads/2018/05/01-Garzino-Consumidores.hipervulnerables.pdf).

- <https://www.deceptive.design/hall-of-shame>.

- <https://www.fundeu.es/recomendacion/prosumidor-en-espanol-mejor-que-prosumer-1292/>.

- <https://www.zendesk.com.mx/blog/que-es-prosumidor/>.

- KAHNEMAN, Daniel; “Pensar rápido, pensar despacio”, Ed. Debate, Bs. As., 2022.

- KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída; “Prácticas abusivas en los contratos de consumo”, Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos 2015 (febrero), 25/02/2015, 237. Cita Online: AR/DOC/392/2015.

- MENDIETA, Ezequiel, “Reconocimiento Judicial de la categoría de Consumidor Hipervulnerable. A propósito de la resolución 139/2020”, Revista de Derecho del Consumidor, 9, diciembre 2020, Cita: IJCMXXXVI26.

- MENDIETA, Ezequiel; “Transporte aéreo, comercio electrónico y la protección del consumidor turista electrónico. Comentario al fallo ‘Despegar.com.ar S.A. c. GCBA s/ recurso directo sobre resoluciones de defensa al consumidor’”, Revista de Derecho del Consumidor, 8, abril 2020, Cita: IJCMXII100.

- MÜLER, Germán; “Hacia el deber de asesoramiento a la persona consumidora”, RCCyC Año IX, Número 5, octubre 2023, pág. 58 y ss.

- NICOLAU, Noemí L.; “El derecho contractual frente al plurijuridismo, la integración y la globalización”, en ALTERINI, Atilio - NICOLAU, Noemí L. (dirs.), El derecho privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2005, pág. 423.

- OCDE (2022), “Patrones comerciales oscuros”, OECD Digital Economy Papers, N.º 336, OECD Publishing, París, <https://doi.org/10.1787/44f5e846-en>.

- OLANO RODRÍGUEZ, Karina Leticia y LOAIZA TAPIA, José Sebastián; “‘Dark comercial patterns’ o ‘Patrones comerciales oscuros’ en el Perú: Comentarios sobre su licitud y evaluación en materia de protección al consumidor”, en Revista de Actualidad Mercantil Nro. 8, e-ISSN: 2523-2851, pág. 60.

- PISCITELLI, Alejandro; “Nativos e inmigrantes digitales: una dialéctica intrincada pero indispensable”, en “Los desafíos de las TIC para el cambio educativo”, Roberto Carneiro, Juan Carlos Toscano y Tamara Díaz (coordinadores), Fundación Santillana, Madrid, 2021, pág. 71.

- QUAGLIA, Marcelo C.; “Grupos de empresas, defensa de la competencia y derechos del consumidor”, Fondo Editorial de Derecho y Economía. Ed. La Ley S.A., Bs. As., 2002.

- QUAGLIA, Marcelo C.; “Los entornos digitales y la figura del prosumidor”, Edición Especial sobre “El Consumidor Digital” en la Revista El Derecho en adhesión a las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, dirigida por Carlos Hernández, 19 de septiembre de 2022, Cita Digital: ED-MMMCDLXXXVII-255.

- QUAGLIA, Marcelo C.; “Vulnerabilidades 4.0: la figura del prosumidor”, RCCyC 2022 (febrero), 15/02/2022, 54.

- QUAGLIA, Marcelo C.; “Vulnerabilidades 4.0 de la persona consumidora”, Sup. Innovación y Derecho 2024 (abril), 1, LA LEY 2024-B, TR LALEY AR/DOC/822/2024.

- QUAGLIA, Marcelo C. y MUTILIENGO, Ma. Victoria; “Los principios de derecho del consumidor en el marco de los entornos digitales”, Edición Especial sobre “El Consumidor Digital”, en la Revista El Derecho en adhesión a las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, dirigida por Carlos Hernández, 19 de septiembre de 2022, Cita Digital: ED-MMMCDLXXXVII-254.

- QUAGLIA, Marcelo y RASCHETTI, Franco; “La obligación de informar en el ámbito de las relaciones de consumo. Alcances y extensión (ámbito objetivo y subjetivo)”, SJA 20/05/2020, 15. JA 2020-II, 389.

- ROJO, Martina; “Novedades de la protección del consumidor en EEUU: el caso Fortnite y los dark patterns”, en Revista de Derecho del Consumidor, Edición Especial - XXV Congreso Argentino de Derecho del Consumidor, IJ Editores, 11/09/2023, Cita: IJ-IV-DCCCXXI-442.

- SAHIÁN, José H.; “Principios de progresividad y no regresividad en los derechos de los consumidores”, LA LEY del 26/12/2017 –t. 2018-A–, pág. 1.

- SÁNCHEZ MORALES, Carlos y GARCÍA FLORES, Julián Rubén; “La teoría del empujoncito: nudgets saludables”, en Gaceta, Revista de la Universidad Abierta y a Distancia de México, edición de julio-septiembre 2023; [\[todas/97-2023/julio-septiembre-2023/salud/211-la-teoria-del-empujoncito-nudges-saludables\]\(https://gaceta.unadmexico.mx/categorias-todas/97-2023/julio-septiembre-2023/salud/211-la-teoria-del-empujoncito-nudges-saludables\).

- SHINA, Fernando E.; “Derecho y neurociencias. El futuro que ya empezó hace décadas. Un elogio al oxímoron jurídico”, 19 de Septiembre de 2019, \[www.saij.gob.ar\]\(http://www.saij.gob.ar\), Id SAIJ: DACF190158.

- SHINA, Fernando E.; “Las neurociencias y la información: una mirada distinta del deber de informar”, 27 de septiembre de 2021, \[www.saij.gob.ar\]\(http://www.saij.gob.ar\), Id SAIJ: DACF210166.

- SIBILIA, Paula; “La intimidad como espectáculo”, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2017, 1ª ed., 4ª reimpr.

- STIGLITZ, Gabriel; “Los principios del Derecho del Consumidor y los Derechos Fundamentales”, en Tratado de Derecho del Consumidor. Tomo I, Stiglitz - Hernández \(directores\), La Ley, Bs. As., 2015.

- TOFFLER, Alvin; “El shock del futuro”, Plaza y Janés Editores, 1973.

- TOFFLER, Alvin; “La Tercera Ola”, Plaza y Janés Editores, 1995.

- WAJNTRAUB, Javier H.; “Patrones comerciales oscuros y cumplimiento contractual en el derecho del consumidor”, LA LEY 26/06/2024, 1 - LA LEY 2024-C, 312.

- ZUBOFF, Shoshana; “La era del capitalismo de la vigilancia”, Paidós, Buenos Aires, 2021.](https://gaceta.unadmexico.mx/categorias-</p></div><div data-bbox=)

VOCES: DERECHO COMERCIAL - ACTOS DE COMERCIO - CONTRATOS COMERCIALES - TECNOLOGÍA - INFORMÁTICA - INTELIGENCIA ARTIFICIAL - COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS - ABUSO DEL DERECHO - COMERCIO ELECTRÓNICO - MULTA - DAÑO PUNITIVO - E-COMMERCE - INTERNET - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - RESPONSABILIDAD CIVIL - DERECHOS DEL CONSUMIDOR - RESPONSABILIDAD SUBJETIVA - RELACIÓN DE CONSUMO - CONSUMIDOR - CONTRATOS - RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL - DAÑOS Y PERJUICIOS - OBLIGACIÓN DE SEGURIDAD - OBLIGACIONES - ECONOMÍA - DEBER DE INFORMACIÓN - PERSONAS JURÍDICAS - EMPRESA - COMERCIO E INDUSTRIA