

INSTITUTO DE INVESTIGACIÓN

CONCEPTOS

DOSSIER

Derecho e innovación tecnológica

UMSA UNIVERSIDAD
DEL MUSEO SOCIAL ARGENTINO

CONCEPTOS



Boletín de la Universidad del Museo Social Argentino

Av. Corrientes 1723 –
C1042AAD – CABA.

Tel. (54-11) 5530-7600 – Fax:
(54-11) 5530-7614

Sarmiento 1565 – C1042ABC
– CABA.

Tel. (54-11) 5217-9401/02

E-mail: conceptos@umsa.edu.ar

Año 97 / N° 515 / Agosto 2022

AUTORIDADES

RECTOR EMÉRITO

Dr. Guillermo E. Garbarini Islas †

RECTOR

Dr. Eduardo E. Sisco

VICERRECTORADO DE
POSGRADO E INVESTIGACIÓN

A cargo del Sr. Rector

SECRETARIO GENERAL

Lic. Aníbal C. Luzuriaga

FACULTAD DE ARTES
Decana Lic. Alejandra Portela

FACULTAD DE CIENCIAS
ECONÓMICAS
**Responsable interino Dr.
Leonardo Gargiulo**

FACULTAD DE CIENCIAS
HUMANAS
Decano Lic. Gustavo Maüsel

FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES
**Decano Mag. Mariano Cúneo
Libarona**

FACULTAD DE LENGUAS
MODERNAS
Decana Lic. Fabiana Lassalle

DIRECTOR DE GESTIÓN
ACADÉMICA
Dr. Leonardo Gargiulo

SECRETARIA ACADÉMICA
Lic. Leandra Martínez Rodríguez

DIRECTOR DE PUBLICACIÓN
Dr. Ernesto R. B. Polotto

SECRETARIO DE REDACCIÓN
Dr. Eduardo Tenconi Colonna

ASISTENTE DE EDICIÓN
Pablo Agustín Vázquez

CONSEJO DE REDACCIÓN
Trad. Pública Mariana Barragán
Mag. Mariano Cúneo Libarona
Dr. Andrés Febbraio
Lic. Leandra Martínez Rodríguez
Dr. Eduardo Tenconi Colonna
Dr. Fabián Vázquez
Dra. Patricia Vázquez Fernández

CORRECTORA LITERARIA
Trad. Pública Sandra Ramacciotti

TRADUCTORA
Mag. Cristina De Ortúzar

EDITOR RESPONSABLE
Museo Social Argentino

SUMARIO

7 EDITORIAL - *Por Patricio Asensio Vives*

11 Smart Contracts: ¿es posible aplicar el derecho vigente? - *Por Sofía Angio y María Florencia García*

39 Algunos comentarios sobre las pautas éticas de la Unión Europea sobre el uso de sistemas de Inteligencia Artificial en la administración de justicia - *Por Alejandro Batista*

59 Comercio electrónico, inteligencia artificial y el rol de la autonomía de la voluntad - *Por Jéssica Soledad Cáceres*

83 El derecho de autor en Internet: responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet luego de la directiva 2019/790. ¿De victimario a víctima? - *Por María Laura Saccone*

119 Derecho sobre datos no personales a propósito de la posible creación de un derecho sui generis en la Unión Europea - *Por Pablo A. Iannello*

157 Salario básico universal: oportunidad, mérito y conveniencia - *Por Gabriel Binstein y Gabriela Novach*

175 Licencia por maternidad y gestación subrogada - *Por Gabriel Binstein y Luis Anunziato*

LA RESPONSABILIDAD POR EL CONTENIDO
DE LOS ARTÍCULOS ES EXCLUSIVA
DE SUS RESPECTIVOS AUTORES

PALABRAS PRELIMINARES

*Por Patricio Asensio Vives**

Estimado lector:

Coincide la edición de este número de *Conceptos* con la celebración de los 111 años del Museo Social Argentino, cumplidos el pasado 23 de mayo.

Sus fundadores soñaron con que la institución fuese protagonista en el estudio y debate de los problemas de la sociedad argentina, y que aportase a la elevación de propuestas para su solución.

Nuestra Universidad fue fundada años después precisamente para perpetuar ese espíritu y propósito a través de la formación de sus estudiantes, no sólo a través de la transmisión de los conocimientos más actualizados de sus respectivas disciplinas o carreras, sino a través del desarrollo del pensamiento crítico y del compromiso con la realidad de nuestro país. Asimismo, siempre ha instado a que nuestra comunidad académica participase en su actualización permanente y en la generación de nuevas ideas.

Las universidades deben siempre aportar a la renovación y al desarrollo de las ciencias, y son fundamentales para las sociedades a las que pertenecen.

Conforme a su naturaleza como tal, UMSA ha sido y es marco y sede de la creatividad con libertad.

En momentos en que la inteligencia artificial inaugura entusiasmos y temores, las universidades representan la garantía de que la iniciativa y la construcción del futuro son consecuencia de nuestras decisiones. Todo avance tecnológico sólo mejora o facilita el alcance de nuestras metas.

Las notas o ensayos que ofrece este número de *Conceptos* son ejemplo de estas reflexiones y enriquecen desde su originalidad y diversidad.

Buenos Aires, junio de 2022

**Directivo Museo Social Argentino*

ARTÍCULOS

SMART CONTRACTS:
¿ES POSIBLE APLICAR EL DERECHO VIGENTE?

*SMART CONTRACTS AND THE ENFORCEABILITY
OF THE EXISTING ARGENTINE LAW*

Por Sofía Angio y María Florencia García***

Resumen

Los *smart contracts* son un tema de interés que se fue potenciando en los últimos años. Desde la existencia de *blockchain*, el interés aumentó, ya que empezó a existir un medio para crearlos que conllevaba ventajas tecnológicas que propiciaban el uso de los contratos inteligentes: innecesariedad de intermediarios, autoejecutabilidad, inmutabilidad, seguridad. Para poder comprender el campo de este tipo de contratos, vamos a definir qué es *blockchain*, qué son los *smart contracts*, características principales, antecedentes históricos, el lenguaje, cómo funcionan, qué sucede con la responsabilidad, la aplicación de ley argentina vigente sobre contratos tradicionales y la ley del estado de Delaware para los contratos inteligentes.

Palabras clave: contratos inteligentes, automatización, derecho argentino, cadena de bloques, inmutabilidad

Abstract

The topic of smart contracts has gained popularity and interest among businessmen and companies over the

years. As blockchain spread, the implementation of *smart contracts* was possible, and it drew everybody's attention because they benefited from blockchain's advantages, such as automation, security, immutability, and no need of intermediaries. In order to understand smart contracts, we will analyze the definitions of blockchain and smart contracts, their main characteristics, history, language, their functioning, issues regarding responsibility, Argentine Law and Delaware's Law.

Keywords: blockchain, electronic contract, immutability, Argentine law, automation

Fecha de recepción: 17/05/2022

Fecha de aceptación: 27/06/2022

Blockchain ¿Qué es?

Blockchain es una cadena de nodos, una cadena de información que registra datos de forma ordenada. Se hizo particularmente conocida por ser la tecnología que se aplica en varias criptomonedas. Cada bloque de la cadena tiene un lugar específico e inamovible y en cada nodo se guarda información de la cadena completa. Al incorporar un registro nuevo, toda la red valida y verifica ese registro y luego se incorpora como parte de la cadena.

Uno de los puntos de seguridad de *blockchain* es que posee *hash*. El *hash* es el resultado de un algoritmo, una huella, un conjunto de letras o números que constituyen un patrón de entrada y, si se cambia uno de esos números

o letras, cambia el 50 % del código de resultado. Es muy rápido de calcular y computacionalmente casi imposible de descifrar por el costo que implica.

Dado que cada nodo de la red posee una copia exacta de la cadena, si queremos falsear un registro, la cadena no la verifica, entonces no se puede falsear. La verificación implica el consenso de gran parte de la red de nodos y para modificarlo falseado se necesitaría poder reproducir el mismo *hash*, lo que es prácticamente imposible por el costo que eso significa y, actualmente, por el tamaño de la red se requiere tanto poder de cómputo que es bastante complicado y caro de realizar. En verdad, la complejidad de falsear *blockchain* hoy no es técnica, sino que se vuelve extremadamente oneroso. En la mayoría de los casos, no existe correlación entre el costo y el beneficio de la transacción.

Los *hash* existen en toda la red de *blockchain*. Cada cadena tiene el *hash* anterior y el *hash* propio. Por lo que cualquier dato falseado que se quiera incorporar tiene que cambiar todos los *hash* desde ese lugar de la cadena hacia atrás (esta es una de las características que hacen que cualquier intento de adulteración se vuelva muy oneroso).

Ahora bien, supongamos que se quiere cambiar un registro existente, ¿hay que modificar el anterior? No, lo que debe hacerse es agregar una nueva cadena reflejando el cambio. Una analogía de esto es el registro de la escritura de una propiedad donde pueden observarse todos los propietarios anteriores en el orden en el que se realizaron esos cambios. La cadena de *blockchain* con todos los registros genera un tracto sucesivo.

Blockchain permite que la información se mantenga intacta y descentraliza el control, lo cual impide que se pierda la información si, por ejemplo, algún archivo de registro no funciona, se daña o se incendia el soporte papel.

Existen múltiples plataformas de *blockchain*. Actualmente, Ethereum es la que se utiliza en la mayoría de los contratos inteligentes.

El concepto del contrato inteligente

La existencia de la tecnología *blockchain* permitió el surgimiento de una nueva tecnología denominada contratos inteligentes o *smart contracts*. La innovación de estos acuerdos legales yace en que la ejecución de estos es automática gracias al uso de las computadoras. La ejecución se lleva a cabo a través de un código de programación que contiene el lenguaje legal (Raskin, 2017).

Se utiliza el término contrato inteligente o *smart contract* para describir al código de computadora que ejecuta automáticamente todas las partes de un acuerdo que se almacena con tecnología *blockchain* o tecnología de registro distribuido. Este acuerdo al que se refiere el código puede constituir el acuerdo de partes o complementar el texto escrito de un contrato en soporte papel. Estos contratos son el elemento fundamental de la mayoría de las plataformas y aplicaciones que se desarrollan con el tipo de tecnologías mencionadas (Levi et al., 2018).

Estos contratos que utilizan la tecnología *blockchain* se benefician de la seguridad, permanencia e invariabilidad

que ofrece dicha tecnología (Levi et al., 2018). Asimismo, la ejecución de los contratos es automática por el código de computadora y exigible por ley. Si bien los contratos inteligentes no dependen del Estado para ser exigibles, es una forma que tienen las partes de garantizar el cumplimiento (Raskin, 2017).

Antes de continuar, cabe hacer la distinción entre los contratos inteligentes de código y los contratos inteligentes legales.

La tecnología *blockchain* se desarrolló para desempeñar una serie de funciones, principalmente transferencias de criptomonedas, pero desde su creación aparecieron nuevas tecnologías que permiten funciones más complejas establecidas en lenguaje de programación. Como algunos de estos programas están en *blockchain*, poseen características específicas en comparación con otro *software*, como la inalterabilidad y la ejecución y control de los activos en *blockchain*, es decir que puede almacenar y transferir criptomonedas. Los desarrolladores utilizan el término *smart contract* para referirse a los programas complejos que se almacenan y ejecutan en *blockchain*. La palabra “contrato” ayuda a identificar que estos códigos contienen y controlan información importante y valiosa, como el dinero o identidad. Los contratos inteligentes de código no se asemejan a lo que conocemos como contratos y, por lo general, no se usan de forma aislada sino como una pequeña parte de otra aplicación más completa (Stark, 2016).

En el ámbito jurídico, los contratos inteligentes poseen una definición muy diferente. El término hace

referencia a uno de los usos específicos del contrato inteligente de código, es decir, a la forma de usar la tecnología *blockchain* para complementar o reemplazar los contratos legales existentes. Estos contratos inteligentes legales constituyen la combinación de un contrato legal de código y lenguaje legal tradicional. Por ejemplo, si el proveedor y el vendedor minorista realizan un contrato inteligente legal, los términos de pago podrían definirse en código y ejecutarse de forma automática contra entrega. Ahora bien, el vendedor minorista podría insistir en incluir cláusulas de indemnización frente a posibles productos defectuosos. Este tipo de cláusulas no puede expresarse en código, dado que no pueden ejecutarse por sí solas, deben ser interpretadas y exigidas ante el juez (Stark, 2016).

Muchos de los términos del contrato pueden escribirse en lenguaje de programación para incorporarlos en una máquina. Esto se debe a que el cumplimiento y la exigibilidad del contrato se reducen a afirmaciones condicionales que resultan fundamentales para la computación. Aun así, no todas las declaraciones condicionales que se utilizan en el ámbito legal pueden replicarse en el lenguaje de código; en los casos donde no sea posible, las partes no deberían considerar utilizar *smart contracts* (Raskin, 2017).

En vista del carácter estrictamente jurídico de este artículo, se utilizará el vocablo *smart contract* o contrato inteligente para referirse al conjunto del acuerdo y de la secuencia de código.

Antecedente histórico

Hace 20 años, Nick Szabo, informático, jurista y criptógrafo, introdujo el término *smart contracts*. Entendía que la revolución digital hacía posible que las relaciones se formalizaran de nuevas formas. Los denominó “contratos inteligentes” porque resultaban más funcionales que los contratos en formato papel, al poder ejecutarse de forma automática según los pasos previstos. Los definió como un conjunto de promesas, en formato digital, que incluían protocolos dentro de los que las partes cumplían aquellas promesas. El ejemplo clásico de un contrato inteligente que Szabo presentó fue la máquina expendedora (Levi et al., 2018).

El vendedor de libros británico Richard Carlile inventó una máquina expendedora de libros para evitar la persecución bajo las leyes de libelo y sedición dado que, con anterioridad, había estado prisionero y quería evitar cualquier tipo de responsabilidad futura. El objetivo era que la Corona no pudiera identificar a las personas que vendieran el material blasfemo. Afirmaba que era un contrato exclusivo entre el comprador y la máquina, donde el editor no tenía injerencia. Los intentos de Richard Carlile fueron ineficientes, y la Corona lo condenó por vender literatura blasfema por medio del dispositivo (Raskin, 2017).

Szabo explicó que la máquina recibe las monedas y, gracias a un mecanismo simple, expende el cambio y producto según el precio que se exhibe. De este modo, la propia máquina controla el bien y puede hacer cumplir los términos del contrato. La máquina expendedora

es un contrato al portador, es decir, cualquiera con monedas puede participar del intercambio con el vendedor. La caja de seguridad y demás mecanismos de protección resguardan las monedas y el contenido de cualquier atacante para permitir que el despliegue de las máquinas expendedoras sea rentable en diferentes áreas (Szabo, 1997).

Según Szabo, los contratos inteligentes proponen incluir contratos sobre todo tipo de propiedad valiosa y controlada por medios digitales. Estos abordan la propiedad de forma dinámica y ejecución proactiva y brindan mejor control y verificación donde las medidas proactivas son ineficaces (Szabo, 1997).

El lenguaje de los *smart contracts*

El resultado de la negociación de las partes se vuelca en el contrato y para su redacción se utiliza el lenguaje legal con una variedad amplia de términos contractuales y monetarios, donde cada palabra y término poseen un significado determinado. Sin embargo, muchas de las expresiones constituyen conceptos ambiguos y subjetivos que resultan necesarios para la confección del contrato, pero que no es posible pasar al lenguaje de programación. Esto se debe a que el lenguaje de programación y el lenguaje legal son muy diferentes (Szabo, 2002).

En el lenguaje de programación (como JavaScript o HTML), los términos del contrato se definen como eventos que desencadenan el cumplimiento del contrato. Estos eventos pueden incluir fechas y horas, elecciones de las partes, incumplimientos manifiestos,

entre otros. Así, el lenguaje modela las dinámicas del cumplimiento del contrato: cuándo y en qué situaciones deben cumplirse las obligaciones. Esto no implica la redacción de instrucciones paso a paso, sino que conforman definiciones entrelazadas de los términos del contrato. Los contratos, derechos y obligaciones pueden hilarse. Los programadores denominan estas estructuras entrelazadas “cláusulas”. Estos contratos y cláusulas involucran a dos partes: el Tenedor (desde el punto de vista que se lee el contrato) y la Contraparte (Szabo, 2002).

Con el fin de que los acuerdos puedan ejecutarse de forma autónoma, es necesario incorporar las órdenes con la lógica booleana¹, es decir, deben tener la estructura (1) *if*, si se cumple ese evento; (2) *then*, entonces se ejecuta esta acción; (3) *else*, caso contrario, se realiza esta acción también anticipada. En caso de que los elementos estipulados por las partes no se concreten, la acción automática preestablecida para ese acontecimiento no se liberará y lo hará aquel establecido de manera alternativa (Legerén-Molina, 2018).

¹ El científico y matemático George Boole (1815-1864) desarrolló el álgebra o lógica booleana, una herramienta matemática que se aplica en el ámbito informático. En el libro *An Investigation of the Laws of Thought* (2017), expresa que el lenguaje es un instrumento del razonamiento humano y que los elementos de cualquier lenguaje son los signos o símbolos que representan cosas o cálculos y que, dado que los símbolos son signos arbitrarios, estos pueden reemplazar sustantivos, adjetivos o circunstancias relacionados con aquellos. Manifiesta la idea de que las proposiciones lógicas pueden expresarse por medio de herramientas matemáticas y de que estas solo pueden tomar dos valores: verdadero/falso o sí/no. Estos valores pueden representarse con números binarios de un dígito (0 y 1).

La lógica booleana es una estructura de álgebra que esquematiza operaciones lógicas; lo que se propone esta técnica es utilizar procedimientos de álgebra para tratar expresiones de lógica proposicional. Tiene dos valores, por ejemplo, verdadero o falso; y, según el valor que suceda, conlleva una consecuencia, una acción.

Aplicar bien la lógica booleana en la programación de los *smart contracts* es la base del correcto funcionamiento, debe abarcar todas las posibilidades, no se puede dejar espacios en blanco: si sucede esto, entonces esto; si no sucede aquello, entonces esto.

Uno de los ejemplos que propone Szabo (2002) para comprender mejor la dinámica es un contrato a futuro donde el Tenedor se obliga a adquirir ciertos bienes en determinado mes y la Contraparte se obliga a entregar esos bienes. Para el análisis de este ejemplo, se dejan de lado detalles importantes sobre terceros intermediarios y la entrega.

Ejemplo:

Futuro (derechoA="1 lote de soja",
derechoB="\$ 1.000.000",
p= "para entregar en agosto de 2025")=
cuando dentro del período de tiempo(p)
al Tenedor derechoA con la Contraparte derechoB
luego concluye²

² Cabe aclarar que el programa informático no puede comprender este lenguaje. Esta forma la usa el autor para explicar la sintaxis del lenguaje y lograr que el lector comprenda mejor.

Los primeros tres renglones constituyen los parámetros y nos muestran que estamos definiendo las cláusulas nominales. Estas cláusulas pueden definir un contrato completo o solo una parte de él. “Cuando dentro del período de tiempo(p)” significa cuando suceda el primer evento del calendario o se cumpla el horario durante el período (p). En el ejemplo, la primera entrega en el mes de agosto desencadena la cláusula entre paréntesis. En este contrato, la única limitación que tiene la entrega es que se lleve a cabo en agosto junto con el pago del Tenedor.

Así, lo que se establece es un intercambio entre el derechoA y el derechoB. “Tenedor derechoA” significa que el Tenedor tiene derecho a recibir el lote de soja y “Contraparte derechoB” significa que la Contraparte tiene derecho a recibir el pago de \$ 1.000.000. Esto supone un intercambio simultáneo, las dos transacciones deben ocurrir al mismo tiempo. La frase “luego concluye” al final de la cláusula evidencia que todos los derechos y obligaciones del contrato terminaron una vez que este se cumplió. Szabo aclara que esta cláusula está implícita al final de todas las cláusulas nominales.

Las particularidades de los *smart contracts*

Como se mencionó anteriormente, estos contratos surgieron a raíz de los avances tecnológicos y, más concretamente, de la tecnología *blockchain*, lo que le permitió aprovechar todos los atributos de dicha tecnología. Aquí abordaremos algunos de ellos.

Una de las razones para la existencia de los contratos inteligentes es reducir el costo frente al incumplimiento

de una de las partes al evitar llevar el conflicto frente a los jueces. Si nada impide que el programa informático funcione, entonces el cumplimiento está garantizado. Una de las características principales de los *smart contracts* es la posibilidad de ejecutar transacciones de forma automática e inexorable sin la intervención de las partes o terceros (Levi et al., 2018). Aquí yace la importancia de *blockchain*, ya que la verificación de datos se realiza por medio de la red de usuarios, y esto elimina la necesidad de un banco de datos centralizado. De esta forma, el registro descentralizado hace cumplir los términos del contrato y garantiza que el contrato opere de forma independiente libre de problemas (Raskin, 2017).

Pongamos un ejemplo donde el Sr. González se obliga a pagar \$ 50.000 a la Sra. Gómez para el 25 de julio a las 11 a. m., caso contrario el automóvil del señor quedará inmóvil. En el ejemplo, el programa buscará el registro de la transacción y, si lo encuentra, permitirá que el automotor siga funcionando, de lo contrario, impedirá que encienda. Así, ninguna de las partes debe confiar en la otra para que el contrato se cumpla, sino que confían en la *blockchain* descentralizada que es capaz de hacer cumplir los términos del contrato.

Otra característica importante de estos contratos es la inmutabilidad. La información almacenada en el *hash* no puede alterarse sin el consenso de toda la red para difundir la información modificada. De este modo, los términos del contrato pueden incluirse dentro de la red descentralizada y ningún *hash* o persona de mala fe podrá modificarlo (Raskin, 2017).

En el presente, es difícil modificar un contrato inteligente, a menos que las partes incluyan esta facultad dentro de las cláusulas del contrato. Esto trae aparejados ciertos desafíos para los contratantes, ya que la modificación puede representar la erogación de sumas significativas para las partes. Una situación similar sucede con la resolución del contrato (Levi et al., 2018).

En el entorno actual, si bien la utilización de los *smart contracts* no es escasa, la adopción generalizada como alternativa a los contratos tradicionales depende de que los supuestos se puedan comprobar objetiva y automáticamente. Esto significa que el propio contrato no puede hacer la interpretación de términos como buena fe, interés público, diligencia debida, interés superior del niño, entre otros (Legerén-Molina, 2018).

La confianza es el elemento básico de todo negocio y, en el caso de los contratos inteligentes, la confianza se deposita en la tecnología *blockchain*, lo que permite eliminar los intermediarios y contratar con terceros desconocidos, ya que el *smart contract* garantiza el cumplimiento del contrato. Por ejemplo, si compro un artículo por Internet, una vez que realizo el pago confío en que la tienda me enviará el producto que pagué. El *smart contract* no garantiza que recibirá el artículo, sino la devolución del dinero abonado ante la falta de entrega del producto (Otero Moreira, 2015).

Entonces la seguridad que garantiza este tipo de contratos está dada por la inalterabilidad del contenido del contrato, la falta de intermediarios y la confianza y transparencia que brinda esta tecnología.

La aplicación eficiente va a depender de que lo que se programa sea un reflejo exacto de lo que se negocia previamente, teniendo en cuenta todos los flujos alternativos que puedan suceder adicionales a la ejecución normal que podría tener el contrato. Esos flujos alternativos deberían abarcar la mayor cantidad de variantes y de errores que puedan suceder en el contrato.

Ley aplicable

Formación del contrato

Para poder analizar si es posible la elaboración de un *smart contract* que se adapte a la legislación argentina vigente, tomaremos la definición de contrato del Código Civil y Comercial de la Nación. Es dable mencionar que Argentina posee libertad de formas, por lo que la confección del contrato, sea tanto en papel, en código programado o una combinación de ambos, perfectamente podría considerarse válida. La excepción a la libertad de formas está en los casos en los cuales la ley exige una forma determinada para ciertos negocios jurídicos.

El artículo 957 define al contrato como “el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales”.

A) Multiplicidad de partes

Se denomina “parte” a la persona física o jurídica que se beneficia de los resultados del negocio jurídico. Como

lo exige la definición, la celebración del contrato debe realizarse entre dos o más partes, quienes defenderán intereses opuestos, puesto que ante intereses concurrentes no existiría contrato (Lorenzetti, 2015).

Al igual que los contratos habituales, los *smart contracts* requieren como mínimo dos partes para poder perfeccionarse, donde una de ellas adopta la posición del acreedor y otra del deudor de una obligación. Ante este cumplimiento, el contrato inteligente desencadena las condiciones preestablecidas.

Del mismo modo se espera que, en todas las etapas de la formación del contrato, las partes se desempeñen con la buena fe que requiere la ley para las relaciones contractuales, que comprende principios como de previsión, colaboración, solidaridad, lealtad, entre otros (Lorenzetti, 2015).

B) Manifestación de consentimiento

¿Hay consentimiento cuando la acción pudo consistir solamente en realizar unos clics?

La idea de contrato se configuró sobre la concepción de libertad e igualdad, e implica que las dos partes estén en igualdad de condiciones y así negocien libremente el contenido del contrato (Rivera, 2017).

El artículo 971 del Código nos indica que “los contratos se concluyen con la recepción de la aceptación de una oferta o por una conducta de las partes que sea suficiente para demostrar la existencia de un acuerdo”.

La manifestación del consentimiento en los *smart contracts* se puede encontrar tanto en el momento de la negociación del contrato donde se pautan las cláusulas, condiciones y eventos como en el momento de la ejecución, si esta depende del actuar de alguna de las partes. Al realizar la acción estipulada en el *smart contract*, la parte perfecciona el contrato y manifiesta el consentimiento expreso a favor de la oferta (art. 979 y 980).

Las firmas digitales³ son grandes protagonistas dentro del escenario de los contratos inteligentes, ya que son la expresión más común del consentimiento y de la aceptación de la oferta en la mayoría de las transacciones.

C) Contenido patrimonial

Las obligaciones de las partes en los *smart contracts* están preacordadas y siempre son patrimoniales.

El objeto de los contratos siempre debe ser lícito, determinado o determinable, posible y de valoración

³ Se entiende por firma digital el “resultado de aplicar a un documento digital un procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento del firmante, encontrándose ésta bajo su control” (art. 1 Ley 25.506). Un certificador licenciado otorga las firmas digitales. Estas tendrán la misma validez y alcance que las firmas manuscritas (art. 18).

Las firmas electrónicas son los datos electrónicos integrados, ligados o asociados a otros datos electrónicos que el firmante utiliza como medio de identificación, pero carece de alguno de los requisitos para ser firma digital (art. 5).

patrimonial (art. 1003). Todas estas características pueden preverse al momento de negociar y programar los contratos inteligentes como se prevén normalmente en la negociación de cualquier contrato.

También los bienes futuros pueden ser objeto de los *smart contracts* (art. 1007). La programación del contrato puede prever la determinación del objeto para que cuando el bien exista dentro de la vigencia del contrato, este se perfeccione.

Así como el objeto es lo que se debe, la causa es por qué y para qué se arma el contrato. La causa debe estar vigente en el momento de la negociación hasta el momento de la ejecución del contrato. Si la causa deja de existir, no existirá el contrato. En los *smart contracts* se puede apreciar en forma sencilla, ya que en el momento en que el porqué o para qué deja de existir, si estaba estipulado en la programación, el contrato automáticamente deja de aplicarse.

Cumplimiento o ejecución del contrato

Según Hans Kelsen, el contrato posee función creadora de derechos si el acto jurídico tiene por objeto generar efectos jurídicos; el acuerdo es imperativo y con él las partes adquieren derechos y obligaciones que no detentaban con anterioridad. La autonomía de la voluntad no es una fuente de Derecho en sí, solo establece derechos objetivos para los contratantes (Rivera, 2017).

Las partes poseen libertad para obligarse, por lo que reside en ellas la elección de perfeccionar o no el

contrato según sus intereses. Al manifestar la voluntad bilateral de contratar, las partes son responsables de cumplir y respetar lo acordado, ya que son ellas quienes deciden el contenido del contrato y con quién contratan. Además, en el caso de los contratos negociados individualmente, se sobreentiende que las partes no van a querer afectar sus propios intereses. Cabe destacar que la manifestación de voluntad es vinculante siempre que el acuerdo cumpla con las normas vigentes y dota al contrato de fuerza obligatoria, que cede ante la conformidad de las partes o supuestos previstos en la ley (Lorenzetti, 2015).

Una de las bases de la definición de contrato es la libertad de las partes de contratar sobre lo que quieran, siempre que no afecte el orden público, la moral o las buenas costumbres; a esta libertad se la conoce como "autonomía de la voluntad". Otra de las características más interesantes es que, una vez que el contrato está perfeccionado, lo que está estipulado en las cláusulas tiene efectos vinculantes para las partes, por eso se dice que los contratos son ley para las partes.

¿Existe la autonomía de la voluntad en los *smart contracts* cuya característica principal es la automatización?

Hay limitaciones a la autonomía de la voluntad que deberán tener en cuenta las partes al momento de contratar. Sin embargo, esto se puede extrapolar al campo de los *smart contracts* donde las partes pueden "crear, regular, modificar, transferir o extinguir" derechos y obligaciones que se pueden programar dentro de las cláusulas para que, frente al cumplimiento

de las condiciones, el contrato se ejecute de forma automática.

Ámbitos de aplicación

A nivel internacional podemos encontrar que los *smart contracts* se utilizan o pueden utilizarse para *equity swaps*, letras de cambio, préstamos, renovaciones automáticas de pólizas de seguros, reclamos de indemnizaciones por siniestros, contratos laborales, garantías y derechos de autor (Legerén-Molina, 2018).

La aplicación de este tipo de contratos por su naturaleza automática genera muchos cuestionamientos respecto de la legalidad, el contrato se ejecuta solo cuando se dan las instrucciones que fueron programadas y un error en esta programación trae como consecuencia gravámenes jurídicos y económicos (Legerén-Molina, 2018).

El uso más común de los contratos inteligentes es la automatización de una acción o actividad frente a un pago o la realización de un pago frente a una condición pactada.

Error y responsabilidad

En los contratos tradicionales, un error de hecho como los descritos en el art. 265⁴ del Código provoca

⁴ Art. 265 - Código Civil y Comercial de la Nación: El error de hecho esencial vicia la voluntad y causa la nulidad del acto. Si el acto es bilateral o unilateral recepticio, el error debe, además, ser reconocible por el destinatario para causar la nulidad.

que la parte que ve afectada su voluntad por el error de otro pueda anular el contrato. Ahora bien, en los *smart contracts*, cuando la característica principal es la automatización, ¿existe posibilidad de alegar error?

El error puede existir en cualquier tipo de contratos, sean los tradicionales o los inteligentes; la diferencia surge en que, debido a la característica de automatización de los contratos inteligentes, es posible que, al momento de notar el error, este haya ocasionado consecuencias.

Ahora bien, ¿qué se puede hacer para disminuir la posibilidad del error? En los contratos tradicionales, intervienen solamente las partes, que son quienes negocian y actúan. Esto naturalmente disminuye las posibilidades de error si lo comparamos con los *smart contracts* donde, además, participan los programadores. Una falla o falta de claridad en la comunicación de las partes a quienes van a escribir el código del contrato inteligente puede provocar algún tipo de error. La forma de disminuir los errores es tener especial cautela en la comunicación y realizar reiteradas revisiones para evitar, dentro de las posibilidades, que se cometa algún error.

¿El contrato se puede anular por error? Eso dependerá de dónde esté el error. Si el error está dentro de las características fundamentales del contrato que provocaron que una de las partes aceptara el acto jurídico, el contrato se puede anular. Si está en una característica no esencial, podrá ser corregido, como en cualquier otro contrato.

De todas formas, si se toman los recaudos adecuados como una revisión exhaustiva de las características

y condiciones, la posibilidad de error disminuye considerablemente en comparación con los contratos tradicionales, donde puede haber confusión en la interpretación de alguna de las cláusulas. En los contratos inteligentes, la utilización de la lógica booleana reduce la existencia de estos errores de interpretación, ya que, por la naturaleza del contrato, es necesario estudiar y elaborar todas las posibilidades y acciones que se deban tomar. Todas ellas deben ser previstas en las negociaciones entre las partes, de ser así, las posibilidades de error disminuyen ampliamente.

Aun cuando se tomen todos los recaudos, el error puede existir, en estos casos, ¿cómo puedo probarlo? La automatización del contrato difícilmente resuelva alguno de los inconvenientes que surjan en el cumplimiento, salvo que se haya previsto la posibilidad específica. Habitualmente, ante una posibilidad de error, lo primero que descartar es que el error esté en el código; si las partes no pueden resolverlo de manera extrajudicial, habrá que darle intervención a los tribunales (Legerén - Molina, 2018).

Los tribunales pueden analizar estos contratos como analizarían cualquier otro tipo de contratos; verificar las firmas en ellos; comprobar a qué acciones se les dio consentimiento, si esas acciones son las que ocurrieron o no; y determinar si hubo error o algún otro vicio en la ejecución del contrato.

Postura legislativa internacional

El estado de Delaware es mundialmente conocido como el centro de las empresas donde se asientan más de la

mitad de las empresas estadounidenses que cotizan en bolsa. Además, se considera que toda la economía de Estados Unidos puede verse afectada por los desarrollos a nivel legal y comercial que se produzcan en este estado (Klayman, J. A. et al., 2017).

En agosto de 2017, entraron en vigencia las modificaciones a la Ley General de Sociedades de Delaware bajo el mandato del gobernador Jack Markell quien primero lanzó una prueba con la tecnología *blockchain* en los Archivos Públicos de Delaware. Una de las principales enmiendas que incorporó la ley es que permite que las propias empresas administren los libros de registro o deleguen la administración a terceros. Asimismo, innovó en la forma en que se pueden llevar estos registros y permite que se almacenen en dispositivos de almacenamiento de información o en redes o bases de datos electrónicas siempre que esos registros puedan convertirse con facilidad y ante la solicitud de quien tenga derecho en un papel claramente legible.

Otra novedad que incluyó fue la notificación a los accionistas por medios electrónicos directamente al correo electrónico del accionista, a menos que este haya optado por la notificación en papel. Se entiende por notificación electrónica a todo medio de comunicación que no sea en papel y que involucre la participación de uno o más medios o bases de datos electrónicas (Laster & Rosner, s.f.).

La principal ventaja de incluir la tecnología *blockchain* es que facilita la implementación de *smart contracts*,

lo que constituye una herramienta administrativa útil para las empresas que poseen una estructura de capital complejo donde diferentes clases de acciones preferidas implican diferentes derechos de votos, conversión, pago, entre otros. Al programar toda la estructura de capital dentro del libro de registro electrónico, esta estructura se administra de forma automática y así evita la intervención del humano (Laster & Rosner, s.f.).

Cabe destacar que, junto con la claridad en los derechos de propiedad y facilidad de administración, la utilización de esta tecnología conlleva otros atributos, como la transparencia a la hora del voto a través de un apoderado, automatización y precisión en la distribución de dividendos y acciones e inexistencia de emisión excesiva de acciones. Las acciones emitidas a través de la *blockchain* son válidas y, al contener la firma criptográfica del Departamento de Sociedades de Delaware, este puede llevar un registro y controlar las acciones que se emitieron y las que quedan pendientes (Tinianow, 2017).

Conclusión

A lo largo del artículo trabajamos sobre la definición y usos de *blockchain*, conceptualizamos a los *smart contracts* como un código programado que ejecuta automáticamente todas las partes de un acuerdo que se almacena con tecnología *blockchain* o similar y analizamos las características que singularizan al contrato inteligente. Asimismo, realizamos un análisis de la ley vigente para aplicarse a los *smart contracts* y de la postura del estado de Delaware, Estados Unidos.

Consideramos que es posible realizar una analogía entre el contrato habitual y el contrato inteligente y así aplicar la legislación argentina actual a estos últimos. Sin embargo, creemos que la normativa deberá adaptarse a la evolución contractual que presenta esta tecnología, para abordar así cuestiones que la ley vigente no prevé o es de difícil adecuación, como en lo que respecta a la responsabilidad, donde deberían considerarse situaciones específicas de negligencias que pueden darse en la programación o aplicación de los contratos inteligentes.

Encontramos una laguna en lo que respecta al control estatal sobre estos contratos. Por un lado, ¿cómo puede el Estado controlar que los contratos no afecten el orden público? Por otro lado, frente a inconvenientes en la programación del contrato, ¿el control judicial se ejercerá antes o después del cumplimiento? Dada la característica de automatización, es posible que las partes deban permitir la ejecución del contrato y luego presentarse a los tribunales para dirimir el asunto. No obstante, frente a la especificidad de estos contratos, el costo para realizarlos y el dinero que las partes buscan ahorrar al evitar el incumplimiento y, de esa forma, evitar gastos judiciales, consideramos que los errores de hecho no son posibles. Quienes busquen la seguridad, confianza y “economía” de los contratos inteligentes conocerán las implicancias, se asegurarán que la debida diligencia previa sea efectiva y completa y tomarán todos los recaudos pertinentes a fin de eliminar las probabilidades de error.

En vista de la internacionalidad de estos contratos, se debe pensar en la jurisdicción y qué jueces entenderán sobre los temas que se presenten. Consideramos que hoy se

pueden aplicar las normas de derecho internacional para resolver estas cuestiones, pero la jurisdicción aplicable es un elemento esencial que las partes deberían prever en la programación del contrato inteligente siempre que no sea un contrato adicional a uno tradicional.

Tal como comentamos, al hablar del ámbito de aplicación de los contratos inteligentes, el uso habitual es aquel donde el pago desencadena la condición o una condición desencadena el pago. Entendemos que ese pago no necesariamente tiene que ser una moneda de curso legal, sino que también puede ser un criptoactivo o cualquier otro bien con contenido patrimonial mientras el pago sea por medios electrónicos que permitan la automatización.

Referencias bibliográficas

Boole, G. (2017). *An Investigation of the Laws of Thought*. Project Gutenberg. <https://www.gutenberg.org/files/15114/15114-pdf.pdf>

Consejo Legislativo, Asamblea General del Estado de Delaware (2017). *An act to amend title 8 of Delaware code relating to the general corporation law*. <https://legis.delaware.gov/BillDetail?legislationId=25730>.

Klayman, J.A.; Peck, G.P. y Wojciechowski, M.S. (2017). *Why the Delaware Blockchain Initiative Matters to All Dealmakers*. <https://www.forbes.com/sites/groupthink/2017/09/20/why-the-delaware-blockchain-initiative-matters-to-all-dealmakers/?sh=4e14cce07550>.

Laster, T. & Rosner, M. T. (s.f.). *Distributed Stock Ledgers and Delaware Law*. https://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/business_lawyer/2018/73_2/article-distributed-stock-201804.pdf.

Legerén-Molina, A. (2018). Los contratos inteligentes en España (La disciplina de los smart contracts)/Smart contracts in Spain; the regulation of smart contracts. *Revista de Derecho Civil*, 5(2), 193-241. <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/320>.

Levi, S. D., & Lipton, A. B. (2018, Mayo). An introduction to smart contracts and their potential and inherent limitations. En: *Harvard Law School Forum on Corporate Governance* (Vol. 10). <https://corpgov.law.harvard.edu/2018/05/26/an-introduction-to-smart-contracts-and-their-potential-and-inherent-limitations/>

Ley 25.506 *Firma Digital* (2001). <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/70000-74999/70749/norma.htm>.

Lorenzetti, R. L., (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. Ed. 1. Rubinzal-Culzoni.

Otero Moreiras, I. (2015). Smartcontracts: Aspectos Legales. *Law & Bitcoin*. https://lawandbitcoin.com/smartcontracts-aspectos-legales/#3_LIMITACIONES_ACTUALES

Raskin, M. (2017). The Law and Legality of Smart Contracts. *1 Georgetown Law Technology Review* 304. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2959166

Rivera, J. C. (2017). *Contratos parte general*. Abeledo Perrot.

Stark, J. (2016). Making Sense of Blockchain Smart contracts. *CoinDesk.com*. <https://www.coindesk.com/markets/2016/06/04/making-sense-of-blockchain-smart-contracts/>

Szabo, N. (1997). The idea of smart contracts. *Nick Szabo's papers and concise tutorials*, 6(1), 199. <https://nakamotoinstitute.org/the-idea-of-smart-contracts/>

Szabo, N. (2002). A formal language for analyzing contracts. *Satoshi Nakamoto Institute*. <https://nakamotoinstitute.org/contract-language/>

Tinianow, A., y Long, C. (2017, March). Delaware blockchain initiative: transforming the Foundational Infrastructure of Corporate Finance. En: *Harvard Law School Forum on Corporate Governance and Financial Regulation* (Vol. 16). <https://corpgov.law.harvard.edu/2017/03/16/delaware-blockchain-initiative-transforming-the-foundational-infrastructure-of-corporate-finance/>.

*Traductora y abogada autónoma
Traductora Pública inglés-español
(Universidad Argentina de la Empresa)
Abogada (Universidad de Morón)
Diplomatura en Derecho y Tecnología (UADE)
Correo electrónico: angio.sofia@outlook.es

*** Abogada (Universidad Argentina de la Empresa)
Diplomatura de Derecho y Tecnología
(Universidad Argentina de la Empresa)
Creadora de Legaltify, estudio jurídico especializado en
asistir a emprendedores en materia de contratos, propiedad
intelectual y nuevas tecnologías
Correo electrónico: florgarcia1986@gmail.com*

ALGUNOS COMENTARIOS SOBRE LAS PAUTAS ÉTICAS DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE EL USO DE SISTEMAS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

*COMMENTS ON THE ETHICAL GUIDELINES OF
THE EUROPEAN UNION ON THE USE OF ARTIFI-
CIAL INTELLIGENCE SYSTEMS IN THE ADMINIS-
TRATION OF JUSTICE*

*Por Alejandro Batista**

Resumen

Los sistemas de Inteligencia Artificial están presentes cada vez con mayor frecuencia en todas nuestras actividades, trabajando en silencio para darnos indicaciones, sugerirnos contenidos o amigos, etc. Esta presencia ya se hace sentir también en ámbitos como la administración pública y la justicia, de allí que resulta indispensable preguntarnos sobre los parámetros éticos y morales que este tipo de herramientas debería contemplar. Aquí haremos un pequeño abordaje a las pautas éticas para los sistemas de Inteligencia Artificial que ha elaborado la Unión Europea, en su carta ética sobre el uso de la Inteligencia Artificial en los sistemas judiciales y su entorno. Veremos los principios que se establecen y la manera en la que deberían llevarse a la práctica.

Palabras clave: inteligencia artificial, justicia, ética, moral

Abstract

Artificial Intelligence systems are increasingly present in all our activities, working in silence to give us indications, to suggest content or friends, etc. This presence is already being felt in areas such as public administration and justice, so it is essential to ask ourselves about the ethical and moral parameters that this type of tool should contemplate. Here we will take a brief look at the ethical guidelines for Artificial Intelligence systems produced by the European Union in its European Ethical Charter for the use of Artificial Intelligence in judicial systems and their environment. We will consider the principles that are established and the way in which they should be put into practice.

Key words: artificial intelligence, justice, ethics, moral

Fecha de recepción: 17/05/2022

Fecha de aceptación: 21/06/2022

Introducción

El desarrollo de las tecnologías vinculadas a los sistemas de Inteligencia Artificial (en adelante IA) ha tenido un crecimiento abrupto en los últimos años, a punto tal que están involucrados en la gran mayoría de los servicios y productos que a diario consumimos como usuarios de las denominadas Tecnologías de Información y la Comunicación (en adelante TIC).

Como mencionaba en su momento Negroponte (1995) hablando de la evolución tecnológica, se trata de un fenómeno prácticamente imparable, ya que su naturaleza es casi genética, dado que cada generación está más digitalizada que la anterior.

A su vez se afirma que el progreso tecnológico determina en buena medida la historia humana: “El molino de viento produce una sociedad con señores feudales, el telar de vapor produce una sociedad con capitalismo industrial” (Carr, 2011).

Esta influencia de los sistemas de IA no suele aparecer a simple vista, sino mediante diferentes algoritmos que ejecutan acciones diversas según el contexto. De allí que los usuarios probablemente no seamos del todo conscientes de su intervención e influencia. De esta manera cuando nuestra *app* de tránsito nos recomienda un determinado camino, nuestra plataforma de *streaming* nos presenta aquellos programas, series o películas que según su criterio son las que nos gustaría ver, la manera en la que en las redes sociales nos sugiere no solamente contactos (seguidores, amigos o contactos según el tipo de red), sino fundamentalmente contenidos que estarían alineados con nuestra propia forma de pensar; que ha sido —con o sin conocimiento nuestro— debidamente registrada, procesada y utilizada por los algoritmos, sobre la base de nuestra interacción en la red o plataforma.

Se trata de una de las características en crecimiento acelerado, que se enmarca en estas fronteras porosas de los conceptos, propia de los fluidos que al decir de

Bauman están desplazando los conceptos sólidos en la modernidad líquida (Bauman, 2008).

No cabe duda de que los sistemas de IA tienen un enorme potencial para agilizar procesos o inclusive para analizar en detalle información que, de otro modo, llevaría meses hacerlo. Pensemos en los sistemas de IA aplicados a la medicina que pueden tener en minutos, al analizar imágenes médicas, grados de precisión prácticamente inalcanzables para el humano.

Pero, por supuesto, no todas son ventajas. Los sistemas de IA son entrenados con grandes volúmenes de información y, en este caso como si fuera una persona, dependerá de la calidad, veracidad y sesgo que esa información tenga, la manera en la que aprenderá y se ejecutará el algoritmo. Es así como estamos alimentando permanentemente esta suerte de leviatán algorítmico (Sadin, 2020).

De allí que de un tiempo a esta parte la mirada se haya volcado a elaborar ciertos instrumentos regulatorios o de algunas pautas deseables a observar y respetar en el desarrollo de los proyectos de IA y sus sistemas vinculados.

Es decir que el propio impulso de este tipo de tecnologías debe implicar un debate acerca de los principios y valores éticos que deberían ser considerados a la hora de su codificación, puesto que “la preocupación ética por la creación de nuevos tipos de inteligencia requiere de un exquisito criterio moral de las personas que diseñan estas nuevas formas de tecnología” (Villalba, 2020).

Muchos recurren al acrónimo FATE para designar algunos parámetros básicos que deberían respetar los sistemas de IA, que deben ser justos (*fairness*), responsables (*accountability*), transparentes (*transparency*) y éticos (*ethics*) (Aguirre, 2021).

Este contexto hace que “la Conciencia Artificial también llamada Inteligencia Artificial Completa o Súper Inteligencia Artificial está en debate en el mundo y se asocia a planteamientos morales y éticos” (Ricciolo, 2016).

A continuación, mencionaremos algunas de las iniciativas que se han dado en la Unión Europea. Concretamente hemos de referirnos al marco de los aspectos éticos de la IA, la robótica y las tecnologías conexas del 2020¹ y, en particular para lo que aquí nos interesa, la “Carta ética europea sobre el uso de la inteligencia Artificial en los sistemas de justicia y su entorno”² del año 2018.

De esta forma, nos proponemos analizar brevemente estas pautas o regulaciones como una manera de entrever la forma en la que los sistemas de IA se pueden relacionar e impactar en la administración de justicia.

Pero podríamos interrogarnos con Travieso (2019) preguntas tales como: ¿por qué hay que insistir en

¹ Ver https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0275_ES.html

² Ver <https://campusialab.com.ar/wp-content/uploads/2020/07/Carta-e%CC%81tica-europea-sobre-el-uso-de-la-IA-en-los-sistemas-judiciales-.pdf>

la ética? ¿Por qué hay que tratar la ética junto con la tecnología, mezclada con el derecho? Es así puesto que estamos ante un laberinto circular entre los términos de ética, derecho y tecnología.

Carta ética europea sobre el uso de la Inteligencia Artificial en los sistemas judiciales y su entorno

La Carta aprobada en 2018 parte de reconocer “la creciente importancia de la Inteligencia Artificial en nuestras sociedades modernas, y los beneficios esperados cuando se utilizan plenamente al servicio de la eficiencia y la calidad de la justicia”. En este contexto, la Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia (CEPEJ) adopta formalmente los cinco principios fundamentales titulados “Carta ética europea sobre el uso de la Inteligencia Artificial en los sistemas judiciales y su entorno”.

IA en el marco de la Carta

Se trata de “un conjunto de métodos, teorías y técnicas científicas cuyo objetivo es reproducir, mediante una máquina, las habilidades cognitivas de los seres humanos. Los desarrollos actuales buscan que las máquinas realicen tareas complejas previamente realizadas por humanos”.

Sin embargo, es posible distinguir, siguiendo a diferentes autores, entre una IA “fuerte” (capaz de contextualizar problemas especializados y variados de forma completamente autónoma manera) e IA “débiles” o “moderadas” (alto rendimiento en su fin o campo de entrenamiento). Algunos expertos argumentan que las IA “fuertes” requerirían avances significativos en la

investigación básica, y no solo simples mejoras. Dicho de otro modo, si eventualmente una IA pudiera en el futuro tomar decisiones por sí misma, tenemos que configurar previamente las bases éticas con las que esas decisiones se tomarán, cosa que involucra importantes debates filosóficos (Grandi, 2020).

Una tecnología de IA se considera de alto riesgo cuando pueda generar un riesgo significativo de causar lesiones o daños a las personas o a la sociedad, vulnerando los derechos fundamentales y las normas de seguridad establecidas en el Derecho de la UE. Las herramientas identificadas en este documento se desarrollan utilizando métodos de aprendizaje automático, es decir, IA “débiles”.

Destinatarios

La Carta está destinada a las partes interesadas públicas y privadas responsables del diseño y despliegue de herramientas y servicios de IA que implican el procesamiento de decisiones judiciales y datos (aprendizaje automático o cualquier otro método derivado de la ciencia de datos).

También concierne a los tomadores de decisiones públicas a cargo del marco legislativo o regulatorio, del desarrollo, auditoría o uso de tales herramientas y servicios.

El objetivo de estos desarrollos es:

Mejorar la eficiencia y la calidad de la justicia, pero debe llevarse a cabo de manera responsable, teniendo debidamente en cuenta los derechos fundamentales de las personas establecidos

en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y el Convenio sobre la Protección de Datos Personales, y de conformidad con otros principios fundamentales establecidos a continuación, que debería guiar la formulación de las políticas públicas sobre la justicia en este campo. (*Carta Ética Europea sobre uso de inteligencia artificial en los sistemas judiciales y su entorno*, 2018, p. 4)

Estos desarrollos pueden incluir las diferentes formas en la que se ha de manifestar el uso de IA en la tarea judicial. Así tendremos que ello puede ser “mediante un diseño con el objetivo de ayudar en la provisión de asesoramiento legal, ayudar en la redacción o en el proceso de toma de decisiones, o asesorar al usuario”. En todos los casos, es esencial que el procesamiento se realice con transparencia, imparcialidad y equidad, certificado por una evaluación experta independiente. En definitiva, cualquier avance en la materia requiere de un abordaje interdisciplinar, involucrando todos aquellos aspectos que hacen a la esencia de lo humano (Luz Clara y Malbernat, 2021).

La carta establece cinco principios éticos que observar:

1. Principio de respeto por los derechos fundamentales: garantizar que el diseño y la implementación de herramientas y servicios de IA sean compatibles con los derechos fundamentales.

2. Principio de no discriminación: prevenir específicamente el desarrollo o intensificación de cualquier discriminación entre individuos o grupos de individuos.

3. Principio de calidad y seguridad: con respecto al procesamiento de decisiones y datos judiciales, utilizar fuentes certificadas y datos intangibles con modelos elaborados de manera multidisciplinaria, en un entorno tecnológico seguro.

4. Principio de transparencia, imparcialidad y justicia: hacer que los métodos de procesamiento de datos sean accesibles y comprensibles, autorizar auditorías externas.

5. Principio “bajo control del usuario”: excluir un enfoque prescriptivo y garantizar que los usuarios sean actores informados y que controlen las elecciones realizadas.

1. Principio de respeto por los derechos fundamentales

Cuando se utilizan herramientas de IA para resolver una disputa, o como herramienta para ayudar en la toma de decisiones judiciales o brindar orientación al público, es esencial asegurarse de que no socaven las garantías del derecho de acceso a la justicia y el derecho a un juicio justo (igualdad de medios y respeto por el proceso de contradictorio).

Por lo tanto, se debe dar preferencia a enfoques que apunten a la denominada ética por diseño o derechos humanos por diseño. Esto significa que, desde las fases de diseño y aprendizaje, las reglas que prohíben violaciones directas o indirectas de los valores fundamentales protegidos por las convenciones estén completamente integradas a los desarrollos o sistemas de IA.

Es lo que autores como Richard Susskind (2010) mencionan o describen como conocimiento jurídico embebido. Esto naturalmente desplaza el eje temporal de la participación de los abogados y abre nuevas perspectivas en la tarea de asesoramiento legal.

2. Principio de no discriminación

Dada la capacidad de estos métodos de procesamiento para revelar la discriminación existente, a través de la agrupación o clasificación de datos relacionados con individuos o grupos de individuos, los interesados públicos y privados deben asegurarse de que los métodos no reproducen o agravan dicha discriminación y que no conducen a análisis o usos deterministas.

Se debe tener especial cuidado en las fases de desarrollo e implementación, especialmente cuando el procesamiento es directo o indirectamente basado en datos “sensibles”. Esto podría incluir supuesto origen racial o étnico, antecedentes socioeconómicos, opiniones políticas, creencias religiosas o filosóficas, afiliación sindical, datos genéticos, datos biométricos, datos relacionados con la salud o datos relacionados con la vida sexual u orientación sexual. Cuando se haya identificado tal discriminación, se deben considerar medidas correctivas para limitar o, si es posible, neutralizar estos riesgos, así como la sensibilización entre las partes interesadas.

Sin embargo, debe fomentarse el uso de aprendizaje automático y análisis científicos multidisciplinares para combatir dicha discriminación.

3. Principio de calidad y seguridad

Los diseñadores de modelos de aprendizaje automático deberían poder aprovechar ampliamente la experiencia de los profesionales relevantes del sistema de justicia (jueces, fiscales, abogados, etc.) e investigadores y profesores en las áreas de derecho y ciencias sociales (por ejemplo, economistas, sociólogos y filósofos).

Formar equipos de proyectos mixtos en ciclos cortos de diseño para producir modelos funcionales es uno de los métodos organizativos que permiten capitalizar este enfoque multidisciplinario.

Las salvaguardas éticas existentes deben ser compartidas constantemente por estos equipos de proyecto y mejoradas mediante la retroalimentación.

Los datos basados en decisiones judiciales que se ingresan en un *software* que implementa un algoritmo de aprendizaje automático deben provenir de fuentes certificadas y no deben modificarse hasta que realmente hayan sido utilizados por el mecanismo de aprendizaje. Por lo tanto, todo el proceso debe ser rastreable y auditable para garantizar que no se haya producido ninguna modificación para alterar el contenido o el significado de la decisión que se está procesando.

Los modelos y algoritmos creados también deben poder almacenarse y ejecutarse en entornos seguros, para garantizar la integridad e intangibilidad del sistema.

4. Principio de transparencia, imparcialidad y justicia

Se debe alcanzar un equilibrio entre la propiedad intelectual de ciertos métodos de procesamiento y la necesidad de transparencia (acceso al proceso de diseño), imparcialidad (ausencia de sesgo), justicia e integridad intelectual (priorizar los intereses de la justicia) cuando se utilizan herramientas que pueden tener consecuencias legales o afectar significativamente la vida de la gente. Debe quedar claro que estas medidas se aplican a todo el diseño y la cadena operativa como el proceso de selección, y la calidad y organización de los datos influyen directamente en la fase de aprendizaje.

La primera opción es la transparencia técnica completa (por ejemplo, código fuente abierto y documentación), que a veces está restringida por la protección de los secretos comerciales. El sistema también podría explicarse en un lenguaje claro y familiar (para describir cómo se producen los resultados) al comunicar, por ejemplo, la naturaleza de los servicios ofrecidos, las herramientas que se han desarrollado, el rendimiento y los riesgos de error. Las autoridades independientes o los expertos podrían tener la tarea de certificar y auditar los métodos de procesamiento o proporcionar asesoramiento previo. Las autoridades públicas podrían auditar y otorgar la certificación, que se revisará periódicamente.

5. Principio “bajo control del usuario”

La autonomía del usuario debe aumentarse y no restringirse mediante el uso de herramientas y servicios de IA.

Los profesionales del sistema de justicia deberían, en cualquier momento, poder revisar las decisiones judiciales y los datos utilizados para producir un resultado y continuar sin estar obligados a ello a la luz de las características específicas de un caso en particular.

El usuario debe ser informado en un lenguaje claro y comprensible sobre si las soluciones ofrecidas por las herramientas de IA son vinculantes, sobre las diferentes opciones disponibles y si tiene derecho a asesoramiento legal y derecho a acceder a un tribunal. También debe estar claramente informado de cualquier procesamiento previo de un caso por IA antes o durante un proceso judicial y tener derecho a objetar, de modo que su caso pueda ser escuchado directamente por un tribunal en el sentido del artículo 6° del Convenio Europeo de Derechos Humanos³.

En términos generales, cuando se implementa cualquier sistema de información basado en IA, debe haber programas de alfabetización informática para usuarios y debates en los que participen profesionales del sistema de justicia.

IA su aplicación al ámbito judicial. Conceptualizaciones

La UE ha estado analizando y abordando la problemática de la aplicación de sistemas de AI en diversas esferas y lo ha hecho a partir de diferentes instrumentos jurídicos vinculados a temáticas específicas como la protección de datos personales, las estrategias sobre desarrollo de IA y la vigencia de los derechos fundamentales en la Unión.

³ Ver en https://www.echr.coe.int/documents/convention_spa.pdf

Así es que parte de reconocer:

La IA, la robótica y las tecnologías conexas que tienen potencial para generar oportunidades para las empresas y beneficios para los ciudadanos y que pueden tener un impacto directo en todos los aspectos de nuestras sociedades, incluidos los derechos fundamentales y los valores y principios sociales y económicos, así como tener una influencia duradera en todos los ámbitos de actividad, se están fomentando y desarrollando con gran rapidez". (Marco de los aspectos éticos de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas, 2020)

De la misma manera plantea:

Cualquier nuevo marco regulador para la IA que prevea obligaciones jurídicas y principios éticos para el desarrollo, el despliegue y el uso de la IA, la robótica y las tecnologías conexas debe respetar plenamente la Carta y, por tanto, perseguir el respeto de la dignidad humana, la autonomía y la autodeterminación de la persona. (Marco de los aspectos éticos de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas, 2020)

Considera que toda medida legislativa relativa a la IA, la robótica y las tecnologías conexas debe respetar los principios de necesidad y de proporcionalidad.

Datos abiertos

La disponibilidad de datos es una condición esencial para el desarrollo de IA, lo que le permite realizar ciertas

tareas previamente realizadas por humanos de manera no automatizada. Cuantos más datos estén disponibles, más IA podrá refinar modelos mejorando su capacidad predictiva. Por lo tanto, un enfoque de datos abiertos para las decisiones judiciales es un requisito previo para el trabajo de las empresas de tecnología legal especializadas en motores de búsqueda o análisis de tendencias.

El procesamiento de estos datos plantea una serie de problemas, como los cambios en la formación de la jurisprudencia y la protección de datos personales (incluidos los nombres de profesionales).

Resulta claro en este aspecto que la era digital es la era de los datos, de su transferencia internacional de esos datos, su inclusión en expedientes digitales y otros documentos electrónicos.

La era digital es campo de la transferencia internacional de datos, con el fenómeno de Internet y, aún más, a lo que ahora se le suman los sistemas de IA que buscan automatizar ciertos procesos (Cabrera, 2020).

La incorporación del expediente digital, firma digital, prueba digital y todo el campo procesal informático, con la incorporación de IA, en los juzgados y despachos, automatizando los procesos, muchos son los elementos a tener en cuenta para que se lo haga respetando los derechos fundamentales.

En este sentido, podemos mencionar el antecedente de Francia, donde los artículos 20 y 21 de la Ley para una República Digital rompió con la lógica anterior de

seleccionar qué decisiones de los tribunales y tribunales judiciales y administrativos se difundirían si fueran “de particular interés”. Sin embargo, en la nueva ley francesa, se ha establecido el principio opuesto de que todo es publicable, excepto en casos específicos identificados por la ley (para decisiones judiciales) y con la debida consideración de la privacidad de las personas involucradas. Sin embargo, se toman disposiciones para que las decisiones judiciales y administrativas se publiquen solo después de que se haya realizado un análisis del riesgo de reidentificación de las personas involucradas (Granero, 2020).

El procesamiento del lenguaje natural y el aprendizaje automático son las dos técnicas en el corazón del procesamiento de decisiones judiciales utilizando IA.

En la mayoría de las ocasiones, el objetivo de estos sistemas no es reproducir el razonamiento legal sino identificar las correlaciones entre los diferentes parámetros de una decisión (por ejemplo, en una demanda de divorcio, la duración del matrimonio, los ingresos de los cónyuges, la existencia de adulterio, el monto del beneficio pronunciado, etc.), mediante el uso del aprendizaje automático, para inferir uno o más modelos. Dichos modelos se utilizarían para “predecir” o “prever” una futura decisión judicial.

Consideraciones finales

Los avances tecnológicos conmueven los propósitos de nuestra sociedad, lo que conocemos cambia a un ritmo acelerado que hace que la velocidad con la que surgen preguntas no pueda ser compatible,

en muchos casos, con la que tenemos para formularnos respuestas y, en todos los casos, se trata apenas de respuestas provisorias. En este contexto, el surgimiento de sistemas de IA que operan en los más diversos ámbitos de nuestra vida nos obliga a recuperar el debate acerca de la ética o la moralidad que estos sistemas pueden llegar a incluir para alcanzar sus cometidos.

De allí que, cada vez con mayor frecuencia y profundidad, converjan las miradas técnicas junto a las sociológicas y filosóficas, en este abordaje sobre lo que las máquinas pueden o deben ser.

Los sistemas de IA ya están entre nosotros, mucho más integrados que lo que realmente sabemos, pero cuando se aplican a políticas y actividades públicas como puede ser la administración de justicia, su desarrollo y operación no pueden estar simplemente ligados a las reglas de la técnica, sino que deben estar imbuidas de los valores y parámetros éticos que dan el propio fundamento a dicha actividad. Parámetros que deben abordarse en un marco regulatorio efectivo, global y con misión de futuro (Oliva León, 2021).

Se trata de integrar la ética en la técnica, al igual que en otras herramientas, aquí también existen detrás personas morales que definen su utilización. El algoritmo no opera solo, detrás podemos ubicar a un programador o programadora que previamente han de recibir sólida formación ética (Urban, 2020).

No se trata de bloquear el futuro, sino de involucrarnos activamente en su construcción. Los profesionales

del derecho, tanto en la actividad privada como en el ámbito de la justicia o de la administración pública, debemos formarnos y participar del desarrollo de las herramientas de IA. De otra manera, será nuestro destino avanzar a tientas descubriendo aquellos que no conocemos o comprendemos, cisnes negros (Taleb, 2009), que no hacen sino conmover las bases de nuestro propio conocimiento.

Las particularidades de la sociedad en la que estamos viviendo demandan cada con más intensidad la reinención de la abogacía. Dependerá de nosotros si ese proceso nos va a incluir o nos dejará atrás, aún hay tiempo.

Al decir de los holandeses: “¡No podemos evitar que el viento sople, pero podemos construir molinos de viento!”.

Referencias bibliográficas

Aguirre, A. F. (2021). *Hablemos de inteligencia Artificial*. Cátedra Libre de Teletrabajo y Sociedad, UNLP.

Bauman, Z. (2008). *Modernidad líquida*. Fondo de Cultura Económica.

Cabrera, R. F. (2020). Inteligencia Artificial y su impacto en la justicia. *Revista Científica de la Universidad de Salamanca*.

Carr, N. (2011). *Superficiales. Lo que hace Internet con nuestras mentes*. Taurus.

Grandi, N. M. (2020). ¿Puede la Inteligencia Artificial

ser un nuevo sujeto de derecho? *XX Simposio Argentino de Informática y Derecho (SID 2020)*, pp. 57-61.

Luz Clara, B., y Malbernat, L. R. (2021). Riesgos, dilemas éticos y buenas prácticas en inteligencia artificial. *XXIII Workshop de Investigadores en Ciencias de la Computación*, pp. 155-159.

Negroponte, N. (1995). *Ser digital*. Atlántida.

Oliva León, R. (2021). <https://www.algoritmolegal.com/tecnologias-disruptivas/inteligencia-artificial-y-marco-etico-europeo/>.

Piscitelli, A. (2009). *Nativos digitales*. Santillana.

Riccillo, M. L. (2016). ¿Robots con conciencia artificial? *Bit & Byte*, 2(3), pp. 16-17.

Rifkin, J. (2014). *La sociedad de coste marginal cero*. Paidós.

Sadin, É. (2020). *La Inteligencia Artificial o el desafío del siglo*. Caja Negra Editora.

Taleb, N. N. (2009). *El Cisne Negro. El impacto de lo altamente improbable*. Paidós.

Travieso, J. (2019). *Derecho y tecnologías. Historias y dilemas*. ElDial.com.

Urban, B. (2020). Algoritmización del mundo de la vida: crítica y propuestas para la desdiferenciación. *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, (78), pp. 29-44.

Villalba, J. F. (2020). Algor-ética: la ética en la inteligencia artificial. *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 17, pp. 679-698.

Villaroig, R., y Pastor Sempere, C. (2018). *Blockchain: aspectos tecnológicos, empresariales y legales*. Aranzadi.

**Abogado. Especialista en Derecho de Alta Tecnología, Magíster en Finanzas Públicas. Doctorando en Sociología y Doctorando en Derecho. Profesor en la Universidad del Museo Social Argentino y de la Universidad Nacional de La Plata. Correo electrónico: alejandro.batista@legaltic.com.ar*

COMERCIO ELECTRÓNICO, INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y EL ROL DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

*E-COMMERCE, ARTIFICIAL INTELLIGENCE
AND THE ROLE OF AUTONOMY OF THE WILL*

*Por Jessica Soledad Cáceres**

Resumen

El presente trabajo tendrá como propósito principal analizar el impacto actual que produce la tecnología en las negociaciones contractuales. En particular, se analizarán los contratos concluidos a través de medios electrónicos durante el COVID-19; el crecimiento de la inteligencia artificial y su repercusión en el libre albedrío. Para ello, se empleará una metodología de tipo explicativa o analítica a fin de exponer los nuevos desafíos jurídicos y sus posibles soluciones legales.

Palabras clave: contratos inteligentes, automatización, derecho argentino, cadena de bloques, inmutabilidad

Abstract

This paper seeks to analyse the impact that technology has on contract negotiation. In particular, we will explore the contracts concluded in electronic media, the increase of artificial intelligence, and its impact on free

will. We will use the explicative or analytic methodology to expose the new challenges and the possible legal solutions.

Keywords: e-commerce, e-contracts, hyper-vulnerable consumers, artificial intelligence, free will

Fecha de recepción: 17/05/2022

Fecha de aceptación: 18/06/2022

I. Introducción

La pandemia del COVID-19 impulsó diversos cambios a nivel sanitario, económico y social, lo que condujo a la modernización de ciertos procesos productivos. Particularmente, se verificó un crecimiento en el comercio electrónico, que tuvo su auge durante el período de aislamiento. Así, la mayor parte de las empresas optaron por invertir sus recursos económicos en el desarrollo de nueva tecnología. En particular, se realizó un crecimiento en la inversión económica y en el desarrollo de la inteligencia artificial.

Si bien es deseable la existencia de este tipo de técnica para mejorar los procesos productivos, es importante destacar que estos mecanismos podrían inducir a la manipulación psicológica del consumidor, poniendo en juego su libre albedrío. Dicha situación se profundiza cuando en la negociación intervienen consumidores menores de edad, ocasionando una negociación contractual no transparente.

En este trabajo se expondrán las principales ventajas económicas de la negociación electrónica, la introducción de la inteligencia artificial en estos procesos y los perjuicios que trae aparejados. Por último, se analizarán posibles soluciones legales a partir del análisis económico del derecho.

II. Crecimiento de la tecnología en las negociaciones contractuales

El aumento de la disponibilidad de medios tecnológicos produjo un crecimiento exponencial del comercio electrónico, elevando el número de contrataciones de bienes y servicios concluidos por este medio.

El crecimiento sostenido de esta modalidad de contratación pone en evidencia que las contrataciones electrónicas poseen diversos beneficios económicos.

En primer lugar, los costos de transacción, entendiendo por tales todos los costos en los que deben incurrir las partes para poder celebrar un acuerdo, pueden resultar un obstáculo para su celebración. Para realizar una transacción, resulta necesario negociar con la contraparte los términos del acuerdo, redactar el documento y asegurar su cumplimiento una vez celebrado (Coase, 1960). Tales costos son reducidos significativamente en el contrato electrónico, pues su celebración brinda la posibilidad de que el vendedor y el comprador puedan intercambiar bienes o servicios de una manera más eficiente y sin intermediación. De esta forma, los costos de búsqueda se ven reducidos en contraposición a los canales de venta tradicionales.

En segundo lugar, en un escenario de competencia perfecta, podría verse afectada la entrada de nuevos ingresantes en ese mercado, pues las barreras en la entrada reducen los factores que permiten aumentar el grado de competencia o el número de productores de una industria, permitiendo así que haya una mayor concentración económica (Samuelson y Nordhaus, 1993). Así, el comercio electrónico facilita la entrada de pequeños productores o emprendedores, con lo cual las barreras a la entrada al mercado son bajas.

En tercer lugar, los costos marginales de producción y distribución se ven aminorados, puesto que la transformación digital posibilita que el mercado sea más amplio. De este modo, los potenciales compradores están en todas partes, aumentando consecuentemente los niveles de competencia y la oferta de productos. Ello conduce a una reducción en los precios e impacta directamente en el aminoramiento del costo marginal, el cual resulta ser más bajo en estos canales de venta.

Por último, al existir mayor competencia entre los productores, se producen incentivos económicos para la innovación en todos los rubros de la economía, lo que favorece a los consumidores, quienes se benefician con la prestación de un mejor servicio.

En 2014, las ventas de comercio electrónico superaron los 1,3 billones de dólares (casi un 2 % del PIB mundial). Este crecimiento fue impulsado por un uso más intensivo de la publicidad en línea, la difusión en redes sociales, la automatización de procesos de recolección de datos (que permite la comparación de precios), la

adopción de teléfonos inteligentes por una creciente parte de la población y la mayor oferta de plataformas de este medio con alcance global o de carácter nacional (CEPAL, 2016).

III. Impacto de las negociaciones contractuales en la Argentina y el crecimiento del uso de la tecnología en las negociaciones contractuales motivadas por el COVID-19

En la Argentina, creció un 124 % la facturación del comercio electrónico durante 2020. De esa manera, se facturaron alrededor de 905.143 millones de pesos argentinos, y se estima que el 90 % de los argentinos adultos conectados compró en línea al menos una vez.

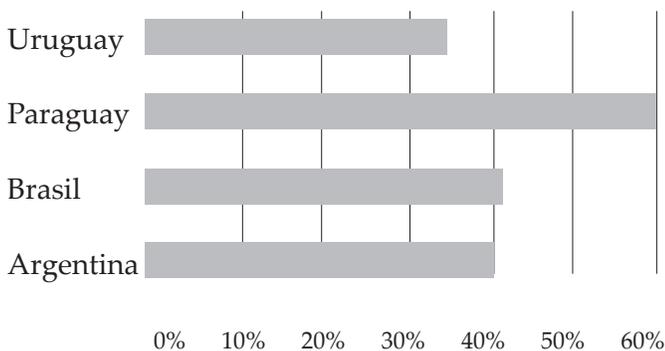
A su vez, el aislamiento social preventivo y obligatorio dispuesto por el Gobierno Nacional a través del DNU 297/2020 y concordantes produjo que en la Argentina las empresas (frente a las restricciones a la actividad económica) se vieran en la necesidad de crear nuevos modelos de negociaciones comerciales, de manera tal que les permitieran seguir comercializando sus bienes o servicios a los consumidores, lo que produjo que el comercio electrónico creciera a niveles inusitados.

En este sentido, muchos consumidores realizaron sus compras por primera vez a través de dicho canal y de a poco fueron incorporando nuevas categorías de productos. Se pudo observar y destacar la maduración del canal *online*, registrando una suma de más de 1284 960 nuevos compradores, sumando un total de 20.058.206 compradores *online* (CACE, 2021).

Dicho fenómeno no se verifica solamente en la Argentina, sino que es impulsado a nivel mundial. El comercio electrónico global creció \$ 26,7 billones, impulsado por el COVID-19. Según los expertos en comercio y desarrollo de las Naciones Unidas (UNCTAD), el sector del comercio electrónico experimentó un aumento “dramático” en su participación en todas las ventas minoristas, cuyo crecimiento fue del 16 % al 19 % en 2020 (UN, 2021).

En la mayoría de los países del Mercosur, el crecimiento del comercio electrónico fue exponencial, como se evidencia en el siguiente gráfico:

Crecimiento anual del e-commerce en el año 2021



Así, se observa que en Uruguay el crecimiento anual del *e-commerce* en el 2021 fue del 35 %; en Paraguay el crecimiento anual fue del 60 %; en Brasil se obtuvo un incremento anual del 41 % y en Argentina el valor obtenido fue del 40 % (Tienda Nube, la 2021). Ello significa que el *e-commerce* probablemente seguirá creciendo en los próximos años, con lo cual la necesidad regulatoria se torna aun mayor.

IV. Inteligencia artificial y la afectación en el libre albedrío

Para hacer frente a las necesidades de demanda de bienes o servicios en el nuevo contexto del COVID-19, las compañías han invertido parte de sus recursos económicos en el desarrollo de inteligencia artificial (en adelante, IA).

Este tipo de herramienta permite que máquinas con diferentes grados de autonomía puedan hacer predicciones o recomendaciones en la toma de decisiones. Para ello, las variables por definir deben ser previamente cargadas por expertos en informática. De esta forma, se analiza y se procesan datos de los consumidores tendientes a mejorar la previsibilidad del comportamiento del consumidor en la toma de decisiones comerciales.

Si bien es cierto que la IA puede mejorar los procesos de comercialización, al evaluar el perfil del consumidor a través de mecanismos predictivos, no es menos cierto que la IA podría generar consecuencias lesivas a los derechos del consumidor, pues se podría inducir a su manipulación psicológica si no es empleado adecuadamente.

En la regulación actual, se asume que los contratos comerciales celebrados por los consumidores son motivados por su libre albedrío. Tanto es así que establece como regla general que los convenios celebrados con discernimiento se presumen actos voluntarios, de acuerdo al artículo 260 del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCCN).

No obstante, nuevas teorías basadas en la neurociencia, área que se ocupa de explicar el funcionamiento del sistema nervioso central y el modo en el que el cerebro responde frente a los diversos estímulos que lo rodean, ponen de manifiesto que no es posible aseverar que el entendimiento del ser humano sea perfecto, pues el cerebro se encuentra condicionado por estímulos ambientales; por lo tanto, si el consumidor se encuentra expuesto permanentemente a la manipulación cerebral, el concepto de libre albedrío parecería ser débil.

Paralelamente, teorías económicas basadas en la psicología cognitiva, área de la psicología cuyo principal objeto de estudio se relaciona con las investigaciones de los procesos de la mente humana en la toma de decisiones, afirman que las personas no son racionales cuando toman decisiones comerciales. Tanto es así que el consumidor se encuentra condicionado por sus sesgos cognitivos y heurísticas que le impiden tomar decisiones comerciales adecuadas. De esa manera, se entiende por sesgos cognitivos las fallas de la mente humana que impiden la toma de decisiones racionales. Se caracterizan por representar una versión distorsionada de la realidad. En materia comercial, es habitual que se presente el sesgo cognitivo denominado “efecto marco”, en el cual la forma en la que se presentan las opciones afecta la toma de decisiones de consumo (Kahneman, 2012). A su vez, el pensamiento humano se encuentra condicionado por las heurísticas, las cuales representan un concepto de la psicología que hace alusión a un conjunto de reglas que se adoptan de manera inconsciente como un atajo mental en la toma de decisiones.

En ese marco, podría suceder que un proveedor de bienes y servicios, explotando la debilidad mental del consumidor, logre manipularlo a través del uso de la tecnología e incorpore en sus convenios cláusulas abusivas que le permita obtener alguna ventaja comercial injustificada o limitar su responsabilidad. Las cláusulas abusivas tienden a aparecer en los contratos concluidos por adhesión. El empresario suele aprovechar este tipo de contratos para introducir cláusulas que lo favorecen, verbigracia, eximiendo o limitando su responsabilidad, atenuando sus obligaciones o agravando las cargas probatorias del consumidor, para tornar más difícil su responsabilidad, de acuerdo con los artículos 1119 y 988 del CCCN.

Así, el crecimiento de sistemas que permitan establecer una conexión con el cerebro humano de manera tal de predecir su comportamiento y, de esa forma, alterar su actividad neuronal, puede representar múltiples beneficios económicos. Ello es así, ya que los costos de transacción en la venta de un producto o en la contratación de un servicio son más bajos, lo que podría arribar a una contratación más eficiente.

Sin embargo, el solo hecho de alterar la capacidad cognitiva de una persona podría, a su vez, emplearse negativamente y producir manipulación psicológica, introduciendo de esa forma ciertos términos que beneficien al proveedor y perjudiquen al consumidor, lo que plantea desafíos éticos y conduce a buscar soluciones jurídicas adecuadas que eviten que el cerebro humano sea manipulado y que el proveedor de bienes o servicios obtenga ventajas económicas en desmedro de los derechos de los consumidores.

En la actualidad, la ausencia de estatutos, estándares internacionales o normas locales adecuadas, relativas al uso indebido de la IA, facilitan la inducción psicológica del consumidor. En consecuencia, el consumidor podría quedar expuesto como víctima potencial de manipulación cada vez que emplea la tecnología como un buscador de productos y servicios.

La carencia de un marco normativo nacional e internacional que resulte suficiente para resolver la problemática de la inducción psicológica a través de la IA podría traer aparejadas consecuencias lesivas a los derechos de los consumidores, quienes se verían afectados ante la ausencia de una tutela legal suficiente.

V. Recomendaciones internacionales respecto a la inteligencia artificial

Frente al crecimiento de la IA y la preocupación sobre su abordaje ético, la OCDE emitió la *Recomendación sobre Innovación en Neurotecnología*, que constituye la primera normativa estándar frente a la materia.

En ese sentido, la recomendación incorpora nueve principios, a saber:

1. Promoción para la innovación responsable. De esa manera, la OCDE aconseja integrar consideraciones éticas y tener en cuenta los valores de la sociedad en la etapa de planificación en el desarrollo de la neuro tecnología.
2. Priorización de la evaluación de la seguridad. Para cumplir este propósito, la OCDE invita a que,

en el desarrollo de la neurotecnología, participen investigadores y distintos especialistas para incorporar conceptos de autonomía, reducción de daños y seguridad en los procesos de desarrollo de la investigación.

3. Promoción de la inclusión. La OCDE invita a promover un entorno político propicio que promueva la inclusión de poblaciones subrepresentadas en la investigación y el desarrollo de la neuro tecnología.

4. Fomento de la colaboración científica. Para ello, se invita a que la comunidad científica pueda interactuar con los usuarios y otros grupos relevantes.

5. Permitir la deliberación social. La OCDE propone promover la comunicación abierta entre las comunidades de expertos y con el público para promover la alfabetización en neurotecnología y el intercambio de información y conocimiento.

6. Habilitación de la capacidad de los órganos de supervisión y asesoramiento. Propone alentar a las agencias reguladoras, los organismos de financiación, las instituciones de investigación y los actores privados a responder a las oportunidades y los problemas éticos, legales y sociales que plantean los avances en la investigación del cerebro y la neurotecnología.

7. Salvaguardar los datos cerebrales y otra información sensible. Así, se propone proporcionar información clara al público y a los participantes de la investigación sobre la recopilación, el almacenamiento, el procesamiento y el uso potencial

de los datos personales del cerebro recopilados con fines de salud.

8. Promover culturas de administración y confianza en el sector público y privado. La OCDE recomienda fomentar el desarrollo de mejores prácticas y conductas comerciales que promuevan la responsabilidad, la transparencia, la integridad, la confiabilidad, la capacidad de respuesta y la seguridad.

9. Anticipar y monitorear el mal uso o uso involuntario. Por último, invita a promover mecanismos para anticipar y prevenir usos e impactos no deseados potencialmente dañinos a corto y largo plazo antes de que se implementen las neuro tecnologías (OCDE, 2019).

A nivel jurídico, los principios más relevantes son los puntos 7 y 8. Ello es así, ya que la OCDE persigue como propósito no solamente proporcionar información clara al público respecto de los datos personales del cerebro recopilados con fines de salud, sino que se busca garantizar la obtención de un consentimiento adecuado para proteger la autonomía de las personas. Para ello, se deberán promover oportunidades para que las personas elijan cómo se usan y comparten sus datos, incluidas las opciones para acceder, modificar y eliminar datos personales. También, se busca promover la confidencialidad y la privacidad y mitigar las brechas de seguridad, incluso mediante la implementación de rigurosos estándares de seguridad. Por último, se persigue promover la confianza y honradez a través de normas y prácticas de conducta empresarial responsable.

Paralelamente, en el año 2021 la UNESCO emitió una *Recomendación sobre la ética de la Inteligencia Artificial*, que busca aportar un instrumento legal aceptado mundialmente que permita articular valores y principios, y políticas de recomendación concretas respecto de la inteligencia artificial.

De esa manera, el instrumento se propone alcanzar los siguientes objetivos:

- a. proporcionar un marco universal de valores, principios y acciones para orientar a los Estados en la formulación de sus leyes, políticas u otros instrumentos relativos a la IA, de conformidad con el derecho internacional;
- b. orientar las acciones de las personas, los grupos, las comunidades, las instituciones y las empresas del sector privado a fin de asegurar la incorporación de la ética en todas las etapas del ciclo de vida de los sistemas de IA;
- c. proteger, promover y respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales, la dignidad humana y la igualdad, incluida la igualdad de género; salvaguardar los intereses de las generaciones presentes y futuras; preservar el medio ambiente, la biodiversidad y los ecosistemas; y respetar la diversidad cultural en todas las etapas del ciclo de vida de los sistemas de IA;
- d. fomentar el diálogo multidisciplinario y pluralista entre múltiples partes interesadas y la

concertación sobre cuestiones éticas relacionadas con los sistemas de IA;

e. promover el acceso equitativo a los avances y los conocimientos en el ámbito de la IA y el aprovechamiento compartido de los beneficios, prestando especial atención a las necesidades y contribuciones de los países de ingreso mediano bajo, incluidos los PMA, los PDSL y los PEID (UNESCO, 2021).

A su vez, se contempla que la IA deberá respetar, proteger y promover los derechos humanos, las libertades fundamentales y la dignidad humana, estableciendo que ningún ser humano ni comunidad humana debería sufrir daños o sometimiento, ya sean de carácter físico, económico, social, político, cultural o mental, durante ninguna etapa del ciclo de vida de los sistemas de IA.

También, la IA deberá ser empleada de modo tal que no afecte la privacidad o el derecho a la intimidad de las personas.

Sobre este último punto, la *Recomendación* de la UNESCO destaca la importancia de establecer marcos jurídicos nacionales e internacionales tendientes a la protección de tales derechos.

En resumen, se remarca que resulta fundamental que los Estados miembro velen por los derechos y libertades fundamentales de las personas. De esa manera, propone que los países sean los responsables de atribuir la responsabilidad ética y jurídica, en cualquier etapa del

ciclo de vida de los sistemas de IA, así como en los casos de recurso relacionados con sistemas de IA, a personas físicas o a entidades jurídicas existentes (UNESCO, 2021).

En conclusión, la comunidad internacional advierte sobre las implicancias éticas y la trascendencia sobre los derechos que podrían ser afectados por la IA, recomendando que los Estados adopten medidas oportunas para evitar la vulneración de los derechos de las personas y colocar sanciones oportunas frente a las violaciones de tales medidas.

VI. Afectación a los derechos de menores. Resolución 236/2021 de la Secretaría de Comercio

En la actualidad, se verifica que los contratos de consumo concluidos por medios electrónicos no solamente son llevados a cabo por consumidores adultos, sino que el uso de la tecnología permite que menores de edad puedan concluir contratos por medios electrónicos.

De esta forma, surge el interrogante sobre si las medidas legales existentes son suficientes o no para hacer frente a dicha problemática, dado que los consumidores menores de edad también podrían verse vulnerados en sus derechos.

En la actualidad, los menores de edad se encuentran expuestos permanentemente al uso de la tecnología y pueden celebrar contratos de menor cuantía a través de medios electrónicos. Así, se entiende que los menores pueden adherir a este tipo de convenios con fundamento al “principio de autonomía progresiva”,

el cual implica un cambio de paradigma en la manera de ver a la infancia, y se propone como objetivo otorgar al menor ejercicios graduales de su derecho, de forma tal que se lo prepare para su adultez, a medida que sus facultades madurativas se lo permitan. Dicho principio se encuentra implícito en la Convención de los Derechos del Niño. Pero es el art. 5 de la CDN el que fundamentalmente recoge la regla de la autonomía progresiva, al recordar el derecho de los progenitores de impartir a sus hijos dirección y orientación apropiadas para que ejerzan sus derechos “en consonancia con la evolución de sus facultades” (Ministerio Público Tutelar, 2019, p.119). En el ámbito nacional, el CCCN admite que las personas mayores de trece años puedan celebrar convenios, a los cuales considera actos voluntarios lícitos, de acuerdo con el artículo 261 del CCCN. A su vez, los contratos de escasa cuantía se presumen válidos y realizados con la conformidad de los progenitores, de conformidad con el artículo 684 del mismo cuerpo normativo.

Consecuentemente, es posible afirmar que los menores de edad puedan concluir contratos de menor cuantía a través de medios digitales. Esta situación produce que sus derechos sean susceptibles de verse vulnerados permanentemente mediante el uso de la IA y de las herramientas tecnológicas.

La protección a los derechos personalísimos de los niños, niñas y adolescentes se encuentran tutelados en la Convención de los Derechos del Niño. De esa manera, el artículo 16 establece: “Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales a su vida privada, su

familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación”.

En tal sentido, resulta necesario dilucidar qué sucede en caso de que las empresas exploten la debilidad psíquica de los menores empleando IA como un mecanismo de fomentar la contratación en términos desproporcionados a través de la inclusión de cláusulas abusivas o que pongan en juego sus derechos de la intimidad.

Ante la posible vulneración de los derechos de los consumidores menores de edad, la Secretaría de Comercio Interior emitió la resolución 236/2021, a través de la cual se permite que adolescentes (entendidos como menores de edad entre los 13 y 17 años, de acuerdo con el artículo 25 del CCCN) puedan realizar reclamos o denuncias cuando sus derechos se vean vulnerados por los proveedores de bienes o servicios, lo cual representa una iniciativa favorable para tutelar los derechos de los menores.

Si bien la mencionada resolución puede resultar un buen punto de partida, parecería que la normativa actual es insuficiente, pues no toma en cuenta los riesgos de la IA y tampoco establece sanciones ante el abuso empresarial de esta tecnología, en particular, cuando produzcan una vulneración a los derechos de los consumidores menores de edad.

En relación con este último punto, las Naciones Unidas ha analizado las implicancias que trae aparejado el uso de la tecnología en la privacidad de los usuarios, destacando:

El uso de la IA pueden ser una tremenda fuerza para el bien, ayudando a las sociedades a superar algunos de los grandes desafíos de la época actual. Sin embargo, estas tecnologías también pueden tener efectos negativos, incluso catastróficos, si se implementan sin tener suficientemente en cuenta su impacto en los derechos humanos. (ONU, 2021)

De esa manera, las Naciones Unidas agrega:

La IA no solamente puede afectar al derecho de la privacidad, sino que también a otros derechos profundamente entrelazados con la como los derechos a la salud, la educación, la libertad de circulación, la libertad de reunión pacífica, la libertad de asociación y la libertad de expresión. Ello es así, ya que el funcionamiento de los sistemas de IA puede facilitar y profundizar las intrusiones en la privacidad y otras interferencias con los derechos de diversas maneras. Estos incluyen aplicaciones completamente nuevas, así como características de los sistemas de IA que amplían a través de una mayor recopilación y uso de datos personales. (ONU, 2021)

VII. Posibles soluciones legales

Los avances de la neurociencia y el desarrollo de la IA plantean nuevos desafíos jurídicos, en miras a proteger el derecho de la privacidad de las personas, y todos los derechos conexos que se relacionan con el mismo.

Resulta evidente que, a través del uso indebido de la IA, el mercado podría inducir al consumidor a tomar ciertas decisiones comerciales que vulneren sus derechos, puesto que el consumidor no es capaz de procesar la información que se le presenta de manera exhaustiva y, a su vez, se encuentra condicionado por el modo en el que esas opciones son expuestas.

De esta manera, existen incentivos económicos para que los fabricantes y vendedores inviertan en el desarrollo de la IA y lleven a cabo este tipo de prácticas con el propósito de obtener ventajas comerciales exorbitantes.

Esta situación es advertida por autores como Hanson y Kysar, 2018, quienes sostienen:

En el futuro la manipulación psicológica del consumidor será un resultado inevitable del mercado competitivo. Los sesgos cognitivos presentan oportunidades para maximizar las ganancias, de manera tal que los fabricantes invertirán sus recursos en aprovechar estas deficiencias mentales para mantenerse al ritmo de la competencia [...]. Así, el mercado evolucionará a un estado en el que sólo las empresas que sepan aprovechar las anomalías cognitivas del consumidor van a sobrevivir.

En consecuencia, resulta esencial establecer distintas medidas para que el consumidor posea una protección efectiva de sus derechos.

A continuación, se expondrán distintas posibilidades regulatorias.

En primer lugar, se debería adecuar nuestra legislación vigente, introduciendo algún articulado que prevea los riesgos de la contratación electrónica y los mecanismos para petitionar ante el Poder Judicial, en el supuesto de que el consumidor sea vulnerado en sus derechos producto de la manipulación psicológica inducida mediante la IA. Ello es así, ya que la normativa actual no logra reflejar los peligros que podría representar un uso indebido de la IA, por lo que la legislación debería ser actualizada y modernizada de acuerdo a este nuevo tipo de mecanismo.

En segundo lugar, debería implementarse un marco legal internacional, de manera tal que se logre proteger los derechos de los consumidores en el ámbito transfronterizo, con especial tutela a favor de los menores de edad. Ello es fundamental, ya que el consumidor puede celebrar un contrato en un determinado país, pero su ejecución o el reclamo frente al incumplimiento puede darse en otro punto de conexión, con lo cual resulta fundamental adoptar instrumentos internacionales que otorguen mecanismos de protección a los consumidores frente a las vulneraciones a sus derechos motivadas por la IA.

En tercer lugar, en caso de que se verifique que una empresa está realizando un uso indebido de la IA, con el único propósito de manipular al consumidor para vulnerar sus derechos, deberían contemplarse distintas sanciones (aplicación de multa, inhabilitaciones comerciales, entre otras medidas) con el propósito de disuadir la conducta empresarial. Sobre este punto, es importante destacar que la pena aplicable debería ser tal que el empresario logre ser disuadido en su

conducta y que le resulte más costoso incumplir con la norma jurídica. De lo contrario, se generarían incentivos económicos para abonar la sanción y no acatar la norma, pues le representaría más beneficios económicos su no cumplimiento, desvirtuando así el propósito legislativo.

Por último, desde una perspectiva basada en la prevención, podría exigirse a los desarrolladores de la IA que brinden a los organismos reguladores, y de manera regular, información sobre los tipos de sistemas que utilizan basados en la IA y el uso y tratamiento que les otorgan a los datos recabados. De esa manera, podrían aplicarse medidas preventivas frente al mal uso de dicha tecnología.

VIII. Conclusiones

Como consecuencia de la pandemia del COVID-19, se ha observado un crecimiento exponencial en el desarrollo del comercio electrónico y la inversión en la tecnología basada en la IA. Si bien este tipo de tecnología produce que los costos en la contratación sean aminorados, lo cual es deseable desde una perspectiva económica, no hay que ignorar que la IA puede traer aparejados riesgos de inducción del cerebro humano, lo que podría producir una manipulación empresaria en pos de obtener una ventaja económica desproporcionada, en desmedro de los derechos de los consumidores. Esta situación puede verse agravada cuando participan en esa negociación menores de edad, los cuales aún no cuentan con el libre albedrío plenamente desarrollado.

Frente a esta situación, es menester establecer medidas legales oportunas, que trasciendan las fronteras de un

único país y que logren tutelar los cambios tecnológicos, de manera tal, que los derechos de los consumidores no se vean afectados.

Referencias bibliográficas

Coase, R. H. (2013). The problem of social cost. *The journal of Law and Economics*, 56(4), 837-877.

Hanson, J. D., y Kysar, D. A. (1999). Taking behavioralism seriously: The problem of market manipulation. *NYUL rev.*, 74, 630.

Samuelson, P., & Nordhaus, W. (1993). *Economía*. (14a. ed.) McGraw Hill.

CEPAL (2016). *La nueva revolución digital. De la Internet del Consumo a la Internet de la Producción*. <https://repositorio.cepal.org/items/8c091215-7778-4516-9c8a-7dc0d6454dea>

OCDE (2019). *Recomendaciones del Consejo en la Innovación Responsable de la Neuro tecnología*. <https://www.oecd.org/science/recommendation-on-responsible-innovation-in-neurotechnology.htm>

UNESCO (2021). *Recomendación sobre la Ética en la Inteligencia Artificial*. https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000380455_spa

ONU (2021). *El derecho a la privacidad en la era digital*. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G21/249/24/PDF/G2124924.pdf>

Tienda Nube (2022). *Informe anual de comercio electrónico durante 2021 y perspectivas para el 2022*.

Ministerio Público Tutelar (2019). Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires, *Convención sobre los Derechos del Niño Comentada*.

CACE (2021) *Estudio Anual e-commerce*. <https://cace.org.ar/wp-content/uploads/2022/06/cace-estudio-anual-2021-resumen.pdf>

El comercio electrónico mundial crece hasta los 26,7 billones de dólares, impulsado por la COVID-19. (2021, 6 de mayo). *Noticias ONU*. <https://news.un.org/es/story/2021/05/1491592>

Kahneman, D. (2012). *Pensar rápido, pensar despacio*. Debate.

**Abogada (UTDT), Magíster en Derecho y Economía (UTDT), Doctoranda en Derecho Financiero (UBA)
Correo electrónico: jessicacaceres@hotmail.com*

**EI DERECHO DE AUTOR EN INTERNET:
RESPONSABILIDAD DE LOS PROVEEDORES
DE SERVICIOS DE INTERNET LUEGO DE LA
DIRECTIVA 2019/790. ¿DE VICTIMARIO A VÍCTIMA?**

*COPYRIGHT ON THE INTERNET: LIABILITY
OF INTERNET SERVICE PROVIDERS AFTER
DIRECTIVE 2019/790. FROM VICTIMIZER TO VICTIM?*

*Por María Laura Saccone**

Resumen

La Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital vino a cambiar las reglas de juego en el terreno de la responsabilidad de los proveedores de servicios de internet (PSI) frente a las infracciones a los derechos de autor. Esta asigna un rol proactivo a los PSI con respecto al uso de obras protegidas. El objetivo del presente artículo es evaluar si la responsabilidad *ex ante* que el artículo 17 de la Directiva otorga a los PSI resulta eficiente desde el análisis económico del derecho de daños. Algunos sostienen que las exenciones de responsabilidad de los PSI son esenciales para la libertad de expresión, mientras que otros alegan que los PSI son quienes deberían responder por las infracciones a los derechos de autor, dado que constituyen la puerta de entrada a dichos ilícitos. Este complejo escenario conformado por PSI y autores de diferente envergadura, con estructuras de costos disímiles para enfrentar el impacto de la piratería, hace imposible arribar a una única respuesta sobre quién

se encuentra en mejor posición para evitar un daño a partir de las nociones del análisis económico del derecho.

Palabras clave: propiedad intelectual, piratería, derecho de daños, artículo 17, *cheapest cost avoider*

Abstract

The Directive (EU) 2019/790 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market came to change the rules of the game as to the responsibility of Internet service providers (“ISPs”) regarding copyright infringement. It assigns a proactive role to ISPs when it comes to the use of copyright protected works. This paper seeks to assess whether the ex-ante liability that Article 17 of the Directive grants to ISPs is efficient from the economic analysis of Tort Law. Some argue that ISP immunity is essential to freedom of expression, while others state that ISPs should be held accountable since they are the gateway to copyright infringement. This complex scenario made up of ISPs and authors of different sizes, with varying cost structures to face the impact of piracy, makes it impossible to conclude who is in the best position to prevent damage based on the economic notions of Tort Law.

Keywords: intellectual property, piracy, tort law, article 17, *cheapest cost avoider*

Fecha de recepción: 2-6-2022

Fecha de aceptación: 15-7-2022

1. Alcance y objetivo

El objetivo del presente artículo es analizar si el control y la responsabilidad *ex ante* que el artículo 17 de la Directiva de la Unión Europea 2019/790 (en adelante, la “Directiva 2019”) asigna a los PSI respecto de las infracciones a los derechos de autor en el mundo digital resulta eficiente desde el análisis económico del derecho de daños. ¿Son los PSI los únicos responsables de dichas infracciones? ¿Deben responder por los contenidos que han sido colocados en sus plataformas por terceros? ¿Pueden los titulares de derecho de autor que se encuentren afectados dirigir sus pretensiones resarcitorias contra los que actuaron como intermediarios para la difusión del contenido que les ocasionó un daño? ¿Es eficiente o posible que dichos intermediarios controlen de manera previa el contenido que los usuarios suben a internet?

Para encontrar una respuesta a todos estos interrogantes, se analizará, en primer lugar, el impacto social que en los últimos años ha tenido internet sobre los derechos de autor, así como el daño que ocasiona sobre ellos. Seguidamente se buscará comprender el rol de los PSI en relación con las violaciones a los derechos de autor que se producen en sus plataformas. Luego, se realizará un análisis económico del derecho de daños sobre los PSI y se analizarán las diversas reglas de responsabilidad aplicable a los intermediarios por los contenidos publicados en línea y sus efectos sobre la distribución de los costos. Asimismo, se describirá de forma sucinta la regulación aplicable sobre la responsabilidad de los PSI en materia de propiedad intelectual en EE. UU. y en la Unión Europea. Más adelante, se analizará el

cambio de paradigma impuesto por la Directiva 2019 y su aplicación en la actualidad a la luz de la noción de *cheapeast cost avoider*.

2. Introducción

El derecho de autor es la rama del derecho que resguarda los derechos concernientes a los creadores sobre sus obras literarias y artísticas, tales como libros, obras musicales, pinturas, esculturas, películas y obras realizadas por medios tecnológicos como programas informáticos y bases de datos electrónicas. El derecho de autor protege dos tipos de derechos: por un lado, los derechos patrimoniales, que permiten a los titulares de derechos obtener una retribución económica en caso de que terceros utilicen sus obras y, por el otro, los derechos morales, que permiten a los autores adoptar medidas para preservar y proteger los vínculos que los unen a sus obras (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, s/f). La protección del derecho de autor se cree necesaria para evitar la copia no autorizada, y que así se generen incentivos para desarrollar nuevas obras, ya que básicamente son bienes difíciles de crear, pero fáciles de copiar (Cabello, 2020).

La forma de acceder o utilizar las obras protegidas por derecho de autor no siempre ha sido igual. Décadas atrás, cuando no existía el mundo digital tal como lo conocemos, una obra literaria o una canción estaba inevitablemente ligada al libro o disco que la contenía. De esta manera, el proceso para acceder a una obra original con el objetivo de editarla o recrearla resultaba lento y costoso, creando así una barrera al flujo de la información (Cortés Castillo y Bertoni, 2014).

Más adelante, con la llegada de internet a nuestras vidas, el acceso a la información y al conocimiento se fue democratizando poco a poco, permitiendo que cualquier individuo, independientemente de su cultura, nacionalidad, religión o clase social, tuviera acceso ilimitado e inmediato a obras musicales, audiovisuales, literarias, entre otras. Sin embargo, el resultado no fue positivo para todos. Los desarrollos tecnológicos trajeron consigo la aparición de actores digitales, tales como los PSI, motores de búsqueda, redes sociales, blogs, medios online, *hostings*, entre otros, que masificaron un conflicto durante mucho tiempo restringido a las compañías discográficas e industrias creativas: el uso indebido de obras protegidas por derecho de autor. A través de sus servicios, los intermediarios en línea contribuyeron al desarrollo de un comercio paralelo de copias ilícitas, participando con su actividad en infracciones masivas de derechos de autor en el mundo digital. Así, internet se convirtió en una gigantesca máquina fotocopiadora fuera de control que permitió un acceso ilimitado para la copia y distribución de contenidos protegidos (Shapiro, 1999). A través de esta red, los costos de vulnerarlos son mínimos, mientras que su control es muy complejo, lo que genera la aparición de nuevas patologías, es decir, formas innovadoras de producir daños respecto de los cuales debe resolverse quién y en qué casos responde (Cavanillas Mugica, 2001).

Es claro que los victimarios directos de las infracciones a los derechos de autor en internet son aquellos usuarios que ponen, a disposición de otros, obras intelectuales a través de sitios de intermediación sin autorización de los respectivos titulares. Es decir, son los usuarios

quienes directamente cometen los ilícitos utilizando para ello a las plataformas como puerta de entrada. Sin embargo, a pesar de que los intermediarios no infringen directamente los derechos de autor, ni deciden por sí solos difundir las obras, contribuyen con sus servicios a incrementar exponencialmente un mercado paralelo de contenidos piratas, lucrando en algunos casos mediante los ingresos por publicidad (Carbajo Cascón, 2015). Ahora bien, tal como se analizará más adelante, desde una perspectiva económica, es probable que no exista una única regla de responsabilidad para todos los actores involucrados que permita establecer claramente quiénes son las víctimas y quiénes los victimarios. El deber de prevención del daño y, por lo tanto, la responsabilidad puede variar según distintos factores, como el tamaño de los PSI y de los titulares de derecho de autor, el nivel de costos de prevención de las plataformas, la posibilidad de que los propios titulares de derecho notifiquen una infracción o incluso prevengan el daño.

3. Ecosistema complejo

La violación al derecho de autor en el mundo digital es un problema de “muchas manos”, dado que son varios los actores involucrados (usuarios, intermediarios, PSI, autoridades estatales) que pueden contribuir tanto en los usos ilícitos de material protegido como en la solución. Por lo tanto, la responsabilidad social y legal por una internet más segura se comparte entre todas esas manos (Helberger et al., 2018).

En muchas ocasiones, resulta muy complejo identificar a los responsables directos de las violaciones a los

derechos de autor en el mundo digital debido al intenso intercambio de información que se presenta en la red *peer to peer*¹ que no tiene un lugar físico. Mediante esta red, los usuarios infractores intercambian todo tipo de contenido protegido a través de la utilización de un *nickname*, lo que dificulta determinar su identificación real (Álvarez Amézquita et al., 2009). Incluso, cualquiera de nosotros puede poner a disposición un video o compartir una obra protegida por derecho de autor en redes sociales como YouTube, Instagram o Facebook, sin que medie autorización de su titular o excepción alguna para hacer uso legítimo de la obra (Garza Barbosa, 2015).

La identificación de los responsables por los daños ocasionados en la utilización de material no autorizado alojado en internet, así como la obligación de compensación de las víctimas, son cuestiones que se vienen discutiendo en los últimos años y que conllevan el cuestionamiento del rol de los intermediarios en la piratería. Se entiende por “piratería” la reproducción de material protegido por el derecho intelectual sin el consentimiento por parte del autor, pudiendo ser utilizada tanto con fines privados como comerciales. Si bien la piratería no es nueva, sino que ha existido

¹ Una red *peer to peer*, también conocida en español como “red entre pares”, es una de las formas más populares de compartir material entre usuarios de internet, independientemente de la plataforma de software utilizada y el lugar o momento en que se encuentren. Este tipo de redes ha propiciado que se utilice para intercambiar entre usuarios archivos cuyo contenido se encuentra protegido por derecho de autor.

cada vez que los medios de reproducción técnica se tornaron accesibles, la nueva era digital ha hecho que dicha práctica se expandiera de forma incontrolable, convirtiéndose en uno de los principales daños que aqueja a los titulares de derechos en la actualidad. Por lo tanto, el derecho de autor está siendo confrontado al desafío de encontrar una solución al problema del *free rider*² sobre la utilización de las obras intelectuales en internet, ya que, una vez publicadas, cualquiera podría copiarlas (Pérez Gómez Tétrél, 2007).

Hasta ahora, lo que queda claro es que, en toda violación a los derechos de autor producida en internet, se encuentran involucrados con mayor o menor intensidad, en forma más o menos directa, los PSI llegando incluso a compartir responsabilidad con los usuarios infractores. La característica principal de estos intermediarios es que se encuentran fuera del proceso de creación y selección de la información que difunden por sus servidores, solo posibilitan técnicamente el proceso de comunicación (De la Maza Gazmuri, 2004). En estos supuestos, se debe analizar si resulta conveniente o posible que dichos intermediarios controlen *ex ante* el contenido que los usuarios suben a la red.

4. Análisis económico del derecho de daños sobre los intermediarios y los sistemas de responsabilidad extracontractual

² En economía se entiende por *free rider* a aquel consumidor de determinados bienes y servicios que se beneficia de su disfrute sin pagar contraprestación alguna por ellos, así como a la utilización excesiva de algo por el mero hecho de que sea gratuito.

El derecho de daños es el tipo de responsabilidad extracontractual que emerge cuando una persona daña a otra, bajo ciertas condiciones. En esos casos, el sistema legal dispone sanciones y compensaciones para indemnizar a la víctima. Ahora bien, la teoría económica del derecho de daños asimila dichas sanciones y compensaciones a precios y examina el modo en el cual estos incentivan a los dañadores o victimarios a determinados niveles de cuidado y actividad. A modo de ilustración, si una empresa de ferrocarril no instala un sistema mecánico que controle las chispas que generan sus trenes para evitar incendios en campos adyacentes, dicha empresa será responsable de los daños causados y deberá compensar a los propietarios de esos campos. Por lo tanto, si el derecho responsabiliza a la empresa, se generan buenos incentivos para que esta adopte niveles de cuidado y actividad para controlar las chispas que se producen en el recorrido de sus trenes, es decir, se internalizan las externalidades negativas³. De lo contrario, si no se le atribuye responsabilidad, la predicción es que la empresa introducirá nulo o muy poco cuidado para eliminar dichas externalidades negativas⁴.

En definitiva, desde la teoría económica, el sistema legal puede analizarse como un sistema basado en incentivos, el cual asume que un individuo (en el ejemplo anterior, la empresa de trenes) toma decisiones con el objetivo de

³ Una externalidad negativa es una falla del mercado que ocurre cuando las personas trasladan costos en forma gratuita a otras personas que no forman parte de la transacción.

⁴ Véase Cooter, 2008.

maximizar su utilidad, resignando la menor cantidad de recursos. Esto puede observarse en la elección de adoptar una unidad adicional de cuidado (sistema mecánico) frente a la perspectiva de pagar daños por accidentes (incendios en campos adyacentes). Asimismo, el derecho de daños constituye una herramienta fundamental para internalizar externalidades negativas en contextos de altos costos de transacción⁵, ya que no es posible que todos los potenciales dañadores y víctimas puedan negociar por anticipado las correspondientes indemnizaciones (Stordeur, 2011).

En este contexto, el análisis de los sistemas de responsabilidad resulta relevante, puesto que estos distribuyen los costos de los daños de manera distinta y, por lo tanto, generan diferentes incentivos para el cuidado y la prevención⁶. En líneas generales, existen dos grandes sistemas para asignar responsabilidad por accidentes: la responsabilidad objetiva o estricta, y la responsabilidad subjetiva o por negligencia. La responsabilidad objetiva hace responsables a los dañadores potenciales de todos los daños causados, con independencia del nivel de cuidado que hayan

⁵ Este concepto fue desarrollado por primera vez por el premio Nobel Ronald Coase. De acuerdo con Coase, los costos de transacción son aquellos en los que se incurre para llevar a cabo el intercambio de un bien o servicio y por vigilar el cumplimiento de lo convenido.

⁶ Un antecedente central del derecho de daños es el trabajo del autor Guido Calabresi, quien concluyó que los diversos sistemas de responsabilidad imponen incentivos para que las personas adopten determinados niveles de cuidado en sus actividades minimizando el costo social provocado por los accidentes. (Calabresi, 1961).

empleado. Bajo este sistema, la culpa es irrelevante, por lo que quien pretende una compensación sólo debe acreditar la existencia de relación causal y que el daño proviene del uso de la cosa. En cambio, la responsabilidad subjetiva requiere que se demuestre que el dañador actuó además de manera negligente, por lo que deben existir los tres elementos del derecho de daños: causalidad, daño y además la culpa o negligencia, o bien la intención de dañar (Martínez y Porcelli, 2015).

El análisis sobre la responsabilidad de los intermediarios de internet está muy relacionado con el cuestionamiento de si es exigible que los PSI tengan o no conocimiento de todos los contenidos que se alojan, transmiten o almacenan en sus plataformas, los cuales se van modificando constantemente a gran velocidad. Por lo tanto, la pregunta del millón es ¿son responsables los PSI por aquellos contenidos que violen el derecho de autor?

La doctrina y la jurisprudencia, tanto local como extranjera, se encuentran fragmentadas en relación con la existencia o inexistencia de responsabilidad de los PSI por los contenidos publicados en sus plataformas y, en caso de corresponder, al tipo de factor de atribución aplicable. A modo de síntesis, pueden destacarse tres criterios de responsabilidad sobre los intermediarios:

a) ausencia de responsabilidad

Este criterio entiende que los PSI, en tanto intermediarios y no generadores de los contenidos, nunca deben

responder por los daños que pudieran derivarse de los contenidos ilícitos a los que se acceda mediante sus servicios. Quienes defienden esta postura consideran que asignar responsabilidad implicaría un freno a la libre circulación de información y costos muy altos para los PSI por hechos realizados por terceros. Desde el análisis económico, esta regla no incentiva al intermediario a introducir ningún nivel de cuidado, dado que todos los costos de los daños recaen en la víctima. En definitiva, el intermediario externaliza el costo del daño, mientras que la víctima lo internaliza.

Sin embargo, no es el final de la historia. Los intermediarios aun así podrían tener fuertes incentivos extralegales para colaborar con los titulares de derechos, como, por ejemplo, experiencia del usuario, credibilidad y reputación, competencia con otros intermediarios. Ahora bien, estos incentivos no siempre suceden. Por lo tanto, si bien no es correcto concluir que bajo la regla de ausencia de responsabilidad los intermediarios no tendrían ningún incentivo para controlar el contenido, también es cierto que estos incentivos pueden no ser suficientes para ocuparse de todas las externalidades negativas en el contexto de la propiedad intelectual (Husovec, 2016).

b) responsabilidad objetiva o estricta

Este criterio entiende que los intermediarios son siempre responsables frente a la infracción cometida por el riesgo mismo de la actividad desempeñada. Por lo tanto, para que la víctima obtenga una compensación solo deberá acreditar causalidad y daño, es decir, no deberá demostrar que el intermediario actuó con negligencia.

Bajo este esquema, los intermediarios no solo considerarán los costos privados que le supongan la toma de precauciones, sino también aquellos costos sociales que se verían obligados a asumir de producirse un daño. En definitiva, este criterio de responsabilidad obliga a los intermediarios a internalizar el costo del daño mientras que la víctima lo externaliza (Velarde Saffer, 2008).

La regla de responsabilidad objetiva es eficiente cuando los niveles de actividad pueden manipularse unilateralmente y de manera directa. Por lo tanto, ante esas situaciones, los perjudicados por la responsabilidad objetiva responderían reduciendo la escala de su actividad. Sin embargo, esto no sería posible para los PSI porque se trata de un escenario multilateral, donde no pueden controlar directamente las violaciones a los derechos de autor realizadas por los terceros. Solo podrían influenciar los niveles de actividad de los usuarios de manera indirecta, por ejemplo, a través de la baja del contenido o rediseño de sus servicios, etc. (Husovec, 2016).

c) responsabilidad subjetiva o por negligencia

Según este criterio los PSI, en tanto no sean editores ni productores del contenido, no son responsables, salvo que, debidamente notificados sobre la infracción al derecho de propiedad intelectual, no actúen con cuidado y diligencia para bloquear accesos a dichos contenidos. Es decir, habiendo tomado conocimiento de la existencia de un contenido ilícito o causante de un daño no tomaron las medidas necesarias para evitar que sea incluido en el sitio o transmitido a los usuarios.

Este factor de atribución es el que han adoptado la mayoría de las regulaciones, entre ellas, la europea y la estadounidense que se analizarán más adelante.

Por consiguiente, la responsabilidad subjetiva anima a los intermediarios a adoptar un nivel óptimo de cuidado, de lo contrario, son considerados negligentes. Bajo dicho sistema, se exige que se acrediten los tres elementos del derecho de daños, estos son: causalidad, daño y culpa o negligencia, o bien la intención de dañar. Ahora bien, ¿cómo se determina la negligencia?

Desde la óptica del derecho tradicional, la definición de negligencia está asociada a la ausencia de cuidado que habría aplicado un hombre razonable. Sin embargo, ¿qué se considera hombre razonable?; ¿existe un criterio general o depende de cada caso en particular?; ¿quién establece quién es negligente? Tal como se observa, dicha regla resulta ambigua y no siempre permite un examen preciso.

En este contexto, la doctrina y la jurisprudencia del sistema anglosajón desarrollaron novedosas teorías aplicando el método del análisis económico del derecho para sortear algunos de estos obstáculos. En particular, en el problema de la determinación de la culpa o negligencia, se destaca la reconocida teoría denominada “Regla de Hand”⁷.

Así, en la sentencia del fallo “United States v. Carroll Towing Co.”⁸, el juez Learned Hand estableció que

⁷ Véase Castañeda Jiménez, 2015.

⁸ 159 F. 2da. 169, 173, 2do. Circuito, de 1947.

una persona es negligente siempre que el costo de prevención del daño sea menor que el resultado de multiplicar el costo del daño por la probabilidad de su ocurrencia, es decir, una persona es responsable siempre que las medidas de prevención sean menos costosas que el daño esperado. Tal como se observa, la Regla de Hand permite determinar el nivel de cuidado que resulta eficiente exigir de alguna de las partes, esto es, cuál es el costo en que debe incurrir dicha parte tomando en consideración la probabilidad de que se verifique un daño y su magnitud (Velarde Saffer, 2008). De igual modo, la fórmula sugiere que, si el valor de la probabilidad del daño es menor que el costo de prevención, entonces el demandado no debería ser responsable. A modo de ejemplo, un tribunal de Argentina condenó a un consorcio de propietarios a pagar daños a una mujer que tropezó y cayó al bajar las escaleras de un edificio, ya que la causa del accidente se debió a la poca visibilidad de las perillas de luz. En resumen, el costo de evitar el accidente era muy bajo respecto del daño que podía causar⁹.

Sin embargo, la Regla de Hand asume que quien tiene que decidir qué precauciones tomar para prevenir un accidente debe, a su vez, contar con toda la información necesaria para tomar dicha decisión. Sobre este punto, Cooter y Ulen señalan que la responsabilidad debería considerar quién se encuentra en mejor posición para obtener esa información¹⁰. Por este motivo, dichos autores consideran que la Regla de Hand tiene que

⁹ Véase Acciarri & Romero, 2007.

¹⁰ Véase Ulen & Robert, 2016.

complementarse con la noción del *cheapest cost avoider*. Según este concepto, debería asumir el daño aquella parte que puede evitarlo a un menor costo dada su situación y la información con la que cuenta.

En virtud de lo expuesto, desde el punto de vista económico, es posible que los PSI no sean siempre la única parte que puede tomar medidas de precaución al menor costo. Los usuarios, proveedores o terceros que sufren daños también pueden prevenir o limitar la cantidad de daño por estar en mejor posición para informárselo a la plataforma a fin de que esta pueda entonces adoptar las medidas adecuadas. Por ejemplo, los titulares de derechos de autor podrían informar a un PSI sobre copias no autorizadas de sus obras ofrecidas en su plataforma, y dicho PSI podría tomar medidas, tales como la eliminación de la copia del sistema.

Por lo tanto, en la responsabilidad subjetiva, para determinar el nivel de cuidado que se debe tener según la Regla de Hand para no ser considerado negligente, es necesario comparar primero los costos de prevención de todas las partes interesadas para identificar al *cheapest cost avoider*, es decir, la parte que puede realizar dicho cuidado a menor costo gracias a la información con la que cuenta (Gilles, 1992).

5. Sistemas de responsabilidad sobre los intermediarios en la Unión Europea y EE. UU. previo a la Directiva 2019

Las primeras regulaciones sobre propiedad intelectual en la era digital comenzaron a partir de la década

de 1990. En líneas generales, dichas regulaciones exoneraron de responsabilidad a los PSI siempre que cumplan con determinadas condiciones.

El primer país en regular la responsabilidad de los intermediarios de internet fue Estados Unidos a través de la Sección 230 de la *Communications Decency Act* de 1996 que establece inmunidad absoluta para dichos intermediarios. Esta normativa tuvo el objetivo de regular los contenidos de internet estableciendo que los PSI no pueden ser tratados como editores respecto del material proporcionado por terceros. Luego, en 1998 se aprobó la *Digital Millennium Copyright Act* que establece un conjunto de condiciones conocidas como *Safe Harbor* (puerto seguro) bajo las cuales las plataformas quedan exentas de responsabilidad final siempre que no tengan conocimiento de la información alojada en sus servidores por los usuarios. Asimismo, la normativa dispone un sistema de notificación extrajudicial, denominado *Notice and Take Down* que permite a los titulares de obras protegidas notificar a las plataformas a fin de que retiren o bloqueen el material que se encuentre en infracción al derecho de autor. En cuanto la plataforma recibe la notificación del titular, tiene la obligación de eliminar el material o impedir el acceso al mismo por parte de terceros. En suma, bajo la *Digital Millennium Copyright Act*, las plataformas no son consideradas responsables por infracciones al derecho de autor siempre que estas no tengan conocimiento efectivo de la ilicitud relativa al contenido y que, apenas sean notificadas, actúen con celeridad para retirarlo o hacer que el acceso al mismo sea imposible. Asimismo, no impone a los PSI

la obligación de monitorear, ni controlar sus servicios, ni investigar hechos que pueden ser considerados actividades infractoras de los derechos de autor, es decir, tienen una actitud pasiva.

En Europa, la Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico (en adelante, la “Directiva 2000”) también utilizó el principio de *Safe Harbor* y estableció un régimen de exención de responsabilidad para los intermediarios siempre que no tuvieran conocimiento efectivo del material ilícito alojado en sus servidores. Además, bajo la Directiva 2000, a dichos prestadores no se les podía imponer la obligación de realizar un monitoreo general sobre el contenido que se subía a sus redes o sistemas. La razón de esto era que dicha obligación estaría en contradicción con la esencia de un régimen de responsabilidad limitada. Con motivo de la Directiva 2000, varios PSI habilitaron herramientas extrajudiciales para facilitar la puesta en conocimiento. Sin embargo, ello condujo a una complicación para los PSI, ya que, una vez realizada la notificación por un usuario o titular, es el propio PSI quien debe convertirse en juez y analizar si el contenido reclamado infringe o no derechos de autor. Por lo tanto, bajo este tipo de sistema, el intermediario incurre en doble responsabilidad: por un lado, si decide no retirar el contenido que luego un tribunal considera que efectivamente infringía derechos; y, por el otro, si retira de manera automática todo lo que se le solicita para evitar riesgos eliminando así contenido lícito. Por otra parte, la Directiva 2001/20/CE estableció la ausencia de responsabilidad de todo intermediario que almacene información en forma temporal siempre que dicho proceso sea inherente y necesario para la transmisión

de información protegida por el derecho de propiedad intelectual (Palazzi, 2012).

Tal como se expuso anteriormente, la inmunidad otorgada por las reglas de *Safe Harbor* permite a las plataformas eludir responsabilidad en materia de propiedad intelectual por las infracciones realizadas por los usuarios y así quedar “blindadas” frente a ellas. Sin embargo, desde hace varios años se observa que las regulaciones sobre la responsabilidad de las plataformas fueron superadas por la realidad digital que supone en muchas oportunidades una amenaza para los derechos de los autores. La tecnología, el mercado y el derecho fueron poniendo a prueba el funcionamiento de las reglas *Safe Harbor* afectando su eficacia y cuestionando su idoneidad para la infraestructura actual de la red (Rubí Puig y Vilarrasa, 2020).

En síntesis, las normas en vigencia sobre derecho de autor resultan insuficientes cuando se trata de controlar la piratería digital y amparar debidamente a los titulares. La regulación de los derechos de autor fue pensada para espacios físicos, donde la difusión de una copia de material protegido implicaba un costo para el infractor, cuya conducta ilícita podía ser detectada y sancionada. Sin embargo, en un espacio digital donde la piratería tiene costos significativamente menores y la identificación del infractor resulta casi imposible, el derecho de autor debe reformularse (De la Maza Gazmuri, 2004). El crecimiento exponencial de las plataformas en línea y de las aplicaciones y dispositivos digitales puso en crisis la aplicación de las regulaciones vigentes sobre derecho de autor. Así, las interacciones

entre las distintas fuerzas e intereses involucrados alentaron nuevos debates acerca de la responsabilidad de los PSI y fomentaron el replanteamiento de las reglas para proteger a los autores, la cual está inmersa en una compleja red de tratados internacionales, acuerdos bilaterales y leyes nacionales (Cortés Castillo y Bertoni, 2014).

6. Directiva 2019: cambio de paradigma en la responsabilidad de los intermediarios

El 26 de marzo de 2019 con 348 votos a favor, 274 en contra y 36 abstenciones, el Parlamento Europeo aprobó la Directiva 2019/790 sobre los derechos de autor y derechos afines para el mercado único digital de la Unión Europea que actualizó las normas sobre dichos derechos a nivel digital en Europa. Tiene una mirada mucho más proteccionista respecto de los derechos de autor, poniendo un enfoque en la actividad proactiva que deben tener los PSI para eximirse de responsabilidad respecto del uso online de obras protegidas por derecho de autor.

La Directiva 2019 se aplica a los PSI cuya finalidad principal sea almacenar y permitir que los usuarios descarguen y compartan contenidos protegidos por derechos de autor con el objetivo de obtener beneficios de ello¹¹,

¹¹ Véase considerando 62 de la Directiva 2019. No se encuentran dentro de su ámbito de aplicación los servicios entre empresas y en nube, que permiten a los usuarios cargar contenidos para uso propio, tales como los servicios de almacenamiento en línea o los mercados en línea cuya actividad principal es la venta minorista, y no dar acceso a contenidos

con lo cual dentro de esta categoría quedan incluidos PSI como Google, Facebook y YouTube.

Si bien los defensores de la Directiva 2019 consideran que sus disposiciones vendrían a solucionar los problemas de la piratería digital, también existe un gran número de opiniones en contra. En este sentido, uno de los artículos más relevantes y controvertidos de dicha Directiva es el 17 el cual establece un cambio de paradigma en la responsabilidad de los intermediarios eliminando la aplicación a ciertos PSI de la excepción de Safe Harbor. Dicho artículo establece que estos realizan un acto de comunicación al público cuando dan acceso a obras protegidas por derechos de autor u otras prestaciones protegidas cargadas por sus usuarios¹² y, en consecuencia, les exige que obtengan licencias de los titulares de dichos derechos.

Posteriormente, el artículo 17 apartado 4 establece que, en caso de que los PSI no obtengan la licencia o autorización, serán responsables de los actos de comunicación al público, a menos que demuestren que: a) realizaron el mejor esfuerzo por obtener una autorización; b) llevaron a cabo el mayor esfuerzo para garantizar la no disponibilidad de obras protegidas respecto de las cuales los titulares de derechos de autor

protegidos por derechos de autor. Tampoco las plataformas para desarrollar y compartir programas informáticos de código abierto, los repositorios científicos o educativos sin fines lucrativos y las enciclopedias en línea sin fines lucrativos también están excluidos de la definición de prestador de servicios para compartir contenidos en línea.

¹² Véase considerando 64 y art. 17.1 de la Directiva 2019.

les hayan otorgado la información correspondiente; y c) actuaron de modo inmediato al recibir una notificación de los titulares de derechos para impedir el acceso a sus obras o para retirarlas de los sitios web, y han hecho los mayores esfuerzos para impedir que se suban en el futuro¹³.

Asimismo, el artículo 17 en su apartado 8 establece que la aplicación de dicho artículo no da lugar a ninguna obligación general de supervisión. Sin embargo, podría decirse que la obligación de obtener una licencia de los titulares de derechos de autor en relación con los contenidos que se almacenen en sus plataformas, así como garantizar la no disponibilidad de los contenidos no autorizados, conlleva implícitamente una obligación de monitoreo general. Esto, por supuesto, genera grandes costos para los intermediarios, ya que deberían instalar tecnología de filtrado a través de algoritmos. Si bien la Directiva 2019 no hace mención explícita de la tecnología de filtrado, sería la única manera para poder cumplir las obligaciones del artículo 17.

¹³ En el apartado 6 de la Directiva 2019 se regula de forma diferenciada la responsabilidad de los nuevos prestadores de servicios para compartir contenidos en línea cuyos servicios lleven menos de tres años a disposición del público en la Unión y cuyo volumen de negocios anual sea inferior a 10.000.000 euros. Para ellos se exige que cumplan los requisitos contenidos en las letras a) y c). No obstante, cuando el promedio de visitantes únicos mensuales de dichos prestadores de servicios supere los cinco millones, calculado sobre la base del año civil anterior, estos demostrarán asimismo, que han cumplido el requisito de la letra b) para exonerarse de responsabilidad.

En conclusión, aquellos que apoyan la Directiva 2019 sostienen que es una manera de garantizar la protección de los intereses de los autores que se han visto afectados por el uso masivo de sus obras en Internet sin que pudieran controlar su explotación ni recibir una remuneración a cambio (Acosta, 2019). Por otro lado, quienes están en contra consideran que su aplicación conllevará una restricción indiscriminada e ilimitada sobre los contenidos en Internet, lo que perjudicaría la experiencia de los usuarios y consumidores al impedirles acceder a un número mayor de obras y contenidos.

7. Impacto de la Directiva 2019 en la plataforma de YouTube. ¿Son siempre los PSI los *cheapest cost avoiders*?

A fines de 2021, YouTube dio a conocer por primera vez el *Informe de transparencia de derechos de autor* (el “Informe”) que contiene las medidas que tomó la plataforma para proteger los derechos de los autores sobre su material dentro de YouTube¹⁴.

Al publicar el Informe, YouTube aportó evidencia empírica a la discusión sobre el filtrado de contenido para poder cumplir con lo dispuesto por el artículo 17 de la Directiva 2019. Vale la pena mencionar que el Informe se publicó en un período en el cual todavía el artículo 17 no se encuentra implementado en todos los Estados Miembros de la Unión Europea¹⁵, lo que significa que las cifras que arroja dicho

¹⁴ <https://blog.youtube/news-and-events/access-all-balanced-ecosystem-and-powerful-tools/>

¹⁵ Los países miembros de la Unión Europea tenían hasta dos años

Informe pueden ser de utilidad para evaluar el impacto que tendrá en el futuro dicho artículo.

El Informe tiene como objetivo transparentar el procedimiento a través del cual se gestiona la administración de derechos de autor dentro de YouTube. Dicho procedimiento consta principalmente de tres herramientas que le permiten a la plataforma obtener la información relevante de los contenidos protegidos y así estar en mejor posición para evitar la piratería, a saber: (i) Formulario web (solicitud de eliminación por incumplimiento de los derechos de autor); (ii) *Copyright Match* (identificación automática de los videos que son copias de otros en YouTube); y, por último (iii) *Content ID* (sistema disponible para autores con estructuras de derechos más complejas como estudios de largometraje y sellos discográficos en el cual se somete el material cargado por un usuario a un algoritmo que compara dicha carga con una base de datos de material conocido con derechos de autor)¹⁶.

La conclusión general que arroja el Informe es que, en total, YouTube procesó más de 729 millones de reclamos de derechos de autor en la primera mitad de 2021. La gran mayoría (99 %) de dichos reclamos se procesaron a través de *Content ID*. Del número total de denuncias, solo 2,2 millones de reclamos, o sea menos del 1 %, se

para implementar la Directiva 2019 en sus legislaciones internas y reglamentarla. Dicho plazo expiró en junio 2021, pero debido a la pandemia, muchos países demoraron su reglamentación.

¹⁶ <https://www.trendtic.cl/2021/12/youtube-presenta-el-primer-reporte-de-transparencia-de-derechos-de-autor/>

eliminaron por error, y más del 60 % de las disputas que surgen por la eliminación del material por error se resolvieron a favor de quien subió el video, es decir, del usuario. Esto demostraría que, a través del sistema de *Content ID*, YouTube pudo obtener mejor información para prever la ocurrencia de daños y, por lo tanto, ser el *cheapest cost avoider*.

Ahora bien, ¿podría asumirse que los PSI son siempre los *cheapest cost avoiders* y, por lo tanto, quienes tienen la obligación de filtrar previamente el contenido para prevenir un daño tal como lo establece la Directiva 2019? No existe una única respuesta a este interrogante, ya que son variadas las posturas con respecto a la responsabilidad de los PSI.

Por un lado, existen quienes sostienen que los intermediarios están mejor posicionados que algunos titulares de derecho de autor para monitorear y filtrar qué material se difunde en sus propias plataformas, ya que muchos usuarios infractores comparten contenido de forma anónima o utilizando un *nickname*, lo que genera que el costo de prevención para algunos autores se convierta en prohibitivo. Muchos PSI han realizado grandes inversiones en tecnología de filtrado, tal como lo ha hecho YouTube a través de *Content ID*, a pesar de que aún dicha tecnología tenga sus limitaciones. Sin perjuicio de ello, los PSI que cuentan con algún tipo de sistema de monitoreo se encuentran en mejores condiciones respecto de algunos autores para ser los *cheapest cost avoiders* y distribuir el costo de la tecnología de filtrado entre todos sus servicios. Asimismo, debe considerarse que los intermediarios son los únicos que

pueden eliminar o bloquear el acceso al contenido e incentivar a los usuarios a denunciar las infracciones.

Por otro lado, es también posible argumentar que los titulares de los derechos de autor están en mejor posición para asumir los costos de prevención por varias razones. Una de ellas sería que el intermediario no tiene toda la información para saber si el contenido que técnicamente es una infracción en realidad no fue licenciado a un tercero para tal uso. Por lo tanto, los intermediarios necesitarían conocer no solo todos los derechos de propiedad intelectual en el mundo, sino también toda la estrategia de concesión de licencias de los titulares de derechos. Otra razón es el interés del autor en proteger el contenido. Los modelos de negocio o estrategias de cada autor son distintas y pueden variar a lo largo del tiempo: algunos podrían oponerse al uso ilegítimo de su derecho, pero otros podrían animarlo como estrategia publicitaria, lo que generaría que el filtrado previo del intermediario genere costos innecesarios. Por lo tanto, en muchos casos, parecería ser que, desde el análisis económico, son los autores los que podrían evitar los daños a menores costos, ya que tienen mayor información de quién obtuvo la licencia de su contenido, si ciertos usos conducen a algún daño o si desean tolerar contenido subido por usuarios por motivos comerciales. También debe considerarse que obtener la autorización de todos los autores como requiere la Directiva 2019 podría ocasionar un costo prohibitivo para los pequeños y medianos PSI (no incluidos dentro de las excepciones que menciona el artículo 17 apartado 6 de la Directiva 2019) que no cuentan con una tecnología sofisticada de filtrado. A esto se suma que no existe una base de datos

completa de autores. Como consecuencia, los costos del intermediario para controlar y eliminar el contenido *ex ante* podrían considerarse más altos que el daño esperado, por lo que, siguiendo la Regla de Hand, los PSI no deberían tener ninguna obligación de intervenir. Es cierto que el progreso tecnológico puede reducir los costos de prevención, pero a menos que la forma actual de otorgar y gestionar los derechos de propiedad intelectual se simplifique de alguna manera, nunca sería posible detectar todas las infracciones únicamente mediante algoritmos, por lo que aún sería necesaria la intervención humana, traduciéndose en mayores costos para los intermediarios (Husovec, 2016).

Conclusión

Durante las últimas décadas, la tecnología digital ha transformado la sociedad, ampliando el acceso a la información y permitiendo nuevas formas de comunicación, explotación y distribución de contenido. Al mismo tiempo, este cambio de paradigma impactó en el mundo de los derechos de autor, ya que permitió a infractores anónimos o *free riders* crear innumerables copias de contenido digital sin costo alguno. En consecuencia, los titulares de derechos de autor se han esforzado por combatir las infracciones enfrentando no solo a los *free riders*, sino también a las plataformas que les permiten el acceso.

En los comienzos de internet, los legisladores introdujeron regulaciones de *Safe Harbor* bajo las cuales determinados PSI —como por ejemplo YouTube— eran considerados meros alojadores de contenidos,

sin responsabilidad final sobre su uso. El objetivo de dichas regulaciones era lograr un equilibrio entre las obras protegidas por derecho de autor y los intereses de la libertad de expresión, promoviendo a su vez el desarrollo del mundo digital.

En los últimos años, la industria de Internet creció de manera exponencial democratizando el acceso a la información como nunca en la historia de la humanidad, pero al mismo tiempo el crecimiento desmesurado ocasionó efectos adversos que generaron diversas formas de daño. Debido a esto, muchos comenzaron a cuestionarse si las inmunidades que los legisladores previeron inicialmente para los intermediarios continuaban siendo aplicables.

Hasta ahora lo que queda claro es que los intereses de los actores involucrados no se encuentran alineados. Por un lado, las plataformas alegan que los puertos seguros son esenciales para la libertad de expresión en línea y, por el otro, los titulares de derechos sostienen que son los PSI quienes deberían hacerse responsables de evitar las infracciones de los derechos de autor, ya que asumen un papel activo en el almacenamiento de contenidos y además, en algunos casos, obtienen importantes beneficios a través de la publicidad.

A través de la Directiva 2019, la Unión Europea inició la actualización normativa del régimen de responsabilidad civil de los PSI por los contenidos cargados por los usuarios con el fin de evitar que se infrinjan derechos de autor a través de sus espacios web. La reforma más ambiciosa de esta regulación es, sin duda, la revisión

de la excepción de *Safe Harbor* a ciertos PSI que impuso un nuevo paradigma el cual exige un rol más proactivo de los intermediarios para poder eximirse de responsabilidad.

A lo largo de este artículo, se han explorado las distintas responsabilidades extracontractuales sobre las infracciones a los derechos de autor desde una perspectiva económica. Bajo una regla de ausencia de responsabilidad, los PSI nunca deben responder por los contenidos ilícitos cargados por los usuarios, por lo que no tienen incentivos legales para reducir el número de infracciones. En consecuencia, esta regla no serviría para prevenir la piratería de manera eficiente. Por su parte, la regla de responsabilidad objetiva entiende que los intermediarios siempre son responsables frente a la infracción cometida por el riesgo mismo de la actividad desempeñada, lo que asegura que internalicen todos los costos asociados con su modelo comercial. Este criterio es eficiente cuando los niveles de actividad del responsable pueden manipularse unilateralmente y de manera directa. Sin embargo, esto no sería posible para los PSI porque se trata de un escenario multilateral en donde no pueden controlar directamente las violaciones a los derechos de autor realizadas por sus usuarios. Finalmente, una regla de responsabilidad subjetiva considera que los PSI no son responsables, salvo que, debidamente notificados sobre la infracción al derecho de propiedad intelectual, no actúen con cuidado y diligencia para bloquear accesos a dichos contenidos. Esta regla resulta eficiente en este escenario multilateral, pero ello dependerá de lo que los jueces determinen como debido cuidado. En este sentido, el análisis económico

del derecho aporta una herramienta denominada Regla de Hand para establecer el nivel óptimo de prevención. Bajo este esquema, todos los intermediarios o titulares de derechos que tomen niveles de prevención inferiores a los óptimos son considerados negligentes y, por lo tanto, responsables del daño que causan. Tal como se analizó en el presente artículo, establecer niveles óptimos de prevención tiene una relación directa con el principio del *cheapest cost avoider*, es decir, la parte que puede evitar el daño al menor costo dada la información con la que cuenta.

En ciertas ocasiones, los PSI pueden considerarse como los *cheapest cost avoiders*, dado que controlan de manera directa la plataforma donde se aloja el contenido legal o ilegal, por lo que pueden identificar a los infractores y remover el contenido. Ahora bien, esto no siempre es así, ya que intervienen una multiplicidad de factores y obstáculos que permiten concluir que, en algunas situaciones, los titulares de derechos de autor podrían evitar los daños a menor costo, dado que depende del interés que éstos tengan en proteger el contenido, si cedieron su licencia a un tercero o si ciertos usos están autorizados. Asimismo, el tamaño de los actores involucrados también puede incidir en todo este análisis. Los grandes titulares de derecho de autor (Warner, Disney, Sony) podrían distribuir los costos de las herramientas de filtrado para identificar el contenido ilegal y cubrirlo con sus mayores ingresos. Por el contrario, los pequeños y medianos PSI, en muchos casos, no cuentan con los recursos suficientes para solventar los costos de monitoreo que exige la Directiva 2019, así como para obtener las licencias de los autores. Es posible

que los PSI con estructuras más pequeñas no puedan desarrollar o adquirir tecnologías de filtrado, lo que en definitiva los obliga a realizar trabajos de detección y monitoreo de forma manual, con costos promedio más altos, pudiendo convertirse en una barrera a la entrada al mercado digital. Por lo tanto, afirmar que todos los PSI son siempre los *cheapest cost avoiders*, podría inclinar la balanza no solo a favor de los grandes intermediarios que cuentan con herramientas de filtrado, sino también a favor de los titulares de derecho de autor, afectando así la viabilidad de la competencia en el mercado.

Suele afirmarse también que los PSI obtienen beneficios por la presencia de contenido no autorizado en sus plataformas. Sin embargo, esto no ocurre en todos los casos. Algunos PSI podrían convertirse en víctimas y sufrir daños, por ejemplo, mediante la afectación de su reputación o disminución del número de usuarios o anunciantes como resultado de una mala experiencia producida por la utilización de obras pirateadas. La falta de credibilidad y la reducción de los usuarios podrían generar que el PSI pierda ventaja competitiva frente a competidores que ofrecen contenido más confiable llegando incluso a ser excluido del mercado. En definitiva, debido a la presión de la competencia y a la mala reputación, las obras no autorizadas por los titulares de derecho de autor podrían disuadir a terceros de utilizar los servicios del intermediario y, por lo tanto, dañar su negocio.

En síntesis, para determinar qué parte puede reducir los costos del daño de manera más eficiente, deberían compararse los costos de prevención de todas las partes

involucradas según sus características particulares. En general, cuando los costos de prevención para una parte son bajos respecto de la otra, es posible que se encuentre en mejores condiciones para evitar un daño (*cheapest cost avoider*), por lo que en esos casos resultaría eficiente aplicarle algún tipo de responsabilidad.

Si bien en la práctica puede que no sea posible ni deseable imponer una regla responsabilidad aplicando únicamente las nociones del análisis económico del derecho, estos conceptos y herramientas brindan a los reguladores un enfoque más amplio sobre el tipo apropiado de deber de prevención para cada actor involucrado en el mundo digital según sus características particulares y de acuerdo a los incentivos que éstos tienen.

Referencias bibliográficas

Acciarri, H. A., y Romero, M. (2007). La fórmula de Hand y el *cheapest cost avoider* en el derecho argentino. *La Ley Buenos Aires*, 14(5), 517-526.

Acosta, D. (2019). Nueva Directiva europea sobre derecho de autor en el mercado único digital. *Universidad Externado de Colombia - Departamento de Propiedad Intelectual*. <https://propintel.uexternado.edu.co/nueva-directiva-europea-sobre-derecho-de-autor-en-el-mercado-unico-digital/>

Álvarez Amézquita, D. F., Padilla Herrera, J. C., Garzón Zuluaga, A. L., y Muñoz Hernández, L. Y. (2009). Proveedores de Servicios de Internet y de

contenidos, responsabilidad civil y derechos de autor. *Studiositas*, 4(3), 51-64. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3658940>

Cabello, S. (2020). Aspectos clave para repensar el derecho de autor en el entorno digital en América Latina. *Revista latinoamericana de economía y sociedad digital*, Issue (1). DOI: 10.53857/FYHU8212

Calabresi, G. (1961). Some thoughts on risk distribution and the law of torts. *The Yale Law Journal*, 70(4), 499-553.

Carbajo Cascón, F. (2015). Delimitación de la responsabilidad de los servicios de intermediación de la sociedad de la información (II). *Iustitia*. (13), 217-263 <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5979043>

Castañeda-Jiménez, L. (2015). La responsabilidad civil extracontractual en el marco del análisis económico del derecho: un estudio comparado de la regla Hand. [Trabajo de grado]. Universidad Católica de Colombia, Bogotá.

Cavanillas Mugica, S. (2001). La responsabilidad civil de los intermediarios en Internet. En: O. Ameal (Ed.), *Derecho privado* (pp.: 1719). Hammurabi.

Cooter, R. U. (2008). *Law & economics*. Pearson/Addison Wesley.

Cortés Castillo, C., y Bertoni, E. A. (2014). Libertad de expresión versus libertad de expresión: la protección del derecho de autor como una tensión interna. En: E. Bertoni

(Comp.) *Internet y derechos humanos: aportes para la discusión en América Latina*. Universidad de Palermo, Facultad de Derecho, Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información. <https://www.palermo.edu/cele/pdf/InternetyDDHH.pdf>

De la Maza Gazmuri, I. (2004). Responsabilidad de los proveedores de servicios de internet por infracción a los derechos de autor. (U. D. Portales, Ed.) *Temas de responsabilidad civil*, 33-64. https://derecho.udp.cl/wp-content/uploads/2016/08/RESPONSABILIDAD_PROVEEDORES_INTERNET_delaMaza.pdf

Fagan, B., & Albornoz, P. M. (2018). Regulación a los proveedores de servicios de enlace y búsqueda de contenidos alojados en Internet (ISPs). Comentario al proyecto de Ley conocido como: Pinedo-Fellner. *Abogados.com.ar*. Consultado el 20 de enero de 2022. <https://abogados.com.ar/regulacion-a-los-proveedores-de-servicios-de-enlace-y-busqueda-de-contenidos-alojados-en-%20internet-isps-comentario-al-proyecto-de-ley-conocido-como-pinedo-fellner/22670>

Garza Barbosa, R. (2015). El derecho de autor, las nuevas tecnologías y el derecho comparado. Una reflexión para la legislación nacional y sus desarrollos jurisprudenciales. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 48(142), 41 - 89. <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0041863318300024>

Gilles, S. G. (1992). Negligence, strict liability, and the cheapest cost-avoider. *Virginia Law Review*, 78(6), 1291-1375. <https://www.jstor.org/stable/1073455>

Helberger, N., Pierson, J. y Poell, T. (2018) Governing online platforms: From contested to cooperative responsibility, *The Information Society*, 34,1, 1-14, DOI: 10.1080/01972243.2017.1391913

Husovec, M. (2016). TILEC Discussion Paper: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2773768

Martínez, A., y Porcelli, A. M. (2015). Alcances de la responsabilidad civil de los proveedores de servicios de internet (ISP) y de los proveedores de servicios online (OSP) a nivel internacional, regional y nacional: las disposiciones de puerto seguro, notificación y deshabilitación. *Pensar en derecho*(6), 117-171. <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/>

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (s/f). ¿Qué es el derecho de autor? *OMPI*. <https://www.wipo.int/copyright/es/>

Palazzi, P. A. (2012). *La responsabilidad civil de los intermediarios en internet*. Abeledo Perrot.

Pérez Gómez Tétrél, A. M. (2007). El análisis económico del derecho de autor y del *copyright*, un estudio del equilibrio entre los intereses público y privado. *La propiedad inmaterial*(10-11), 3-22. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/propin/article/view/895/849>

Rubí Puig, A., & Vilarrasa, P. S. (2020). Responsabilidad de intermediarios online por infracciones de derechos

de autor cometidas por usuarios de sus servicios. *InDret*, 490-504. <https://indret.com/wp-content/uploads/2020/07/1566.pdf>

Shapiro, A. L. (1999). *The control revolution The Control Revolution: how the Internet is putting individuals in charge and changing the world*. PublicAffairs.

Stordeur, E. (. (2011). *Análisis económico del derecho*. Una introducción. Abeledo Perrot.

Ulen, T., & Robert, C. (2016). *Teoría económica de los ilícitos culposos*. Fondo de Cultura Económica.

Velarde Saffer, L. M. (2008). Análisis de los regímenes de responsabilidad civil contractual y extracontractual, sus respectivas funciones y los supuestos limítrofes. *IUS ET VERITAS*, 18(36), 264-298. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12261/1282>

**Abogada egresada de la Facultad
de Derecho y Cs. Sociales
de la Universidad de Buenos Aires (UBA)
Maestría en Derecho y Economía
de la Universidad Torcuato Di Tella
Abogada especialista en derecho corporativo
en Grupo Telefilms - Diamond Films
Correo electrónico: lau_saccone@hotmail.com*

DERECHO SOBRE DATOS NO PERSONALES A PROPÓSITO DE LA POSIBLE CREACIÓN DE UN DERECHO SUI GENERIS EN LA UNIÓN EUROPEA

LAW ON NON-PERSONAL DATA REGARDING THE POSSIBLE CREATION OF A SUI GENERIS RIGHT IN THE EUROPEAN UNION

*Por Pablo A. Iannello**

Resumen

El objetivo de este trabajo es analizar las ideas que han girado en torno a la introducción de un nuevo derecho de propiedad sobre intangibles para el productor de datos no personales, el cual resulta de la estrategia europea para un mercado digital. Asimismo, el trabajo contiene algunas reflexiones sobre la conveniencia de introducir este derecho desde una perspectiva costo-beneficio, y desde la visión evolutiva de los derechos de propiedad.

Palabras clave: Datos no personales, Costo beneficio, Derechos de propiedad intelectual, Visión evolutiva.

Abstract

The aim of this paper is to analyze the ideas that have revolved around the introduction of a new property right on intangibles for the producer of non-personal data resulting from the European strategy for a digital market. The paper also contains some reflections on

the convenience of introducing this right from a cost-benefit perspective, and from the evolutionary vision of property rights.

Keywords: Non-personal data, Cost benefit, Intellectual property rights, Evolutionary vision.

Fecha de recepción: 20/05/2022

Fecha de aceptación: 20/06/2022

I. Introducción

La revolución del *big data* y la Internet de las cosas (IoT) han generado las más diversas consecuencias en las economías digitales en los últimos años. Entre ellas, se ha puesto de manifiesto que muchas de las estructuras jurídicas tradicionales enfrentan o enfrentarán problemas para dar respuesta a los desafíos de la economía digital¹.

Entre los efectos más relevantes que plantean los nuevos tipos de transacciones se encuentran los diversos usos que pueden obtenerse del manejo de datos, usos diferentes a los que primigeniamente sus recopiladores habían considerado.

¹ Para una revisión de los cambios en este aspecto puede verse: Graef, I., Gellert, R., y Husovec, M. (2020). Towards a holistic regulatory approach for the European data economy: why the illusive notion of non-personal data is counterproductive to data innovation. *European Law Review*, 2020, vol. 44, no 5, p. 605-621.

En la actualidad existe cierto consenso en aceptar que el valor de los datos descansa en su valor potencial, y no en su valor de mercado; o incluso su valor de opción. Esto es así, pues con la tecnología disponible es cada vez más común que los datos puedan reutilizarse en combinación con nuevos datos antes inexistentes, o de libre acceso, generando un valor agregado en la predicción de la conducta de los agentes de mercado (Yu, 2019).

En virtud de lo expuesto, hay quienes consideran la necesidad de crear nuevos derechos de propiedad (intelectual), para asegurar las rentas de las inversiones realizadas sobre esos nuevos usos de datos. Esta discusión ha tomado cierta relevancia en la Unión Europea, que desde hace varias décadas ha venido regulando el manejo de la información y de los datos personales.

El objetivo de este trabajo es analizar las ideas que han girado en torno a la introducción de un nuevo derecho de propiedad sobre intangibles para el productor de datos no personales, el cual resulta de la estrategia europea para un mercado digital. Asimismo, el trabajo contiene algunas reflexiones sobre la conveniencia de introducir este derecho desde una perspectiva costo-beneficio².

² Si bien la propuesta europea para mercado digital contiene diversos puntos, el objetivo de este trabajo se centra en el análisis sobre la creación de un derecho de propiedad de datos no personales.

Para una revisión completa de la propuesta puede accederse a <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/digital-single-market-strategy-europe-com2015-192-final>.

Creo que la discusión tiene sentido a partir de lo que se denomina “industria 4.0”, en donde los datos son recolectados por sensores insertos en dispositivos que se interconectan entre sí o que serán interconectado posteriormente por “*brokers* de datos”.

Diversos autores coinciden en que diferentes firmas y actores utilizan de facto este tipo de datos, a veces denominados “datos industrializados”; realizan operaciones con ellos y a veces los transfieren. También existe consenso en que al momento estos intermediarios no poseen un derecho de propiedad en sentido de propiedad *erga omnes* (Zech, 2016).

Me permito adelantar mi opinión respecto de que, de momento al menos, no encuentro motivos contundentes que me lleven a creer que derechos de propiedad *erga omnes* puedan solucionar el problema que enfrenta la Unión Europea sobre el punto. En cambio, entiendo podría existir un comportamiento oportunístico en el manejo de la posición a favor de la creación de este derecho, que podría generar barreras de entrada innecesarias en un mercado que aún no ha definido a todos sus actores, al menos en las condiciones actuales de mercado³.

³ Una industria que obtendría un gran beneficio en la creación de este tipo de derecho son las compañías automotrices europeas. Las compañías europeas (en especial las automotrices) están detrás de sus pares americanas en el procesamiento de datos no personales y por tanto una manera de nivelar la cancha es crear derechos exclusivos a quien genera el dato. Por ello, creo que es de particular interés evaluar cómo se pretende distribuir la titularidad en esta propuesta. Una explicación de esta cuestión, en especial sobre el

Por otro lado, creo que un análisis costo-beneficio que contenga elementos evolutivos de la función empresarial del emprendedor es una herramienta útil para comprender la evolución de la industria, y podría brindar un argumento más a la hora de considerar la creación del derecho en cuestión (Eswaran y Neary, 2014; Sherratt y Mesterton-Gibbons, 2015).

El artículo se estructura de la siguiente manera: en la sección II se presentan las diferentes formas existentes en las que se protegen las bases de datos como antecedente inmediato del pretendido derecho de propiedad al productor de datos; en el siguiente apartado se estudia en concreto la propuesta formulada por la Comisión Europea y se formula una revisión de la literatura al respecto; en la tercera parte se presentan dos subsecciones, un argumento basado en un análisis costo -beneficio de la cuestión y otra en donde se presenta una perspectiva evolutiva de los conceptos en estudio.

II. Formas existentes en las que se protegen los datos sistematizados y su insuficiencia para los datos en formato industrial

Tradicionalmente se entendió que las bases de datos constituyen especies de trabajos literarios. Sin embargo, este encuadre puede resultar problemático. En particular, porque el requisito de originalidad

mercado referido, puede encontrarse en Kerber, W., y Frank, J. S. (2016). Data Governance Regimes in the Digital Economy: The Example of Connected Cars. *Social Science Research Network*. <https://doi.org/10.2139/ssrn.3064794>

requerido para otorgar la protección del derecho de autor parece desdibujado en ciertas ocasiones cuando se trata de proteger creaciones en el entorno digital y, por ende, difícil de cumplir. Pero también es cierto que un sistema jurídico que busque promover la innovación debería otorgar algún tipo de tutela a este tipo de bien cuyo valor fue descrito en la sección anterior.

Encuadrar la protección de las compilaciones de datos dentro del sistema autoral al nivel de originalidad requerido resultará complejo, pues los diferentes sistemas jurídicos cuentan con distintas visiones de dicho concepto.

En los Estados Unidos el criterio ha sido bastante restrictivo en la protección, en tanto esta no se le ha otorgado a la simple compilación de datos en crudo. Ello en tanto la mera recopilación de datos no contiene una creatividad suficiente derivada de la actividad autoral, por considerarse la recolección de datos como un mero hecho que no posee un nivel de creatividad suficiente (Ginsburg, 1997).

Es decir, la jurisprudencia de la Corte de los Estados Unidos ha sostenido que en el precedente *Feist*⁴, a los fines del requisito de originalidad, previsto en la Copyright Act de 1976, los jueces deben enfocarse en

⁴ En este artículo utilizará la expresión “derechos de propiedad intelectual” como derecho sobre activos intangibles. No se refiere específicamente a las formas convencionales de derechos de propiedad intelectual o industrial tales como derechos de autor, marcas, etc.

la manera en que los datos han sido seleccionados, coordinados y dispuestos. Los hechos nunca resultan originales, por lo que la protección a la cual el titular puede aspirar depende de la manera en que presenta los datos⁵.

En otras jurisdicciones del *common law*, como el Reino Unido y Australia, el criterio ha sido más flexible. En estos países se ha adoptado lo que se conoce como *sweat of the brow doctrine*. Esta visión pone énfasis en el esfuerzo y recursos invertidos para obtener la compilación de la información. Lo tutelado es la información y el esfuerzo invertido en ella y no la forma en la que se presenta la información. Garantizar la tutela por derecho de autor a aquellas creaciones que resultan del mero esfuerzo y paso del tiempo es coherente con las teorías que proponen algún tipo de retribución por el esfuerzo y el trabajo realizado por el hombre (Gordon, 1993).

Al poco tiempo que entrara en vigor el acuerdo ADPIC, la Unión Europea consideró que la protección de las bases de datos a través del derecho de autor no era suficiente. Existieron diversas iniciativas de regulación. La primera de ellas buscaba otorgar protección a las bases de datos a través de normas de competencia desleal. La idea

⁵ Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., 499 U.S. 340 (1991), https://www.law.cornell.edu/copyright/cases/499_US_340.htm. Una extensa revisión sobre los motivos que subyacen al rechazo de los meros hechos como tutelables por las normas de copyright en Estados Unidos puede encontrarse en Brauneis, R. (Ed.). (2009). *Intellectual Property Protection of Fact-based Works: Copyright and Its Alternatives*. Edward Elgar Publishing.

subyacente en esta propuesta era prohibir la extracción y reutilización indebida de datos. Sin embargo, esta propuesta no prosperó (Grosheide, 2002).

En el año 1996, la UE sancionó una directiva que incorporaba un derecho de protección *sui generis* sobre las bases de datos que otorgaba protección con independencia de cualquier requisito de originalidad. Ello en tanto existían diversos criterios de originalidad en los estados miembros de la Unión, lo que tornaba incierta la posibilidad de crear una protección uniforme. Esta situación llevó al regulador europeo a sostener que la protección de bases de datos era necesaria para el adecuado funcionamiento del mercado interno europeo⁶.

⁶ Tal es la referencia que surge de los considerandos de la directiva, en cuanto establecen: considerando que las diferencias de protección jurídica de las bases de datos en las legislaciones de los Estados miembros inciden de forma directa y negativa en el funcionamiento del mercado interior en lo que se refiere a las bases de datos y, en particular, en la libertad de las personas físicas y jurídicas de suministrar bienes y prestar servicios en el sector de las bases de datos de acceso en línea conforme con un fundamento jurídico armonizado en toda la Comunidad; que dichas diferencias pueden agudizarse a medida que los Estados miembros adopten nuevas disposiciones en un sector que está cobrando una dimensión cada vez más internacional; considerando que deben suprimirse las diferencias que tienen un efecto distorsionador sobre el funcionamiento del mercado interior y que debe prevenirse la aparición de otras nuevas; que no es preciso eliminar las diferencias que en la actualidad no afectan negativamente al funcionamiento del mercado interior o al desarrollo de un mercado de la información

El argumento de base en esta propuesta radicaba en la necesidad de proteger la inversión en términos de tiempo, esfuerzo y dinero realizada en la creación de las bases de datos. El titular del derecho de bases de datos posee un derecho a impedir la extracción y la reutilización de todo o parte de la base de datos de la que es titular, en la que se haya efectuado una inversión significativa de manera cuantitativa o cualitativa (Derclaye, 2008).

Hasta aquí se han reseñado brevemente diferentes posibilidades de tutela que recibieron en las últimas décadas. En otras palabras, la relevancia económica de los datos y de la información que se puede extraer de los mismos no es una novedad.

III. La propuesta de la Comisión Europea sobre la creación de un derecho de propiedad al productor de datos personales

a. Algunas observaciones previas

Antes de avanzar, parece prudente una aclaración. Las posiciones que se han presentado buscan proteger el

en la Comunidad. Considerando que en los Estados miembros se reconoce una protección de derechos de autor, bajo diferentes formas, respecto a las bases de datos, de acuerdo con su propia legislación o jurisprudencia, y que estos derechos de propiedad intelectual no armonizados pueden tener como efecto impedir la libre circulación de mercancías y servicios en la Comunidad si en las legislaciones de los Estados miembros subsisten diferencias respecto al alcance y las condiciones de protección de los derechos.

resultado de una sistematización sobre los datos, mas no el dato en sí mismo. Este último caso suele estar alcanzado por regulaciones específicas sobre los datos personales. Este trabajo no profundiza en este último aspecto, que posee una regulación específica y cuya naturaleza es diferente al punto que aquí se discute.

En los últimos años la posibilidad de obtener grandes cantidades de datos a partir de diferentes fuentes, junto con la posibilidad que esos datos puedan traducirse en información relevante para la toma de decisiones, ha sido uno de los pilares sobre los que se han establecido las grandes performances de las denominadas *Big Tech* (Mileht y Philippon, 2019).

Quienes ven con buenos ojos la incorporación de un derecho de propiedad sobre el productor de datos no personales argumentan que las soluciones existentes no son suficientes. En cuanto a la protección a través del derecho *sui generis* de base de datos, pueden plantearse dudas sobre su eficacia luego en el entorno del *big data* y la Internet de las cosas. Es decir, la forma en que se generan los datos es completamente diferente en el caso de datos obtenidos a través de procesos algorítmicos y pareciera que, si bien puede servir para los datos obtenidos como producto, sería más complicado para poder monetizar el valor de opción de los datos.

En la misma línea de razonamiento se ha expuesto que la protección que existe en la UE para proteger la obtención de datos se basa principalmente en que la integración de las empresas productoras a través de los procesos automatizados y de robots que realizarán

intercambio de datos en tiempo real se incrementarán sustancialmente en el futuro cercano y que este esfuerzo e inversión debe protegerse y ser adecuadamente remunerado (Kerber, 2016).

Concretamente se hace referencia a que los datos generados por sensores y por máquinas no llegan a alcanzar los requisitos para ser tutelados ni por el derecho de autor ni por la directiva europea de base de datos, puesto que ella protege la inversión realizada en una base de datos existente, pero no la protección en la obtención de los datos en sí misma. De esta manera, según ciertos dichos, estaría dejándose sin tutela a quien produce y extrae la información de este tipo de datos (Zech, 2016).

Por otro lado, existen aquellas posiciones que consideran que no hay razones económicas, y quizás tampoco jurídicas, que justifiquen —al menos de momento— introducir un nuevo derecho de propiedad, argumentando principalmente que se dan motivos de bienes públicos que justifiquen este nuevo derecho, o que aun cuando pudieran existir motivos las barreras de entrada que generarían terminarían acarreado más costos que beneficios y que por lo tanto es recomendable un sistema no *erga omnes*, sino un equivalente a los sistemas posesorios de propiedad (Zech, 2016).

b. Algunos antecedentes en la Unión Europea

En el marco de la Estrategia para el Mercado Único Digital, la Comisión Europea lanzó desde 2014 una serie de iniciativas destinadas a la regulación de

los diferentes aspectos del mercado de datos. En el año 2016, luego de efectuada la consulta pública correspondiente, se publicó la iniciativa “*free flow of data*”. Es allí donde está el origen sobre la discusión de introducir un potencial derecho de propiedad del productor de datos.

Esta idea es coherente, al menos en abstracto, con el objetivo de la Comisión en materia de regulación del marco de datos, el cual ha sido resumido en cuatro puntos principales: a) mejorar el acceso a los datos anónimos generados por máquinas; b) facilitar e incentivar la transferibilidad de esa data, c) proteger las inversiones y los activos generados en ese tipo de mercados; d) evitar los efectos por la segmentación de mercado (Stepanov, 2020).

A nivel de discusión de la política pública, la propuesta ha tenido un fiel defensor en el comisionado Günther Oettinger. Según su análisis, los datos son el oro del futuro y oportunamente convocó a la elaboración de un Código Civil sobre el manejo de datos y la introducción de nuevos derechos sobre datos (Lohsse et al., 2017, pp. 11-24).

En la Unión Europea, donde se considera que el big data y el análisis de datos se encuentran aún en un nivel modesto, la determinación de derechos de propiedad sobre los datos y el acceso a ellos es considerado crucial para el desarrollo de la economía digital. Por otro lado, se percibe una preocupación sobre bajo qué reglas el acceso y la transferencia de datos puede realizarse de manera eficiente (Stepanov, 2020).

Es en línea con el segundo de los puntos mencionados en el párrafo precedente que el derecho de propiedad del productor de datos es visto como una posible herramienta para generar soluciones eficientes en la economía digital.

Planteada la discusión, se inició un debate significativo sobre la necesidad o no de incorporar este derecho tanto en término del alcance del derecho tutelado como las consideraciones sobre su eficiencia. Estas se discuten en el siguiente apartado.

c. Contenido y examen de la propuesta

i) Sobre el alcance del derecho y la titularidad del derecho

El valor creciente de los datos generados por máquinas se atribuye a una variedad de factores, entre los que pueden mencionarse el incremento de la creación inteligente de productos manufacturados, que conlleva un tremendo intercambio en el flujo de datos entre robots y máquinas. El potencial económico de la minería de datos generada a través del *big data* y la promisoriosa evolución de la internet de las cosas en donde los artefactos actuando de manera casi independiente comunican e intercambian datos directamente con otras máquinas.

La comunicación de la Comisión Europea que propone la creación de un derecho al productor de datos personales comienza definiendo su alcance como el derecho a usar y a autorizar el uso de datos no personales⁷.

⁷ *A right to use and authorise the use of non-personal data could be granted*

El objetivo que surge también del propio texto propuesto de la Comisión sería poder generar un mercado por el valor de opción de los datos no personales, que principalmente son la generación del dato anónimo, la recolección y sistematización de los datos anonimizados, y el análisis de dichos datos.

Es decir, el objetivo es poder comerciar el valor de los datos por lo que ellos pueden arrojar en su combinación y no por el contenido del dato en sí. Un punto que se tratará oportunamente es si la creación de un derecho de propiedad, es decir un derecho *erga omnes*, es la forma más adecuada para lograr el objetivo propuesto (Kerber, 2016).

Aunque parezca poco factible hoy en día, estamos hablando de una automatización producto de la expansión de la Internet de las cosas, que permitiría por ejemplo que una heladera pueda realizar un pedido de supermercado de manera automática cuando detecte que el stock o la velocidad de reposición baja. Sin lugar a duda, a la cabeza de estos avances se encuentra la industria automotriz, señalada como líder en la puesta en valor de los datos. El ejemplo más claro de uso son los prototipos de automóviles autoconducidos de Google, que se encargan de recolectar y almacenar una gran cantidad de datos a través de distintos sensores.

to the "data producer", conforme la comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo en 2017 disponible en <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/EN/COM-2017-9-F1-EN-MAIN-PART-1.PDF>, p. 13.

La propuesta en estudio excluye específicamente a los datos personales y por otro lado también las creaciones que pudieran ser objeto de derechos de autor y protección a través del derecho *sui generis* de bases de datos (Hugenholtz, 2017).

Como se expuso previamente, por un lado se plantea la posibilidad de crear un derecho *in rem* sobre datos anonimizados. Es decir, un derecho de exclusión independiente de la existencia de provisiones contractuales. Por otro, se considera la creación de normas que busquen dar una tutela a través de una suerte de posesión *de facto* de los derechos, adjudicando al poseedor una serie de remedios defensivos sobre los datos, incluyendo medidas cautelares que impidan el uso de estos por un tercero no autorizado (impedir su comercialización, entre otros).

En caso de que la iniciativa se incline por una propuesta fuerte de derecho propiedad se abre un nuevo punto de discusión. ¿Quién resulta el titular de los datos? Parecería correcto asignar la titularidad en el operador económicamente responsable del equipo que genera los datos. Este no es un tema menor si se considera que la contracara de los incentivos creados a través de un derecho *in rem* es el poder de exclusión que esto acarrea para el ingreso de nuevos competidores.

De un lado, la idea es razonable si se tiene en cuenta que el pretenso objeto del derecho es asegurar que quien realiza la inversión pueda obtener retorno sobre ella. Sin embargo, desde el punto de vista de la implementación esto parece mucho más complejo en tanto la generación

de datos por parte de máquinas y dispositivos es, en la mayoría de las ocasiones, titularidad de diferentes personas y no resulta para nada claro que el retorno generado vaya a traducirse en un mayor desarrollo de la economía de datos.

a. **Sobre el objeto del derecho propuesto: los datos**

Resulta crucial, sea cual sea la dirección en la que avance el tema que nos ocupa, tener claro qué diferencias existen entre los datos y la información que se obtiene de ellos.

La aproximación a la noción de datos es susceptible de varias acepciones, dependiendo el contexto en el que se aplique. Muchos autores citan la definición de Ackoff, quien conceptualiza a los datos como los símbolos que representan las propiedades de objetos y eventos. La información consiste en datos procesados y los procesos dirigidos a aumentar la utilidad de los datos (Ackoff, 1989). Otra definición posible que incluye la relación entre datos con información o se refiere a los primeros como símbolos no interpretados, mientras que la segunda se entiende como los datos con significado agregado.

A partir de este concepto es comprensible que haya una relación directa entre datos, información y conocimiento. Los primeros son la base para generar la segunda y a partir de ella puede obtenerse el tercero.

Por supuesto, existen usos sectoriales de la palabra. En el contexto digital, el *Vocabulario de Tecnología de*

la Información de ISO/IEC define a los datos como la representación reinterpretable de la información en una forma formalizada adecuada para la comunicación interpretación o procesamiento⁸.

Otra manera de acercarse al tema es a partir de la idea según la cual en el mundo digital se entiende que los datos son información codificada legible por máquina y por tanto los datos tienen por objetivo permitir que las máquinas realicen funciones computacionales. A nivel legal, la definición de datos que podemos encontrar en el marco de la UE es la provista por el Reglamento General de Protección de Datos (GDPR). Por supuesto que la definición que provee esta legislación se limita al objeto alcanzado por ella: los datos personales son toda aquella información sobre una persona física identificada o identificable⁹.

Concretamente, en el caso de la propuesta desarrollada por la Comisión se contiene una distinción entre datos a nivel semántico y sintácticos. Mientras que los primeros se refieren al contenido de los datos que se transmiten (los códigos, la información en sí misma que puede ser objeto de significado), el segundo nivel se refiere a la información presentada en términos de signos en alguna forma codificada legible (Zech, 2015).

Dentro de la distinción, es claro que el objeto propuesto busca evitar el solapamiento con otros derechos ya existentes y tutelados. Sin embargo, resulta complicado

⁸ <https://www.iso.org/standard/63598.html>

⁹ Art. 4 del GDPR disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal>

identificar al titular del derecho de la base de datos y el alcance de este.

IV. Reflexiones sobre la propuesta

a. Primera reflexión: ¿es necesario un nuevo derecho? ¿de propiedad?

Si se tiene en cuenta el alto impacto que los datos no personales pueden tener en la función de producción de una empresa, inmediatamente surge el interrogante de cómo proteger el valor de dicho activo intangible.

La Comisión Europea ha expresado su postura sobre el particular al momento de comunicar los seis puntos que expresan la Política europea para una economía digital, en donde se menciona que la creación de un derecho de propiedad sobre los datos no personales ayudaría a clarificar la situación legal del productor de datos, brindándole más opciones al abrir las posibilidades de uso de los datos generados por máquinas (Comisión Europea, 2017).

Sería ingenuo pensar que el contenido de la comunicación citada es neutral y no atiende ciertos intereses concretos. En el caso parece claro que existe un cierto temor, por parte del mercado europeo, a que sus pares americanos puedan apropiarse de significativas cantidades de datos. En particular esto afectaría de manera directa a la industria automotriz, donde —como se mencionó— el uso de datos entre máquinas ya es algo usual y donde algunas compañías van a la vanguardia en el desarrollo de autos inteligentes.

Esta discusión parece ir en línea similar a la que existió en 1996, momento en que la Unión Europea adoptó el derecho *sui generis* de protección de base de datos, luego que se decidiera mantener una protección más flexible en el por aquel entonces acuerdo TRIPS.

Sin perjuicio de las consideraciones estratégicas que subyacen a la creación de un derecho del productor de datos, pueden expresarse algunos reparos a la hora de tomar la decisión de crear un nuevo derecho de propiedad intelectual.

Quienes se muestran a favor de esta iniciativa suelen esgrimir los siguientes argumentos: a) los denominados “datos industriales” poseen un enorme valor económico que debe ser tutelado; b) los sistemas tradicionales de derecho civil ofrecen herramientas que parecen poco eficaces para otorgar una protección satisfactoria. Mientras que, como se mencionó previamente, los derechos de autor y el derecho *sui generis* suelen tener otro objeto de protección, la protección de los datos no personales suele realizarse mediante una protección contractual entre las partes involucradas o mediante un sistema de secretos industriales. También deben mencionarse las medidas técnicas que pueden llegar a otorgar una protección *de facto*. Sin embargo, todas ellas no otorgan una protección jurídica *erga omnes* y es por ellos que existe quienes han promovido la creación de este nuevo derecho de propiedad intelectual para el titular (Lohsse et al., 2017, p. 55).

Pero, como se ha dicho varias veces en este trabajo, esta propuesta ha generado ciertas críticas provenientes

principalmente de la academia. Las críticas pueden sintetizarse en dos grandes puntos.

En primer lugar, sin negar el valor económico que pueden poseer los datos no personales para el desarrollo de una economía digital, se ha puntualizado que hay poca evidencia que demuestre que se reúnen algunas de las condiciones que han llevado previamente a crear derechos de propiedad intelectual. Usualmente este tipo de derechos son justificados si solucionan un problema de provisión de bien público, de tal manera que el derecho de propiedad viene a crear los incentivos para la provisión del bien; o bien los derechos sirven para facilitar el uso y el intercambio del bien, en este caso el derecho ayuda a delimitar los contornos de la propiedad sobre el bien. No obstante, hay coincidencia en la doctrina europea en que estos requisitos no se encuentran satisfechos (Wiebe, 2017).

En segundo lugar, no hay evidencia de que haya una falta de incentivos a la producción y análisis de datos en el marco de la economía digital; pareciera difícil ver de qué manera un incentivo legal en la forma de derecho de propiedad podría mitigar un problema que parece no existir. Por otro lado, si bien existen fallas de mercado en la comercialización de datos no personales, de ello no se sigue que un derecho de propiedad pudiera aportar solución al punto en cuestión, sobre todo porque los efectos de la exclusión *erga omnes* parecieran acarrear más costos que beneficios (Kerber, 2016).

Hay algunas otras posiciones que resultan menos escépticas en la utilidad del derecho de propiedad

en cuestión, sobre todo en lo que implica a mitigar la incertidumbre que existe en los posibles solapamientos existentes sobre los derechos de propiedad. Pero incluso en esta visión la conclusión es que no hay evidencia que sostenga que una intervención que regule un derecho de propiedad *erga omnes* sea beneficioso (Kerber, 2016).

b. Segunda reflexión: ¿es eficiente la introducción del derecho propuesto?

En esta sección me interesa que, además de los argumentos expuestos en el punto precedente, se considere, al menos como una idea más, que es altamente probable que la “mejor decisión” posible en el tema no sea binaria. Es decir, no creo que se pueda llegar fácilmente a una conclusión por la cual se recomiende o desaliente la protección de este tipo de datos de manera categórica. Antes bien, me inclino a pensar que la solución es marginal. Es decir, dada cierta estructura de mercado de datos en un momento determinado, puede no resultar eficiente la creación de este derecho, pero nada obsta que conforme evolucione el mercado lo que en algún momento fue ineficiente deje de serlo¹⁰.

Si uno relea las premisas sobre las que reposa la visión de la económica digital en Europa, se encuentran tres

¹⁰ En este trabajo adoptaré una definición simple de eficiencia, entendida como aquella distribución en donde los derechos se asignan a quien más los valora y que, por tanto, está dispuesto a “pagar” más por ese derecho. Por supuesto el lector puede ajustar los comentarios y evaluar si la propuesta resulta eficiente en cualquiera de los criterios estándares de la literatura: Pareto, Kaldor-Hicks, etc.

motivos: facilitar y la transferencia de datos generados a través de máquinas; proteger las inversiones realizadas, los activos y la información confidencial para generar un retorno equitativo que contribuya a la innovación; asegurar la distribución equitativa de los beneficios obtenidos entre los tenedores de datos, los procesadores de datos y los proveedores de aplicaciones a lo largo de la cadena de valor, resolviendo los problemas de desigualdad de poder de negociación que pudieran existir (Lohsse et al., p. 112).

En la literatura económica, muchos de los argumentos expuestos en esta línea son coherentes en rechazar la propuesta en su conjunto, pero con varias salvedades y con una serie de ventanas de oportunidad para mostrar que bajo ciertas condiciones el derecho en cuestión podría ser una propuesta viable.

En general, el principal argumento que se ha dado para la creación de derechos de propiedad intelectual está basado en la idea de incentivar la innovación a base de garantizar la apropiabilidad de los beneficios producidos. Sin embargo, como ya se expuso anteriormente, ese no parece ser el caso en el mercado de datos.

Si bien es cierto que la producción de datos dista de ser cero, no es menos cierto que si la producción continúa eso se debe a que los beneficios del productor de los datos deben ser mayores a los costos incluidos, por supuesto de oportunidad. En lo que refiere no exclusividad de los datos, tampoco parece ser un argumento robusto en tanto el universo tecnológico ha mostrado por un lado la existencia de medidas de exclusión *de facto* y por otro

lado el ratio de obsolescencia de los datos (Lohsse et al., 2017, p. 112).

Otro argumento que a criterio de algunos autores parece insuficiente para crear un nuevo derecho de propiedad intelectual tiene que ver con la existencia de fallas de mercado. Las críticas que han surgido en esta dirección apuntan a la información empírica insuficiente y no concluyente que existe sobre el funcionamiento de los mercados de datos y que no permiten concluir cómo estimar el verdadero valor de los datos. En definitiva, si bien es cierto que más cantidad de datos permiten generar mayor cantidad de información, no es menos cierto que usualmente lo que las compañías pueden monetizar es el análisis de los datos. Los denominados *analytics*, que estarían fuera del alcance de la protección (Kerber, 2017).

Lo dicho es coherente con las observaciones que se han hecho sobre los mercados de datos en la UE y EE. UU, y que muestran que no hay un mercado transparente de datos y que, en general, las transacciones adoptan alguna de las siguientes formas: uno a uno (transacción bilateral); uno a muchos (mercados dispersos); muchos a uno (recolección de datos). Solo en muy contadas ocasiones se da el supuesto de transacciones muchos a muchos. En los demás casos, parecieran existir costos de transacción significativos.

Solo a modo de ejemplo, no existe una literatura que muestre cuán relevantes son los contratos sobre datos a la hora de verificar su ejecución y su cumplimiento (Koutroumpis et al., 2017).

Es decir, intuitivamente la directiva parece acertada en mostrar que facilitar los mercados de datos es una condición necesaria para el crecimiento de la economía digital. Aunque me inclino a pensar que las preferencias de los jugadores varían de acuerdo con la industria y el nivel en que se encuentran en la estructura de producción, y esto me lleva a reflexionar que la introducción de un derecho absoluto de propiedad no parece ser una propuesta realizable, sobre todo porque no es claro cómo intentaré mostrar que los beneficios son mayores que los costos que acarrea.

La propia industria se ha mostrado reacia, por estas mismas razones, argumentando que en incontables ocasiones los mismos productores toman datos de otros productores y que por tanto el concepto de propiedad significaría un argumento de barrera más que un facilitador de transacciones. En muchas ocasiones, como dijimos en la sección anterior, no resulta claro a quién debería asignarse la propiedad, y la creación de derechos de propiedad que beneficie a más de un titular podría generar un problema de anticomunes, como explicaré seguidamente¹¹.

Debe recordarse que cualquier protección que se pueda considerar en términos de datos lo es a sintáctico y no semántico. El punto es importante, como se mencionó, para diferenciar el alcance de la protección de los derechos de autor. Pero desde un

¹¹ Una muy clara exposición sobre la visión de la industria en este tema se encuentra en Drexler, J. (2017). Designing competitive markets for industrial data. *J. Intell. Prop. Info. Tech. & Elec. Com. L.*, 8, p. 257.

punto de vista económico también es relevante, porque la existencia del *big data* y *machine learning* permite que los dispositivos identifiquen estructuras de datos superpuestos, reduciendo el costo en la extracción de información de dichos datos, lo que permite alcanzar economías de alcance y reduce los costos en la recolección y análisis de datos. Por ello es razonable que las compañías estén ansiosas por obtener más y más cantidad de datos, porque el costo marginal de extraer información de los nuevos datos es cada vez menor (Alaimo et al., 2020).

En economía suele entenderse que la existencia de derechos de propiedad bien definidos contribuye a crear los incentivos adecuados para alcanzar economías de alcance. De hecho, parte de la contribución de la economía de los costos de transacción iniciada con el trabajo de Ronald Coase tiene entre sus objetivos mejorar la forma de asignación de derechos de propiedad para que, a partir de obtener resultados individuales ventajosos, puedan obtenerse resultados sociales ventajosos (Jones y Tonetti, 2020).

Sin embargo, de lo dicho no se sigue que existan argumentos económicos para el derecho en cuestión. De hecho, la literatura en materia de derechos de propiedad se basa en la condición de exclusión del propietario del bien y de no rivalidad en el consumo del bien¹².

¹² Mientras el primero implica la posibilidad de impedir el uso del bien por parte de terceros distintos del titular, el segundo implica que el consumo del bien por un agente no disminuye la cantidad disponible para el resto de los agentes económicos.

Esta condición no se presenta en los activos intangibles y los datos no son la excepción. Es por ello que muchas veces los bienes con estas características tienen una provisión menor a la deseada en el mercado. Para solucionar esta situación y proveer incentivos adecuados para remunerar a quien invierte en la producción de bienes con estas características, se desarrollaron los derechos de propiedad intelectual. Efectivamente, uno de los argumentos, aunque no el único, para la existencia de patentes y derechos de autor es la necesidad de remunerar la actividad inventiva/creativa de quien los desarrolla. Mucho más cercana a la discusión que nos ocupa es la racionalidad que se brindó para crear el derecho de propiedad intelectual *sui generis* sobre el productor de bases de datos, donde se consideró que para el desarrollo del mercado de bases de datos la existencia de un derecho de propiedad intelectual¹³ cobraría relevancia cuando se ejecutara una inversión significativa de manera que se demuestra tiempo invertido, y de esa forma se protegería con un derecho de exclusividad.

Hay quienes han conjeturado, que de acuerdo con el comportamiento de los jugadores en reclamar algún tipo de derecho de propiedad sobre datos no personales,

¹³ En la década del 90, la Unión Europea divisó la necesidad de promover el desarrollo de bases de datos y para ello apeló a la tradicional receta de garantizar "exclusividad" a quien realizara una inversión en la estructuración de los datos. A veinticinco años de dicha regulación, los resultados no fueron los esperados, según los reportes de la propia Comisión Europea. ¿Qué razones existen para el tibio resultado?

podría llevar a que una no rivalidad de este tipo de datos terminara generando una excesiva definición de derechos de propiedad, y las consecuencias podrían acarrear desincentivos tan grandes como los que se trata de prevenir por la introducción del nuevo derecho (Buchanan y Yoon, 2000).

Posiblemente, la distinción sobre grados de propiedad pueda ser útil para mostrar por qué la discusión no es simplemente introducir derechos de propiedad nuevos para crear condiciones de mercado. De hecho, la literatura ha mostrado hace tiempo que la distinción entre propiedad privada y bienes públicos puede entenderse como un continuo (Adams y McCormick, 1987).

Clasificación de bienes (Musgrave y Musgrave, 1989)

Consumo	Exclusión	
	Viable	No viable
Rival	1	2
No Rival	3	4

Los bienes en el cuadrante 1 son los típicos bienes privados con consumo exclusivo y rival. En el cuadrante 2, el consumo de un individuo afecta la cantidad disponible del bien, pero el mercado no hace un “buen trabajo” generando la exclusión, por lo que el recurso tiende a sobreexplotarse. Claro que el nivel de exclusión es muchas veces función del sistema jurídico vigente. Los bienes en la fila inferior poseen la cualidad de que el consumo por parte de un individuo no afecta la cantidad disponible para que otro individuo pueda consumir.

Los que están en el cuadrante 3 son aquellos que, aun cuando su consumo es no rival, pueden ser excluidos por no pagar por el consumo de este en el caso de que exista un derecho de propiedad (Cowen, 1985).

Esta categoría del tercer cuadrante podría ser útil para explicar el estado actual de la discusión. Estamos en un momento del mercado donde no hemos llegado a un grado de congestión que transforme la no rivalidad en rivalidad y que, por tanto, lleve a justificar asignar derechos a quien más esté dispuesto a pagar por ellos (Buchanan, 1965).

Por otro lado, hay que tener presente que usualmente (aunque hay excepciones) el valor de los datos se maximiza si se tratan de manera conjunta. Es decir que el valor del todo es mayor que el valor de la suma de las partes, debido a las ya varias veces mencionadas economías de alcance. Si no existen derechos de propiedad y estos se introducen, generando incentivos homogéneos a todos los productores en un mismo nivel, entonces estos regatearán entre ellos la distribución de los beneficios y el beneficio social en equilibrio será el máximo posible.

Pero si el tratamiento y comercialización de datos es vertical, asumiendo que el bien derivado es sustituto, al menos parcial, del bien producido por el proveedor, este último tendrá incentivos a cargar precios altos de provisión en los datos o bien directamente negarlos. Lo más racional sería cargar un precio excesivamente ofrecido en la forma de un juego de ultimátum, en donde el proveedor realizar una oferta del tipo “todo o nada”:

si el productor en el nivel inferior rechaza la oferta, ambas partes pierden; si la toma, ambas partes ganarán algo, pero el productor en el nivel inferior tendrá una ganancia mínima que lo llevará a niveles de inversión menores al deseado (Duch-Brown et al., 2017)¹⁴.

Es así como, cuanto mayor es el número de potenciales interesados en reclamar una potencial titularidad, mayor serán los costos de transacción y más complejo será compatibilizar la utilidad individual con una utilidad social maximizada. Por otro lado, la existencia de incentivos a sub-invertir aumenta la existencia de

¹⁴ El problema de la fragmentación vertical de derechos de propiedad ha sido tratado extensamente en Schulz, N., Parisi, F., & Depoorter, B. (2002). Fragmentation in property: Towards a general model. *Journal of Institutional and Theoretical Economics (JITE)/Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, 594-613. En este artículo se explica el problema de la tragedia de anticomunes de tipo vertical mostrando el efecto conocido como doble marginalización.

En el juego del ultimátum en su versión más elemental, el jugador A ("proponente") debe repartir con el jugador B ("respondedor") cierta suma "caída del cielo como maná", cuyo monto es conocido por ambos. A tiene derecho a decidir el reparto, pero su propuesta solo prosperará si B la acepta: si la rechaza, ambos se quedarán sin nada. La Teoría de Juegos sugiere que si B es perfectamente racional deberá aceptar lo que le ofrezca A, por poco que sea, pues su alternativa es quedarse sin nada; y A, conociendo la situación claudicante de B, explotará su posición de "repartidor" y se quedará con casi todo. Este célebre juego fue expuesto por primera vez Güth, W., Schmittberger, R., & Schwarze, B. (1982). An experimental analysis of ultimatum bargaining. *Journal of economic behavior & organization*, 3(4), 367-388.

comportamientos oportunistas, incrementando las externalidades.

En el caso en análisis, considerando que la industria de datos posee una estructura vertical, introducir un derecho de propiedad de manera prematura llevaría a un subdesarrollo, producto de una sobredefinición de derechos de propiedad, creando incentivos perversos para el desarrollo de la industria.

C. Tercera reflexión: sobre el carácter evolutivo de los derechos de propiedad intelectual

En el último punto me gustaría plantear la idea que creo que, en general, se ha pasado por alto en esta discusión: es la posibilidad de que emerjan nuevos derechos de propiedad intelectual.

Se ha argumentado desde la economía que los derechos son estructuras que cumplen un rol fundamental en la formación de capital. Los emprendedores, quienes recombinan las fórmulas de expresión del capital, son en definitiva los árbitros últimos del alcance y las formas que deben tener los derechos de propiedad (Harper, 2014).

Los procesos de innovación han adquirido naturaleza disruptiva, especialmente en el ámbito digital. Una innovación es disruptiva o radical cuando la tecnología previa queda obsoleta frente al nuevo desarrollo. Por otro lado, la innovación es acumulativa cuando existen mejoras que reducen la estructura de costos a partir de mejoras en los sistemas de producción existentes.

El proceso emprendedor de creador de conocimiento actúa en los bordes de los derechos de propiedad reconocidos, explorando baches que permitan generar innovaciones y apropiar rentabilidades a bajo costo, sin la necesidad de reglas legales que capturen sus intangibles.

Ahora bien, llegado un momento de madurez del mercado, cuando el valor del intangible no puede capturarse por medidas extrajurídicas, o surge un mercado secundario, el derecho de propiedad —y en concreto el de propiedad intelectual— cumple un rol en encapsular el valor de esos intangibles.

Quizás sea el caso que el mercado de datos no personales no está lo suficientemente desarrollado como para soportar un derecho *erga omnes*. El concepto “desarrollado” implica no una medida extensiva, y ni siquiera intensiva: antes bien alude a la posibilidad de determinar los beneficios que cada jugador puede extraer de las transacciones involucradas. Esta opacidad acarrea los riesgos de “regular innecesariamente”.

La afirmación previa es consistente con la idea de “evaluación” que realizan los emprendedores, entendida como actos de la mente destinados a ponderar los costos y beneficios de determinadas estructuras de capital (Gorga y Halberstam).

En definitiva, una vez que la distribución de costos y beneficios sea clara en el mercado, la necesidad de la propiedad emergerá naturalmente.

Algunas reflexiones finales

Pareciera que la discusión sobre la regulación de datos no personales está lejos de estar cerrada. Por el contrario, es probable que en los próximos años los avances en la tecnología permitan una mejor definición de los intereses de los actores en juego, y es probable que veamos un resurgir de las presiones por la incorporación de un derecho de propiedad. Sin embargo, lo que podemos observar actualmente es la presencia de un recurso común como los datos, que por el momento no se han agotado, lo que genera que no exista la necesidad de crear un derecho para excluir a un tercero del uso de estos.

De momento pareciera que existen sustanciales diferencias entre la producción de los datos no personales respecto de otros activos intangibles, al menos en cuanto a los argumentos tradicionales que sirvieron para crear el marco de los derechos de propiedad intelectual tal como los conocemos hoy.

De lo expuesto en estas líneas surge que no es evidente que sea eficiente la introducción de un derecho fuerte de propiedad sobre los datos generados por máquinas. De hecho, una decisión institucional a destiempo podría traer consecuencias disvaliosas, atacando incluso aquellos principios que se pregona proteger.

No hay evidencia empírica que muestre los beneficios de la introducción del pretendido derecho. Por el contrario, pareciera que de momento priman más intereses sectoriales, tratando de capturar beneficios utilizando

el sistema de derecho de propiedad como herramienta para lograr comportamientos oportunistas.

Esta investigación no ha buscado agotar los problemas y desafíos que supondría este tipo de derechos. Queda por explorar a fondo una comparación en la eficiencia de un derecho *erga omnes* vs la existencia de defensas posesorias sobre datos personales. Desde el punto de vista estrictamente económico, quedan pendientes varios puntos, entre ellos realizar un análisis más profundo de los posibles problemas de anticomunes que se podrían generar.

A simple modo de cierre, quisiera enfatizar el argumento distintivo que he tratado de brindar: es probable el sistema de derechos de propiedad intelectual tal cual lo conocemos hoy entre en crisis y deba redefinirse a la luz de las nuevas estructuras de capital-conocimiento que desarrollen los emprendedores.

Referencias bibliográficas

Ackoff, R. L. (1989). From data to wisdom. *Journal of applied systems analysis*, 16(1), 3-9.

Adams, R. D., & McCormick, K. (1987). Private goods, club goods, and public goods as a continuum. *Review of Social Economy*, 45(2), 192-199.

Alaimo, C., Kallinikos, J., y Aaltonen, Aleksi. Data and value. En Nambisan, S., Lyytinen, K., y Yoo, Y. (Eds.). (2020). *Handbook of digital innovation*. Edward Elgar Publishing.

Buchanan, J. M. (1965). An economic theory of clubs, *Economica*, New Series.

Buchanan, J. M., y Yoon, Y. J. (2000). Symmetric tragedies: Commons and anticommons. *The Journal of Law and Economics*, 43(1), 1-14.

Comisión Europea. (2017, enero). Communication on Building a European Data Economy. <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/communication-building-european-data-economy>

Cowen, T. (1985). Public goods definitions and their institutional context: a critique of public goods theory. *Review of Social Economy*, 43(1), 53-63.

Duch-Brown, N., Martens, B., & Mueller-Langer, F. (2017). The economics of ownership, access and trade in digital data. www.ssrn.com.

Derclaye, E. (2008). Databases sui generis right: what is a substantial investment? A tentative definition. *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 36(1).

Eswaran, M., y Neary, H. M. (2014). An economic theory of the evolutionary emergence of property rights. *American Economic Journal: Microeconomics*, 6(3), 203-226.

Ginsburg, J. C. (1997). Copyright, common law, and sui generis protection of databases in the United States and abroad. *U. Cin. L. Rev.*, 66, 151.

Gorga, É., y Halberstam, M. (2007). Knowledge inputs, legal institutions and firm structure: towards a knowledge-based theory of the firm. *Nw. UIL Rev.*, 101, 1123.

Gordon, W. J. (1993). A property right in self-expression: Equality and individualism in the natural law of intellectual property. *The Yale Law Journal*, 102(7), 1533-1609

Grosheide, F. W. (2002). Database Protection-The European Way. *Wash. UJL & Pol'y*, 8, 39.

Harper, D. A. (2014). Property rights as a complex adaptive system: how entrepreneurship transforms intellectual property structures, 335-355.

Hugenholtz, P. B. (2017, noviembre). Data property in the system of intellectual property law: Welcome guest or misfit?. En: *Trading Data in the Digital Economy: Legal Concepts and Tools* (pp. 73-100). Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG.

Jones, C. I., y Tonetti, C. (2020). Nonrivalry and the Economics of Data. *American Economic Review*, 110(9), 2819-2858.

Kerber, W. (2016). A new (intellectual) property right for non-personal data? An economic analysis. *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil (GRUR Int)*, 11, 989-999.

Kerber, W. (2017, noviembre). Rights on Data: The EU Communication 'Building a European Data Economy'

from an Economic Perspective. En: *Trading Data in the Digital Economy: Legal Concepts and Tools* (pp. 109-134). Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG.

Koutroumpis, P., Leiponen, A., y Thomas, L. D. (2017). The (unfulfilled) potential of data marketplaces (No. 53). ETLA working papers.

Lohsse, S., Schulze, R., y Staudenmayer, D. (2017). *Trading Data in the Digital Economy: Legal Concepts and Tools. Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy III*. Nomos Verlag.

Mihet, R., y Philippon, T. (2019). The economics of big data and artificial intelligence. En: *Disruptive Innovation in Business and Finance in the Digital World* (Vol. 20, pp. 29-43). Emerald Publishing Limited.

Musgrave, R. A., y Musgrave P.B (1989). *Public Finance in Theory and Practice*. McGraw-Hill Book Company.

Sherratt, T. N., y Mesterton-Gibbons, M. (2015). The evolution of respect for property. *Journal of evolutionary biology*, 28(6), 1185-1202.

Stepanov, I. (2020). Introducing a property right over data in the EU: the data producer's right—an evaluation. *International Review of Law, Computers & Technology*, 34(1), 65-86.

Wiebe, A. (2017). Protection of industrial data—a new property right for the digital economy? *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 12(1), 62-71.

Yu, P. K. (2019). Data Producer's Right and the Protection of Machine-Generated Data. *Tulane Law Review*, 93(4), 859.

Zech, H. (2015). Information as property. *J. Intell. Prop. Info. Tech. & Elec. Com. L.*, 6, 192.

Zech, H. (2016). A legal framework for a data economy in the European Digital Single Market: rights to use data. *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 11(6), 460-470.

* *Director de la carrera de Abogacía
del Museo Social Argentino.*

Director de la diplomatura en Derecho y Tecnología UADE.

*Profesor de Valuación de propiedad intelectual y de derecho
de nuevas tecnologías y regulación UdeSA.*

*Profesor de aspectos internacionales de la propiedad
intelectual de la Universidad de Dayton.*

Correo electrónico: pablo.iannello@umsa.edu.ar

SALARIO BÁSICO UNIVERSAL: OPORTUNIDAD, MÉRITO Y CONVENIENCIA*

*UNIVERSAL BASIC WAGE: TIMELINESS, MERIT AND
DESIRABILITY*

Por Gabriel Binstein () y Gabriela Novach (**)*

Palabras clave: laboral, seguridad social, beneficios previsionales, salarios

Keywords: labor, social security, social security benefits, social security benefits, salaries

Distintas organizaciones sociales y políticas manifestaron su respaldo a la iniciativa de crear un ingreso mínimo denominado «Salario Básico Universal» (SBU), para trabajadores/as desocupados/as, que se desempeñen en la economía informal, monotributistas de las categorías más bajas, trabajadores/ as agrarios y personal de casas particulares, consistente en una contribución equivalente a la canasta básica alimentaria de un adulto, fijada hoy en la suma de \$ 15.057, siempre y cuando no perciban ingresos por Potenciar Trabajo, prestaciones de desempleo, Progresar, Tarjeta Alimentar ni Jubilaciones.

Dicha propuesta, formalizada en el proyecto legislativo Nro. 2083-D- 2022 con estado parlamentario, tiene

* El presente artículo fue publicado en Microjuris.com, MJ-DOC-16763-AR | MJD16763.

entre sus objetivos la protección social universal para los trabajadores y trabajadoras bajo todas las formas de trabajo y empleo, brindar una respuesta ante la nueva realidad laboral argentina post pandemia a través de la ampliación de la seguridad social y la promoción del empleo, desarrollar el sector de la economía popular correctamente registrado, organizado y auditado, establecer un esquema coherente e integrado de políticas de seguridad social y aumentar la libertad de acción individual, entre otros.

El salario básico universal (SBU) sería compatible con el Régimen de Asignaciones Familiares (cfr. ley 24.714), examinado en forma previa a su otorgamiento por la ANSES, mediante evaluaciones socioeconómicas y patrimoniales sobre la base de criterios objetivos que fije la reglamentación, con el fin de corroborar la situación de real necesidad del individuo y de su grupo familiar, y el gasto que demande el pago de las prestaciones sería atendido por recursos del Tesoro Nacional (v. art. 14).

Los hacedores del proyecto, justifican la creación del SBU ante a la caída del salario real de la población, el aumento de la pobreza estructural, y la intención de recortar otros programas sociales para centralizar todos en el SBU, todo lo cual redundaría en una reducción del costo fiscal a 1 punto. También afirman, que es un tema de debate que se viene trabajando en el mundo desde hace mucho tiempo.

Frente a ello, se sostiene que su implementación ampliaría cuantitativamente la protección pero garantiza menos dinero que el Potenciar Trabajo (\$ 22.770), que es un ingreso

segmentado para cierto grupo de la población (los más vulnerables), que no explicita fuentes de financiamiento específicas ni una reforma tributaria, y que desde un punto de vista económico es insostenible, implosivo (cfr. Flavio Gaitán, Eduardo Levi Yeyati, entre otros).

En las condiciones apuntadas, entendimos que el método de abordaje del debate relacionado con la implementación del SBU podría identificarse sistemáticamente hablando, con el procedimiento de decisión cuando se trata de actos de la Administración: a) la elección del momento (oportunidad, coyuntura, conveniencia de tiempo y lugar); b) la evaluación o examen de la cuestión que mejor se ajuste al interés público (mérito); c) la utilidad o provecho (conveniencia).

I. Oportunidad

a) El nuevo mundo

El pleno empleo de las décadas del 60 y 70, suponen un ideal de imposible concreción en la actualidad, como consecuencia de un proceso que se caracteriza por la pérdida de puestos de trabajo en orden al crecimiento de las tecnologías del conocimiento (TICs) y también por el impacto de la Pandemia Sars 2¹ (1), que dispararon un salto en el avance y desarrollo de la informatización, de casi todos los órdenes de la vida cotidiana.

¹ OIT Perspectivas sociales y del Empleo en el Mundo. Tasa empleo global 2022: 55,8 %

Por otra parte, un informe realizado en julio 2020 por Oxfam International, comunica que los 2153 milmillonarios que hay en el mundo poseen más riqueza que 4600 millones de personas (un 60% de la población mundial), que en América Latina y el Caribe el 20% de la población concentra el 83% de la riqueza, el número de milmillonarios en la región ha pasado de 27 a 104 desde el año 2000, todo ello en grave contraste con el aumento de la pobreza extrema en aumento (en 2019, 66 millones de personas, es decir, un 10,7% de la población vivía en extrema pobreza, de acuerdo a datos de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL).

Frente a todo ello, y ante la imposibilidad real de que no se podrán generar la cantidad de empleos actuales, se proponen medidas tendientes a reducir las horas laborales² tanto para generar puestos de trabajo, como también tiempo libre y así aumentar el consumo. A su vez, se sugiere repensar el modelo fiscal y social del siglo XX para regular el capitalismo global y paliar el pionero del ideal igualitario desvanecido, a través de la implementación de un impuesto progresivo y global al capital, junto con un alto nivel de transparencia financiera, todo ello para contener la desigualdad de la riqueza³.

² La Federación Japonesa de Negocios, conocida como Keidanren, apuesta a la reducción de la semana laboral, teletrabajo, y modificación de los horarios para evitar congestión del transporte público; Jacinda Ardern, Primera Ministra de Nueva Zelanda propuso una semana laboral de cuatro días.

³ Thomas Piketty, "Capital en la Vigésima Primera Siglo".

b) *Las experiencias internacionales*

Alaska es en la actualidad el único ejemplo con renta universal mediante un solo pago anual de USD 2000, financiado mediante el Fondo Permanente de Alaska que recibe un mínimo del 25 % de los ingresos por el tránsito del petróleo a través de su red de oleoductos, que se distribuye entre los residentes del dicho estado⁴.

En Kenia, se llevó a cabo un experimento de renta básica universal, puesto que desde 2016 la organización benéfica "GiveDirectly" lleva concediendo pagos a más de 20.000 personas, repartidas en 245 áreas rurales, cuyos destinatarios (adultos mayores) reciben 75 centavos al día (23 euros por mes).

Irán es el único país donde la renta básica sigue funcionando desde que se puso en marcha desde 2011, cuando el gobierno lanzó el programa a nivel nacional para compensar la eliminación de los subsidios destinados a los productos básicos (pan, agua, electricidad o combustible), consistentes en el 29 % de la renta media de los hogares, y cuyo resultado fue la no afectación del mercado de trabajo.

Otro de los experimentos, se produjo Canadá, más precisamente en un pueblo agrícola llamado Dauphin, entre 1974 y 1979, donde se concluyó que el sistema

⁴ Centro Internacional de Información sobre la Renta Básica Universal Digna Incondicional (CIIRBUDI), Jonatan Baldiviezo y Raul Kliksberg. Ingreso Ciudadano Universal, Individual e Incondicional para la Argentina (ICUI).

beneficiaba la salud física y mental de los habitantes, al igual que los resultados escolares. En 2017 se reintentó implementarlo en Ontario, pero en 2018 se canceló después de alegar que desincentivaba a los participantes para encontrar trabajo.

En el caso de Alemania, nació en 2014 cuando la ONG Mein-Grundeinkommen organizó un “crowdfunding” para destinar cerca de USD 1.110 al mes a 500 personas.

Se trató de una donación altruista de varias personas anónimas, y según la revista «Fast Company», el 80 % de los destinatarios manifestó que el ingreso les hizo sentir menos estrés, más de la mitad, que los ayudaba a hacer frente a los pagos en formación y educación, y el 35 % que se sentía mucho más motivado en el trabajo.

Como vemos, las experiencias internacionales relacionadas con un ingreso único, básico, universal, etc. son sustentadas por proyectos privados de orden filantrópico que procuran la mejor distribución de la riqueza o una mejor calidad de vida en un sector vulnerable de la sociedad, muchas veces con el formato de «Crowdfunding» que consiste en un modelo de recolección de fondos e inversión colectiva, en el cual una persona o empresa presenta un proyecto y la inversión necesaria para poder hacerlo realidad. Luego, éste se presenta en un sitio web y la gente puede invertir lo que pueda o quiera para llegar colectivamente a financiar el proyecto (pagando con tarjeta de crédito), y hasta que el objetivo económico no es conseguido, no se recolectan los fondos, es decir, sólo si el proyecto llega a financiarse al 100 % se les hace el cobro a las personas

que invirtieron. Entre las plataformas más conocidas, se encuentran KickStarter, IndieGogo y CharityWater⁵.

La primera vez que se planteó en la Argentina una propuesta de SBU similar a la prevista por el proyecto parlamentario en ciernes, fue en el año 2001, por el Frente Nacional contra la Pobreza, impulsado por la CTA, bajo la denominación de «Ingreso ciudadano universal e incondicional» (ICUI) cuyo contenido era de carácter integral y detalladamente precisado: modificar la matriz distributiva, fortalecer la autonomía nacional y profundizar la democratización de la sociedad argentina⁶.

c) *Coyuntura nacional*

El «monotributo» continúa liderando la modalidad de empleo al que recurren cada vez más las empresas privadas, particularmente, en las ramas de servicios, puesto que de acuerdo a datos del Ministerio de Trabajo de la Nación, los aportantes al régimen de Monotributo (+ 1,7 %, 30.548 personas) con relación a mayo de 2021, son 179.271 monotributistas más⁷.

Por su parte, en mayo pasado la cantidad de personas a nivel nacional con trabajo registrado (con aportes a la seguridad social) alcanzó a 12.635.178, es decir, 48.699 más que en el mes de abril de 2022, creció 4,8 %.

⁵ Cfr. Ignacio Ricci. Plataforma “Mango”

⁶ CIIRBUDI

⁷ Diario Clarín. Ismael Bermúdez. Edición sábado 26/8/22

En lo que concierne al índice de pobreza, según los microdatos de la Encuesta Permanente de Hogares (EPH) que difundió el INDEC, la indigencia o pobreza extrema bajó del 11.2 % al 8.2 % y la pobreza, que un año atrás había alcanzado el 39,5 %, bajó al 34, 2 %, retrocediendo a los niveles de prepandemia.

A nivel país, son⁸ 15,8 millones de pobres frente a los 18.1 millones del primer trimestre de 2021, y de esos totales los indigentes suman 3,8 millones versus 5,1 millones de un año atrás, y entre los chicos menores de 14 años, la pobreza se redujo del 53,6 % al 47,1 %.

Respecto del índice de desocupación, en el primer trimestre de este año había caído al 7 %, con relación al 10,2 % del primer trimestre de 2021, mientras que la tasa de empleo aumentó del 41,6 % al 43,3 %, unos 950.000 ocupados más que a comienzos del año pasado.

En otro aspecto, cabe destacar que, a la fecha, se encuentran en vigencia 10 planes de protección social: Potenciar Inclusión Joven, Argentina Hace, Tarjeta Alimentar, Potenciar Trabajo, Mi pieza, Fondo de Desempleo, Asignación por Embarazo (AUE), Asignación Universal por hijo (AUH) Hacemos Futuro y Progresar Argentina, cuya ejecución se encuentra a cargo del Ministerio de Desarrollo Social, y de los cuales, sólo 3 se orientan a la prosecución de una actividad laboral.

⁸ Diario Clarín. "Baja la pobreza, pero de la mano del crecimiento del trabajo informal". Ismael Bermúdez, edición sábado 26/8/22, pág. 28. Los monotributistas lideran la expansión del empleo registrado", Ismael Bermúdez. Edición sábado 6/8/22, pág. 30.

II. Mérito

Si entendemos al interés público como aquello que persigue una determinada comunidad pensando en su propio beneficio, el SBU debiera tender a procurar una protección social efectiva, que alcance a la totalidad de los ciudadanos del país y que elimine definitivamente la pobreza estructural.

Partiendo de esa premisa, una lectura de la iniciativa parlamentaria despojada de toda subjetividad, permite colegir que la misma poco apunta a beneficiar al universo poblacional, sino que se encuentra acotada genéricamente a «los más vulnerables» y a las personas que cumplan determinadas condiciones, es decir, se mantienen las que se han dado en llamar “políticas focalizadas”, a las que se les endilga el carácter de paliativas (parches).

Si bien no se soslaya que existe una intención voluntariosa de parte de diversos sectores socio-políticos de garantizar un ingreso suficiente a cada una de las personas que componen la comunidad que realmente lo necesite, a su vez coexiste un temor de otorgar recursos económicos a personas que no los necesitan, porque pueden garantizarse una vida adecuada por sí mismos⁹.

También, se sostiene que estas políticas focalizadas actúan con posterioridad a la detección del estado de

⁹ Centro de Información Internacional sobre la Renta Básica Universal Digna Incondicional. CIIRBUDI. Ingreso Ciudadano Universal, Individual, e incondicional para la Argentina (ICUI). Jonatan Baldiviezo y Raúl Kliksberg.

necesidad, para lo cual resulta indispensable contar con un « ejército de controladores» para fiscalizar quien merece o no el plan, convirtiéndose en un sistema con una línea de corte, burocrático, que deja fuera a quienes no mantienen actualizados sus datos, y genera en quienes se encuentran insertos en esos programas sociales, una preferencia a no prestar trabajos registrados o no aceptarlos, por temor a dejar de percibir la asistencia o no poder recuperarla en caso de haberla perdido¹⁰.

Esta traza de políticas, fueron implementadas desde 1996a partir del Plan Trabajar y se mantienen hasta el presente.

En definitiva, el mérito estaría dado a partir de un enfoque social más que económico, tendiente a unificar todos los programas sociales en un solo ingreso generalizado con mayor valor, y de este modo enervar la condición individual del beneficiario, evitando así la estigmatización y el clientelismo político.

III. Conveniencia

Desde este enfoque, la acepción del concepto que tomaremos para abordar la temática que nos ocupa, será el de la utilidad o el provecho que el SBU significaría para las cuentas públicas. a) Política Presupuestaria del Ministerio de Desarrollo Social El ministerio de Desarrollo Social ha definido 4 ejes prioritarios de gestión : 1) Argentina contra el hambre (seguridad y soberanía alimentaria, Tarjeta Alimentar Prestaciones para comedores y merenderos escolares

¹⁰ Ref. CIIRBUDI. Baldiviezo y Klisberg.

y comunitarios, programa Pro Huerta); 2) Inclusión laboral (Comisión Nacional de Microcréditos, Programa Banco de Maquinarias, RecuperAR, RENATEP (formalizar y garantizar los derechos de los trabajadores economía popular); 3) políticas de cuidado para la niñez, adolescencia y adultos mayores (PNPI, ley « Brisa» etc. y 4) protección social para las poblaciones más vulnerables y acompañamiento en situaciones de emergencia: EASE, El Barrio cuida al Barrio, plan DetectAR durante 2020/21.

El Dec. 8/2022 prorrogó la Ley de Presupuesto 27591 para el ejercicio Fiscal 2021, fijándose para la categoría “servicios sociales” la suma de \$ 5.565.714.840.906.

Vistos los créditos por inciso (gastos por finalidades y funciones) de dicho presupuesto, se observan gastos elevados en personal temporario y contratado, en relación al personal permanente (vgr. categoría 04. Programas 44/47 secretaria niñez, adolescencia y familia- se duplica-, categoría 09 (secretaría de inclusión social), se triplica) existen Ayudas Directas a Personas con un crédito de \$ 3.642.908.575, el Programa 24 (Economía Social) se asciende a un total de \$ 1.749.946.760 y frente a ello, el programa 26 (Políticas Alimentarias) cuenta con 1.530.149 de personas beneficiadas y una escasa cantidad en huertas comunitarias, escolares y familiares.

En otro aspecto, el programa 38 (Potenciar Trabajo) se alza con un total de \$ 111.897.533.387.

El plan nacional de Protección Social (Programa 54) asiste a 50.000 personas, con un crédito de \$ 601.522.000.

En el contexto descripto, se advierten costos muy altos en proporción a las personas que reciben los subsidios, y tanto el CIIRBUDI como el economista Levi Yeyati, alertan en lo que concierne a la contraprestación laboral del beneficiado, que suele reducirse al filtro de las organizaciones sociales sin creación alguna de trabajo.

Dicha condicionalidad, que en el caso de implementarse el SBU estaría dada por el carácter de trabajador informal, agrario, de casas particulares, monotributista A, etc. implica control, y el control, a su vez gastos de gestión y administración mayores, puesto que se trata de controlar si la persona que recibe el subsidio cumple con los requisitos legales, produciéndose así lo que llaman “ejército de controladores”.

Tanto es así, que los últimos días se ha propuesto la implementación de una auditoria del plan Potenciar Trabajo, a cargo de representantes de universidades nacionales que llevarán adelante las encuestas, con una primera experiencia piloto en Tucumán (a cargo de representantes de la UBA y de la UTN). b) Otros indicadores de la Economía En la actualidad, Argentina cuenta con 167 impuestos. Si bien el mayor porcentaje de recaudación impositiva lo otorgan los impuestos nacionales (80%), que son recaudados por la AFIP. Durante la pandemia, surgieron dos nuevas iniciativas de impuestos nacionales: el régimen de percepción RG 4515 sobre la compra del dólar ahorro y los consumos en el exterior, y el Aporte Solidario a las grandes fortunas, que se sancionó a fines de 2021, por lo que la cantidad de impuestos nacionales, asciende a 43.

Un informe del Banco Mundial con valores del 2020¹¹ arrojó que el Total de servicio de la deuda (% del PIB) en el caso de Argentina, era del 7,4 %, aunque no encabezamos el ranking desplegado por ese organismo.

Sin embargo, informes de origen internacional, arrojan que durante el primer trimestre del año 2022 la deuda externa de Argentina bajó, debido a los pagos realizados al FMI, el efecto de la caída de divisas y el crecimiento del Producto Interior Bruto en comparación con el mismo periodo del año anterior, ubicándose en este momento en el 69,5 %¹².

Por otra parte, observamos que el presupuesto para gastos corrientes y totales de capital según la Ley de presupuesto 2021 prorrogada por el Dec. 88/22, es de \$ 8.394.994.825.050, que el endeudamiento público es de \$ 6.260.369.425.966 y los gastos en promoción y asistencia social se presupuestaron en la suma de \$ 304.552.899.036, cuando a trabajo se asignaron \$ 17.946.105.899, es decir, el 5 % del total.

IV. Conclusiones

Los indicadores económico sociales que hemos relevado, conducen a inferir que no existirían razones de oportunidad, mérito y conveniencia para la implementación de un Salario Básico Universal, en el marco de los objetivos en que fue propuesto.

¹¹ Banco Mundial. Flujos Mundiales de Financiamiento para el Desarrollo. Valor más reciente.

¹² Datosmacro.com. Atalayar.com. Statista 2022.

En efecto, la realidad laboral postpandemia nos indica que aumentó el volumen de puestos de trabajo -aunque no en la medida o en la forma deseada-, bajo la modalidad del monotributo, motivo por el cual, aún en condiciones precarias, se ha logrado promover el empleo.

Si bien no se soslayan aspectos positivos en la implementación del SBU, que se concretarían no sólo mediante la recuperación por parte del Estado de parte de lo abonado al destinatario del SBU a través del IVA con motivo en el incremento del consumo en general, sino también, con el beneficio adicional que ello implica en la actividad productiva, resultan atendibles las críticas que se formulan a la propuesta, relacionadas con la imprecisión del origen de los fondos para sustentarla, puesto que como se ha visto, el presupuesto para el Ministerio de Desarrollo Social es el más elevado en relación a las restantes áreas de la Administración, sustentándose en una vasta carga impositiva de orden nacional (43 impuestos) que no justifica agregarle otra.

Dicha imprecisión, conduce a sospechar la futura creación de alguna modalidad tributaria directa o indirecta destinada a solventar el SBU.

Sin embargo, la circunstancia de que la deuda pública nacional se encuentre en una situación de paulatino descenso, justifica la asunción de una conducta proactiva al cumplimiento de las metas y obligaciones pactadas con el Fondo Monetario Internacional en relación a la deuda pública con ese organismo.

En efecto, las autoridades argentinas están comprometidas a implementar políticas para lograr los objetivos anuales del programa de déficit fiscal primario, financiamiento monetario y acumulación de reservas. En cuanto a la política fiscal, las autoridades planean reorientar el gasto público para lograr la meta de déficit fiscal primario del 2,5 por ciento del PIB para 2022, y mismo tiempo reducir el financiamiento monetario al 1 por ciento del PIB, como estaba previsto en la aprobación del acuerdo. También, se reafirmó el compromiso de continuar aplicando el marco de política monetaria y cambiaria para lograr tasas de interés de política real positivas, asegurar la competitividad del tipo de cambio y respaldar la acumulación de reservas de USD 5.800 millones para todo el año 2022, manteniendo sin cambios los objetivos anuales del programa¹³, por todo lo cual, el gasto público que implicaría el financiamiento del SBU, se encontraría a todas luces restringido.

Por otro lado, entendemos que es una buena oportunidad para preservarse financieramente y evitar los riesgos económicos que podrían originarse al desarrollar un nuevo sistema de protección social.

En ese sentido, cabe destacar que los ensayos de ingreso colectivo efectuados en Canadá, Kenia o en Alemania que hemos visto, responden más a comprobaciones de tipo sociológicas —la sensación de percibir una prestación dineraria por parte del Estado

¹³ Departamento de Comunicaciones del FMI. Comunicado de Prensa Nro. 22/189. 8/6/2022. Relaciones con los medios. Oficial de prensa: María Candia.

sin nada a cambio— más que a desterrar la pobreza estructural. No estamos en condiciones de someternos a experimentos.

¿Podría materializarse el SBU mediante el modelo de “crowdfunding” en Argentina? No lo creemos viable. En efecto, contamos con plataformas como por ejemplo Idea.me¹⁴ y PanalDeIdeas.Sin embargo, se ha dicho que la oferta provista —fundamentalmente de tipo filantrópica y cultural— no ha podido brindar un servicio de las mismas características al ofrecido en Estados Unidos, esto es, más orientada a propender el bienestar de un sector de la sociedad, dada la imposibilidad que presentan la tecnología de pago, la bancarización de la sociedad y las retenciones impositivas de tarjetas de crédito (35 %) y sin que los esos tres pilares funcionen al unísono, el éxito es difícil¹⁵.

En ese contexto, creemos que la sociedad argentina, a esta altura está saturada del mote “pueblo solidario” y de solventar con fondos privados las obligaciones propias estatales, motivo por el cual, más allá de sus falencias operativas, entendemos que no resultaría factible.

En lo que concierne al objetivo denominado “aumento de la acción individual”, pareciera contradecirse con los

¹⁴ Ideame Argentina es una plataforma mediante la cual emprendedores y artistas de la región difunden, financian y concretan sus proyectos gracias al apoyo de una comunidad online activa y comprometida.

¹⁵ Ref. Ignacio Ricci. Plataforma “Mango”.

potenciales destinatarios del SBU previstos en el proyecto, a los que refiere como los “más vulnerables” - denominación colectiva si la hay-, tanto así, que pareciera ser un “envase” que invita a llenarlo con cualquier contenido, para después categorizarlo expresamente como trabajadores informales, formales con bajos salarios, personal de casas particulares y agrario, monotributistas A.

También advertimos en el proyecto un temor reverencial a la desviación de los fondos destinados a los planes sociales en vigencia, o mejor dicho, a que la sociedad sospeche que existe esa desviación o que se detecten errores en el sistema, lo cual sólo podría evitarse con el despliegue de un ejército de empleados estatales designados para la evaluación y el control del otorgamiento del SBU, cuyos costes no parecieran poder sustentarse con los recursos financieros - ya de por sí elevados- que se verifican en la actualidad por parte del Ministerio de Desarrollo Social.

En definitiva, si el sistema impositivo se conservara intacto luego de implementar la iniciativa del SBU, implicaría un agravamiento de la desigualdad y un dispendio de recursos que no estamos en condiciones de afrontar.

Dicha conclusión, de modo alguno descarta el compromiso de asumir de una vez por todas, la promoción de una política pública que articule la centralización sistemática de la captación de recursos impositivos de los que más tienen sin agregar otros, con la integración gradual de prestaciones de la asistencia social, todo ello, en un solo proceso de tipo horizontal.

En definitiva, es una tema opinable y opinado, y un verdadero desafío a nuestra sociedad.

() Abogado (UBA)
Egresado con Honores, Summa Cum Laude.
Posgrado en Asesoría legal de Empresas
(Facultad de Derecho, UBA).
Profesor Consulto, UBA. UNLM.
Profesor titular de Derecho del Trabajo
y Seguridad Social (UBA)
Asesor Académico del Consejo de la Magistratura
de la Provincia de Buenos Aires.
Jurado del Consejo Nacional de la Magistratura.
Sub Director del Instituto de Derecho del Trabajo
Colegio Público de Abogados de la Capital Federal CPACF-
Es autor de libros y de más de un centenar de artículos en
diarios y revistas especializadas.*

*(**) Abogada (UCA). Doctora en Derecho del Trabajo,
Seguridad Social y Derechos Humanos (USAC).
Especialista en Derecho del Trabajo (UBA),
Administración de Justicia (AMFJN)
y Perspectiva de Género (IFPGP del GCBA).
Docente de Derecho del Trabajo (UBA. Derecho).
Replicadora de la Oficina de la Mujer de la CSJN.
Secretaria de la Fiscalía Nacional del Trabajo Nro. 2.*

LICENCIA POR MATERNIDAD Y GESTACIÓN SUBROGADA*

MATERNITY AND SURROGACY LEAVE

Por Gabriel Binstein () y Luis Anunziato (**)*

Palabras clave: maternidad subrogada, filiación, fertilización asistida, licencia por maternidad.

Keywords: surrogate motherhood, filiation, assisted fertilization, maternity leave

I. Introducción

Conflictos de índole no solo ético o moral¹, sino también jurídicos generados en sociedades modernas, cuyos principios básicos y fundamentales están en constante evolución y cambio, vienen transformándose en mucho por los avances tecnológicos que rápida y continuamente alcanzamos.

Si tenemos en cuenta la temática específica de la subrogación materna o gestación subrogada, originada por

* Artículo publicado en Microjuris.com, MJ-DOC-16752-AR|MJD16752

¹ <https://www.edkpublicaciones.com/up/index.php/indice-2/reflexiones-juridicas-sobre-las-realidades-y-las-consecuencias-derivadas-de-la-subrogacion-materna>

los avances tecnológicos² de la sociedad contemporánea, paralelamente a la judicialidad muchas veces conflictiva a que dio lugar, y el bagaje axiológico de nuestras fuentes jurídico-bioéticas en estos nuevos desafíos y dilemas; observamos la necesidad del incesante desarrollo y cambio constante del establecimiento de estándares para en un marco éticojurídico contenedor de los actores involucrados.

En tal marco, nuevamente surge la necesidad de plantear -como lo venimos haciendo³- la necesaria modernización del derecho del trabajo y la seguridad social, pero esta vez en el campo específico de la Seguridad Social, a la luz del análisis del fallo de la Cámara Federal de la Seguridad Social (Sala 3) que decidió confirmar una sentencia en los autos “T., J. c/ P.E.N. y otro s/ amparos y sumarísimos” donde ordenó otorgar, en un caso de gestación subrogada, la asignación por maternidad derivada de la aplicación directa de los art. 177 de la ley 20744 (protección de la maternidad) y 11 de la ley 24714 (asignación).

Cabe aclarar antes de adentrarnos en el fallo de referencia, que la subrogación materna o gestación

² <https://aldiaargentina.microjuris.com/2018/06/11/la-maternidad-subrogada-en-la-legislacionargentina-una-mirad-bioetica-2/>

³ Título: Derecho del trabajo y economía de plataformas - Autor: Binstein, Gabriel - Anunziato, Luis Fecha: 27-oct-2021 Cita: MJ-DOC-16251-AR | MJD16251 - VER TAMBIEN SMART CONTRACTS: Una forma de sistematización para la eficaz registración laboral, Por Luis Anunziato Revista Derecho Laboral y Seguridad Social Número: 2019 (enero-julio)

subrogada, plantea, en un principio, la posibilidad de que una persona incapaz de tener un hijo, ya sea por infertilidad o algún otro problema reproductivo, rente o alquile un vientre materno ajeno al propio, con la finalidad de que en él se geste un embrión fecundado, desde el momento de la inserción hasta el parto.

II. Comentarios al fallo

1. *Los hechos*

La Sra. T.J. (según fallo en tratamiento) inició junto a su marido diversos tratamientos médicos a fin de obtener su embarazo, pero infructuosos para lograr concretar un proyecto familiar junto a su marido. Ante ello, decidieron la concreción de su maternidad y paternidad de manera subrogada, contratando a dichos fines a una clínica con sede en Ucrania.

A partir de la contratación con dicha entidad, en paralelo a dicha decisión y en el momento pertinente, procuró ante su empleador (CONICET) y ante ANSeS para la concesión de la licencia por maternidad en los términos del art. 177 de la Ley 20.744.

Tal solicitud le fue denegada por el organismo previsional, decisión fundada en que la solicitante no es gestante y que la protección está destinada a atender la salud y recuperación de la madre antes y después del parto, ello en atención a que el artículo 177 de la LCT habla de “descanso”, por lo que se presume que se está contemplando a una gestante y no un caso como el de la peticionante.

Agrega que no debe confundirse asignación por maternidad, con el goce de una licencia por maternidad que establece el artículo 177 de la LCT, por cuanto ambos conceptos tienen distinto sustento, reiterando que la asignación es una suma de dinero igual a la remuneración de la empleada, en tanto que la licencia es un período en procura del desarrollo y protección de la familia que la trabajadora informa a su empleador.

2. La acción judicial, sus fundamentos legales y normas citadas

Ante la negativa, fue iniciada una acción de amparo contra la ANSeS y el Poder Ejecutivo Nacional a fin de que se los condene “al pago de la prestación por maternidad contemplada en el art. 177 de la Ley 20.744”. Dicha pretensión tuvo favorable acogida por el Juzgado Federal de Primera Instancia de la Seguridad Social Nro. 1, en cuya sentencia la Sra. Jueza dispuso hacer lugar a la demanda condenando al organismo previsional a otorgar la licencia por maternidad solicitada.

Dicho pronunciamiento fue objeto de apelación por la demandada, resultando asignada la causa a la SALA 3 de la Cámara Federal de la Seguridad Social, la cual confirmó la sentencia recurrida mediante novedosos fundamentos que, prima facie, parecen no sólo más abarcativos de la nueva realidad cotidiana, sino también ajustados a las garantías constitucionales y convencionales vigentes.

Cabe destacar que ANSeS esgrimió también el argumento que la vía de amparo no era la idónea

para este reclamo, cuestión definida por la Sala 3 en cuanto sostuvo que la admisibilidad del amparo está determinada por la existencia de una lesión producida o a producirse (art. 43 de la Constitución Nacional y art. 1 de la Ley 16.986). Lo cierto es que el considerando II, resulta de un análisis ajeno al elegido en el presente, basado en un tema meramente de derecho procesal.

Así, el considerando III se sumerge directamente en el thema decidendum al sostener que, si bien carece de discusión que la licencia por maternidad busca proteger la salud de la madre gestante, como sostiene la demandada y ratifica el Tribunal Superior, no caben dudas que “también tiene directa vinculación con la salud y el bienestar del niño, siendo vital su atención primaria en los primeros meses de vida. En tal sentido, la licencia por maternidad y la consecuente asignación familiar se constituyen instrumentos para garantizar la integración de la familia, el cuidado del niño y la vinculación afectiva con sus padres”. Así distingue que “debe contemplarse, necesariamente, el interés superior del niño, que se encuentra garantizado en la Convención sobre los Derechos del Niño, revistiendo jerarquía constitucional dicho convenio en los términos del art. 75, inc.22 de la Constitución Nacional” (Ver considerando III segundo párrafo).

En línea argumentativa, la Sala 3 distingue que el nuevo Código Civil y Comercial incorpora “la filiación por técnicas de reproducción humana asistida, la cual surte los mismos efectos conforme a las disposiciones de este Código (art. 558 CCyCN)” y, por ello, “la carencia de

una licencia específica para el caso de subrogación de vientre colisiona” con estas normas de filiación y con la protección de los derechos del niño por nacer.

Resulta de trascendente importancia poner de resalto como lo hizo el tribunal que, otorgada la licencia por maternidad “la trabajadora, gozará de las asignaciones que le confieren los sistemas de seguridad social, garantizando a la misma la percepción de una suma igual a la retribución que corresponda al período de licencia legal y, asimismo, otorgar a la madre la posibilidad de atender con mayor dedicación a su hijo durante los primeros meses de vida protegiendo la institución familiar”. También se ocupó la Sala 3 de la igualdad y no discriminación, al decir que el “objetivo del instituto es proteger a la mujer trabajadora frente a una contingencia tal como el embarazo y/o el posterior nacimiento de un hijo no debiéndose distinguir si la madre es la gestante o no a fin de que pueda otorgar al niño los primeros cuidados necesarios, siendo importante entonces la atención de la familia y de la madre, como así también del hijo en forma particular” y cita el art. 21 de la Convención sobre los Derechos del niño y la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.

Al tenor de todos los fundamentos descriptos, confirma la sentencia dictada en primer grado, no habiendo el empleador manifestado oposición expresa al derecho al goce de la licencia por maternidad pretendida, dispone se otorgue la asignación derivada de la aplicación directa de los arts.177 de la Ley 20.744 y 11 de la Ley 24.714.

3. Argumentaciones

Como podemos observar, la adecuación de la protección contenida en el Derecho de la Seguridad Social, en específico licencia por maternidad y asignación derivada, pone de relieve la necesaria adecuación de este derecho, con cuestiones de bioética jurídica.

En efecto, cuestiones de cosmovisión de nuevas definiciones de los términos como “maternidad”⁴, “familia” o “filiación” obligan no sólo a los gestores del derecho (litigantes y judiciales) a instruirse de manera interdisciplinaria sino a repensar la aplicación de los principios, en el caso, de la Seguridad Social, a los nuevos humanos afectados en las interrelaciones subjetivas.

Del pronunciamiento en análisis surge que la Sala 3 de la Cámara de Seguridad Social no fue ajena a ello, cuestión que, pese a la interpretación efectuada sobre el art. 558 del Código Civil y Comercial de la Nación efectúa el tribunal, lo cierto es que la reforma promulgada el 7 de octubre del 2014 fue tibia en el específico tema.

En efecto, entre sus 2671 artículos en las áreas vinculadas a nuestra problemática, dispone que la existencia de la persona humana comienza con la concepción (art. 19), que la filiación puede tener lugar por naturaleza, por Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) y por adopción (art. 558).

⁴ https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-22282006000200009v

Dedica el Capítulo 2 del Título 5 (art. 560 y ss.) a las reglas relativas a la filiación por TRHA, declarando cómo se determina la filiación en esos supuestos (art. 569) y normando en el art. 562 la voluntad procreacional como sigue: “Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los arts.560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos”. Como puede observarse, el nuevo orden civil no hace referencia al tratamiento del instituto del gestación subrogada, que sí se discutió en el Senado de la Nación, expresando la voluntad de excluir este tipo de prácticas del nuevo Código modificando el artículo 562⁵.

Si bien el nuevo Código Civil y Comercial⁶ contempla las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA), lo hace dentro del seno de la pareja —es decir, con la mujer que la conforma como persona que gesta al niño por nacer y no avanza involucrando a un tercero. En el caso en cuestión, aparece una tercera persona (ajena) que es quien gesta al bebé. Es pues, un tema que aún no está legislado, lo cual no implica dejar su estudio y no hacerse cargo de la cuestión, tal y como muestra el fallo en análisis.

⁵ Biblioteca del Congreso de la Nación, <http://www.bcnbib.gov.ar>. Honorable Senado de la Nación Argentina, <http://www.senado.gov.ar/>.

⁶ Ídem (1)

En cuanto a la filiación⁷ y tutela, como otro de los argumentos del fallo, existen dos posiciones bioéticas claramente contrapuestas.

Las teorías contractualistas nos explican que habiendo de por medio un acuerdo de voluntades expresado autónoma y libremente y bajo pleno conocimiento y consentimiento de los contratantes y del contratado, el derecho debe cumplir con su única función de velar por las actividades humanas, sin restringir la autonomía de la voluntad, permitiendo que una pareja reclame y adquiera los derechos de paternidad y maternidad, y por ello la filiación y tutela, de un menor que nace del vientre de una mujer ajena a la pareja que reclama dichos derechos, incluso sin existir material genético de alguno de los dos contratantes, diferenciando la actividad a la de la adopción por el acuerdo de entrega previo al nacimiento. La posición no hace distinción entre matrimonios o concubinatos, parejas heterosexuales u homosexuales ni alguna otra. Bajo estos supuestos, la prohibición en el cobro de la actividad quedaría superada, ya que independientemente del objeto del contrato, la voluntad de los individuos expresada en un acuerdo valdría por sí misma y generaría una realidad jurídica exigible.

A estas teorías se contraponen naturalistas que determinan que independientemente de la existencia o no de un acuerdo de voluntades que establezca los lazos de parentesco entre un no nacido y los que serán sus

⁷ <https://www.edkpublicaciones.com/up/index.php/indice-2/reflexiones-juridicas-sobre-las-realidades-y-las-consecuencias-derivadas-de-la-subrogacion-materna>

padres, e incluso independientemente de la concepción teórica, tanto civil como penal, en la que el marco jurídico bajo el que se suscita el hecho se fundamente, la gestación por sí misma conlleva la adquisición de los derechos tutelares sobre el menor, ya que el lazo biológico que se crea entre la madre gestadora y el menor no nacido es tan fuerte y tan natural, que en los hechos es quien genera invariablemente los lazos de parentesco y filiación, independientemente de quién y de qué manera se haya aportado el material genético, incluso independientemente de la existencia de un acuerdo de voluntades previo al nacimiento.

Una posible propuesta de salida a los antagonismos dicotómicos ajustar los hechos al derecho del orden público de la Seguridad Social, conformados por sus Principios (solidaridad, subsidiariedad, universalidad, integralidad (material y horizontal), igualdad, unidad de gestión e intermediación), procurando cuál de estas posturas resulta en la mayor aplicación de dicho orden público. Cuestión que la Sala 3 aparece haber encontrado.

Finalmente, es importante señalar sobre la protección integral del niño surge como piedra angular y principio insustituible en los convenios que protegen los derechos de los niños, como los son la Convención de los Derechos del Niño y su posterior Declaración, el Convenio sobre Protección de Menores y Cooperación en Materia de Adopción Internacional, la Convención Interamericana sobre Ley Aplicable a las Adopciones Internacionales, el Convenio Interamericano sobre Trafico Internacional del Menor y el Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

El interés superior del menor se hace presente en la suma de los convenios antes mencionados, ya sea implícita o explícitamente, y se materializa en la protección de la vida del menor, en la protección de su estabilidad emocional y afectiva y en la búsqueda para evitar rupturas bruscas e innecesarias en su entorno familiar. Es decir, el interés superior del menor busca, a todas luces, proteger su vida y el desarrollo integral de su personalidad.

Ahora bien, el fallo cita el artículo 21 de la Convención sobre Derechos del Niño, ratificada por la Ley 23.849 -que en su artículo 2 hace especial reserva de los inc.b, c, d y e-, lo efectúa como referencia análoga al caso en cuestión, necesario pues, como dijimos, la clara inexistencia de legislación específica sobre las TRHA.

En efecto, el artículo mencionado establece que «Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial», de lo que se desprende que dicha normativa se refiere al interés superior del niño en el sistema de adopción, por lo que, en el afán de aplicar los Principios Generales de la Seguridad Social, ante la ausencia de tarea legislativa nacional en la materia, sólo le quedó el recurso de la analogía al Tribunal preocupado por la aplicación de aquellos.

III. Conclusión

Cuando de modernización se trata, el pronunciamiento nos deja claro que, si bien el derecho necesariamente camina más lento que los hechos en la realidad

cotidiana⁸, aquella no impide la acción judicial en pro de la aplicación de los principios generales de una materia, para subsumir en ellos nuevos hechos.

Tanto es así, que no sólo con los fundamentos normativos de raigambre constitucional citados (en los términos de los artículos 75 inc. 22 y 24 de la Constitución Nacional) refuerza su postura, sino que también con jurisprudencia «analógica» al caso en estudio.

En efecto, el Tribunal consideró aplicable la jurisprudencia de la CNAT en donde se consideró que en el marco del art.177 no es necesario acompañar el certificado médico que acredite el embarazo, “sino que basta con que se haya avisado al empleador poniendo a su disposición las certificaciones respectivas, por cuanto ambos tipos de maternidades (“Biológica” y “por adopción”) tienen el mismo valor y merecen la misma atención por parte de la ley, por lo que no cabe otra opción que otorgar a la trabajadora la protección prevista”, y agrega que “No existe impedimento en extender la aplicación de esa doctrina al caso de subrogación de vientre”.

Por otra parte, ante cuestiones tan opinadas y opinables como la que hoy nos preocupa tratar, con alto nivel de conflictividad, y sabiendo que la sentencia judicial firme se constituye en norma individual que obliga solo a las

⁸ ¿Es posible el trabajo decente en el mundo digital? Por Luis Anunziato (2019) Congreso ARTRA -SADL <http://congresosartra.com/MDQ-2019/ANUNZIATOTRABAJO%20DECENTE%20EN%20EL%20MUNDO%20DIGITAL.pdf>

partes, es de esperar múltiples litigios que devengan en costosos largos pleitos demorados en Juzgados consecuentemente abarrotados.

Ante ellos nos preguntamos sobre una posible propuesta: ¿resulta una solución la acciones de clase?

Recordemos que las acciones de clase son procesos colectivos en los cuales se agrupan todas las partes en casos que, por complejidad en la prueba o altos costos dificultan una acción individual. En los casos como el de análisis, redundaría no sólo en la posibilidad de recurrir varios sujetos legitimados ante instancia judicial y abaratar costos, sino también reducir la cantidad de posibles causas evitando sobrecargar la gestión judicial.

Nuestra finalidad es sostener el debate en aras de la constante modernización del Derecho, pues, como sostuvo Jeremy Bentham (1748 - 1832), padre de la doctrina utilitarista: “El derecho se reduce a regular las acciones externas de los hombres y a hacer posible su coexistencia” en su búsqueda de lograr a través del derecho “la mayor felicidad para el mayor número” de seres humanos (como hoy entendemos la palabra “hombres”), y eso sólo podemos lograrlo con el dialogo fraterno, constante, en un debate constructivo de un derecho adaptado a una sociedad siempre cambiante.

(*) *Abogado (UBA)*
Egresado con Honores, Summa Cum Laude.
Posgrado en Asesoría legal de Empresas
(Facultad de Derecho, UBA).
Profesor Consulto, UBA. UNLM.
Profesor titular de Derecho del Trabajo
y Seguridad Social (UBA)
Asesor Académico del Consejo de la Magistratura
de la Provincia de Buenos Aires.
Jurado del Consejo Nacional de la Magistratura.
Sub Director del Instituto de Derecho del Trabajo
Colegio Público de Abogados de la Capital Federal CPACF-
Es autor de libros y de más de un centenar de artículos en
diarios y revistas especializadas.

(**) *Abogado (UBA) Docente del Derecho de Trabajo*
y de la Seguridad Social (Facultad de Derecho UBA
cátedra a cargo del Dr. Gabriel Binstein) y Filosofía
del Derecho (UBA, UCES); Magister en Derecho del
Trabajo y Relaciones Internacionales Empresariales
UNTREF - SADL, autor y coautor de varias publicaciones
doctrinarias. Funcionario Judicial en el Fuero del
Trabajo de la Nación desde hace más de 28 años.

REVISTA CONCEPTOS:

PARÁMETROS PARA LA PRESENTACIÓN DE ARTÍCULOS, AVANCES DE INVESTIGACIÓN Y RESEÑAS

Se recibirán para considerar su publicación en la revista *Conceptos*: artículos, avances de investigación y reseñas. En todos los casos deben ser trabajos originales o inéditos y no haber sido enviados para su publicación a otras revistas.

Artículos

Los artículos deben presentar la elaboración de los resultados de una investigación en curso o ya finalizada o, bien, ser artículos de revisión que planteen una nueva propuesta de abordaje a un tema o problemática.

Se considerarán para su publicación aquellos trabajos académicos originales en su tema y abordaje que den cuenta de un tratamiento metodológico pertinente para el tipo de problemática y que respeten las reglas de campo académico, especialmente el rigor teórico.

Una vez aprobados preliminarmente de acuerdo, a su pertinencia y requisitos formales, los artículos serán enviados a evaluadores externos y sometidos a referato anónimo por pares académicos.

La extensión máxima de los artículos será de 50.000 caracteres con espacios y deberán ir acompañados de un resumen de un máximo de 150 palabras. Deberán presentarse también cinco palabras clave que sintetizen el contenido del trabajo condensando el área de conocimiento de referencia y los principales ejes temáticos abordados.

Avances de Investigación

Los avances de investigación deberán versar sobre una investigación en curso. Se presentará el proyecto que aborda, el estado de situación del mismo, como así también las distintas etapas previstas para su finalización.

La extensión máxima de los avances será de 20.000 caracteres con espacios. Deberán consignarse los datos del título de la investigación, los datos del director y los nombres de quienes conforman el equipo de investigación.

Reseñas

Las reseñas deben ser comentarios y abordajes críticos y reflexivos de un objeto de análisis. Es necesario que en el encabezado consten los datos de la obra (en el caso de libros: título/ nombre del/los autor/es, año, editorial, lugar de edición y número de páginas). La extensión máxima no podrá superar los 7.000 caracteres con espacios.

La publicación de las reseñas será definida por el Comité de Redacción de la revista. Este podrá objetar su publicación de forma definitiva.

Condiciones de presentación comunes a todos los trabajos:

- √ El título del trabajo irá en mayúsculas.
- √ El/Los nombre/s del/los autor/es debe/n figurar debajo del título del trabajo. Deberá referirse al final del mismo el/los títulos académicos obtenido/s, lugar donde se desempeña profesionalmente y cargo que ocupa. Deberá consignarse también una dirección de e-mail de cada uno de los autores.
- √ Independientemente de la extensión correspondiente al tipo de trabajo, los trabajos deberán tener un interlineado de 1,5 y con letra Calibri, cuerpo 11.
- √ Evitar las complicaciones tipográficas, como por ejemplo las versalitas en los títulos de los apartados o tabulaciones al principio del párrafo.
- √ Para destacar una palabra o expresión se utilizará sólo la letra *cursiva*. Las MAYÚSCULAS o subrayados no se utilizarán dentro del texto.
- √ Los subtítulos deberán presentarse en letra minúscula, en negrita.
- √ Los apartados dentro de los subtítulos irán en cursiva, sin negrita.

Todos los trabajos serán evaluados preliminarmente por el Director, los miembros del Comité de Investigación o el Consejo de Redacción.

El envío de un trabajo a la Revista CONCEPTOS implica la cesión de la propiedad para que el mismo pueda ser editado, reproducido y/o transmitido públicamente en cualquier forma, incluidos los medios electrónicos, para fines exclusivamente científicos, culturales y/o de difusión, sin fines de lucro.

El Comité de Redacción decidirá en qué número de la Revista se incluirán los trabajos aceptados para su publicación, en virtud de la pertinencia de las temáticas y el espacio disponible.

Todos los trabajos aceptados para su publicación estarán sujetos a la edición posterior por parte de editores y diseñadores de la revista, con el propósito de ajustar el material a las pautas editoriales que rigen la publicación.

La recepción de un trabajo no implica ningún compromiso de la revista para su publicación.

Los trabajos deben ser remitidos al Instituto de Investigación de la Universidad del Museo Social Argentino en formato electrónico a: conceptos@umsa.edu.ar.

Bibliografía:

Las referencias bibliográficas deberán incluirse dentro del texto y no en nota al pie. Irán entre paréntesis con indicación del autor, el año y las páginas. Por ejemplo: (Scalise, 1983: 67).

Las referencias bibliográficas completas irán al final del texto ordenadas alfabéticamente y deberán seguir los siguientes criterios:

Libros:

Apellido, Inicial nombre; Apellido, Inicial nombre. (Año). *Título del libro*. Número de edición. Lugar de edición: Editorial.

Por ejemplo:

Amat, N. (1978). *Técnicas documentales y fuentes de información*. Barcelona: Bibliograf.

Artículos de revista:

Apellido, Inicial nombre; Apellido, Inicial nombre. (Año). «Título del artículo». *Título de la revista* Número de la revista. Números de páginas.

Por ejemplo:

Bresnan, J.; Kanerva, M. (1989). «Locative Inversion in Chichewa: A Case Study of Factorization in Grammar». *Linguistic Inquiry* 20. 1-50.

Capítulos de libro:

Apellido, Inicial nombre; Apellido, Inicial nombre. (Año). «Título del capítulo». En Apellido, Inicial nombre. (ed./coord.) (Año). *Título del libro*. Número de edición/volumen. Lugar de edición: Editorial. Números de página.

Por ejemplo:

Traugott, E. C.; König, E. (1991). «The Semantics-pragmatics of Grammaticalization Revisited». Dins Traugott, E. C.; Heine, B. (ed.) (1991). *Approaches to Grammaticalization*. Vol. I. Amsterdam: Benjamins. 189-218.

Diccionarios:

Título. Número de edición. Lugar de edición: Editorial, año.

Por ejemplo:

Gran diccionari de la llengua catalana. Barcelona: Enciclopèdia Catalana, 1998.

Nuovo Dizionario Spagnolo – Italiano / Italiano – Spagnolo. Torí: Paravia, 1993.

Recursos electrónicos:

Apellido, Inicial nombre; Apellido, Inicial nombre. (Año). *Título* [tipos de recurso: en línea / disquet / cd-rom]. Lugar de edición: Editorial. *Dirección Web* [Consulta: día de mes de año].

Por ejemplo:

Estivill, A.; Urbano, C. (1997). *Com citar recursos electrònics* [en línea]. [Barcelona:] Escola Universitària Jordi Rubió i Balaguer de Biblioteconomia i Documentació. <http://www.ub.es/biblio/citae.htm> [Consulta: 2 de febrero de 2001].

Otros ejemplos:

The Chicago Manual of style of FAQ [en línea]. Chicago: The University of Chicago Press, 1997. <http://www.uchicago.edu/Misc/Chicago/cmosfaq.html> [Consulta: 4 de abril de 1997].

Nelson, T. (s. d). *Professional Home Page of Ted Nelson* [en línea]. <http://www.sfc.keio.ac.jp/~ted/> [Consulta: 15 de diciembre de 2000].

