

ANÁLISIS DEL CASO WHATSAPP ANTE LA SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR

Pablo Javier Bürki.

Centro de Estudios e Investigaciones en Derechos Humanos Juan Carlos Gardella.

Facultad de Derecho- UNR.

pabloburki@yahoo.com.ar

Rosario, Argentina

RESUMEN: La economía de plataformas fue creciendo de manera vertiginosa en esta última década, este crecimiento y supervivencia es gracias al extractivismo de datos que estas hacen de los usuarios - materia prima esencial para su existencia-. Existe actualmente un gran monopolio sobre el tratamiento y procesamiento de datos concentrado en pocas Big Tech o gigantes tecnológicos. Ante las decisiones unilaterales de cambios intempestivos en sus condiciones de contratación y política de privacidad, que estas hacen en sus modelos de negocios, sin tener en cuenta a sus usuarios, se plantea la necesidad imperiosa de regular y sancionar estas prácticas como un ejercicio de abuso de posición dominante, tal el caso que nos ocupa con Facebook/Whatsapp (hoy Meta). Pero a pesar de estas intervenciones adecuadas por parte del estado, aún hay un lugar de vulnerabilidad para los usuarios, última ratio de esta trazabilidad tecnológica, dada por generar refuerzos a la autodeterminación informativa, como un paraguas protector en el campo de los derechos humanos.

PALABRAS CLAVES: Abuso de posición dominante, defensa de la competencia, extractivismo de datos, protección de datos, autodeterminación informativa, derechos humanos.

1 INTRODUCCIÓN:

El presente trabajo se enmarca en una tesis doctoral sobre la autodeterminación informativa, en la que se pretende redefinir a la misma en el plexo normativo existente y ampliar su horizonte de protección como derecho humano, en circunstancias actuales donde ciertos derechos como la privacidad o la protección de datos le fueron dando formas a esta, pero hoy en día no alcanza ante el caudal de información y extractivismo de datos.

Particularmente en este trabajo, damos continuidad a un escrito presentado en las 50 JAIIO del año 2021, donde se recopilaron y analizaron distintas leyes y normativas del derecho argentino que incorporan elementos de la autodeterminación informativa o derechos que consideramos que esta aglutina como paraguas protector. El título de la misma ha sido: “Autodeterminación informativa: relevamiento y análisis de las regulaciones para su protección jurídica”, en ella dejamos marcado un camino para seguir trabajando e investigando sobre las aplicaciones de la autodeterminación informativa en el derecho argentino. Consideramos, que este caso que hoy nos convoca a escribir el presente trabajo, continúa esa búsqueda que intenta forjar y asegurar un derecho en el plexo normativo

En el trabajo se analizarán las medidas tomadas por parte del Estado Argentino, para impedir cambios en los términos de contratación y condiciones de políticas de privacidad a los usuarios de la aplicación de mensajería instantánea Whatsapp, que estaban previstas para el 15 de mayo del 2021. En tal sentido se analizarán las siguientes medidas de carácter jurídico enmarcadas dentro de la ley N° 27.442 de Defensa de la Competencia. Estas medidas son el Dictamen de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC), la Resolución N° 492/2021 y Resolución N° 224/2022 ambas de la Secretaría de Comercio Interior (SCI) ¹, y la Sentencia de la Cámara Civil y Comercial - Sala II. Si bien estas hacen referencia a aspectos de fondo y de forma, ya que se trata del propio procedimiento administrativo de la mencionada ley, pretendemos en este trabajo analizar sobre los derechos vulnerados a nivel colectivo en lo que la mencionada ley refiere a la economía general y a nivel particular en los usuarios de esta empresa que pueden ver afectado su autodeterminación informativa. Y cómo esta última, a través de estos instrumentos analizados abre un diálogo entre protección de datos personales y protección económica a través de la figura del abuso de posición dominante.

¹ En el momento que se emiten estas resoluciones la Secretaría de Comercio Interior dependía del Ministerio de Desarrollo Productivo, que en el mes de mayo del año 2022 pasó a la cartera del Ministerio de Economía.

1.1 MEDIDAS PARA EVITAR LAS PISADAS DEL GIGANTE

Para poder entender el entuerto jurídico administrativo del que analizaremos, es necesario, como primer punto, rastrear en la historia reciente, cómo se fueron dando los hechos, que desde estas medidas, tratan de evitar que una de las grandes plataformas digitales avancen en el aspecto económico del campo tecnológico y comunicacional, y en la órbita de los consumidores/usuarios. No solo se trata de la tarea quijotesca de frenar monopolios, sino de generar un halo protector en la autodeterminación informativa de los usuarios.

En el año 2014 la empresa Facebook (hoy conocida como Meta) compra el servicio de mensajería de Whatsapp, este dato, es importante ya que es tomado por el propio dictamen de la CNDC como disparador para proponer a la SCI la medida cautelar. La compra de esta empresa de mensajería, implicaba para Facebook, anexar a sus servicios de red social “Facebook” que ya contaba con la mensajería de Messenger, otro entorno digital de mensajería. Esta compra hizo sonar la alarma en todo el mundo, en momentos, donde el debate público internacional en agenda, plantea sobre la conveniencia o no de regular los contenidos en las plataformas digitales para evitar discursos de odios y censuras (o cultura de la cancelación) que se venían registrando como prácticas habituales en el uso de estas plataformas.

En enero del año 2021, Whatsapp anuncia cambios en su política de privacidad, y actualización en las condiciones de uso, donde dejaba entrever que compartiría esos datos con Facebook, quedando este último como la fuente procesadora de los datos de Whatsapp, que se conectarán con los del mismo Facebook y su servicio de mensajería “Messenger”. A la postre, estos cambios implicarán en un futuro próximo, que los usuarios de Whatsapp se vean obligados a aceptarlas o quedar fuera del sistema de mensajería. La noticia levantó un revuelo en la gran comunidad de usuarios y también generó la atención de varios organismos estatales de diferentes países.

Como mencionamos, varias voces de alarmas de diferentes organismos estatales dieron a conocer su postura, ya sea en el terreno político como jurídico. La Directora de la Oficina de Protección del Consumidor de EEUU, emitió un comunicado advirtiendo del peligro sobre esta compra para los usuarios respecto de

sus datos. La promesa de la empresa es que cada plataforma digital no cambiaría sus políticas de privacidad respecto de los usuarios, bajo una vigilancia de este organismo, y posible sanción, ante el mínimo cambio de incumplir con sus promesas.

En la misma línea de advertencia y prevención actuaron Turquía, India, Alemania, Italia y Brasil².

En los casos de la India, a través de la Comisión de Defensa de la Competencia y Turquía a través de la Autoridad de Defensa de la Competencia, entendieron, que la compra implicaba un mayor poder en el mercado por parte de Facebook, para procesar datos, implicando un abuso de posición dominante en el mercado, y en consecuencia ordenaron a Whatsapp a la suspensión de la actualización y el intercambio de datos entre estas empresas.

Las autoridades alemanas entendieron que esta operación comercial implicó un abuso de posición dominante (abuso explotativo) de Facebook en el mercado de las redes sociales, y prohibió a todas las empresas de Meta (Facebook, Instagram y Whatsapp) a fusionar la información sin permiso de los usuarios.

En el caso de Italia, la sanción estuvo determinada más que por la posición dominantes en el mercado por violar las leyes de protección al consumidor.

En Brasil, intervinieron cuatro organismos públicos: el Ministerio Público Federal, la Secretaría Nacional del Consumidor, el Consejo Administrativo de Defensa de la Economía y la Autoridad Nacional de Protección de Datos.

Estos organismos, en forma conjunta y mancomunada realizaron varias recomendaciones a Whatsapp y Facebook, bajo apercibimiento de que no obedecer las mismas en el tiempo indicado, iniciarán acciones civiles y penales por medio del Ministerio Público Federal.

Las recomendaciones establecen para Whatsapp: (i) posponer la política de privacidad hasta que los organismos regulatorios se pronuncien al respecto. (ii) abstenerse de restringir a los usuarios sobre el uso del sistema de mensajería si no se

² Los datos que se describen fueron tomados del propio dictamen de la CNDC. Ese organismo lo toma como antecedente para fundamentar jurídicamente el dictamen y reforzar la postura de posición dominante ante un mercado que no reconoce jurisdicciones en su actuar. En el presente trabajo se los retoma para analizar qué recurso legal tomó cada país para dar esta batalla ante Meta y qué relación en las soluciones legales brindadas se relacionan con la autodeterminación informativa.

adhieren a la nueva política de privacidad, (iii) adoptar las medidas de tratamientos de datos acordes a la ley de protección de datos brasilera. [5] [8]

Para Facebook, efectuaron las siguientes recomendaciones: (i) abstenerse de llevar adelante todo tipo de tratamiento de datos o compartir y recopilar los de Whatsapp previstos para entrar en vigencia el 15/05/2021.[5] [8]

En el tipo de intervenciones estatales, podemos observar que la mayoría de ellas han sido viables a través de la figura del abuso de posición dominante en el mercado, con estrecha conexión en las leyes de protección del consumidor, y en muy pocas -salvo Brasil- se observa la intervención de organismos estatales que regulen la protección de datos.

2 ARGENTINA LIBRA SU PROPIA LUCHA CONTRA FACEBOOK

Dentro del marco analizado anteriormente, adelantamos que en las medidas tomadas por Argentina sobre el caso, prima la postura de suspender las acciones por abuso de posición dominante en el mercado.

El dictamen de la CNDC, encomendado por la Secretaría de Comercio Interior, toma como referentes los estados mencionados en el acápite anterior. En este instrumento jurídico, la CNDC, recomienda a la Secretaría de Comercio Interior imponer a la empresa Facebook una medida cautelar en los términos de la ley 27442 en su art. 44³, la finalidad del dictamen es abrir una investigación de oficio con el objeto de que se investiguen las nuevas condiciones impuestas a los usuarios por parte

³ La medida cautelar impuesta a la empresa Facebook LTD por Resolución 492/2021 es de carácter tutelar anticipatorio, y tiene la finalidad de prevenir y evitar lesiones a futuro. La misma está determinada en la Ley 27442 -Art. 44.- En cualquier estado del procedimiento, el Tribunal de Defensa de la Competencia podrá imponer el cumplimiento de condiciones que establezca u ordenar el cese o la abstención de las conductas previstas en los capítulos I y II, a los fines de evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud, su continuación o agravamiento. Cuando se pudiere causar una grave lesión al régimen de competencia podrá ordenar las medidas que según las circunstancias fueren más aptas para prevenir dicha lesión, y en su caso la remoción de sus efectos. Contra esta resolución podrá interponerse recurso de apelación con efecto devolutivo, en la forma y términos previstos en los artículos 66 y 67 de la presente ley. En igual sentido podrá disponer de oficio o a pedido de parte la suspensión, modificación o revocación de las medidas dispuestas en virtud de circunstancias sobrevinientes o que no pudieron ser conocidas al momento de su adopción.

de WHATSAPP INC. y/o sus controlantes, lo cual, junto con otras prácticas de empresas del grupo económico al que pertenece podrían configurar una conducta anticompetitiva de abuso de posición dominante en los términos de los Artículos 1° y 3° de la Ley N° 27.442. [5]

En tal sentido, la SCI obra en consecuencia al dictamen y por Resolución 492/2021 de fecha 14 de mayo de 2021, emite la medida cautelar notificando a las empresas sobre la misma.

Esta medida obligaba a las empresas filial argentina de Facebook INC, Facebook Ireland Limited, Whatsapp INC y Whatsapp LLC o Whatsapp Ireland Limited:

- de abstenerse a llevar adelante, por el término de 180 días actualizaciones en las condiciones de contratación y políticas de privacidad en las aplicaciones del servicio de mensajería de Whatsapp.
- de comunicar a los usuario de la medida ya sea en la aplicación o en el sitio web oficial.

Tomando los antecedentes internacionales analizados por la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, esta medida previene que el usuario se vea en la disyuntiva de aceptar las Condiciones de Servicio impuestas por WhatsApp o sufrir la degradación de las funcionalidades y posterior bloqueo de la aplicación, todo ello sumado a la pérdida de los contactos, mensajes y mucha otra información , ya que esta es propiedad de los mismos. [18]

Además, se hace hincapié en la asimetría de información que existe en el contrato entre el usuario y la aplicación, ya que los usuarios rara vez leen los términos y condiciones fijados por las aplicaciones, y mucho menos pueden dimensionar el alcance de los datos personales que están obligándose a entregar y el uso que empresas como FACEBOOK. pueden hacer de estos. [18]

En la mayoría de los países, WhatsApp y/o Facebook son las únicas aplicaciones patrocinadas con “zero rating”, calificación que implica que el usuario puede navegar en ellas sin consumir datos. Argumento este de gran peso, ya que eso implica más posibilidades de llegar a muchos usuarios y acorralarlos con una (supuesta) gratuidad en los costos por el servicio, lo que implica que estos se vuelquen a estas empresas con esta herramienta de marketing tecnológico.

Concluye la resolución, que todo lo mencionado lleva a la citada Comisión Nacional a inferir que el usuario *verá comprometida su libertad de elección a la hora de aceptar o rechazar las nuevas Condiciones de Servicio de WhatsApp*. [13]

Pasado los 180 días de plazo de la Resolución de la SCI N°492/2021, se renueva la misma, por Resolución SCI N° 224/2022, el tiempo de tutela anticipada de la mencionada es hasta que finalice la investigación.

La primer resolución y conociendo de antemano la prórroga de la misma, fue apelada por Whatsapp LLC, ante la Cámara Civil y Comercial - Sala II, en la causa que tomó como nombre: WHATSAPP LLC c/ ESTADO NACIONAL MINISTERIO DE DESARROLLO PRODUCTIVO COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA s/APELACIÓN RESOLUCIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

Es harto sabido, que ante un recurso de apelación, el recurrente en este caso Whatsapp, negará las condiciones de abuso de posición dominante que refieren ambas resoluciones, y cualquier otra falta y argumentos que se comenta violando la ley.

El fallo de la Cámara fue contrario a la recurrente, algunas de las valoraciones que planteó la Cámara al momento de fallar, es que la recurrente no planteó elementos de prueba que acrediten que ellos no se encuentran ejerciendo un abuso de posición dominante, y que el “rating zero” no es una práctica de su empresa, como manifestaron en su defensa. [8]

3 LA AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA Y EL INTERÉS ECONÓMICO PÚBLICO

La resolución 224/2022, que viene ampliar los plazos de la primera para poder continuar con la investigación, ratifica todo el contenido en su alcance jurídico y en las futuras lesiones que puede generar a los usuarios de esta empresa y en el propio mercado de la información y comunicación. No obstante lo mencionado, es importante aclarar, que esta resolución, profundiza un poco más sobre algunos aspectos, mirados y analizados desde la óptica de la ley 27.442, respecto de los usuarios, tomando como centralidad la autodeterminación informativa.

Es de destacar que el concepto de autodeterminación informativa ha sido y es un concepto que evoluciona a través de un proceso histórico y político, fundamentalmente por los avances tecnológicos y su relación con las personas. En una primer etapa de ese proceso se lo vinculó a la intimidad, luego con el tiempo y el nacimiento y desarrollo de las TIC, se sumó la protección de datos personales, actualmente, el aspecto económico también forma parte del mismo, el extractivismo de datos implica el alcance que los datos (nuestros datos) tienen para la economía digital. [20]

En función de lo mencionado, para poder entender mejor este concepto, diremos que la autodeterminación informativa, es un derecho subjetivo y fundamental (derecho humano), que nos faculta o nos da la potestad de decidir sobre nuestra propia información, o sea nos faculta a decidir en qué momento, medida y circunstancias se expondrá o utilizará información de nosotros. [15]

En base a este concepto, entendemos que el análisis de la última resolución de la SCI, toma como eje central a los sujetos consumidores en su autodeterminación informativa, pero desde la perspectiva de la defensa de la competencia.

La mencionada resolución, toma como base evidencias empíricas que sirve de elemento objetivo para probar el abuso de posición dominante, fundamentadas en el dictamen. Son estadísticas de “Digital 2021 Global”, en las cuales concluye que puede observarse - a modo de ejemplo- que la plataforma Facebook, en el año 2020 fue la más utilizada a nivel mundial con un total de 2,740 millones de usuarios, ocupando de esta manera uno de los lugares principales. [19]

También, se evidenció, por medio de estas estadísticas que la demanda a nivel mundial de Whatsapp Messenger es de dos mil millones de usuarios, superando ampliamente a otras aplicaciones de mensajería instantáneas como Telegram. Es esta evidencia empírica, la que lleva a la SCI a plantear el abuso de posición dominante de Facebook / Whatsapp.

Según este cuerpo normativo, este abuso de posición dominante se caracteriza por ser explotativo [1] [7] , y es en este concepto, donde encontramos que la autodeterminación informativa es funcional a la ley 27442. En suma, las evidencias empíricas presentadas determinan el caudal y enorme porcentaje que estas empresas ocupan en el mercado, no solo generando asimetrías para la competencia (abuso de

posición dominante excluyente), sino lesionando los derechos de los usuarios, al explotar sus datos sin ningún tipo de resguardo por parte de estas. De ahí su carácter explotativo.

Menciona expresamente la Resolución 224/2022: *“los usuarios de WhatsApp Messenger verían conculcado su derecho a la autodeterminación informativa por no tener opciones reales de autoexcluirse de la mencionada actualización, de la recolección excesiva de sus datos, de su procesamiento y/o de que esos datos sean compartidos con otras empresas, ni tendrían opciones reales para limitar otras condiciones abusivas impuestas por WHATSAPP LLC; como también la firma WHATSAPP LLC se aseguraría la recopilación excesiva o injustificada de datos personales a partir de mecanismos coactivos, como la política de “tómalo o déjalo”, práctica que se ha manifestado como la posibilidad de degradar las funcionalidades de la aplicación de mensajería y hasta de hacer perder la operatividad de aquellos usuarios que no aceptaren la actualización en cuestión”* [19]

Advierte, que este abuso de posición dominante se puede transformar en una práctica sistemática, que puede ir horadando los intereses y derechos de los usuarios de estas plataformas, al generar perfiles de usuarios/compradores para las publicidades, y generar con estos clientes, un activo cautivo para la empresa, impidiendo la competencia de otras empresas. En nuestras palabras, una especie de rehenes de estas empresas para la absorción de datos que giraran en base de datos exclusivos para las mismas, cortando la libertad de elección de los usuarios, si aceptan o no las condiciones, y su libertad de suprimir esos datos -derecho asistido por el art. 43 de la CN. , como así también la posibilidad de elegir la competencia.

Esta resolución aclara a qué llama abuso de posición dominante explotativa en este caso y donde se encuentra la misma, tomando como centralidad tres ejes [19]:

- a) La excesiva o injustificada recopilación de datos, metadatos y/o información requerida o automáticamente recopilada de los usuarios de WhatsApp Messenger, lo que supone una disminución significativa y no transitoria de la calidad del servicio de mensajería;
- b) La ausencia de opciones reales para que los usuarios de WhatsApp Messenger limiten la recopilación de sus datos y/o metadatos, así como su tratamiento y uso por

fuera de la plataforma mensajería, todo ello en afectación al derecho de autodeterminación informativa, lo cual sumado a la ausencia de información cierta y acabada acerca de todos y cada uno de los datos que WHATSAPP LLC recopila y comparte con otras empresas del GRUPO META (por ejemplo, aquellos que se emplean con fines publicitarios), se vislumbra como un menoscabo a la variable de competencia por privacidad y opciones de los consumidores, lo que supone una disminución significativa y no transitoria de la calidad del servicio de mensajería;

c) La subordinación de la prestación del servicio de WhatsApp Messenger a la aceptación de la actualización de sus Condiciones de Servicio y Política de Privacidad bajo la modalidad coactiva de “tómalo o déjalo”, aunque fuera transitoria, luce como manifestación del ejercicio de poder de mercado en detrimento del derecho de autodeterminación informativa.

Además, son estas razones, que fundamentan la continuidad de esta medida por medio de esta resolución.

Es dable mencionar, que esta protección de carácter económico bajo la figura del abuso de posición dominante, nos obliga a pensar en la legitimación activa o pasiva del derecho a la autodeterminación informativa, además de su categoría de derecho humano, subjetivo y personalísimo, es necesario visualizarlo en torno a la medida de la SCI, bajo el panorama de las acciones de clases, ya que es un derecho que no cabe duda que afecta la esfera individual, no deja de generar estragos a nivel poblacional (a nivel colectivo), ejemplo de esto fue Cambridge Analytica, mencionado más arriba. Pero existen otros más como la cancelación o censura de personajes de la política o de cuentas de redes sociales, los procesos de desinformación, por nombrar algunos, tienen un componente de afectación de carácter poblacional.

Analizándolo de esta forma, vemos una disposición de defensa colectiva bajo la categoría de “interés económico público”, que nos permite analizar que la SCI, actuó en defensa de derechos de incidencia colectiva.

Tal vez pueda resultar apresurado generar este tipo de clasificación ante medidas tomadas por este organismo, pero reconocemos en el fallo Halabi⁴ y el art. 43 de la CN, algunos antecedentes para que el derecho a la autodeterminación informativa tenga una capacidad necesaria en su carácter subjetivo de reconocer a la población como un sujeto de derecho colectivo que se debe proteger, ya que con ella se protege un paraguas de derechos como el derecho a la información, al acceso a la información y la libertad de expresión.

En uno de sus párrafos la CSJN marca con claridad lo mencionado: la Constitución Nacional admite en el segundo párrafo del art. 43 una tercera categoría conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. Tal sería el caso de los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores como de los derechos de sujetos discriminados. [9]

3.1 ¿POR QUÉ ESTAS MEDIDAS DE CARÁCTER ECONÓMICO, AFECTAN A LA AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA?

La intervención de oficio de la SCI, por pedido de la Comisión de Defensa de la Competencia, emite en sus dos resoluciones - a modo de tutela anticipada- una advertencia sobre los posibles efectos e implicancias que podrían provocar los cambios en las política de privacidad y las condiciones de contratación que lleve adelante la empresa Whatsapp.

Muchos de estos efectos e implicancias, tendrán impacto en el terreno económico, en especial en el mercado de las comunicaciones. Como bien mencionamos, Whatsapp es una empresa que pertenece a la hoy denominada Meta, conformada por Facebook, Instagram, Messenger, de manera que la aplicación de la ley de defensa de la competencia, con carácter preventivo y anticipatoria, es para

⁴ Con el fallo Halabi, del año 2009, la CSJN, consagra un desarrollo doctrinario respecto de los derechos de incidencia colectiva que había sido planteado desde el año 1994 con la última reforma de la CN. Distingue doctrinariamente de una manera clara los derechos colectivos.

evitar una monopolización de los servicios de estas empresas en este mercado, cooptando al mismo y captando clientes en la extracción de datos .

Con la figura del abuso de posición dominante excluyente y explotatorio, da pie para que el efecto procesal administrativo de las resoluciones, permitan una investigación exhaustiva hasta dónde llegará esta empresa en el mercado y en sus usuarios.

Facebook es una empresa que goza en su patrimonio, con un activo extraordinario de usuarios, cada dato de ellos es más ingresos en publicidad para esta empresa, cada me gusta es un ingreso interesante en términos monetarios.

Porque cada uno de esos datos, implica información para llevar adelante perfiles psicosociales. Según Sean Parker - el primer presidente de la empresa- dijo que Facebook está diseñado para explotar las vulnerabilidades de la psicología humana, y eso se logra generando plataformas que inciten a que estos permanezcan más tiempo en ellas.

A fines del año 2021 Meta ha reportado tener más de 3.600 millones de usuarios, que pasan cada vez más tiempos en todos los servicios digitales y comunicacionales que esta ofrece ⁵. ello implica un equivalente que supera el 60% de sus ingresos en publicidad.

Pero no solo se trata del ingreso publicitario y rentabilidad que deja cada usuario y su tiempo en las redes sociales de esta empresa, sino, como nos indica Natalia Zuazo, estos ingresos son segmentados para definir un público con determinados gustos y preferencias, que en algunos casos puede incluir odio racial, sexual y religioso, como así también manipular a las personas para hacerles creer noticias falsas o votar a ciertos candidatos. [24]

El escándalo de Cambridge Analytica que salió a luz en el año 2018, corre el velo de la manipulación no solo a nivel individual sino a nivel social que realiza Facebook, en situaciones decisivas no solo para las relaciones comerciales sino también para el ejercicio de la democracia. En este sentido coincidimos con Ariel

⁵ Datos obtenidos de Statista

<https://es.statista.com/grafico/25917/usuarios-activos-mensuales-de-redes-sociales-y-servicios-de-mensajería-de-facebook/>

Vercelli cuando señala que “ una vez que el relacionamiento social pasa a estar mediado solo por intereses comerciales, resulta factible que estas corporaciones se transformen en máquinas de manipulación social y afecten la autoconciencia y la autodeterminación de las personas y poblaciones” [22]. Entre ellas el voto, a través del microtargeting, esto implica algoritmos que irán seleccionando nuestra información.

La extracción de datos de parte de Facebook, no solo le permite extraer datos para vender publicidades a medida de los gustos de sus usuarios, también es una usina para generar polarizaciones en la supuesta libertad que les deja a sus usuarios de opinar sobre ciertos temas que son polémicos para la sociedad, donde los deja expuesto en brindar información sensible sobre posturas políticas, filosóficas, sexuales, etc, como así también generar burbujas de amigos para evitar la disonancia cognitiva.

Si bien, ambas resoluciones de la SCI, no se detuvieron a explicar detalladamente las consecuencias subjetivas y psicológicas que determinan en sus usuarios con la exploración y explotación de datos, con la mención y descripción de qué cosas afectan la autodeterminación informativa, fueron buscando estos caminos para dejar en descubierto el daño que puede provocar a estos, y que va mucho más allá de vender publicidad on line.

En estas tutelas anticipadas, ponen de manifiesto las limitaciones que les dejan a sus usuarios al no darle la posibilidad de tener ellos las facultades de elegir si continúan o no con la empresa, y ser la empresa que desde su poder económico y posición dominante en el mercado obliga a estos a actualizar las condiciones de contratación y política de privacidad bajo apercibimiento de quedar fuera del sistema de comunicación de mensajería instantánea.

La práctica del “tómalo o déjalo” es una práctica que se presenta como una facultad de libertad para el usuario, pero en realidad es una imposición violenta, ya que de no llevar adelante la elección de parte del usuario, por continuar con las nuevas condiciones que se le imponen, implica eliminarlo del sistema comunicacional. ¿Pero qué pasa con sus datos y sus contactos? Los pierde, y esta solución por parte de la empresa en un avasallamiento a su propiedad, y además dicha acción deja en un plano de mayor desigualdad y desamparo a los usuarios: *Que*

también se hace hincapié en la asimetría de información que existe en el contrato entre el usuario y la aplicación, ya que los usuarios rara vez leen los términos y condiciones fijados por las aplicaciones, y mucho menos pueden dimensionar el alcance de los datos personales que están obligándose a entregar y el uso que empresas como FACEBOOK INC. pueden hacer de estos. [19]

No se tratan de usuarios desprevenidos, ni despreocupados, ni mucho menos indolentes que no quieran leer condiciones y cláusulas que los vinculará contractualmente, sino que el ejercicio abusivo de estas posición dominante, el monopolio ejercido en la mensajería instantánea a nivel mundial, generan en los usuarios la necesidad de suscribirse a Whatsapp, para mantenerse comunicados.

Las estadísticas mostradas por Hootsuite y We Are Social, demostraron que Whatsapp a marzo del 2022, posee 2.000 millones de usuarios, contra 500 millones de Telegram. Los usuarios por promedio pasan 18.6 horas mensuales, superando a Instagram, Tik Tok y el propio Messenger⁶.

Ante estos números, es lógico que los usuarios se muevan más por el uso y costumbre que generan ciertas aplicaciones, que por condiciones de contratación y políticas de privacidad, que en su generalidad están redactadas de una forma imbricada que termina confundiendo a los potenciales usuarios.

Reforzando nuestra idea, de que la protección de la autodeterminación informativa, en este caso que hoy analizamos, ha sido defendida por leyes de carácter económico, pensamos que seguir hurgando en nuestro orden jurídico interno donde nos encontramos con un plexo normativo que puede tejer una red para darle mayor protección al sujeto.

En este orden, tomamos como referencia el trabajo basal de las 50° JAIIO del cual partimos sobre la evidencia de que son escasas las interpretaciones jurídicas, la producción doctrinaria y la jurisprudencia que, relativa a los problemas descritos, permita un ejercicio jurídico por parte de ciudadanos e instituciones en la defensa de los derechos humanos afectados a partir del uso masivo y compulsivo de servicios comerciales / corporativos que se vió aumentado aún más a partir de la pandemia. El

⁶<https://www.trecebits.com/2022/01/27/ya-hay-mas-de-4-623-millones-de-usuarios-de-redes-sociales-en-el-mundo/>

relevamiento (realizado) también muestra la necesidad de nuevas investigaciones y enfoques jurídico – políticos que permitan analizar estos procesos. [23]

4 CONCLUSIONES

Es importante que el Estado actúe ante el avasallamiento de derechos de los ciudadanos, ya que la historia ha puesto al estado como único garante y protector de los derechos humanos. Nuestro presente está teñido de luchas y conquistas de derechos que nacen con la modernidad, en especial con el proceso de la Revolución Francesa que da nacimiento al primer acto de positivización de los mismos con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

El paso del tiempo, y de la historia hasta nuestro presente, fueron reivindicando cada uno de estos derechos. El siglo XXI, tiene nuevos matices en las relaciones sociales, en la política y en la economía, que no pueden ser pensados con las premisas de aquellos tiempos.

En orden a lo mencionado, tomamos como ejemplo el derecho a la intimidad, y es una pregunta que el propio tiempo nos plantea: ¿es posible ante el avance tecnológico y de las comunicaciones mantener el concepto decimonónico de intimidad? ¿alcanza el concepto de privacidad como herramienta para proteger a las personas que son el eje central de las Tic? o ¿necesitamos algo más reforzado para proteger a las personas cuando sus interacciones en redes sociales e internet, son perseguidas y captadas por algoritmos destinados a formatear ideas, opiniones, ideologías, gustos, hasta manipularlas y llevarlas a lugares donde la voluntad humana no quiere o no consintió?.

Hassemer y Chirino Sánchez consideran que es necesario ampliar las posibilidades de un concepto de intimidad, que permita ir más allá, y tutelar la autodeterminación del ser humano [11]. La faceta de este no se agota en lo privado/individual, sino que es necesario tutelar la interrelación social de las personas, en ese área donde convive con otros, y en palabras de estos autores: “... donde también existe la necesidad de que el ciudadano pueda mantener en reserva hechos, datos, relaciones e informaciones...”. [11]

Algunas de esta respuesta la dieron las leyes que fueron surgiendo en los ordenamientos jurídicos sobre protección de datos personales entre fines del siglo XX. Pero, ante procesamientos de datos cada vez más rápidos y eficaces han quedado obsoletas. Salvo Europa, que en el 2018 pudo actualizar su legislación con el Reglamento General de Protección de Datos.

Este reglamento abarca un gran espectro de la protección de los datos personales y de la privacidad de las personas, al crear una categoría especial de tratamientos. Es por esta razón, que en la UE, los cambios pretendidos por Whatsapp, han encontrado un bloqueo legal. [16]

Vemos con entusiasmo, que en Argentina, y en otras partes del mundo, que no cuentan con una ley tan abarcativa en la autodeterminación informativa como el RGPD de la UE, hayan puesto un coto ante el avasallamiento de Meta, por medio de la figura del abuso de posición dominante. Y que si bien, son normas de carácter económico, que defienden una sana competencia en el mercado, han tomado desde este análisis económico del derecho, la tarea de proteger al consumidor/usuario ante el uso de sus datos. Una buena parte de la autodeterminación informativa está a salvo con estas medidas.

Más allá de lo mencionado, sin dejar de lado las consecuencias de vivir e interactuar en una economía digital, es necesario y hasta urgente, que la ley 25326 de Protección de datos personales sea actualizada a los vaivenes de estos tiempos, y que ponga a las personas en el eje central.

No solo se trata de atender a principios de economía general, no solo se trata de pensar al sujeto como titular de datos, sino que entendemos que los datos son el sujeto, en especial los datos sensibles, que hoy son puntos de ataque de un arsenal de tratamientos y procesamiento, impensados años atrás, para manipular y controlar tanto por el estado como por las Big Tech, a estos sujetos, en sus preferencias, gustos, , a nivel personal con perfiles particulares de microtargeting, y a nivel poblacional, poniendo en peligro el derecho a informar, la libertad de expresión y la democracia misma.

También, en este orden de ideas, consideramos, que lo urgente y necesario, es revitalizar un plexo normativo que garantice la autodeterminación informativa de los sujetos, un dominio y eficacia que vaya más allá de la privacidad y protección de

datos. Que nos permita pensar en el campo jurídico en una síntesis que proteja a los sujetos en todas sus dimensiones. Esto es darle el poder necesario como ciudadano de poner en valor y debate sus condiciones sociales, económicas, políticas y culturales para que se abra un diálogo inclusivo, en especial en aquellos sujetos que se encuentran en constante situación de vulnerabilidad como niños/as, adolescentes, mujeres, disidencias, etc. y de esa manera evitar que se terminen lesionando aún más su autodeterminación informativa, tanto en lo individual como en lo colectivo.

REFERENCIAS

1. Breve análisis de la ley de defensa de la competencia. Comisión Nacional de Defensa de la Competencia- agosto 1997.
2. Coloma, G. (2019) Las guías de la CNDC para los casos de abuso de posición dominante. Revista La Ley. Año LXXXIII N° 174. Fecha de publicación: 17/09/2019
3. Decreto Reglamentario 1558/2001 de la ley 25326 -2001
4. Decreto Reglamentario 480 / 2018 de la ley 27442 - 2018
5. Dictamen N° IF-2021-42671970-APN-CNDC#MDP de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia.
6. Documento sobre sugerencias y aportes recibidos en el proceso de reflexión sobre la necesidad de reforma de la ley 25326 - agosto/diciembre 2016. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Subsecretaría de Asuntos Registrales.
7. Echeburúa, E. Atrapados por las redes sociales. Revista Digital Crítica. 2013. <http://www.revista-critica.com/la-revista/monografico/analisis/46-atrapados-en-las-redes-sociales>.
8. Fallo Cámara Civil y Comercial Sala II - Sentencia abril 2022. Whatsapp LLC c/ Estado Nacional- Ministerio de Desarrollo Productivo Comisión Nacional de Defensa de la Competencia.
9. Fallo CSJN - Halabi Ernesto c/PEN - Ley 25873, Dto. 1563/04 s/amparo Ley 16986.
10. Galloway, S. (2018). Four: El ADN secreto de Amazon, Apple, Facebook y Google. Capítulo 4: Facebook. Penguin Random House Grupo Editorial. CABA.
11. Hassemer W., Chirino Sanchez, A: (1997) El derecho a la autodeterminación informativa y los retos del procesamiento automatizado de datos personales. Editores del Puerto SRL – CABA.

12. Ianello R. (2020) Aspectos Jurídicos de las aplicaciones de plataformas: Capítulo IV: Protección de Datos Personales en aplicaciones de plataforma. Editorial La Ley. CABA
13. Ley Nacional 25326 de Protección de datos personales (año 2000).
14. Ley Nacional de Defensa de la Competencia 27442 - mayo 2018
15. Lucas Murillo de la Cueva, P. : (2008) El derecho a la autodeterminación informativa y la protección de datos personales. BIBLID [1138-8552 (2008), 20; 43-58]
16. Reglamento General de Protección de Datos - Unión Europea.
17. Sánchez A., Silveira H., Navarro M. (2003). Tecnología, intimidad y sociedad democrática. Editorial Icaria. España.
18. Resolución 492/2021 de la Secretaría de Comercio Interior.
19. Resolución 224/2022 de la Secretaría de Comercio Interior.
20. Srnicek, N. (2018). Capitalismo de Plataforma. Editorial Caja Negra. CABA
21. Vercelli, A. (2015). Repensando las regulaciones de internet. Análisis de las tensiones políticas entre no-regular y re-regular la red-de-redes. Revista Chasqui, Número 129, agosto – noviembre, pps.: 95 – 112. Disponible en <http://revistachasqui.org/index.php/chasqui/article/view/2470/2543>
22. Vercelli, A. (2019). Facebook Inc. – Cambridge Analytica: (des)protección de datos personales y campañas globales de desinformación. Electronic Journal of SADIO, Año: 2019 vol. 18 p. 57 – 70. Buenos Aires: Sociedad Argentina de Informática (SADIO). Disponible en <https://publicaciones.sadio.org.ar/index.php/EJS/article/download/146/129/>
23. Vercelli A., Bürki P.: La autodeterminación informativa de personas y poblaciones: relevamiento y análisis de las regulaciones que afectan los flujos de datos / informaciones - ponencia presentada 50° JAIIO - 2021.
24. Zuazo, N. (2018). Los dueños de Internet. Cap. 4: Facebook y el monopolio de las noticias ¿Cómo controlar la opinión desde una fórmula secreta?- Penguin Random House Grupo Editorial. CABA.