

**Intimidad y autonomía en la formación del consentimiento y la declaración de
voluntad dentro del derecho privado tecnológico.**

Daniel Felipe Rubio Velandia

Doctor David Valencia

Director de tesis de grado

Universidad Santo Tomás

Facultad de Derecho

2019

Tabla de contenidos

Introducción.....	6
Capítulo 1 Contexto actual de la investigación.....	9
Sociedad del e-commerce.....	9
La era del big data.....	10
Consumismo.....	12
Consentimiento y sus nuevos vicios.....	14
Capítulo 2 Análisis audiovisual.....	17
The Great Hack.....	17
Read Me.....	22
Terms and Conditions.....	25
Like Me.....	27
Trust Me.....	30
Capítulo 3 Análisis cultural del derecho en el tema investigado	34
Implicaciones de la tecnología contractual en los derechos fundamentales.....	35
Adicción a la tecnología.....	39
Precisiones finales.....	41
Conclusiones.....	44
Referencias	49

Introducción

Mucho se ha especulado acerca del avance de derecho o, si se quiere, de su evolución hacia los nuevos entornos que implica la globalización y la tecnología. La creación de múltiples aplicaciones en teléfonos móviles, la existencia de miles de plataformas web que ofrecen multiplicidad de productos y servicios, los bancos de datos que almacenan información de millones de personas y que luego son utilizadas para estudios de mercado o, incluso para campañas políticas, son algunas de las circunstancias que se han convertido en los verdaderos entornos atípicos en el Derecho; el leasing, la franquicia o el know how, entre otros, hace mucho tiempo dejaron de ser en estricto sentido, verdaderos contratos atípicos pues en la práctica el uso de tales negocios jurídicos se ha generalizado a tal nivel, que su atipicidad es meramente formal desde el punto de vista de los artículos 1501 y 1502 del Código Civil Colombiano o del 864 del código de comercio de la misma legislación.

Es por ello que en el presente trabajo se trató el tema de la autonomía privada, de la libertad y la declaración de voluntad, en contraste con toda la paleta de herramientas tecnológicas y el auge de la conectividad y la multiplicidad de ofertas de bienes y servicios de forma impersonal a través de la red que a su vez, genera millones de circunstancias problemáticas, todo para responder a la pregunta: ¿existe actualmente una declaración de voluntad libre y exenta de vicios en contratos por internet?

Así las cosas, se trazaron tres objetivos específicos que, a lo largo de la investigación, y a través de los capítulos, dieron respuesta a la pregunta de investigación. Primero, analizar las diferentes herramientas tecnológicas vía web existentes en la actualidad, tales como el big data, los terms and conditions, la utilización de algoritmos entre otros; segundo,

determinar las afectaciones a la libertad, privacidad y autonomía de la voluntad en las interacciones de las personas vía internet y por último concluir sobre la existencia o inexistencia de la declaración de voluntad libre y exenta de vicios en razón del derecho privado tecnológico.

En este mismo sentido, fue importante referirse a temas como el constante bombardeo de información, la utilización de datos personales como gustos, preferencias y búsquedas que cada persona realiza por medio de su perfil en cualquier red social, y como tales datos, son utilizados de forma “arbitraria” para venderse a millones de empresas que de inmediato la seleccionan y clasifican para hacinar con basura de marketing cualquier entorno electrónico al que se tenga acceso a través de un usuario y contraseña. Por otro lado, la existencia de los “terms and conditions” funge como un arma de doble filo que dota de legalidad aparente la utilización de la información; digo aparente, puesto que no existe una obligación o una garantía de que el consumidor o usuario lea tales contenidos antes de dar su aquiescencia o su consentimiento, entre otras cosas porque si no se aceptan en su totalidad tales condiciones de uso, el contrato no se perfecciona, pues de forma arbitraria se prohíbe la utilización del medio. Podríamos hablar de contratos de adhesión electrónicos, con contenido no del todo transparente a quien se adhiere. tal circunstancia se presenta como una problemática relevante dentro de los derechos fundamentales consagrados dentro de la Constitución Política a la intimidad y a la protección de la información, en su artículo 15.

Podría decirse que se trata de una anulación casi imperceptible de la libertad para contratar, en muchos casos determinada por una total ausencia de consentimiento exento de vicios y, por supuesto de la inexistencia de autonomía privada, en entornos donde se obliga al contratante a aceptar o, donde se le direcciona de forma agresiva pero sutil a adquirir

todo tipo de bienes o servicios que realmente no necesita, no busca y en muchos casos, no puede pagar.

Lo que se vislumbra dentro de la práctica y dogmática jurídica, es su adaptación sistemática a las nuevas necesidades regulatorias, dentro de las relaciones entre particulares. Es decir, una transformación del antiguo y pétreo derecho privado de estirpe romano germánica que busca responder con suficiencia a los millones de problemas jurídicos que la globalización tecnológica le imprime al mundo de los contratos en general.

Así las cosas, el lector encontrará una variedad de fuentes tanto bibliográficas en materia de derecho privado, psicología y economía, cómo también multiplicidad de fuentes audiovisuales de contenido eminentemente académico y actual, en relación con el tema de los algoritmos, la privacidad y autonomía en la toma de decisiones de los sujetos, cuya interacción se desarrolla en un mundo globalizado de eminente dominio tecnológico. Tales fuentes actuales de contenido audiovisual, serán de importancia significativa para responder a la pregunta de investigación planteada, de forma actual y con evidente demostración teórica y práctica, debido a que se trata de documentales de índole investigativa en su mayoría desarrollados en el último año, cuyo abordaje temático incluye los temas presentados con anterioridad.

Capítulo 1

Contexto actual de la investigación

Sociedad del e-commerce.

Mucho es lo que se puede decir acerca del e-commerce, o en español, del comercio electrónico. Gómez (2013) afirma: el mundo de la virtualidad y de la tecnología ha logrado mutar toda esfera social, incluyendo por supuesto al estudio del derecho; podría decirse que actualmente un gran número de los contratos que celebran las personas dejaron de ser personales en un sentido de contacto presencial, para volverse eminentemente electrónicos.

Lisette Hernández Fernández, Master en Derecho Internacional y Relaciones

Internacionales, afirma que el comercio electrónico (2006):

Puede ser definido como el cúmulo de actividades mercantiles, que incluyen tanto actividades comerciales como acciones de mercadeo, y negocios jurídicos mercantiles y civiles, de bienes tangibles o intangibles, siempre que éstas se realicen por vía electrónica, por redes o sistemas computacionales.

Por otro lado, para La Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), aprobada por la Asamblea General de la ONU en su 29º período de sesiones, 28 de mayo a 14 de junio de 1996, suplemento N° 17 A/51/17, no recoge una definición de comercio electrónico; no obstante, en la guía elaborada por este órgano para su incorporación al Derecho interno de esta Ley reconoce que Comercio electrónico (2006): *“comprende todas aquellas transacciones comerciales que se realizan por medio del intercambio electrónico de datos*

y por otros medios de comunicación, en los que se usan medios de comunicación y almacenamiento de información sustitutivos de los que usan papel.”

En este punto se pretende evidenciar que a consecuencia del auge de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, la regla actual en materia contractual es en primera medida la atipicidad, y en segunda, la virtualidad. En este sentido, Magliona (1999) considera que: *“existen dos tipos de contratos electrónicos: aquellos que se refieren a bienes (equipamientos, periféricos) y aquellos que se refieren a servicios (asistencia, programas.)”*.

Claramente ya no nos encontramos en aquel ambiente escritural y canónico de tradición Romana, donde cada palabra o declaración necesariamente debía estar escrita y firmada como prueba de la obligación que se contraía. Ahora, somos únicamente un puñado de códigos que se enlazan con otros a través de la red, en un entorno tan basto y extenso como el universo mismo.

La era del Big Data.

Anteriormente se mencionó el tema de la información como uno de los principales puntos de interés dentro de los contratos electrónicos. Al respecto se dijo que la utilización de la información que las diversas aplicaciones o plataformas realizan de nuestros datos tiende a ser en un amplio sentido, arbitraria, pues en últimas, quienes la acuñan, la venden a millones y millones de compañías que a su vez la utilizan en millares de formas posibles. Actualmente nos encontramos en la era del "Big Data" una época donde cada movimiento electrónico que el sujeto realice a través de cualquier aparato tecnológico, queda registrado

de forma inmediata en servidores que los almacenan, clasifican y posteriormente distribuyen al mejor postor. Cada actuación por irrelevante que parezca como buscar una corbata para lucir en una reunión, inmediatamente es registrada en bancos de datos electrónicos que a su vez es vendida o aprovechada por productores o distribuidores de ese producto en particular; acto seguido, se tendrá cada entorno de cada red social que se posea, plagada de ofertas e información de la más variada calidad y cantidad sobre corbatas.

Lo anterior por coloquial que parezca, es una evidencia diciente de lo valioso que, en este siglo, es la información. No se desecha nada, no se descarta nada, cualquier escaramuza que logre brindar la más mínima información sobre un potencial consumidor es tan valiosa como la compra misma.

Uno de los conceptos modernos de más aplicación dentro de la interacción electrónica y del almacenamiento de datos que la misma implica, es la “Nube” como lugar electrónico donde se almacena todo tipo de información y datos de toda persona conectada a la red. En este sentido es menester referirse al Cloud Computing en donde la computación en la nube o cómputo en la nube es definida en el Reglamento de la ley federal de protección de datos personales en posesión de particulares (2011) como el: *“modelo de provisión externa de servicios de cómputo bajo demanda, que implica el suministro de infraestructura, plataforma o software, que se distribuyen de modo flexible, mediante procedimientos de virtualización, en recursos compartidos dinámicamente”*. Por otro lado, la OCDE (2018) desarrolla la siguiente definición de Big Data : *“es el activo de información caracterizado por ser tan intensa en volumen, velocidad y variedad que requiere de tecnología específica y metodologías analíticas para su transformación en valor”*. De lo anterior se puede extraer la alusión al volumen de información y la variedad de la misma, cuya transformación

implica el concepto de plusvalía, de valor económico, que como ya se dijo, es aprovechada por productores, distribuidores o prestadores de servicios para publicitarse de forma masiva y prácticamente cancerígena.

Así las cosas, nos encontramos en una especie de panóptico como bien lo mencionaba el autor Foucault, que se extrae de los muros de las cárceles y de los penales para instalarse en los dispositivos móviles de cada sujeto, en las calles de cada ciudad y en cada enlace web existente en el vasto mundo del internet, donde todos somos objeto de vigilancia, de seguimiento, control y calificación constante.

Consumismo.

Siguiendo con esta especie de narrativa, de las nuevas circunstancias contemporáneas en torno al derecho privado, es hora de referirse al motor económico más importante, volátil, destructivo, depredador y peligroso que ha existido durante toda la historia de la humanidad hasta el momento; se está haciendo alusión al consumismo como práctica económica y de mercado en la cual cada sujeto existente es visto como potencial comprador de cualquier producto o servicio innecesario y que en muchos de los casos no tiende a la satisfacción de ninguna necesidad real.

Lo anterior no solamente supone la existencia de “necesidades” creadas, plásticas y aparentes, sino que también se atenta de forma importante contra la libertad del individuo. Se trata de crear entornos en los cuales se disminuya el tiempo libre que el sujeto posee para hacerlo más productivo, según Foucault (1975) se trata de: *“un mecanismo por el que todo el tiempo de la existencia humana es puesto a disposición de un mercado de trabajo”*.

Coexistimos en un sistema donde el consumo y la publicidad que lo garantiza, se encargan de ejercer un control general del tiempo de vida de todo ser humano.

Ahora bien, si existe la práctica, debe existir un sujeto que la desarrolle, en este caso, tan nocivo como la disciplina misma, pues es quien le da vida, vigencia y legitimidad. El consumidor como sujeto, podría definirse como “usar las cosas, comerlas, vestirse con ellas, utilizarlas para jugar y, en general, satisfacer -a través de ellas- nuestras necesidades y deseos) puesto que el dinero (en la mayoría de los casos y en casi todo el mundo) "media" entre el deseo y su satisfacción, ser consumidor también significa -y este es su significado habitual- apropiarse de las cosas destinadas al consumo: comprarlas, pagar por ellas y de este modo convertirlas en algo de nuestra exclusiva propiedad, impidiendo que los otros las usen sin nuestro consentimiento. Consumir significa, también, destruir. A medida que las consumimos, las cosas dejan de existir, literal o espiritualmente. A veces, se les agota hasta su aniquilación total (como cuando comemos algo o gastamos la ropa); otras, se las despoja de su encanto hasta que dejan de despertar nuestros deseos y pierden la capacidad de satisfacer nuestros apetitos: un juguete con el que hemos jugado muchas veces, o un disco al que hemos escuchado demasiado. Como afirma Bauman (1998) esas cosas ya dejan de ser aptas para el consumo.

De todo lo anterior se puede extraer básicamente que el consumismo como práctica depredadora, implica multiplicidad de factores que lo nutren y han garantizado su subsistencia salvaje a través de los años. Respecto del estudio del derecho podría decirse que el consumismo funciona como factor de anulabilidad de la libertad y de la voluntad exenta de vicios como factores importantes a la hora de celebrar cualquier negocio o acto jurídico, pues es tal el volumen de información captada y la publicidad entregada, que el

sujeto en sentido real y material no es completamente autónomo o libre al momento de decidir comprar o no.

Consentimiento y sus nuevos vicios.

Como se ha dicho desde la parte introductoria de este escrito, el derecho privado y en particular el derecho contractual, ha venido sufriendo cambios importantes respecto de la formación del negocio jurídico, y por supuesto, de sus requisitos de existencia y validez. Ya no nos encontramos frente a las figuras pétreas e inamovibles que Don Andrés Bello propuso cuando decantó del derecho civil francés de tradición Romano-Germánica, nuestro actual código civil. La existencia de multiplicidad de factores dentro del mundo de los negocios ha generado que surjan nuevas figuras contractuales que más allá de ser atípicas, suponen millones de problemáticas a la hora de valorarlas desde los requisitos de que trata el artículo 1502 del C.C.

En este sentido, mal actuaría el derecho actual en seguir por tan tratinados caminos sin posar su vista hacia la realidad actual en materia de contratos y, específicamente, en los verdadera y materialmente atípicos, en los cuales se han tratado los nuevos vicios del consentimiento: engaño, imitación y confusión; tales circunstancias se ubican dentro de las prácticas del e-commerce –anteriormente referenciada- como conductas, si se quiere, que afectan de forma importante y determinante la formación del consentimiento de un sujeto a la hora de adquirir un bien o servicio a través o no de la red esto, porque en muchos casos se utiliza la difusión de la web para colmar de ofertas a los sujetos. Sin embargo, el canal que estos eligen para contratar no es la misma web, sino que recurren a la relación directa de contacto personal. En todo caso afirma Perilla (2015): son las estrategias utilizadas por

e-commerce las que logran afectar en tal medida el consentimiento por imitación, confusión o engaño, que inducen directamente al consumidor a contratar. En este entendido, lo contemplado como vicios del consentimiento: error, fuerza y dolo. Se muestra como una realidad básicamente histórica con poca aplicabilidad práctica en los contratos actuales con verdadero ánimo de atipicidad. Los ejemplos que tradicionales profesores de derecho privado esbozaban en sus clases magistrales ceñidos al polvoriento texto del códex, hoy no son más que casuística burda y sin ningún mérito de creatividad en la enseñanza de la teoría de las obligaciones y los contratos; hoy más que nunca, tales presupuestos de afectación al consentimiento, son piezas de museo que muestran con nostalgia, lo que era el derecho civil de antaño.

Cabe entonces realizar la siguiente pregunta, ¿podemos hablar actualmente de Consentimiento voluntario en los contratos o interacciones a través de la red? Tal pregunta en su redacción puede parecer a simple vista redundante o tautológica. sin embargo, en relación al presente trabajo, resulta ser bastante apropiada. A lo largo de este escrito, se ha planteado la posibilidad de que un consentimiento libre y exento de vicios, junto con el concepto de intimidad y voluntariedad en este siglo de TICS y redes sociales, es una idea bastante optimista y si se quiere, utópica. Mucho es lo que se puede objetar respecto de tal afirmación, incluso podría restarle mérito o importancia al catalogarla de obvia o innecesaria. Por el contrario, se trata de una verdad incómoda o poco conveniente a los ojos de quienes, a lo largo del crecimiento de la tecnología, se han enriquecido a costa de la información de todos los demás.

El derecho, y en particular el derecho civil podría hacer caso omiso a los avances que en materia de conectividad y data points, se están presentando cada vez con más fuerza en el

mundo actual. Lo nocivo de tal situación es que se permitiría a su vez, el crecimiento de una zona gris en la cual todo es posible; un lugar donde nada es bueno o malo, donde cada circunstancia nace con un velo de bondad el cual no interesa levantar. El manejo de la información y los datos que entregamos a través de toda red social o sitio web, es simplemente espeluznante.

Capítulo 2

Análisis Audiovisual

The Great Hack.

Un reciente documental investigativo publicado por la gigantesca NETFLIX llamado THE GREAT HACK producido por Judy Korina y Pedro Kos, muestra cómo a través de los datos de miles de usuarios de Facebook, una empresa llamada Cambridge Analytica, logró manipular a su antojo las elecciones presidenciales de ese país en 2016 en el llamado “proyecto Alamo”.

Se trató específicamente de una estrategia de campaña en la cual Donald Trump y sus colaboradores se encargaron de contratar a una innovadora compañía británica experta en manejo de publicidad e información a través de redes sociales, para lograr ganar las elecciones democráticas como en efecto sucedió. Lo increíble de todo lo anterior reside en el hecho de que, a través de la mencionada manipulación de información proveniente de Facebook, se logró determinar cuáles eran los miembros de la población estadounidense considerados “influenciables” y a partir de ellos generar tal volumen de noticias, que fuera posible lograr modificar la intención de voto hacia el candidato contratante. Básicamente afirma Korina y Kos (2019) se saturó de contenido al influenciable mediante blogs, videos, encuestas y fake news en una especie de conductismo que garantizó el comportamiento esperado, divulgando y compartiendo en tiempo real el mensaje encargado.

De la misma forma y a través de la misma compañía, se lograron manipular las elecciones democráticas en gran bretaña por el Leave en el BREXIT, en Argentina,

Colombia y otro tanto de países del tercer mundo, todo, utilizando lo que hasta hace poco se consideraba inofensivo o inocuo, “una simple red social”

Lo relevante de todo esto, aplicable al tema de esta investigación, es la fuerza de la actualidad tecnológica en las vidas de cada uno de los individuos que interactúan y se relacionan en sociedad en busca de la satisfacción de sus necesidades. Entonces ¿Que puede pensarse de la idoneidad de la declaración de voluntad dirigida a la creación, extinción o modificación de consecuencias jurídicas, cuando ni siquiera es garantía de elecciones democráticas transparentes y legítimas? Básicamente, nada. Es tal la constante vigilancia y la aparente entrega voluntaria de información, que no es posible en nuestros días hablar de una verdadera formación del consentimiento, de un nacimiento de voluntad puro, libre y exento de vicios. Pues son tales vicios los que actualmente propician el intercambio en masa de bienes y servicios.

Korina y Kos (2019) afirman:

Facebook se convirtió en la plataforma digital más grande del mundo. Implica la mejor forma que existe actualmente para realizar cualquier tipo de encuesta con un nicho poblacional gigante, que a su vez implica la obtención de resultados (data points) significativos que dan respuesta a lo que sea que se trate de indagar. Incluso, cualquier publicidad o campaña tiene éxito de inmediato.

Basta hacer una búsqueda simple en la red sobre cualquier cosa sobre la que se tenga un mínimo o nulo interés, para que de inmediato cada algoritmo de la red, te conmine casi que ciegamente a adquirirlo.

Portada de The Great Hack (2019):



Un análisis del cartel oficial de “the great hack” lanzado por netflix (2019) en términos de interpretación de símbolos, uso de imágenes específicas y colores y texturas determinadas, podría conducirnos por un camino que seguramente, nos acercará a desentrañar la verdadera hipótesis del mencionado documental.

Así las cosas, lo primero que salta a la vista, es la imagen de un sujeto que, al mejor estilo del surrealismo de René Magritte, se encuentra de espaldas viendo hacia el horizonte, pretendiendo entender lo que a su vista se muestra como un paisaje tan extenso y vasto, como la nada misma. Podría pensarse incluso, que la identidad de aquel hombre es

irrelevante, sin embargo, es todo lo contrario; lo que surge irrelevante es su rostro pues poco importa ya que sus datos y su información, es decir, todo aquello que lo define como ser, ya es extensamente conocido por todo el mundo.

Magritte, R. (1952) pintura el canto de las sirenas:



Tal desnudez de identidad se evidencia en los rostros que se encuentran en frente del sujeto. Los cuales, al observarlos con detenimiento, muestran como cada partícula de identidad y privacidad se va evaporando en un espectáculo de píxeles dirigidos al eterno espacio de la red. Todo ello muestra el real funcionamiento del mundo tecnológico e interconectado; el hombre de espaldas es cada una de las personas, pretendiendo que gozan de privacidad y cierto anonimato. Para ello usan el sombrero, el gabán largo y la bufanda hasta la nariz o, mejor dicho, placebos patéticos que los hagan creer que hacen lo posible por no ser detectados y pasar desapercibidos en sus millones de interacciones diarias a través de la web. Sin embargo, aquellos miserables intentos poco conscientes de proteger sus datos y su identidad, claramente resultan infructuosos y todo cuanto hacen en línea

termina brindando a quien espera, una fotografía en rayos x de su vida pasada, presente y futura.

Por otro lado, el uso de emojis dentro del poster hace pensar que definitivamente todo cuanto se usa en línea, deja un rastro en demasía evidente. Incluso los emoticones que se usan en conversaciones en chats “privados” funcionan como indicadores de personalidad que posteriormente nutrirán bases de datos de estudio de mercado y de preferencias a la hora de elegir determinado producto o servicio. A lo anterior, el póster del documental agrega la frase: “they took your data. Then they took the control.” Lo que podría traducirse como, “se llevaron tus datos. Luego tomaron el control” tal selección de palabras implica por supuesto no solo la narración del escándalo electoral Americano y Británico, sino también el aviso tardío de la estrategia abusiva que millones de compañías y web sites, han venido desarrollando desde el mismo momento del alumbramiento de la internet.

Por último, la selección de colores no puede ser más diciente, se transporta a quien observa, a un entorno sombrío. Un lugar oscuro donde las tinieblas abrigan y protegen a quien sustrae nuestros datos al punto de dejar nuestro cadáver exprimido y seco. Un sitio donde hasta nuestra osamenta virtual funciona como alimento de carroñeros rezagados que usan hasta lo último, aquello que les brinde el más mínimo ápice de información para poder cumplir su cometido. Se trata de un entorno donde lo único que se ilumina es la imagen de nuestros rostros evaporándose en una especie de pantalla que atomiza todos y cada uno de nuestros datos, desde los más irrelevantes, hasta los más significativos en un frenesí de violación a la intimidad tan sanguinario que es imposible de imaginar.

Read Me.

El verdadero logro de todas aquellas compañías fabricantes de apps y de sus contratantes como productores de bienes y servicios, consiste en generar en el usuario o comprador, la falsa percepción de seguridad. Aquella ilusión de que se está a salvo, entregándose únicamente lo que la persona aceptó en el click de inicio. Sin embargo, es claro que en muchas ocasiones la herramienta tecnológica de que se trate, implica a su vez la aceptación de un pergamino digital interminable de términos y condiciones que no necesariamente son aquello, sino que se trata de señuelos o escaparates cosméticos tan meticulosamente elaborados que ocultan la verdadera intención de su creador, o que únicamente funcionan como componente empalagoso y molesto que conmina al usuario a abandonar su infinita lectura y aceptar.

Luego de dar click en acepto no solo está presente quien ofrece la app o la página web; tras de él se encuentran algoritmos ocultos por diseño. Afirma Al Jazeera (2019): El sitio electrónico al que se ingresa posee información minera que crea el acceso a anunciantes de terceros, comercializadores y agencias de análisis que utilizan cookies, balizas, etiquetas de píxeles que recogen información increíblemente detallada del usuario, supuestamente otorgada libre, voluntaria y conscientemente que a su vez es utilizada y ofrecida de las más variadas e inimaginables maneras. Es tal la inexistencia de verdadera voluntad y autonomía dentro de las decisiones que actualmente se pueden tomar dentro de las relaciones de intercambio a través de medios tecnológicos, que incluso se muestra cómo se han utilizado medios de conductismo como el “condicionamiento operante” desarrollado por el psicólogo Estadounidense Burrhus Federic Skinner, para lograr que el individuo desarrolle modelos de conducta de tipo adictivo o dependiente que lo obliguen a través de determinado

estímulo, a buscar una recompensa. En términos más coloquiales, se busca que el individuo no logre despegar su atención y vista de la pantalla de su pequeña y portátil caja de Skinner (smartphone) brindando la mayor cantidad de likes posibles que a su vez se convierten en dinero para quien logra captarlo haciendo que picotee o gire cuando se le indique recibiendo como estímulo positivo, una nueva foto, video o publicidad. “se trata de generar adicción logrando primero la curiosidad o expectativa hacia lo desconocido. Aquel post que vendrá antecediendo a infinitos más, en aquel pergamino digital interminable.

Al Jazeera English (2019) portada del video:



Por su parte, “all hail the algorithm” en la imagen inicial del capítulo “read me” utiliza elementos simples. No se trata de una composición artística con variadas formas y colores, no existen metáforas o verdades ocultas tras acertijos simples que puedan desenmarañarse haciendo uso de la interpretación y observación juiciosa. Por el contrario, nos encontramos ante un póster directo, con un mensaje imperativo que busca prevenir a quien se tope con él, de los peligros y riesgos que se corren al ignorarlo, tomarlo a la ligera o simplemente pasarlo por alto.

La traducción de tal mensaje es: “léeme” y se muestra entre comillas, con un fondo cuya tonalidad y tamaño lo hacen llamativo a la vista; en seguida puede observarse la imagen de unos términos y condiciones que no son más que la expresión contemporánea y virtual del consentimiento informado, seguidos de la opción “acepto”. Todo ello, muestra el poster, sucede en la pequeña pantalla de un celular. En aquella diminuta y portátil caja de Skinner que nos aconducta y moldea al gusto de quienes controlan los contenidos para sus fines comerciales.

En un segundo plano si se quiere, aparece la figura de una mujer, tras de ella un conocido paisaje estadounidense que a prima facie podría pensarse se desliga totalmente del contexto y no guarda relación alguna con el resto de la imagen. Sin embargo, no podría ser más natural aquel entorno donde todos nosotros aparecemos distraídos y descuidados ante la pregunta ¿aceptar términos y condiciones? y como aquella mujer, nos es tan insignificante la preocupación de conocer los extremos de aquel contrato de uso de datos y entrega de información, que contratamos al instante sin leer una sola coma; por supuesto quienes diseñan tales extremos contractuales los hacen tan extensos e intrincados que conmina a quien siquiera pretende ojear, a dejarlos de inmediato. Se trata de desanimar al usuario de enterarse de aquello que está adquiriendo todo bajo la presión de usar de inmediato aquello que compró o descargó; o simplemente, de vetar su uso si no se adhiere a los términos y condiciones impuestos arbitrariamente por quien aparece como productor o vendedor de determinada app o web site.

Terms and Conditions.

En Terms and conditions, un documental investigativo realizado por Cullen Hoback en 2013, se muestra como realmente nos enfrentamos a millones y millones de estrategias tan diversas y extensas como la red misma, cuyo único y primordial objetivo es lograr captar la mayor cantidad de información posible. Es tan sofisticada la estrategia de tales compañías y generadores de apps y web sites, que logran hacer creer al usuario que realmente está descargando contenido gratuito, y como se ha mencionado a lo largo de este escrito, no existe tal gratuidad. Se entrega todo tipo de información a través de un velo de legalidad y voluntariedad tan artísticamente diseñado que, a la existencia de cualquier problema legal, en sentido estricto y técnico, el usuario siempre estuvo informado de todas y cada una de las consecuencias, términos y condiciones del uso de la aplicación o web site que “decidió” usar.

Lejos está de ser aquella, una realidad legal. Según el documental de Cullen Hoback (2013) afirma: Los términos y condiciones de uso de toda herramienta tecnológica, funcionan de la misma forma que el caballo de Troya; se genera un ambiente de tranquilidad, se crea la ilusión de seguridad y como toque final, la palabra gratis termina por convencer a los guardias, (cada uno de nosotros) de retirar los seguros y abrir la puerta permitiendo el acceso a un puñado de los mejores y más sanguinarios soldados que terminan por saquear cualquier ápice de información. Nada se desecha, ningún dato es inútil y todo se vende y ofrece a quien puede pagar. En conclusión, entregamos nuestras vidas y sus más privados detalles a todo el mundo y para los fines más diversos.

Hoback (2013) portada del documental términos y condiciones:



Sobre esta imagen el análisis en materia de símbolos y utilización del tipo de letra resulta bastante explícito. claramente se evidencia el uso del mismo tipo de letra de las plataformas de uso de datos más grandes del mundo, se trata de facebook, twitter, youtube,

google y amazon. la escogencia del cartel promocional del documental no podría ser más explícito en cuanto a la crítica que realiza a las políticas de términos y condiciones de uso que cada una de tales plataformas desarrolla. Por ello, en la parte inferior aparece la frase “de acuerdo”; expresión tan controvertida en el mismo documental por ser claramente incongruente con la forma en la que se encuentran dispuestos tales formatos de aceptación de uso.

Like me.

Una segunda entrega de All hail the algorithm denominada “like me” desarrolla básicamente el mismo tema que a lo largo de este trabajo se ha venido tratando, esto es, el uso de los datos y la información que cada uno de nosotros suministramos al vasto universo virtual en nuestras interacciones a través de la web. En esta entrega se usa en particular el término, “colonialismo de datos” se trata de un fenómeno en el cual se extrae y se apropian determinados recursos para la construcción de un imperio, en este caso, de un imperio de datos e información. La tierra deja de ser el elemento a poseer y acaparar, para darle paso a nuestra propia vida; con ella construyen datos y datos de inmenso valor para uso corporativo. El colonialismo de datos actual, implica el mismo uso de violencia que estuvo involucrado en los inicios del colonialismo histórico. Al Jazeera English (31 de Julio de 2019). All Hail The Algorithm - Read Me. Recuperado de <https://interactive.aljazeera.com/aje/2019/hail-algorithms/index.html>.

En este sentido, resulta sorprendente como compañías gigantescas del talante de Facebook o Huawei en su condición de representantes de potencias mundiales en el ámbito comercial, han posado sus ojos sobre otro gigante, este, en términos de población. África

con sus cerca de 1.291 millones de habitantes, ofrece, en definitiva, una gran cantidad de datos e información que tales compañías jamás desaprovecharían. Así En “like me” se evidencian las estrategias que estos gigantes de la tecnología contemporánea usan para captar información del público, ocultos convenientemente tras un velo de filantropía y buenas intenciones, por supuesto, toda esa masa de información aparentemente incongruente y sin ningún enlace lógico, jamás dejaría de ser tal si no existieran a su vez innumerables algoritmos creados para su clasificación y posterior difusión.

Lo preocupante de situaciones como las de África donde se usan un sinnúmero de estrategias para recopilar datos de los particulares, es básicamente que quienes usan, distribuyen y comercializan tal información convertida en datos comerciales, ni siquiera son empresas locales o con algún tipo de sede o filial dentro del territorio del cual la extraen. Es así como cualquier conflicto de orden legal o jurídico que pueda presentarse en tal proceso de entrega y uso de información, supone de inmediato la aparición de un área gris en la cual los sujetos afectados en su estado de vulnerabilidad y debilidad manifiesta, al encontrarse en un enfrentamiento con una gran corporación, carecen totalmente de normas o aparatos jurídicos que puedan protegerlos de cualquier abuso y violación. Y esa exactamente, es la situación a aprovechar por quienes se lucran con los datos de otros.

Al Jazeera English (2019) portada del video Like Me:



En este punto siguiendo la línea del análisis cultural del derecho, en particular del derecho privado en punto de la declaración de voluntad como requisito principal para obligarse, es clave denotar la importancia que tiene la investigación de Al Jazeera English dentro del continente africano. La imagen promocional de la entrega audiovisual del mencionado canal, deja ver a una adolescente africana con un celular en sus manos y una expresión incauta e inocente en su rostro. Se trata del panorama cada vez más común en nuestros tiempos donde cada joven trae bajo su piel, las coordenadas de la tecnología o si se quiere, en términos de Darwin, la prueba práctica de la evolución natural donde rasgos que se hacen necesarios para la supervivencia de determinada especie, van insertándose en el ADN del individuo convirtiéndose en elementos naturales del mismo que se repetirán y mejorarán espécimen tras espécimen, hasta que sean reemplazados por otros o se extinga la especie.

Lo que se pretende explicar es como la tecnología sin ser en sí misma nociva, si permite y en gran escala, que su uso se haga con fines perversos o malintencionados. Aquella joven sostiene en su mano un celular de bajo costo fruto de políticas comerciales de una multinacional China que a su vez se sirve de las herramientas de FaceBook y Google para conectarse a la red y así captar información; es en este punto donde la imagen resulta aún más clara pues a través de un efecto visual ya conocido en este escrito, simboliza que la misma carne y esencia de la ingenua mujer, está siendo entregada como sacrificio virtual a la diosa web en forma de pago por el don entregado en un ritual tan oscuro pero tan novedoso y sutil que se vende tras cortinas de progreso y conectividad. Entregamos nuestra propia vida, carne y hueso, como contraprestación a la posibilidad de actualizar en tiempo real nuestro estado de Facebook.

Trust me.

Algoritmos y complejas ecuaciones de sistemas son creadas a diario con los más variados usos y fines. En general se puede decir que se inventan para convertir la vida cotidiana en algo un poco más fácil y llevadero o que apoyan en nuestros empleos diarios para disminuir las horas hombre de trabajo en determinadas funciones aparentemente sencillas pero repetitivas y masivas. Se trata de la frase cada vez más acuñada en este siglo de “hacer la vida más fácil” sobre tal presupuesto, apología de la pereza y la desidia, se crean a cada segundo aplicaciones, máquinas e innumerables formas tecnológicas dirigidas a evitar que el sujeto contemporáneo se esfuerce o piense de más y a ello se refirió una tercera entrega de Al Jazeera English titulada “trust me”.

algoritmos y si se puede confiar en ellos, ese es el tema central de la investigación realizada por la mencionada cadena televisiva Catarí, donde básicamente exponen un pequeño trozo del verdadero rostro de tales operaciones sistemáticas, cuyo fin es captar datos, información o generar predicciones a determinadas situaciones o problemas, es decir, tomar decisiones a través de un cálculo determinado.

estos complejos trozos de código, se usan en nuestra época actual, en todo lo que se encuentre conectado a un sistema operativo o software; incluso para saber con precisión, en qué parte del mundo se encuentra determinada persona y así predecir que hace o cuáles son sus gustos. Así funcionan, por ejemplo, los algoritmos de GPS que registran cada metro recorrido e incluso suministran información a tiendas y compañías sobre los lugares que cada persona visita, el tiempo que dura y los niveles de satisfacción en cada uno de tales recorridos.

tales códigos se diseñan para ser complejos, es su naturaleza ser de esa forma pues aparecen ocultos tras paredes infranqueables de secretos sin ninguna forma definida o

cognoscible para el común de la población, aquella que se ve realmente afectada en sus vidas al ser sondeados mientras son mantenidos al margen de todo procedimiento. Entonces ¿cómo desafiar un sistema sin nombre o rostro, sin nadie que firme al final del texto? tal es el cuestionamiento que permite desarrollar el tema de la “desigualdad automatizada”. Se trata de complejos sistemas virtuales que se encargan de segregar y clasificar a la población para determinar con base en operaciones llevadas por algoritmos, quien recibe recursos y quien no; de tal forma, se garantiza la rentabilidad del sistema en manos de unos pocos y se acuña una moderna forma de discriminación que a través de predicciones de riesgo y de comportamiento futuro de las personas, determina quien sirve económicamente y quién no.

El uso de tales mecanismos ha sido tan masivo que incluso en EE. UU se están utilizando como ayuda dentro de procesos judiciales de índole penal, para determinar a través de un puntaje de evaluación, si el acusado es dejado en libertad o no hasta la ocurrencia de su juicio. Lo curioso de tan impactante herramienta es que se encuentra lejos de procesar pruebas, argumentos o remordimiento humano, sin embargo, realiza predicciones matemáticas que llevan a determinar la probabilidad de que determinado sujeto cometa un crimen en el futuro y sobre tal resultado de riesgo, se decide sobre derechos fundamentales de la persona humana, en este caso, se decide sobre su libertad.

Se concluye según All Hail The Algorithm (2019) que las verdaderas preguntas que deben realizarse en torno a la utilización de los algoritmos son: qué tipo de información persiguen, de qué calidad son las bases de datos que alimentan y cuáles son los objetivos que buscan pues se encuentran en un entorno de diseño y control de prejuicios e imperfecciones humanas, que podrían sin supervisión adecuada como de hecho ocurre, reforzar tales prejuicios y desigualdades sociales.

Al Jazeera English (2019) portada del video Trust Me:



Puede pensarse a través de un análisis somero de la imagen del documental de Al Jazeera "Trust Me" que se trata de imágenes sin significado alguno. Sin embargo, no hay nada más diciente que aquella diosa Themis con su ya conocida venda, pues muestra cómo a pesar de la supuesta imparcialidad que rige la administración de justicia, aquella, de vez en cuando se permite espiar entre hebras mal tejidas formándose así determinado juicio de valor sobre determinada situación o persona. En este caso los algoritmos son quienes hurgan entre la venda presuntamente apretada de la diosa justicia y permiten que un rayo de luz automatizado y predictivo traspase la venda hasta tocar la córnea aparentemente imparcial del juzgador y lo determine a tomar una u otra decisión. Se está en la era dónde códigos elaborados y fórmulas matemáticas instaladas en modernos software, sustituyen la capacidad de aplicar justicia a un caso en concreto y, del mismo modo que la mujer del póster, los sujetos se quedan observando, tratando de retratar el momento como prueba de tan interesante entorno. Aparecen las vendas de la justicia, como un simple adorno teatral y melancólico de tiempos pasados, como mera resistencia a la idea que nos dice que ya jamás volverá la humanidad a la administración de justicia y que es inevitable impedir que las

predicciones aritméticas y estadísticas, sustituyan a la carne y a la emoción, como criterios de valoración en un veredicto judicial.

Capítulo 3

Análisis cultural del derecho en el tema investigado

Interminables son los discursos que podrían esgrimirse en torno a la explicación del por qué se decide abordar el problema de la declaración de voluntad en el mundo del derecho privado tecnológico. Sin embargo, bastará con explicarse que se trata de un tema de profunda importancia práctica y jurídica. En otras palabras, se está situado frente a un problema jurídico que vio la luz del día cuando la web y el uso de internet aparecieron en el mundo.

El derecho privado con su componente de autonomía y libertad ha propiciado la expansión de las realidades contractuales a entornos inimaginables. Las viejas formas de contratación a través del papel y las formalidades, dieron paso a la atipicidad e informalidad en la creación de negocios jurídicos aparentemente válidos y eficaces, sin embargo, ha de verse detenidamente la utilización de la red y las estrategias de quienes ofertan para determinarse si se encuentra frente a una verdadera, autónoma y libre declaración de la voluntad, o si por el contrario, se enfrenta a nuevos vicios del consentimiento que en definitiva y de forma determinante, nublan la perspectiva del sujeto contratante, conminándolo a aceptar cuanto se le presente, incluso sin existir algún tipo de necesidad o de querer al adquirir o usar determinado bien o servicio.

Por supuesto tales problemas jurídicos se presentan por la misma realidad socio-cultural en que se vive actualmente. Los usos y costumbres actuales claramente difieren en su totalidad con épocas anteriores; las últimas décadas han traído consigo, la evolución más dramática y arrolladora en materia de tecnología de la información y la comunicación. Jamás el mundo estuvo tan interconectado y tan separado a la vez y los sujetos que nacen

en esta era, del mismo modo, traen consigo la huella inconfundible de la posmodernidad. Se trata de sujetos cuyos intereses han traspasado los límites de la privacidad y, por el contrario, buscan ser reconocidos, identificados, viralizados. Su objetivo es mostrarse al mundo de las más variadas maneras, pero ¿qué sucede cuando se cuestiona si todas las acciones son realmente libres, o si en verdad se es dirigido y conminado a aceptar o contratar, a través de las más sutiles pero eficientes formas, logrando que se actúe como otros desean? precisamente tal pregunta, es la que se ha respondido en la presente investigación, por supuesto, en un entorno jurídico en materia contractual privada.

No se trata entonces, de pretender reformar al derecho, pues se estaría confundiendo al sujeto que investiga, con el objeto investigado. Por el contrario, se pretende descubrir la realidad del mundo jurídico en cuanto a las nuevas formas de contratación tecnológica actual, su incidencia en la persona contemporánea y el impacto en el estado social de derecho.

Implicaciones de la tecnología contractual en los derechos fundamentales.

A lo largo del presente escrito hemos demostrado cómo a través de algoritmos, terms and conditions y variadas formas de mercadeo electrónico, se ha afectado significativamente la capacidad del sujeto para decidir libremente o se le ha vulnerado descaradamente el derecho a su intimidad y reserva en cuanto a su vida privada. La realidad actual muestra claramente, la existencia de un entorno de acceso público y sin restricciones, a todo tipo de información; un espacio donde nada es secreto, privado u oculto, aquel

ambiente de datos ilimitados sin filtro alguno, tan poderoso que incluso propicia que las fronteras terrestres y sus legislaciones, luzcan endebles y raquíticas.

Tómese como ejemplo, los derechos fundamentales a la vida, libertad, intimidad, dignidad humana, y salud. ¿Puede garantizarse de forma real el respeto a los derechos fundamentales a través de herramientas tecnológicas como los algoritmos y demás códigos electrónicos? básicamente se enfrenta Colombia como Estado Social de Derecho, a una realidad para la cual no está preparado; nuestro sistema de educación y nuestro crecimiento económico como país, además de los altos índices de pobreza, desempleo y desigualdad social, nos implica años luz de retraso tecnológico o de comprensión real de las consecuencias económicas y jurídicas que supone la utilización de millones de algoritmos como herramienta de predicción y estudio de comportamiento con fines comerciales.

Los algoritmos se han instalado en la era digital como un carcinoma vendido como benigno a las grandes plazas de consumidores cuyos impulsos de mantenerse a la vanguardia de los últimos avances tecnológicos, los obliga a aceptar cualquier requisito o condición para su uso. Así surge el término “Deep Learning” como otra de las tantas expresiones creadas con la volatilidad del avance tecnológico; supone básicamente que gracias a los algoritmos que existen en todas partes, los ordenadores, los celulares, es decir cada aparato o máquina electrónica con acceso a la red, pueden conectarse entre sí y aprender el uno del otro a través de la información por ellos analizada; incluso les permite crear su propio lenguaje enviando flujos de información en tiempo real, que les otorga la facultad de predecir el comportamiento de cada persona con acceso a cualquier dispositivo electrónico. Si ello no es violatorio de nuestros derechos fundamentales a la privacidad, vida digna y autonomía, no sé qué pueda serlo entonces.

Como se expuso anteriormente, las fronteras de los Estados Nación no existen ante la presencia de los algoritmos y la red; el Estado Social de Derecho a pesar de su raigambre constitucionalista y proteccionista de las personas y de sus derechos fundamentales, palidece ante tales herramientas cuyo interés único y primordial, es garantizar el consumismo salvaje. Como afirma el diario el Espectador (2019), Los algoritmos en sus infinitas variedades ya controlan el mundo y todo cuanto en él sucede, lo que ocurre, es que nos encontramos vendados cómo Themis, ante tan escandalosa realidad y nuestra balanza se muestra inclinada de sobre manera, apuntando hacia la espada desenvainada, que hace muchas luchas atrás dejamos caer.

La posmodernidad y su avance vertiginoso y apabullante nos ha vendido la idea de que se escogió la tecnología y sus dispositivos electrónicos; que son los sujetos quienes dan su consentimiento y aprobación voluntarios para permitir el ingreso a sus vidas, a los millones de algoritmos y predicciones de mercado que vienen aliados en una relación simbiótica con cada aparato electrónico vendido. Sin embargo, no hay nada más lejos de la realidad que la idea de libertad y autonomía en la época actual. Ello sin mencionar el derecho a la privacidad en un mundo donde nada es privado o reservado.

Como afirma Gómez, L. Amador, J y Valencia, D. (2019) se encuentran inmersos en un entorno permanente de ansiedad. Un lugar deslumbrante y onírico donde todo es posible, actual, perfecto y elegante, donde todo está preparado para lograr que el individuo se entregue totalmente en un estado de inmersión digital casi inerte donde las actualizaciones de software aparecen como el caballo de Troya a las puertas de la privacidad; una trampa elaborada a la democracia y toda una traición a la confianza. Son los Derechos Humanos, construcciones casi tan débiles, como las fronteras de las naciones al momento de frenar el

volátil impulso del avance tecnológico, ni las leyes, ni los tratados internacionales, han logrado si quiera proteger la interacción humana que ha quedado reducida a simples datos atomizados.

Es así como el impacto de temas como la contratación on line y la precedente declaración de voluntad como requisito de validez, en los derechos humanos y fundamentales de la persona humana, tiene una relevancia considerable, pues se nos ha llevado al punto de aceptar cualquier circunstancia por descabellada que parezca, tan solo por el hecho de venir precedida de una etiqueta electrónica, o disfrazada de aplicación o actualización de dispositivo. Por si el lector aún no se ha percatado de lo que se ha tratado de explicar en la presente investigación, se le reitera que se está frente en un punto de inflexión donde nada es privado, una época donde no existe la privacidad en absolutamente ningún aspecto, a menos que la persona se aleje en su totalidad de las redes sociales y el uso de la internet; podríamos hablar de un ermitaño o de un superhombre como diría Nietzsche, el cual no necesita de nada ni nadie, incluso se permite prescindir de Dios para sobrevivir, pues él en sí mismo es dios.

Por otro lado, además de la falsa seguridad que se vende a través de la web y de la inexistente libertad o autonomía de la voluntad en la toma de decisiones diarias, existe una especie de direccionamiento perverso en el cual, a través del bombardeo de publicidad personalizada, muestra únicamente lo que se quiere ver, ya sea desde una insignificante búsqueda, hasta el interés más relevante insertado en el buscador personal o teléfono celular. Millones de datos son manipulados con el fin de dirigir al sujeto eficientemente hacia los intereses de quienes tras bambalinas manipulan los hilos con fines meramente comerciales y consumistas. Ingenuo y utópico sería pensar que algoritmos, redes sociales,

cookies y la web en general, funcionan con fines loables y filantrópicos y que todo depende del uso que cada sujeto les dé a las mencionadas herramientas tecnológicas. Todo en la web responde a la misma lógica de mercado, la persona es utilizada desde tres puntos de vista: como objeto de escrutinio y manipulación por los gobiernos; objeto de captación de la industria debido a su gusto consumista y atomizador de la filosofía de mercado y como herramienta de exclusión, pues solo sirve al sistema quien consume y se comporta como consumidor, los demás, no son útiles, no existen.

Entonces ¿dónde quedan los derechos humanos en una realidad material y práctica donde nada importa? Como lo menciona Kosisnski (2017) básicamente, la tecnología no se escoge, la conectividad es actualmente más necesaria que cualquier cosa; o se está adentro, o no se está en ningún lado. Elegir apartarse es visto como extremista y de inmediato el sujeto es excluido de la sociedad como penalidad a su “atraso” incluso derechos como el voto, actualmente no son más que entramados jurídicos rodeados de un halo poético sin correspondencia practica alguna, pues son tan variadas y eficientes las herramientas tecnológicas, que incluso se ha llegado a explotar la psique humana para direccionar al fin deseado, denotando una vez más, que la privacidad en la era digital, ¡no existe!

Adicción a la tecnología.

Basta con observar a un adolescente con su dispositivo móvil, para denotar la inexistencia absoluta de razonamiento y criterio en el uso del dispositivo. El manejo de las redes sociales de los denominados “millennials” es una clara muestra del impacto que la era digital ha tenido en la psique y el comportamiento de las personas; de este modo, han llegado a nuestro léxico, términos como youtuber, influencer, psychometrics, viralidad

aplicada en términos de difusión excesiva de contenido. Son tantos los nuevos términos, acepciones y expresiones que la actualidad ha traído a la sociedad, que fácilmente se podría seguir hasta crear un diccionario contemporáneo para lograr entender los usos y costumbres propios de este momento histórico

En este sentido podría pensarse que además de lo ya mencionado como novedosas estrategias tecnológicas para anular la libertad, la autonomía de la voluntad, e incluso para burlar la privacidad de las personas, existen circunstancias antiguas como la búsqueda de la generación de adicción en los usuarios, acompañada de modernos aplicativos como el “neuromarketing” como lo afirma Sampson (2012), cuya herramienta busca ejercer control social a través de la provocación de ciertas emociones y así generar reacciones de dependencia. Se utilizan las emociones y los sentimientos, como el virus de contagio a través de las redes sociales.

Gómez, Armador y Valencia (2019) afirman:

Se busca alimentar deseos inconscientes a través de la transmisión de afectos, sentimientos y emociones, impelidos por amplificadores culturales inmersos en mercancías como la cafeína, novelas sentimentales y la pornografía, que pueden modificar la conducta en formas impredecibles. Somos seres psico-afectivamente dependientes, plataformas como las de las redes sociales que alimentan la impresión de ser socialmente apetecidos, se convierten en el medio de cultivo perfecto para desatar variados fenómenos conductuales capaces de reconfigurar el modo y el propósito de establecer una relación interpersonal. Se trata de un efecto con tal potencialidad de cambio, que tiene incidencia directa hasta en la economía y las lógicas de mercado.

Todo lo anterior funciona y se perfecciona a diario con la velocidad de la luz, factores como la “emopolítica” y el “Biopoder” Foucault (1975) enseñan como la permanente búsqueda del hombre de afecto, aceptación y reconocimiento, lo hacen excesivamente vulnerable a la manipulación proveniente de cualquier lugar; recordemos que se encuentra en la época de la acumulación masiva de datos y de información que se acuña en sitios fuera de los lugares de donde se extrae y de la cual no se tiene certeza en cuanto a su manejo, utilización y clasificación. La adicción a lo digital, ha dejado indefensos ante cualquier ataque a los derechos humanos y a la autonomía contractual. La adicción a lo digital, ha generado incapacidad para contratar.

Precisiones finales.

Mucho es lo que se podría decir respecto de la urgencia de avance y cobertura con la que el derecho debe abordar las actuales situaciones en torno al aspecto privado de la disciplina, en particular, respecto de los contratos. Sin embargo, a lo largo de este escrito se ha llamado la atención sobre el tema en innumerables situaciones. El rezago en el que el derecho privado ha caído por la incapacidad de la dogmática contemporánea, para dejar de lado los formalismos iuspositivistas y avanzar hacia una exaltación de la autonomía privada de la voluntad donde todo lo que respete la legalidad y satisfaga las necesidades, es permitido para la configuración de diversas y variadas formas contractuales sin la existencia de solemnidades rígidas que impidan y dificulten el intercambio de bienes y servicios; por supuesto, tal intercambio debe darse en un entorno de equidad, que no responda a las máximas inhumanas del capitalismo exagerado y salvaje.

Dicho lo anterior sería viable, estructurar el régimen de derecho contractual contenido en el código civil, de forma similar al estatuto comercial, es decir, debe darse primacía a la autonomía privada de la voluntad, sobre las formalidades en la celebración de cualquier tipo de contrato; que sean las partes dentro de su autonomía y libertad, quienes decidan los extremos y condiciones para obligarse, sin más límites que el buen proceder respecto de lo legalmente permitido. Lo que se propone es salir de las antiguas formas contractuales planteadas como camisas de fuerza y saltar a un entorno de creación jurídico contractual donde cualquier acuerdo entre sujetos de derecho es posible.

La interacción permanente entre individuos que buscan satisfacer sus necesidades a través de multiplicidad de negocios jurídicos, inevitablemente está generando nuevas circunstancias contractuales totalmente atípicas, la globalización y el mercado definitivamente contribuyen en este ambiente polifacético de creación jurídica, con el fin de dar impulso a la economía y optimizar en términos de costos, el tiempo en el que las partes acuerdan cualquier tipo de intercambio de bienes o servicios. Un ejemplo de aquello, es la importancia que la NOVA LEX MERCATORIA ha tenido a través de las últimas décadas como fenómeno de creación normativa internacional cuyos usos y costumbres son tan generalizados, que sus producciones prácticamente son instantáneas y automáticas y su aplicación en los tribunales competentes, es obligatoria en caso de no existir claridad sobre la ley aplicable al caso concreto.

Si se tuviese en cuenta lo anterior, dotaríamos de celeridad las relaciones contractuales entre sujetos de derecho y las controversias que en la ejecución del Iter contractual se suscitara, podrían resolverse también con celeridad y los supuestos de inexistencia, invalidez, nulidad e inoponibilidad, tendrían aplicación más sencilla respecto de los nuevos

contratos que no cargarían con el lastre formalista y rígido de los negocios jurídicos tradicionales. Del mismo modo implicaría la movilidad y depuración de instituciones y situaciones arcaicas consignadas desde hace siglos en nuestra codificación civil, cuya inoperancia práctica es tal, que su mención resulta exageradamente pedagógica.

Conclusiones

Abordar el presente tema, implica desde todo punto de vista evolutivo del derecho privado, la misma conclusión: la teoría general de las obligaciones y del negocio jurídico, desde conceptos como la Intimidad y autonomía en la formación del consentimiento y la declaración de voluntad dentro del derecho privado tecnológico, ha mutado significativamente. Ello se pudo constatar con lo mencionado dentro del primer capítulo al evidenciar los cambios que la actualidad ha traído consigo. El consumismo salvaje propio de la era capitalista actual, la utilización del Big Data como red de pesca y la web como canal masivo de difusión de ofertas y contratos y la constante vigilancia del ser humano, son factores tan decisivos y determinantes, que lograr dar solución a problemas novedosos con sustento en un derecho privado antiquísimo, se torna en una verdadera odisea. Adicional a esto, se contempló la pregunta incómoda de si es posible hablar actualmente en nuestro derecho tecnológico de una auténtica declaración de voluntad y de un consentimiento libre y exento de vicios, de nuevos vicios. Tal pregunta se atomizó a lo largo del presente escrito con la única pretensión de resolverla, dotando al lector de innumerables fuentes en las más variadas formas de investigación actual para que sea él mismo quien a través de la evidencia, se corra la venda de los ojos y determine si su supuesta libertad, autonomía, voluntad y privacidad, existen realmente.

Podría pensarse incluso en proponer los derechos sobre la información y los datos, como derechos fundamentales y que cada legislación del mundo los adoptara de tal forma como lo menciona Korina y Kos (2019). Sin embargo, tal propuesta no contribuiría en nada al actual problema de violación de privacidad, de conductismo y anulación total de la autonomía de la voluntad en sus versiones negocial y conflictual. Por el contrario,

propiciaría la existencia de un caldo de cultivo de la ilegalidad que exacerbaría aún más los ya mencionados problemas y dificultaría el intercambio de bienes y servicios.

Así las cosas, es pertinente concluir de acuerdo al análisis audiovisual realizado en el capítulo dos del presente texto, que los derechos a la información y los datos, así como la privacidad, libertad e instituciones como la autonomía privada de la voluntad, son actualmente simples conceptos abstractos desdibujados por la cantidad impresionante de herramientas tecnológicas que existen para anularlos; que los Estados y los gobiernos o se muestran indiferentes, o son insuficientes para responder a tal realidad socio-jurídica y que inevitablemente, pretender regular con mecanismos rígidos como las leyes un tema tan dinámico como la tecnología, no es más que un intento desesperado e inservible propio de una sociedad global que ha renunciado a su autocontrol en la recepción y aceptación de las herramientas que llegan a su consideración.

Se puede concluir también, que aún más débiles que los filtros legales y nacionales, son los filtros subjetivos y personales que cada sujeto tiene respecto a la tecnología. Ello más que nada, debido a la variedad de estratagemas creadas para burlar la voluntad y autonomía de los consumidores y por la sacrosanta filosofía consumista capitalista que arrastra todo cuanto toca. Muestra de ello fue lo extraído del documental de “Like Me” donde millones de ciudadanos africanos renunciaron a sus derechos y dignidad por obtener un dispositivo móvil y acceso a internet.

El mundo entero dejó de leer los terms and conditions, no sólo por desidia sino porque están cuidadosamente diseñados, para obligar al que se atreva, a desistir de su lectura en unas cuantas líneas inocuas. La era del Big Data tiene como interés único y principal, recoger cuanta información le sea posible sin importar límites de privacidad o reserva, y los

dispositivos móviles como modernas cajas de Skinner, nos adoctrinan para entregarla sin miramiento alguno, a cambio de una recompensa tan miserable e irrisoria, que en definitiva equivale al grano de maíz que se le suministra a la paloma del experimento.

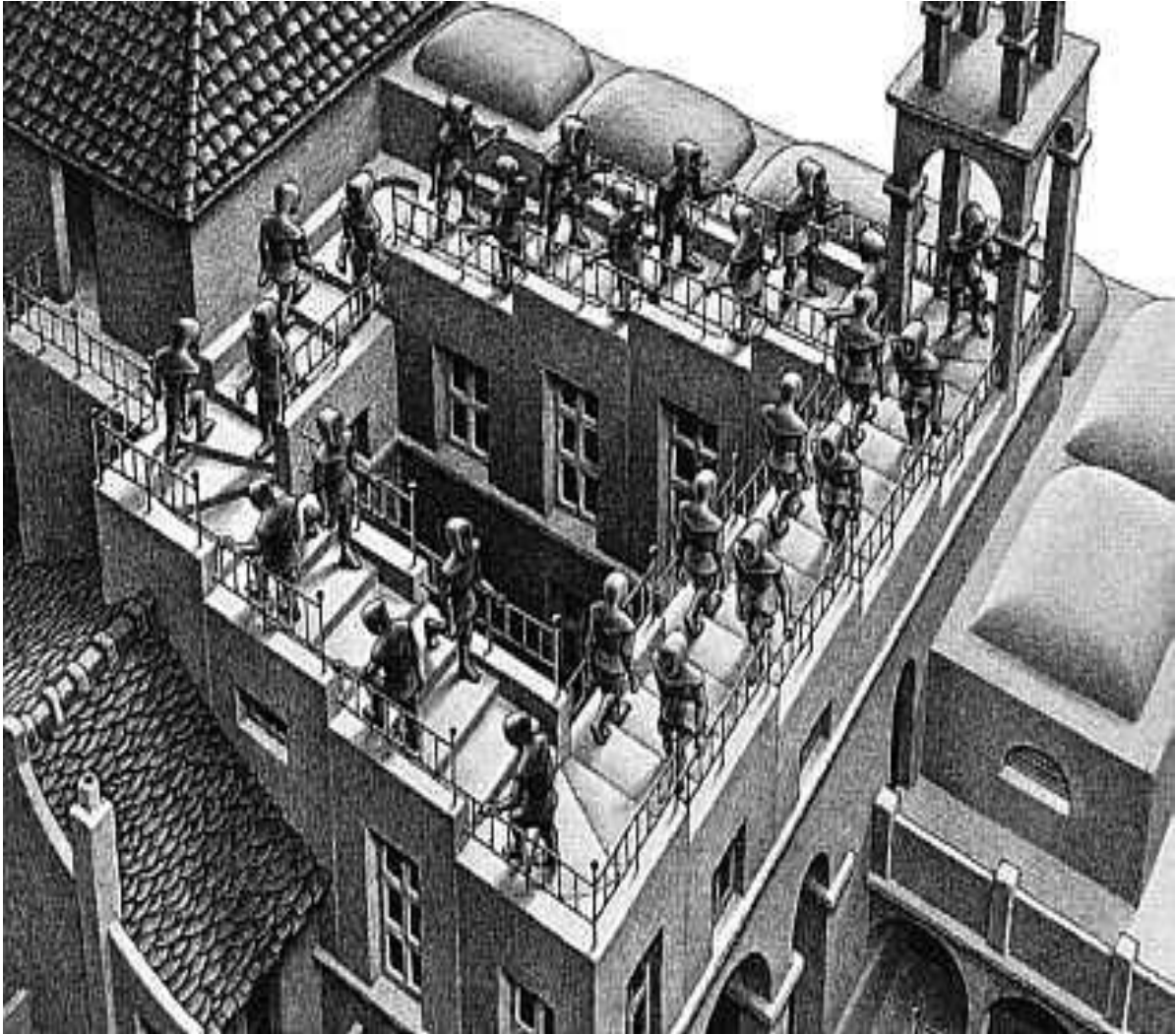
Por otro lado, muchas posturas apologistas de la tecnología y de sus avances como herramientas que facilitan la vida, desconocen, ignoran o simplemente no le prestan importancia al hecho claro de que, en un mundo globalizado imbuido por la economía de mercado y la ideología capitalista y consumista, todo responde y se enfila hacia los mismos intereses de producción en masa, se trata de un entorno donde cada elemento puede ser vendido y es susceptible de otorgársele un precio, para posteriormente generar determinado beneficio económico. Sin embargo, de todo cuanto es traficado en este frenesí de fetiches consumistas, el bien más valioso es la información; los datos de las personas como consumidores potenciales, brindan a productores de bienes y servicios la posibilidad de saber qué deben manufacturar u ofrecer, cuáles son las tendencias, lo más comprado, lo más visto y lo más vendido y de esa forma saturar de información, ofertas e imágenes, cada entorno virtual y real al que tenga acceso el sujeto para lograr moldear a su antojo la voluntad y autonomía del incauto personaje.

Podría concluirse que no existe la libertad ni la autonomía en la declaración de voluntad en el mundo del derecho privado tecnológico. El moderno y sofisticado entorno en términos de aplicativos tecnológicos y utilización de algoritmos, ha logrado traspasar sin esfuerzo alguno, las barreras de privacidad de cada sujeto con acceso a internet; se ha logrado predecir el comportamiento y las afinidades de las personas al punto de determinar con exactitud, las decisiones que los consumidores van a tomar antes de hacerlo, empero, si

tales decisiones no favorecen los intereses del mercado, se cuenta con variedad de herramientas para desviar la voluntad y libertad y encauzarlas hacia dónde se quiere.

En este punto, son más las dudas y cuestionamientos que surgen, que las mismas conclusiones que se puedan esbozar al respecto. ¿cuáles son los mecanismos de defensa que tenemos como consumidores ante tan elaborados instrumentos tecnológicos? ¿es viable una legislación internacional que limite el uso de dichos instrumentos a un entorno de ética y transparencia? ¿qué ocurriría si una persona o una sociedad entera decide apartarse del uso de dispositivos electrónicos y del acceso a la web, habría un apartheid o una segregación o marginación de ese grupo respecto de la sociedad en general? ¿sería jurídicamente viable calificar de nulos relativos o absolutos, los contratos que se realicen vía web o de forma electrónica si se demuestra probatoriamente la anulación de toda clase de autonomía, libertad y privacidad en la declaración de voluntad dada al momento de contratar? nos encontramos expectantes ante un abismo de preguntas y cuestionamientos gigantescos los cuales requerirían de innumerables estudios para responderse. Estamos frente a una paradoja al estilo de la escalera de Maurits Cornelis Escher (1898-1972) que impide llegar a algún punto de certeza, un punto donde el horizonte se expande como el universo mismo y las posibilidades son infinitas.

Escher, M. (1960) litografía ascendiendo y descendiendo:



Referencias

- Al Jazeera English (3 de Julio de 2019). All Hail The Algorithm - Trust Me. Recuperado de <https://interactive.aljazeera.com/aje/2019/hail-algorithms/index.html>.
- Al Jazeera English (10 de Julio de 2019). All Hail The Algorithm - Like Me. Recuperado de <https://interactive.aljazeera.com/aje/2019/hail-algorithms/index.html>.
- Al Jazeera English (31 de Julio de 2019). All Hail The Algorithm - Read Me. Recuperado de <https://interactive.aljazeera.com/aje/2019/hail-algorithms/index.html>.
- AllPainter Online Gallery, (2005 - 2019). The siren's song (le chant des sirènes). Recuperado de <https://www.allpainter.com/rene-magritte/the-sirens-song-le-chant-des-sirenes-1952-handmade-oil-painting-reproduction-284251.html>
- Amer, K. & Noujaim, Jehane (Julio 24 de 2019). The Great Hack. Recuperado de <https://www.netflix.com/co/>.
- Bauman, Z. (1998). *Work, consumerism and the new poor*. Leeds, Reino Unido: Open University Press.
- Bohórquez, E. (2019). Diario el Tiempo. El poder de los algoritmos en la era digital. recuperado de: <https://www.elespectador.com/tecnologia/el-poder-de-los-algoritmos-en-la-era-digital-articulo-88075>
- Código Civil Colombiano [Código]. (2019) 43ra ed. Legis.
- Escher, M. (1960). Ascendiendo y descendiendo. Recuperado de https://www.clarin.com/arq/arquitectura/escher-artista-imposible-videojuego-momento_0_EyySUivEW.html.
- Espinosa, A. (2018). Revista actualidad jurídica. Big data y libre competencia en Chile. El derecho de la competencia chileno en relación con la investigación del Bundeskartellamt en contra de Facebook. [176 - 180]. Recuperado de <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/big-data-libre-competencia-741779949>.
- Fernández, L. (2006). Revista de derecho. Incidencia de las tecnologías en la contratación: Marco Legal en Cuba, volumen (25), [335-368]. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=85102510>.

- Forero, C. (2007). Anuario de derecho privado. Causas y consecuencias de la aplicación de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías como *lex mercatoria*, volumen (38). Recuperado de Universidad de los Andes de Colombia.
- Foucault, M. (1975) *Vigilar y castigar*. Paris, Francia: Siglo XXI.
- Foucault, M. (1978). La verdad y las formas jurídicas. Barcelona, España: Gedisa.
- Gómez, G. (2013). Comunicaciones y nuevas tecnologías. Jurisdicción aplicable en materia de datos personales en los contratos de cloud computing: análisis bajo la legislación colombiana. Recuperado de https://derechoytics.uniandes.edu.co/index.php?option=com_content&view=article&id=123%3Ajurisdiccion-aplicable-en-materia-de-datos-personales-en-los-contratos-de-cloud-computing-analisis-bajo-la-legislacion-colombiana&catid=11%3A9&Itemid=43&lang=en.
- Gómez, L. Amador, J y Valencia, D. (2019). “Choose Life” Privacidad, redes sociales y big data. Bogotá: Ediciones usta.
- Hoback, C. (12 de Julio de 2013). Terminos y condiciones de uso. Recuperado de <https://www.imdb.com/title/tt2084953/>.
- Khan, P. (2001). El análisis cultural del Derecho. Barcelona: Gedisa, 2001.
- Korina, J. & Kos. P. (24 de Julio de 2019). The Great Hack. Recuperado de <https://www.netflix.com/co/Login>.
- Kosisnski, M. (7 de julio de 2017). Michal Kosinski, el creador del algoritmo que predice la personalidad. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=yQOzlQ7p-A4>.
- Ley modelo sobre comercio electrónico, Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional (12 de Junio de 1996). Recuperado de https://uncitral.un.org/es/texts/ecommerce/modellaw/electronic_commerce.
- Marcovich, M. (1999). Delincuencia y fraude informático (Derecho comparado y Ley, N° 19.223). Santiago de Chile, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Perilla, J. (2015). Revista de derecho privado, Construcción anti formalista del consumidor medio. Volumen (54). [1- 22]. Recuperado de Universidad de los Andes de Colombia.

Reglamento, Presidencia de la República (21 de Diciembre de 2011). Reglamento de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares. Recuperado de http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/regley/Reg_LFPDPPP.pdf.

Sampson, T. (2012). *Virality. Contagion Theory in the age of networks*. Minneapolis. London: University of Minnesota.

Vidal, J. (2013). *Culturales. El nuevo "panóptico" multidireccional: normalización consumista y espectáculo*, volumen (2). [1]. Recuperado de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-11912014000100007.