
Doctrina Nacional

La tutela del derecho personalísimo a los datos personales (La actualidad del debate entre Alfredo Orgaz y Santos Cifuentes)

Por Miguel Federico De Lorenzo¹

Sumario: 1.- Un debate olvidado pero actual. - 2.- Los derechos personalísimos y la autonomía privada. 3.- ¿La tecnología digital es instrumentalista o determinista? 4.- La irrupción de las nuevas tecnologías en la teoría jurídica. 5.- El problema del “consentimiento” como eje del tratamiento de datos personales. 6.- Recuperar la tutela a través del derecho objetivo. 7.- La metáfora de George Orwell y la tutela objetiva de los datos personales. 8.- Los datos personales como derecho “transpersonal”.²

Resumen: El daño a la persona ha tomado una inesperada dimensión. No sólo se trata ya del daño a la integridad psicofísica, sino también del daño a la esfera más íntima de la persona: sus datos personales. La tecnología, hemos comprobado, cuenta con un poder de daño sobre esta esfera nunca antes conocida. Urge por tanto, repensar la teoría de Orgaz en favor de una tutela objetiva al menos para ciertos ámbitos. Máxime en tiempos en que, la recolección, circulación y usos secundarios de los datos personales, ha dejado de ser una cuestión estrictamente individual pues aparecen nuevas amenazas colectivas a los derechos fundamentales a través del uso de los algoritmos con fines discriminatorios o políticos.

Abstract: The damage to the person has taken on an unexpected dimension. It is not only about damage to psychophysical integrity, but also damage to the most intimate sphere of the person: their personal data. Technology, we have verified, has a power to damage this sphere never before known. It is therefore urgent

¹Profesor de Derecho Civil,
Facultad de Derecho. UBA

Palabras clave: Derechos personalísimos - autonomía privada - tecnología digital - consentimiento- datos personales.

Keywords: Very personal rights - private autonomy - digital technology - consent - personal data.

² El presente trabajo integra el homenaje al Doctor Guillermo Borda.

to rethink Orgaz's theory in favor of objective protection at least for certain areas. Especially in times when the collection, circulation and secondary uses of personal data have ceased to be a strictly individual issue as new collective threats to fundamental rights appear through the use of algorithms for discriminatory or political purposes.

I.- Un debate olvidado pero actual

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

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

La discusión entre ambos juristas, si se quiere, transcurría por otro andarivel. En efecto ¿se trata de intereses que deben ser protegidos a través de la tutela imperativa del *derecho objetivo*³?; o por el contrario, ¿deben ser protegidos a través del ropaje jurídico del derecho subjetivo?⁴.

Nada menos que este era el eje del debate.

En la 3ª edición de su obra, CIFUENTES transcribe los detalles íntimos del debate en estos términos:

“No sería justo de mi parte omitir la transcripción de una carta personal que recibí de ORGAZ, el 12 de agosto de 1974, cuando conoció mi obra, en la cual manifestó su pensamiento sobre la materia, con la profundidad que le era habitual. Dejando de lado las circunstancias de esa epístola, y algún comentario que me llenó de orgullo, limito la transcripción al problema de la naturaleza jurídica que nos preocupaba. Me manifestó allí el jurista cordobés:

"Nuestras posiciones centrales, la suya y la mía, divergen en esta materia, como lo señala Ud.: esto es completamente normal. Para mí, como lo he dicho, la dificultad para que los escritores lleguemos a un acuerdo, está en la notoria ambigüedad de la palabra 'derecho'. A propósito de ella y de otras, como justicia, ley y moral, ha señalado Roscoe Pound que sobre su significación 'no han podido ni pueden todavía llegar los juristas a un consenso. También sobre esto hay quienes sostienen que no es posible respuesta alguna'. Yo estoy muy cerca de compartir este pesimismo. Sólo a título de mayor aclaración - y no de refutación- deseo hacerme cargo aquí, brevemente, de un argumento importante de su trabajo. Dice Ud., a propósito de la tesis que sustentó: '... se me ocurre recordar aquí que, si hay lesión, o sea, carácter lesivo en el acto, es porque había algo que era objeto de esa lesión. Y ese algo, ¿qué es sino un derecho?'.

Respondo [sigue Orgaz]: nunca he negado que hubiese algo, pero sí que fuese necesariamente un 'derecho': a mi juicio, puede ser un 'bien' inherente a la persona y

³ ORGAZ, Alfredo "Personas individuales", Ediciones Assandri, Córdoba, 1961, pág. 119 y ss.

⁴ CIFUENTES, Santos "Derechos Personalísimos", Astrea, Bs.As. 3ª edición, pág. 97.

aun un mero 'interés' tutelado por la ley. En este caso, los meros 'intereses' prevalecen sobre el 'derecho', no obstante ser éste, en general, más fuerte que aquéllos. Relativamente a los 'bienes' personales (vida, salud, libertad, etc.), cada uno de nosotros, *antes* de toda lesión por terceros, no tiene verdaderamente 'derechos', porque - como ha señalado Kelsen - los derechos requieren la existencia de un 'deber' u obligación a cargo de otro. Observa también Karl Engisch: 'Sólo su conducta (la del individuo) con respecto a los demás, y no su conducta con respecto a sí mismo, encuentra regulación jurídica'. En suma y a mi juicio, la existencia de un 'derecho' supone una relación entre dos o más personas; el 'bien' o el 'interés' protegido por la ley, antes de cualquier intromisión o lesión ajena, sólo contiene en potencia la posibilidad de una relación jurídica *futura*, sólo la posibilidad de un 'derecho'. Ésta es, en 'comprimido' farmacológico, mi posición en el problema. Excuse Ud. esta breve reacción a su interesante crítica, que muestra mejor que un simple acuse de recibo y un elogio general, el aprecio que me ha merecido su concienzuda monografía".

Así terminó Orgaz su medular misiva, que yo contesté reconociendo el rigor de su pensamiento, pero anteponiendo la necesidad actual de dar la mayor fuerza defensiva en el ámbito civil a estos "derechos", para contraponer medios de amparo a las invasiones, del submundo mecánico, material e interesado de ahora, frente a las nuevas formas de ataque "insospechadas antes, originalísimas a veces, peligrosísimas siempre", por el arrasador avance masivo y tecnológico"⁵.

En el prólogo a la obra de referencia, afirmaba el ilustre jurista, GUILLERMO BORDA: "Resulta difícil no compartir la posición tan firmemente sostenida por autor. Cuando se afirma que el hombre tiene estos derechos -y que los tiene por derecho natural- se hace una afirmación de principios y una defensa de la personalidad humana frente a los avances del poder público. Quizá nunca como en este caso sea más plena de verdad y de dignidad la palabra derecho".

En la edición de 1970 de su excelsa obra era aún más incisivo: "alrededor de la naturaleza jurídica de estos derechos se ha suscitado una ardiente polémica. Incluso ha llegado a negarse que sean derechos en sentido propio. Creemos que esta discusión acerca de si existen o no los derechos de la personalidad, debe considerarse superada. Los juristas podrán sostener sobre este punto cualquier teoría; pero nadie dejará por ello de hablar de su derecho a la vida, a la libertad, al honor. Está bien que así sea; no hay ninguna impropiedad jurídica; es, además, una afirmación de principios y una defensa de la personalidad humana frente a los avances del poder público. Quizá nunca como en este caso sea más plena de verdad y de dignidad la palabra "derecho"⁶.

La posición de Borda era - como siempre - no solo clara, sino también no dogmática. Es cierto que la cuestión que se debatía no era nueva⁷, pero había quedado en el olvido durante décadas hasta que este debate, cargado de cultujurídica, la puso

⁵ CIFUENTES, Santos "Derechos Personalísimos", cit. pág. 152, nota 66; Para otros detalles interesantes de este debate: TOBIAS, José W. en el Prólogo a la obra "Estudios de los Derechos Personalísimos. Obra Homenaje a Santos Cifuentes", La Ley- Academia Nacional de Derecho, Buenos Aires, 2019.

⁶ BORDA, Guillermo "Tratado de Derecho Civil. Parte General", Buenos Aires, 5ª edición Abeledo Perrot, 1970, tomo 1, nº 310.

⁷ CASTAN TOBEÑAS, José "Los derechos de la personalidad", en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1952, pág. 5 y ss. y en especial pág. 17, para quien se trata de verdaderos "derechos subjetivos"; DE CASTRO Federico "Los llamados derechos de la personalidad", en Anuario de Derecho Civil, Madrid, 1959, pág. 3 y ss. que adhería a la postura "objetiva". Pionero en el debate

nuevamente entre nosotros, como un eje central en derredor del cual debía construirse la teoría general de los derechos personalísimos.

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

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

En un caso (si se tratara de una tutela objetiva), la protección de los intereses personalísimos la impone de modo imperativo el ordenamiento (derecho objetivo) pero sin que ello implique otorgar, correlativamente, *un derecho subjetivo* que dependa – como todo derecho – del “señorío” de la voluntad de su titular. Vale decir, la tutela es impuesta por el ordenamiento a través de normas imperativas que sustraen a estos bienes jurídicos existenciales, por así decirlo, de la idea de un *derecho sobre sí mismo* y, por ende, a la gestión del bien jurídico mediante la exclusiva voluntad de su titular.

Eventualmente, el derecho subjetivo – sostienen los partidarios de esta tesis – surge solo después de la lesión (*lato sensu*) momento en el cual se abre la vía inhibitoria o resarcitoria correspondiente.

En apoyo de esta idea, se suele también recordar que la ley puede proteger un interés o un bien sin que ello implique necesariamente atribuir un derecho subjetivo⁸.

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

Según esta perspectiva, actualmente afianzada en el pensamiento jurídico, la idea del derecho personalísimo como derecho subjetivo es la que mejor se concilia con la garantía constitucional (art. 19 CN) de la *autodeterminación* de la persona humana en orden a *orientar su propio destino*.

Son ejemplos de esta dimensión, los casos resueltos por la Corte Suprema sobre la negativa transfundirse por razones religiosas (“Bahamondez”, Fallos: 316:479, “Albarracini”, Fallos: 335:799), de consumo personal de estupefacientes (“Arriola” Fallos 332:1963); la decisión de una muerte digna (“M. A. D.”, Fallos 338:556), entre tantos otros.

fue: ROGUIN, Ernesto (“Las reglas jurídicas”, Madrid, 1904 (de la edición francesa de 1889), n° 131; FERRARA, Francesco “Trattato di diritto civile italiano”, vol. I, Roma, Athenaeum, 1921, pág. 313; DABIN, Jean “Theorie générale du Droit” 12ª, Bruylant, Bruselas, 1953, pág. 103; DE CUPIS, Adriano “I Diritti della personalità”, Giuffrè, Milano, 1959, tomo 1, págs. 11, 33 y ss.; DECOCQ, André “Essai d’une théorie générale des droits sur la personne”, Paris, LGDJ, 1960, 2 y ss. ; ROUBIER, Paul « Droits subjectifs et situations juridiques », Paris, Dalloz, 1963, esp. pág 87 y ss., con un extenso desarrollo histórico y de política jurídica sobre el debate entre « objetivismo » y « subjetivismo ». Cabe aclarar que el ilustre jurista se inclinaba por la teoría objetiva en materia de situaciones jurídicas extrapatrimoniales (pág. 364); BESSONE, Mario «Diritto soggettivo e droits de la personnalité », en Rivista Trimestrale di Diritto Civile, 1973, pag. 1175 y ss.

⁸ TUHR, Andreas “Derecho Civil. Teoría general del Derecho civil alemán”, Buenos Aires, Depalma, volumen I, pág. 189; ORGAZ, Alfredo, op. cit pág. 112.

En suma, mientras que para la teoría subjetiva, los derechos personalísimos son disponibles por su titular⁹ y, por lo tanto, compatibles con la *autonomía de la voluntad*; para la teoría contraria, conceptualizar a estos bienes como derechos subjetivos sería tanto como admitir que frente a bienes jurídicos esenciales de la persona humana, el *titular termine por ser el árbitro exclusivo*¹⁰, a través de la autodeterminación, de valores existenciales, circunstancia que resultaría, según este enfoque, someter a estos bienes que hacen al “ser” de la persona al modelo de un “yo propietario” propio de la dimensión del “tener” que caracteriza a los derechos patrimoniales¹¹.

En síntesis, hallándose en juego bienes “existenciales” – sostiene la postura objetiva – que hacen al “ser de la persona”, estas situaciones jurídicas deberían ser aprehendidas por el derecho objetivo que es quien debe establecer reglas precisas, adecuadas y *diferenciadas para cada uno de estos bienes*, en cuanto a la posibilidad de disposición, de renuncia, de transmisibilidad, etcétera¹².

Vale aclarar, que ambas teorías coinciden en la necesidad de proteger al individuo no sólo de terceros, sino – y este es el punto – incluso *de sí mismo, de sus propias decisiones*, las cuales – se afirma – tomadas de un modo inaprensible podrían socavar su propia esencia humana¹³. Ambas teorías, por lo tanto, profesan un cierto *paternalismo jurídico* y coinciden con el núcleo duro de la cuestión: *preservar la intangibilidad de la persona humana* (artículo 51 del CCyC).

Ahora bien, mientras que para la corriente objetiva esta protección se logra a través del derecho objetivo, quien se encarga de dosificar la tutela del bien jurídico respectivo¹⁴; para la teoría del “derecho subjetivo” *la gestión del bien jurídico queda a cargo del o la titular* quien encuentra la protección no ya a través de la “indisponibilidad” (resabio del “perfeccionismo” jurídico) sino, por medio de la facultad “irrenunciable” del titular del derecho a *revisar y revocar libremente la disposición que haya realizado de su derecho* (art. 54 del CCyC). El sistema, en otros términos, prioriza la “autodeterminación” de la persona pero, consciente que el propio individuo con su elección puede poner en riesgo su esfera intangible, le otorga el beneficio del *ius poenitendi*.

II.- Derechos personalísimos y autonomía privada

Con el correr de los años, la doctrina de los derechos (subjetivos) personalísimos terminó por imponerse ampliamente tanto en nuestro medio¹⁵ como en el derecho

⁹ Es la solución finalmente recogida por el artículo 55 del CCyC.

¹⁰ Es el epicentro de la crítica de ORGAZ, Alfredo op. cit. pág. 116.

¹¹ El ejemplo emblemático es que nadie puede someterse “voluntariamente” a la trata de personas (art. 2º de la ley 26.364).

¹² MESSINETTI, Davide “Personalità (diritti della)”, en Enciclopedia del Diritto, Milano, Giuffrè, pág. 355 y ss.

¹³ CATERINA Raffaele “Paternalismo e antipaternalismo nel diritto privato”, en Rivista di diritto civile, 2005, pág. 771.

¹⁴ LOISEAU, Grégoire “La personne et le numérique», en « Les métamorphoses du droit des personnes”, sous la direction de Teyssié, Lexis Nexis, Paris, 2023, pág. 244.

¹⁵ SAUX, Edgardo “Tratado de Derecho Civil. Parte General”, Rubinzal, 2018, tomo II, pág. 117; TOBIAS, José, “Tratado de Derecho Civil. Parte General”, La Ley, Bs.As., 2018, tomo II, pág. 173; RIVERA, Julio C. “Instituciones de Derecho Civil”, La Ley, Bs.As. 2022.

comparado¹⁶, consolidándose incluso normativamente con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación que recogió claramente esta perspectiva¹⁷.

Como acertadamente sintetiza la cuestión Alberto Bueres, los derechos personalísimos son derechos subjetivos *especiales*, pero derechos subjetivos al fin y a la postre¹⁸. No obstante ello, no faltan voces autorizadas que han llamado la atención sobre el déficit que la teoría de los derechos humanos o personalísimos concebidos como derechos subjetivos puede padecer en la complejidad de la sociedad actual. Así, por ejemplo, se ha observado:

a.- Que posicionar a los derechos humanos subsumidos en la estructura clásica de los derechos subjetivos, es condenar a estos bienes a circular bajo la forma de mercancía¹⁹.

b.- Que las situaciones jurídicas existenciales antes que un derecho constituyen un valor fundamental en el ordenamiento que incluso son anteriores a éste²⁰;

c.- Que los derechos humanos necesitan siempre de una tutela objetiva y del derecho positivo para ostentar su vigencia²¹.

d.- Que la lógica del derecho subjetivo, que en condiciones normales pudo haber sido vista como una adquisición para la persona humana, resulta ser en estadios de complejidad social una *teoría regresiva* para los derechos personalísimos porque pone al interés tutelado en una situación de fragilidad debido a la posibilidad de disposición por parte de su titular²².

e.- Que concebir a un “derecho humano” como un bien jurídico sujeto a la libre y voluntaria disposición por su titular, es negarle su carácter de derecho esencial²³.

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

g.- Que la noción de *autodeterminación* es una idea “*ultra individualista*” que expone a la esencia de la persona humana a una *reificación*, razón más que suficiente para

¹⁶ BRUGUIÉRE, Jean – GLEIZE, Bérengère “Droits de la personnalité”, Ellipses, Paris, 2015, pág. 63.

¹⁷ COMPAGNUCCI de CASO, Rubén “Los derechos personalísimos y sus principales caracteres”, en “Estudios de los Derechos Personalísimos. Obra en Homenaje a Santos Cifuentes”, Instituto de Derecho Civil, Academia Nacional de Derecho, Buenos Aires, 2019, pág. 119.

¹⁸ BUERES, Alberto J. “Prólogo a la obra de BERGOGLIO – BERTOLDI, “Trasplantes de órganos”, Hammurabi, Buenos Aires, 1983, pág. XXV.

¹⁹ BARCESAT, Eduardo “Sobre el porvenir de los derechos humanos”, en Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2001, pág. 183.

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

²⁰ Recientemente: LIPARI, Nicolás “Il diritto civile tra passato e futuro”, Riv. Dir. Civile, 2021, pág. 334.

²¹ GUIBOURG, Ricardo “¿Fundamento de los derechos humanos?”, en Ideas y Derecho. Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, 2010, pág. 129 y ss.

²² ANCEL, Pascal “L’indisponibilité des droits de la personnalité : une approche critique de la théorie des droits de la personnalité (sous la direction de Gérard Couturier) These, 1978, n. 5, pág. 7, exponiendo una crítica a la técnica del derecho subjetivo para estos bienes de la persona.

²³ FABRE MAGNAN, Muriel en Revue Droits, 2008, Paris, N°48, cit. pág. 42; “¿Los derechos del hombre no correrían el riesgo de vaciarse de su substancia si el consentimiento fuera suficiente para dispensar su carácter imperativo?

que el sistema jurídico preserve a la persona aun *de sí mismo y de sus propias decisiones* en cuanto comprometan a la dignidad humana²⁴.

h.- Que sería incoherente que en un derecho subjetivo el sujeto titular sea, al mismo tiempo, el objeto de la situación jurídica subjetiva²⁵.

i.- Que encasillar a los bienes existenciales en la estructura del derecho subjetivo (cuya esencia es la "*facultad de disponer*"²⁶) deriva en el entrelazamiento de estos bienes con la *autonomía privada*²⁷, tornando factible no ya el "acto de autorización unilateral" (que siempre es revocable según el artículo 55 del CCyC), sino a una peligrosa *contractualización* de los derechos personalísimos que de este modo quedan expuestos a reglas que son propias de los bienes del mercado (artículo 959 CCyC)²⁸.

Como quiera que se sea, como ya se dijo, y al margen de la importancia de muchos de estos cuestionamientos, particularmente en el nuevo contexto digital²⁹, la doctrina de los derechos (subjetivos) personalísimos terminó por imponerse.

III.- ¿La tecnología digital es instrumentalista o determinista?

En paralelo a este debate jurídico, la *tecnociencia* también asiste a un inquietante debate sobre su incidencia en el cambio social. Un debate que interesó primero a la sociología³⁰, luego a la teoría jurídica³¹ y que ahora, involucra directamente a gran parte de los derechos personalísimos.

Por supuesto que no se trata de una cuestión retórica. Por el contrario, se trata de un debate extremadamente importante para la teoría de los derechos personalísimos y en particular para el destino del *derecho a los datos personales*, dado el

²⁴ FELDMAN, Jean Philippe "Faut-il protéger l'homme contre lui meme? En Revue Droits, Puf, Paris, 2009, pág.89.

²⁵ Con amplias y valiosas consideraciones: CICALA, Francesco "Il rapporto giuridico", Giuffré, Milano, 1959, pág.455 y ss.

²⁶ PUGLIATTI, Salvatore "Il trasferimento delle situazioni soggettive", Milano, 164, pág. 72.

²⁷ El vínculo entre autonomía privada y derechos personalísimos es estudiado por: NICOLAU, Noemí "El acto jurídico personalísimo, instrumento para la dinamización de los derechos personalísimos" en "Estudios de los derechos personalísimos. Obra en homenaje a Santos Cifuentes, Academia Nacional de Derecho, Buenos Aires, 2019, pág. 47; DE LORENZO, Miguel F. "El negocio jurídico (crisis y fragmentación de una categoría)", en prensa, Buenos Aires, 2023; NICOLUSSI, Andrea "Autonomía privada e diritti della persona", en Enciclopedia del Diritto, Milano, Giuffré, pág. 133 y ss.; Importantes reflexiones sobre un preocupante cuadro en: TOBIAS, José "Tatuajes y "piercings": entre la autodeterminación y la salud" en La Ley, t. 2022-F págs. 1-4.

²⁸ DE LORENZO, Miguel Federico "El acto jurídico extrapatrimonial", en Liber Amicorum Marcos Córdoba, Rubinzal Culzoni, Bs.As., 2016, tomo III, pág. 101 y ss. A tal punto se da esta contractualización que el propio codificador se ha debido ocupar del tema estableciendo que, cuando el contrato tenga por objeto derechos sobre el cuerpo humano, se aplican los artículos 17 y 56 del código civil y comercial (art. 1004 CCyC). Véase: UBERTAZZI, Tommaso "Ripensando alla revoca del consenso nella prospettiva funzionale della privacy", en Contratto e Impresa, 2022, pág. 27 y ss.

²⁹ RESTA, Giorgio "Diritti fondamentali e diritto privato nel contesto digitale" en "F. CAGGIA - G. RESTA (a cura di), I diritti fondamentali in Europa e il diritto privato, Roma, 2019, p. 117 y ss.

³⁰ MOROZOV, Evgeny "La locura del solucionismo tecnológico", Buenos Aires, 2016.

³¹ Pioneros los trabajos de: LAQUIS, Manuel "El derecho frente a las nuevas tecnologías", en "El Derecho y las nuevas tecnologías", Separata de la Revista del derecho industrial, n. 33, Buenos Aires, Depalma, 1990, pág. 543 y ss.; y de COTTA, Sergio "El desafío tecnológico", Eudeba, Bs.As. 1968 (del italiano por Viggiolo de More); ALTERINI, Atilio A. "Perspectivas éticas y jurídicas de las tecnologías convergentes", en La Ley 2007-F. pp. 891; del mismo autor: "Respuestas ante las nuevas tecnologías: sistema, principios y jueces", La Ley 2007-F. pág. 1338; RODOTA, Stefano "Il Diritto di avere diritti", Laterza, Bari, 2012.

eslabonamiento que existe entre el “inevitable” uso de las plataformas digitales en la actual *cultura de la conectividad*³² y el destino de datos personales de los usuarios y consumidores que, a esta altura, es casi la totalidad de la población.

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

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

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

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

En el otro extremo del espectro se encuentra el “*determinismo tecnológico*”³³. El padre de esta teoría fue Thorstein Veblen, a principios del siglo XX.

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

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

La tecnología intelectual, dice Nicholas Carr a propósito del enfoque determinista, cuando alcanza un nivel generalizado, a menudo fomenta nuevas formas de pensar. Incluso *nuevas necesidades*³⁴.

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

La primera de ellas es que, al margen de si se acepta o no la teoría del determinismo tecnológico, lo que está comprobado es que *la tecnología digital condiciona, cada día más, nuestros hábitos y nuestras necesidades*³⁵. Las plataformas digitales, por dar un ejemplo, han dejado de comportarse como meras herramientas o instrumentos “pasivos” que se emplean para realizar tareas a gusto y antojo del que las usa y han

³² Sobre lo cual: VAN DIJCK, Johana José “La cultura de la conectividad. Una historia crítica de las redes sociales”, Buenos Aires, Siglo XXI, 2016.

³³ Ampliamente: OSORIO MARULANDA Carlos, “El determinismo tecnológico: una reflexión crítica desde la teoría de los sistemas tecnológicos”, Departamento de Filosofía, Universidad de Oviedo, 2007.

³⁴ “Superficiales”, Taurus, Madrid, 2010, pág. 66.

³⁵ Vale señalar que solo se señala un condicionamiento cultural que sugiere un giro en la política legislativa sobre el tema del consentimiento para el tratamiento de datos y que, por lo tanto, no vinculo esta tesis, en lo concreto, con la teoría de destacados juristas argentinos (Chamatropulos, Shina, Sobrino, entre otros) que han hecho un uso fecundo del análisis de las neurociencias para indagar sobre la “racionalidad” de la decisión contractual.

pasado a ostentar el poder de una estructura necesaria e inevitable para relacionarse social, económica y *jurídicamente*.

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

De este modo, la actual tecnología digital actuaría de manera muy sutil pero terminante: básicamente condicionando nuestros hábitos a un complejo entramado tecnológico. La segunda razón es aún más decisiva. Si la tecnología, en vez de actuar como “mero instrumento”, condiciona – como mínimo – los hábitos, generando una dependencia, se advierte el peligro inminente de que la tecnología digital se convierta en un paradigma de comprensión que condiciona la vida de las personas y el funcionamiento de la sociedad.

Hoy el paradigma tecnocrático se ha vuelto tan dominante que es muy difícil prescindir de sus recursos, *y más difícil todavía es utilizarlos sin ser dominados por su lógica*. Tanto ello es así, que se ha vuelto contracultural elegir un estilo de vida con objetivos que puedan ser al menos en parte independientes de la tecnología digital (“*hereje digital*”) de sus costos y de su poder globalizador y masificador³⁶.

A tal punto llega este condicionamiento³⁷, que se ha podido afirmar, desde el plano del psicoanálisis, que la *tecnología digital* se encamina a concretar – nada menos – que una dominancia de la *subjetividad*³⁸.

Básicamente, algo ya presente en la profecía de Stewart Brand, cuando decía: “intentar cambiar la mente de las personas es una pérdida de tiempo. Cambia las herramientas que utilizan y cambiarás el mundo”³⁹.

IV.- La irrupción de las nuevas tecnologías en la teoría jurídica

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

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

Las plataformas digitales utilizan los datos de los usuarios para influir en el tráfico y monetizar flujos de información. Como dice una reconocida jurista, en este ecosistema digital, la información asociada al *big data* se “datifica” convirtiendo a los datos que circulan en la red en un activo o capital al servicio de las grandes empresas del sector, poniendo en crisis el derecho a la privacidad y la autodeterminación informativa que lo integra⁴⁰.

Con diez “me gusta” que das en Facebook, dice Martin Hilbert, la inteligencia artificial te conoce mejor que tus colegas de trabajo; con 100, mejor que tu familia; con 150, mejor que tu pareja y tu mamá; y con 200, mejor que tú mismo⁴¹.

³⁶ MOROZOV, Evgeny “La locura del solucionismo tecnológico”, Buenos Aires, 2016, pág. 15.

³⁷ TWIGG FLESNER, Christian “Disruptive Technology - Disrupted Law? How the digital revolution affects (Contract) law” en A. De Franceschi, European Contract Law and the Digital Single Market (Intersentia, 2016), pág. 1 y ss.

³⁸ ALEMAN, Jorge en diario Perfil del 11 de junio de 2021; GUREVICH, Ariel “La vida digital. Intersubjetividad en tiempos de plataformas sociales”, La Crujía, 2021.

³⁹ Cit. por BARICCO, Alessandro “The game”, Gribaudo, 2021, pág. 8.

⁴⁰ FRUSTAGLI, Sandra A. “Derecho del consumidor frente a los desafíos del uso de la inteligencia artificial (IA) en las relaciones de consumo”, en RCCyC 2021 (diciembre), 5.

⁴¹ Diario La Nación del 20-6-2021.

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

Los “Smart contracts”, por dar otro ejemplo, están en condiciones de gestionar, por sí mismos, el riesgo contractual, y pueden hacerlo, con una asimetría nunca antes conocida; no solo porque el proveedor conoce todo sobre lo que oferta, sino porque además conoce todo de su contratante, incluso – y este es el punto – paradójicamente, ¡más de cuanto este sabe de sí mismo! gracias a los “datos personales” con los que cuenta para “perfilar” al cocontratante⁴².

b.- El segundo postulado es que, conceptualmente, las plataformas digitales no niegan nuestra libertad, sino que, conscientes del condicionamiento que imponen, nos consultan previamente sobre nuestra conformidad para acceder a nuestros datos personales⁴³.

La etiqueta “no haremos nada sin tu conformidad” o “para nosotros (Instagram) es importante que sepas controlar tu privacidad”, son una constante en las plataformas tanto nacionales como globales.

Pero este alarde de libertad y consentimiento, que a primera vista luce como positivo, resulta cuanto menos paradójico en un contexto en el cual la elección resulta forzada⁴⁴. En efecto, alguna vez, la preocupación radicaba en el temor a que las reglas sobre el tratamiento de datos que se hacía en la página web no fueran suficientemente conocido o debidamente entendido por el usuario⁴⁵. Actualmente, aun si esa hipótesis subsiste, la preocupación es (o debería ser) otra: que *el usuario no puede negarse a consentir* sencillamente porque no puede prescindir del servicio a través del cual despliega, ya condicionado, sus vínculos sociales y económicos.

Necesitado el usuario no sólo de celebrar un “contrato necesario”⁴⁶ sino además a *aceptar* las condiciones que le impone la plataforma digital sobre el uso de sus datos personales y de las “cookies” para poder acceder al servicio, *el consentimiento del titular se convierte en un instrumento endeble para ser el eje del tratamiento de los datos personales*.

Bajo estas condiciones, el consentimiento no es más que una manera de crear la ilusión de la libertad a través de la “yema de los dedos” que se desplaza presurosa sobre la pantalla para presionar el botón aceptar y poder continuar en la página Web⁴⁷.

Desde el momento en que las plataformas digitales se convirtieron en indispensables, en cuanto necesarias para poder participar de lleno en nuestra sociedad, *ya no hay posibilidad de excluirnos de forma voluntaria de la recopilación de datos*. Más aún, el sujeto moderno, tecnológicamente condicionado, ya ni siquiera es consciente⁴⁸ de que, al aceptar, ingresa en un verdadero contrato “oneroso” (art.

⁴² DE LORENZO, Miguel F. “Repensar al otro (Reflexiones sobre el Derecho Civil), en Jurisprudencia Argentina, 2019-II, pág. 3.

⁴³ BYUNG CHUL Han, “Capitalismo y pulsión”, Barcelona, Herder, pág.5.

⁴⁴ Sobre la problemática del acto decisonal: VON WRIGHT Georg “La lógica de la preferencia”, (del inglés por Roberto Vernengo y Eugenio Bulyguin), Buenos Aires, Eudeba, 1967; SALECL, Renata “La tiranía de la elección”, (traducción de De Nápoli), Buenos Aires, Godot, 2022.

⁴⁵ SCHWARTZ Paul - SOLOVE, Daniel “Notice and choice: implications for digital marketing to youth”, 2009, pág. 2.

⁴⁶ Era la expresión sobre los contratos impuestos de MASNATTA, Héctor “El contrato necesario”, Buenos Aires, Abeledo, 1964.

⁴⁷ BYUNG CHUL Han “Infocracia”, Buenos Aires, Taurus, 2022, pág. 20.

⁴⁸ BYUNG CHUL Han, “No cosas”, Buenos Aires, Taurus, 2021, pág. 41.

959 del CCyC), en el cual, a cambio del servicio que le ofrece la plataforma *entrega como contraprestación sus propios datos personales!*⁴⁹

“Datos personales” suena demasiado abstracto. Y esta es una abstracción muy oportuna para los que mercantilizan los datos. De lo que estamos hablando, en realidad, es de un derecho personalísimo, quizás, el más envolvente de nuestra esencia humana⁵⁰ porque representa nuestras esperanzas y miedos, nuestros historiales médicos, nuestras conversaciones más privadas, nuestras amistades, nuestros más oscuros remordimientos, nuestros traumas, nuestras alegrías, de cómo suena nuestra voz y de cómo nos late nuestro corazón.

V.-El problema del “consentimiento” como eje del tratamiento de datos personales
Sobre la base de las precedentes consideraciones, se advierte que la protección de los datos personales sobre la base del “*consentimiento*” del interesado (art. 5 y 11 de la Ley 25.326), a la luz de los actuales condicionamientos producidos por el uso extendido de la tecnología digital, resulta un *instrumento insuficiente* para una protección adecuada del derecho personalísimo en cuestión⁵¹.

Va de suyo, y casi no resulta necesario aclararlo, nadie pone en duda la conveniencia de estar debidamente informado, ni de la utilidad de la recolección de datos cuando se halla justificada. De lo que se trata es de preservar los datos personales, de cuidar el derecho a la intimidad y de poner al resguardo el derecho a no ser arbitrariamente discriminado⁵².

Hoy, cuando todo da a entender que, por el poder de las plataformas digitales⁵³ asistimos, si no a un determinismo, cuanto menos a un “*sonambulismo tecnológico*”⁵⁴; cuando para aceptar el tratamiento de los datos basta con un “clic” mientras que para “rechazarlo” se requiere de mucha paciencia y esfuerzo. Cuando, como se sabe, *en las plataformas digitales nada se negocia*, porque todo es “*adhesión*”⁵⁵, *dejar al derecho personalísimo de los datos personales en las manos del asentimiento del consumidor* constituye una técnica sólo aparente de protección⁵⁶.

⁴⁹ Interesantes consideraciones en: RICCIUTO Vincenzo “Il contratto ed i nuovi fenomeni patrimoniali: il caso della circolazione dei dati personali”, en *Rivista di Diritto Civile*, 2020, pág. 642 y ss.

⁵⁰ CIFUENTES, Santos, “Los datos personales informáticos, un derecho autónomo personalizado”, *Jurisprudencia Argentina*, del 13/10/1999.

⁵¹ Cuestión diversa es, por supuesto, el tratamiento del consentimiento en materia de responsabilidad civil. Al respecto, el documentado trabajo de: MARQUEZ, Fernando “El consentimiento del damnificado como eximente de responsabilidad (Análisis del art. 1720 del Código Civil y Comercial)” en *La Ley* 2022-D, 297

⁵² Recientemente en Italia se aprobó la ley del “olvido oncológico” destinada a evitar discriminaciones, etc. sobre los pacientes (véase: “Diritto all’oblio oncologico: via libera della Camera alla legge per la tutela dei diritti delle persone guarite da malattie oncologiche”, <https://www.dimt.it/>)

⁵³ ALPA, Guido “On Contractual Power of Digital Platforms”, *European Business Law Review* (2023), pág. 377.

⁵⁴ Imprescindible: WINNER, Langdon “La ballena y el reactor. Una búsqueda de los límites en la era de la alta tecnología”, Gedisa, Barcelona, 2008, pág. 43.

⁵⁵ GENTILI, Aurelio “La volontà nel contesto digitale: interessi del mercato e diritti della persona”, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2022, pág. 701 y ss.

⁵⁶ GALLI, Federico “La pubblicità mirata al tempo dell’intelligenza artificiale: quali regole a tutela dei contratti”, en *Contratto e Impresa*, 2022, pág. 931 Pero ya, anticipadamente: PATTI, Salvatore “Il consenso dell’interessato al trattamento dei dati personali”, en *Rivista di Diritto Civile*, 1999, pág.467; WARNER, Richard – SLOAN, Robert “Beyond Notice and choice: privacy, norms and consent”, en *High Tech L.* (2013) RESTA Giorgio, ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo “Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete”, *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, 2018, págs. 411 y ss.

VI.- Recuperar la tutela a través del derecho objetivo

Con este escenario por delante, caracterizado por *nuevos riesgos tecnológicos* (v.g. la inteligencia artificial), renace, a mi modo de ver, la importancia del señero debate mencionado al inicio y, en particular, las precisiones de Orgaz⁵⁷.

Por supuesto, no ya a través de la discusión sobre la naturaleza de la situación jurídica respectiva, que hoy ya se encuentra consolidada en favor de la categoría del derecho subjetivo. Pero sí, sobre los ejes de una tutela efectiva de cara a una nueva ley que necesariamente se requiere en la materia, y en especial sobre la oportunidad de introducir reglas objetivas e imperativas sobre el tratamiento de los datos, en especial sobre la circulación y los usos “secundarios” que se hacen de ellos⁵⁸.

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

Se impone por lo tanto otras exigencias. No sería descabellado establecer la inadmisibilidad del consentimiento bajo la condición de pérdida de un servicio⁵⁹; o que resulte inadmisibles la exigencia de datos personales *no vinculados a la finalidad del contrato* y/o a la ejecución de las prestaciones respectivas, y así sucesivamente.

VII.- La metáfora de George Orwell y la tutela objetiva de los datos personales

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

La metáfora puede y debe extenderse al derecho personalísimo a los datos personales. No habrá intimidad si las personas dejan de valorar a sus datos personales⁶⁰. Pero menos aun si el sistema acompaña legitimando el abandono.

Los usuarios de la tecnología suelen ser ajenos a su ética. Por lo general están concentrados en los beneficios prácticos. Cualquiera que haya usado internet alguna vez habrá comprobado que frente a la premura o necesidad de acceder a una determinada información termina autorizando la recolección de su información personal sin saber sobre el verdadero impacto de ello. La opción por defecto debería ser, por lo tanto, la no recopilación de datos o la recolección *mínima y necesaria* lo

⁵⁷ Conf. Recientemente: LOISEAU, Grégoire “La personne et le numérique», en «Les métamorphoses du droit des personnes», sous la direction de Teyssié, Lexis Nexis, Paris, 2023, pág. 244.

⁵⁸ CAGGIA, Fausto “Libertá ed espressione del consenso”, en “I dati personali nel diritto europeo” al cuidado de CUFFARO, Vincenzo y RICCIUTO, Vincenzo, Giappichelli, 2019, pág. 251. Véase también el interesante trabajo de AZAR, Aldo “La obligación de seguridad por indemnidad de datos personales, imagen, intimidad, identidad y privacidad” en La Ley 2022-D-432.

⁵⁹ RUIZ MARTINEZ, Esteban “La protección de los datos personales en internet (una tarea ineludible)”, en El Derecho, tomo 284.

⁶⁰ Genera fundadas controversias por cierto que la empresa del dueño de ChatGPT ofrezca en nuestro país dinero a cambio de “escanear tu retina” y que más de dos millones de personas en el mundo ya realizaron el intercambio; mientras que, en la Argentina, el número asciende a 200.000 en solo pocos días (La Nación, 4 de agosto de 2023).

que garantizaría un equilibrio entre la libre circulación de datos y la protección de la intimidad personal.

VIII.- Los datos personales como derecho “transpersonal”

Por último, pero no menos importante, cabe señalar que *la privacidad, ya no es una mera cuestión individual* como lo era en el pasado reciente cuando no existía la IA ni el desarrollo digital que existe hoy⁶¹. Cuando se dice que tus datos son “personales” parece que se esté dando a entender que solo el titular es la única parte que interesa a la hora de compartirlos. Pero ese es un error de concepto. El derecho a los datos personales es un derecho *transpersonal*, porque el interés tutelado no solo responde a una necesidad individual sino también de índole social.

La privacidad, los datos personales de un grupo o de una sociedad es tan colectiva como personal. Como el desastre de Cambridge Analytica ha demostrado, cuando se expone la privacidad, todos estamos en peligro⁶².

De hecho, para que no haya dudas sobre lo que quiero expresar, ya existe un uso político de los datos personales⁶³.

La defensa de la persona humana, en tiempos de la IA, de la recolección, circulación y usos secundarios de los datos personales, ha dejado de ser una cuestión *estrictamente individual*, entre otras razones porque se presentan nuevas amenazas *colectivas* a los derechos fundamentales a través del uso de los algoritmos con fines discriminatorios o políticos⁶⁴.

No se trata de despojar a la persona del derecho subjetivo a los datos personales, lo que sería regresivo, sino de contemplar también técnicas para una *macro protección* objetiva en resguardo del interés general. Una cosa no excluye la otra.

La tutela de la dignidad de la persona – se ha dicho con sobrada razón – debe constituir una obsesión para quienes profesan una concepción humanista del derecho y de la vida; concepción que exige que el derecho, la economía y el Estado estén al servicio de los valores superiores del hombre y no a la inversa⁶⁵.

Urge por lo tanto que los civilistas posemos la mirada en el paradigma tecnológico, principalmente allí donde este paradigma “coloniza” primero y confronta después a los derechos personalísimos, recordando que, como decía Luigi Mengoni⁶⁶, la

⁶¹ LOISEAU, Grégoire “La personne et le numérique», en « Les métamorphoses du droit des personnes”, sous la direction de Teyssié, Lexis Nexis, Paris, 2023, pág. 253.

⁶² VELIZ, Carissa “Privacidad es poder. Datos, vigilancia y libertad en la era digital”, Madrid, Debate, 2021.

⁶³ ZUBOFF Shoshana “La era del capitalismo de la vigilancia”, Paídos, Buenos Aires, 2021.

⁶⁴ Cuestiones expresamente advertidas en el considerando 23) del precedente “Denegri” de la CSJN, publicado en Fallos: 345:482: “Es así que el presente pronunciamiento no implica desconocer que el creciente uso de herramientas de tecnología informática y, en particular, de sistemas que podrían incluirse dentro de la categoría “Inteligencia Artificial” (IA), suscita numerosos interrogantes respecto de su campo de aplicación a la luz de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional y en los Tratados de Derechos Humanos, así como respecto de su incidencia en la ordenación del debate público. Aun cuando el tema no haya sido objeto de debate en la presente causa, cabe destacar la existencia de un foro de discusión mundial acerca del modo de compatibilizar los problemas que en algunas ocasiones podrían suscitarse entre los mencionados derechos y el funcionamiento de los sistemas de algoritmos”.

⁶⁵ PIZARRO, Daniel – VALLESPINOS, Gustavo “Tratado de Responsabilidad Civil”, Buenos Aires, Rubinzal, 2018, tomo III, pág. 148.

⁶⁶ “Diritto e tecnica”, en Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 2001, pág. 7.

tecnología, por su naturaleza, no cuenta por sí misma con la capacidad para elegir un fin. *Esta tarea le pertenece, siempre, al Derecho.*