

O EL PROBLEMA DE LA HETEROFORMACIÓN DE LA IDENTIDAD DIGITAL: FUNDAMENTOS DEL PRINCIPIO DE AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA

Eder Fernandes Monica
Universidade Federal Fluminense

RESUMEN

El presente artículo destaca la vuelta del problema de la heteronomía en el Derecho, ya no solo en el contexto de la transición al Derecho moderno “desencantado”, sino en el marco de las violaciones de nuestras libertades privadas en la sociedad digital. Para ello, se debate inicialmente la formación teórica de la “libertad de los modernos” y los temas que cimentaron la noción de la autonomía privada, en cuanto importante instrumento para la protección del sujeto y sus libertades, siguiendo la tradición jurídica occidental. Posteriormente, se aborda el concepto de “heteroformación de identidad digital”, demostrando las vulnerabilidades a nuestras libertades individuales derivadas del auge de las tecnologías digitales. Finalmente, se justifica la importancia del principio de autodeterminación informativa para fundamentar una nueva era de protección de sujetos en entornos digitales. Para garantizar la autonomía del “sujeto del derecho digital”, dentro de las premisas de esta autodeterminación informativa, resultan necesario avanzar en el debate sobre qué derechos individuales tendremos para este nuevo sujeto y qué instrumentos legales son los más efectivos para la protección de su autonomía. Como propuesta de ensayo, el artículo trabaja con una metodología cualitativa de revisión bibliográfica y análisis crítico para ofrecer alternativas teórico-conceptuales a los problemas destacados.

Palabras clave: heteronomía; identidad digital; sujeto de derecho digital; autodeterminación informativa

THE PROBLEM OF DIGITAL IDENTITY HETEROFORMATION: FUNDAMENTALS FOR THE PRINCIPLE OF INFORMATIONAL SELFDETERMINATION ABSTRACT

This article highlights the return of the problem of heteronomy in Law, no longer in the context of the transition to modern “disenchanted” Law, but within concerns about violations of our private freedoms in the digital society. For this, it initially debates the theoretical formation of the “freedom of the moderns” and the issues that cemented the notion of private autonomy, an important instrument for the protection of the subject and his freedoms, within the framework of the western legal tradition. Later, he works on the concept of “digital identity heteroformation”, demonstrating the vulnerabilities to our individual freedoms arising from the rise of digital technologies. Finally, it justifies the importance of the principle of informative self-determination to found a new era of subject protection in digital environments. To guarantee the autonomy of the “subject of digital law”, within the premises of this informative self-determination, we need to advance the debate on what individual rights we will have for this new subject and which legal instruments will be more effective in protecting their autonomy. As an essay proposal, the article works with a broad

bibliographic review and critical analysis to offer theoretical-conceptual alternatives to the highlighted problems.

Keywords: heteronomy; digital identity; subject of digital law; information self-determination

Recebido em: 30/06/2021

Aceito em: 02/07/2021

INTRODUCCIÓN

El individuo, al habitar entornos digitales como Internet y aplicaciones digitales, es, en su estructura física, una masa de datos binarios recogidos según estructuras de programación informática para recomponer significados identitarios, estéticos y simbólicos del individuo analógico. En este sentido, podemos afirmar que el “sujeto digital” es un sujeto informativo, conformando su identidad digital y la recopilación de datos recabados sobre él. Es decir, es el resultado de la aglutinación de datos en patrones de reconocimiento funcional, desde los meramente informativos, como los datos sobre las características personales y únicas de los sujetos, hasta los patrones visuales utilizados para el reconocimiento e individualización de los sujetos - como los avatares: los “cuerpos digitales” que son figuras gráficas para la simulación de identidades analógicas en el mundo digital.

En un sentido más individual e, inicialmente, sin ninguna evaluación crítica profunda, la construcción de la identidad digital del sujeto es un terreno de aparente libertad, ya que muchas plataformas y aplicaciones digitales permiten a los usuarios construir perfiles a partir de sus propias preferencias, dándoles la oportunidad de seleccionar las características personales que más le agraden presentar y de excluir aquellos elementos que prefieren mantener ocultos al público. En este nivel meramente individual y acrítico, podemos percibir elementos mínimos de una autodeterminación identitaria en esta selección de preferencias personales para la identificación digital de sujetos. En algunos casos, esta identificación no necesita coincidir con nuestra identidad analógica. Sin embargo, en muchas situaciones, la correspondencia es necesaria, especialmente cuando estamos ante abusos y violaciones, tanto por parte del sujeto que falsifica una identidad por acciones abusivas e ilegales, como por terceros al interferir en la privacidad, libertad y autonomía de los sujetos en entornos digitales. En el primer caso, la correspondencia entre lo analógico y lo digital se hace necesaria para la rendición de cuentas de las personas que se esconden detrás de perfiles falsos - o no identificados - para la realización de actos abusivos o ilegales. En el segundo caso, esta correspondencia sirve para la protección de las personas cuando fuerzas externas puedan vulnerar sus derechos individuales, afectando su libertad.

El tema de investigación del presente trabajo se centra precisamente en este segundo caso, la vulneración de nuestros derechos individuales en entornos digitales por parte de sujetos externos, específicamente cuando utilizan nuestros datos personales para interferir en nuestra voluntad y autonomía de toma de decisiones. Para la situación de interferencia externa en un intento de manipular nuestra capacidad de decisión, utilizo el concepto de “heteroformación de nuestra identidad digital”. Con él, quiero unirme a aquellos análisis que constatan que la identidad en línea

no se está definiendo desde la autonomía del individuo, sino de forma heterónoma, es decir, impuesta externamente por agentes o acciones que manipulan o configuran la identidad de la persona según preceptos que no provienen de su propia libertad de elección, lo que pone en tela de juicio la tradición de proteger nuestros derechos individuales y el derecho al libre desarrollo de nuestra personalidad.

Para debatir los fundamentos que justifican el principio de autodeterminación informativa, que es el foco de este artículo, trabajo con la hipótesis de que el rescate de la autonomía privada en entornos digitales es posible a partir de la realización del principio de autodeterminación informativa, fundamento de las normativas en materia de protección de datos personales, y la ampliación de la noción de derechos individuales y de la protección del sujeto de derecho a los entornos digitales, con sus necesarias adaptaciones. En primer lugar, sintetizo el concepto de sujeto moderno y la tradición de los derechos individuales como elementos normativos protectores de nuestra autonomía privada, señalando los problemas derivados del surgimiento de las tecnologías digitales y su impacto en los sujetos digitales. Posteriormente, desarrollo el tema de la “heteroformación de la identidad del sujeto digital”, destacando su contexto y sus temas principales. Finalmente, se sirve de lo anterior para justificar el uso del principio de autodeterminación informativa como guía para las normativas de protección de datos, sirviendo como instrumento para rescatar la autonomía privada del sujeto en el mundo digital, entendida como una continuación de las promesas modernas de protección del sujeto dentro de la tradición de los derechos individuales. Como propuesta de ensayo, utilizo de una metodología cualitativa de revisión de la literatura y un análisis crítico para ofrecer nuevas oportunidades de alternativas teórico-conceptuales para los problemas destacados.

1. EL SUJETO MODERNO Y SUS LIBERTADES: caminos hacia el sujeto digital

La misión del Derecho moderno es fundar sus bases normativas en una justificación postradicional. Ya no puede anclarse en tradiciones metafísicas o religiosas; debe buscar sus bases racionales dentro de parámetros democráticos y con la participación de todos los afectados por las normas legales, y debe construir medios para conciliar la pluralidad de cosmovisiones existentes en sociedades complejas, que ya no admiten una sola metanarrativa para justificar nuestra vida en sociedad. Así, este orden jurídico moderno ya no se sustenta como reflejo de un orden superior impuesto desde arriba de forma heterónoma, como en órdenes anteriores basados en narrativas religiosas o tradicionalistas. Cuanto más aumenta la complejidad social y mayor es el debilitamiento de las antiguas estructuras justificativas del mundo, mayor es la necesidad de reemplazar esta

obsoleta heteronomía tradicionalista por mecanismos legales operados con base en la autonomía de los sujetos. Además, cuanto más se inculca la noción de libertad de los individuos en la cultura contemporánea, mayor es el clamor por la autodeterminación de sus vidas, o por los medios para que el sujeto tome las riendas de su propio destino y se proteja de las agresiones externas dentro de su ámbito privado de libertad.

Utilizando el concepto de heteronomía, pretendo hacer una contraposición al concepto de autonomía según la tradición filosófica kantiana y las definiciones que Kant trabajó en su obra *Fundamentación de la Metafísica de las costumbres* (KANT, 2007). Con este concepto, el filósofo explicaba la situación en la que un sujeto está subordinado a la voluntad de los demás o de una colectividad, oponiéndose a la noción de autonomía, por la cual el sujeto ejercitaría su capacidad de voluntad y expresaría su voluntad libremente. Es decir, en un contexto heterónimo, el sujeto está subordinado a una ley externa impuesta por la voluntad de los demás. Es una condición de sumisión y de obediencia en la que las reglas de conducta que deben observarse provienen del exterior y no de nuestra propia voluntad. En un sentido jurídica condición de la heteronomía es someterse a valores y tradiciones dados de antemano; la condición de autonomía, en cambio, permite al sujeto una postura diferente: su capacidad para reflexionar sobre las condiciones y posibilidades de las normas que debe seguir son elementos necesarios para una adecuada gestión de un sistema democrático, que, por regla general, debe proveer las posibilidades para que el sujeto elaboreo preste su consentimiento a las mismas reglas que debe seguir, garantizando la autodeterminación de las personas de acuerdo con principios y valores morales que se justifiquen racionalmente, no solo sobre la basa de la tradición o de la imposición de reglas o costumbres de trasfondo religioso.

Una de las tareas del Derecho moderno consiste en la creación de estructuras institucionales para la realización de esta promesa de autonomía y protección del sujeto frente a ataques externos injustificados o no autorizados, según las premisas de este "mundo desencantado", es decir, en un contexto en el que sólo son legítimas las reglas de conducta basadas en la racionalidad y la participación en la toma de decisiones de los afectados. Centrándonos únicamente en la formación de la noción de individuo en la modernidad y en la constitución de la noción de sujeto de Derecho moderno¹, podemos ver que la construcción de esferas de libertad y autonomía es una de las principales marcas del desarrollo histórico del proyecto de modernidad. Habermas (2003, p. 113-

¹ El concepto de individuo se utiliza aquí para referirse a la condición del ser humano como universal, es decir, su designación como ser único, específico, distinto de los demás e independiente de su vínculo con cualquier orden social, político o jurídico. El concepto de sujeto, por otro lado, especialmente cuando se especifica como sujeto de derecho, se usa para referirse a la condición de un individuo que está sujeto a un cierto orden normativo. En el transcurso de este trabajo, cuando me refiero al tema de derecho digital, estoy trabajando con la percepción de que se está desarrollando un nuevo orden normativo para la esfera digital y los individuos que se ven afectados por su normatividad necesitan ser reconocidos como individuos sujeto a este orden, tanto para la consolidación de sus derechos como para la caracterización de sus deberes y responsabilidades.

128), al analizar la dogmática del derecho civil en el contexto alemán, señala que la distinción que hace la teoría del Derecho moderno entre derecho objetivo y derechos subjetivos es el resultado de la descomposición de las instituciones tradicionales feudales, especialmente las religiosas, en un proceso que llamará de “desencantamiento de la ley”. Estas instituciones, que estaban por encima del orden jurídico, establecían un orden objetivo único que no otorgaba a sus súbditos ningún grado de disposición de voluntad, pues se entendía a sí misma como completa y portadora del correcto sentido del mundo que debía observar.

El aumento de la complejidad de las sociedades, la expansión de las dinámicas de mercado que privilegian la voluntad del individuo como consumidor, la disminución de la autoridad de las religiones para definir los significados de la vida colectiva y la solidificación de las concepciones normativas del individuo, especialmente aquellas de la tradición liberal que funden la noción de libertad con la noción de individuo, formó el telón de fondo de una nueva dimensión objetiva del derecho, por la cual todos los sujetos de una comunidad jurídica están vinculados a un orden genérico y abstracto, válido para todos, y para una dimensión subjetiva de este orden, que otorga a los sujetos de este derecho libertades jurídicas para actuar individualmente en función de su propia autonomía de decisión. Una larga trayectoria de refundación del Derecho parte de pilares sustentados en la preocupación por la autonomía de decisión del sujeto, en la que los destinatarios de las normas jurídicas seran, a su vez, también sus propios autores, superando, en cierta medida, los problemas referentes a la condición de heteronomía del Derecho basado en las tradiciones o en la costumbre.

Este inicio de la dogmática del Derecho civil², que tuvo como contexto la disputa teórica sobre la primacía entre derechos subjetivos y derechos objetivos³, asentará una tradición jurídica que fue liberándose paulatinamente de los antiguos fundamentos tradicionales, con el objetivo de llevar a cabo el proyecto de promoción de la libertad y autonomía de las personas, especialmente con la separación entre los intereses públicos, justificables cuando en interés de todos, y los ámbitos de las libertades privadas, protegidos de ataques externos y amparados por el propio orden jurídico como lugar de la libre realización de los intereses de las personas, siempre que lo permita el

² Esta tradición alemana de dogmática del derecho civil tiene un profundo debate sobre la tensión entre los polos del derecho objetivo y subjetivo, siendo los principales autores Savigny, Puchta, Windscheid, Ihering, Kelsen y Schmidt. Para un debate en profundidad sobre este contexto, consulte el trabajo: WIEACKER, Franz. Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna. Madrid, Aguilar, 1957.

³ Esta disputa se puede resumir en tres grandes momentos, en la síntesis realizada por Felipe Gonçalves Silva: la caracterización de los derechos subjetivos como transposición de mandamientos legales objetivos al poder de mando de la voluntad individual (Windscheid); los derechos subjetivos como poder legalmente protegido para la satisfacción de intereses (Ihering); derechos subjetivos como una autorización objetiva para un libre albedrío estrechamente delimitado (Kelsen). Consulte: SILVA, Felipe Gonçalves. Liberdades em Disputa: a reconstrução da autonomia privada na teoria crítica de Jürgen Habermas. Tese (doutorado) Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, 2010, p. 60.

ordenamiento jurídico mediante el binarismo de legalidad e ilegalidad instituido por el Derecho positivo. Independientemente de los lados de esta disputa teórica y de los fundamentos que estos teóricos encuentran para la precedencia de los derechos - disputa que se sintetizará en la tensión entre las perspectivas liberal y republicana del Derecho - su gran valor fue la implementación de mecanismos capaces de garantizar la libre disposición de voluntades individuales, que prescinde de una motivación interna para la acción, protegiendo a los sujetos de las limitaciones físicas, subjetivas y psicológicas para actuar, estableciendo en la historia del Derecho occidental moderno la nuclearidad de los derechos individuales en casi todos los ordenamientos jurídicos nacionales.

Esta institucionalización de los límites entre el sujeto y su exterior delimitaría la noción misma de autonomía privada, ese espacio en el que el sujeto tendría la libertad de establecer las reglas de su propia acción libre de las restricciones o manipulaciones externas que tanto pudieran provenir de otros sujetos privados, cuánto de las autoridades políticas de la sociedad. La mayoría de los sistemas legales nacionales occidentales comenzaron a adoptar reglas constitutivas de las esferas de las libertades individuales como parte de un requisito casi natural para la gestión de las prácticas legales cotidianas, independientemente de las ideologías políticas dominantes, tanto liberales, republicanas como socialistas.

Al observar el inicio de este contexto de configuración e institucionalización de un nuevo sentido de libertad, Benjamin Constant, en un escrito de 1819, acuñó el concepto de "libertad de los modernos", es decir, una libertad específica surgida de las revoluciones burguesas modernas, que se opone a la "libertad de los antiguos" (CONSTANT, 1985). Esta libertad moderna es el resultado de nuevas prácticas sociales, que buscan satisfacer las necesidades y los deseos de los individuos, guiados por el amor a la independencia individual. El establecimiento progresivo del comercio, dentro del auge dominante del capitalismo, hizo que las formas de felicidad privada se multiplicasen y se desarrollase la creencia de que la satisfacción de estos deseos privados dependía exclusivamente del esfuerzo de cada uno. El goce de esta independencia privada y la búsqueda de la satisfacción de intereses privados requerirían la imposición de límites a la actuación de las autoridades políticas a través de garantías institucionales, en cuanto respuesta a la afirmación de los derechos individuales.

En la lectura de Isaiah Berlin (2002) del argumento de Constant, esta libertad llega a ser interpretada como "libertad negativa", ya que tiene la función de negar el acceso a las áreas privadas de los individuos. Requeriría otra tarea de la modernidad: la de establecer la separación entre lo público y lo privado a través de los derechos individuales, que sería el instrumento legal para la protección de los sujetos de derecho frente al poder público y tendría el carácter de derechos no negociables, quedando al margen del debate público porque se entienden como derechos

prepolíticos, anteriores a cualquier vínculo corporativo o asociativo de los individuos. La distinción entre lo público y lo privado exige a los poderes públicos la tarea de definir qué aspectos de la vida del sujeto son privados y, por tanto, se encuentran protegidos de injerencias externas, de cualquier tipo o provenientes de cualquier persona. Históricamente, este contenido de la esfera privada está ligado a la noción liberal de los derechos individuales, marcada por una profunda preocupación por los abusos de poder de los agentes políticos en la sociedad: la protección de la libertad y la libre conciencia del individuo; la garantía de la propiedad privada y el núcleo familiar de características burguesas; y la vida e integridad corporal de los sujetos⁴.

En un sentido similar, el ordenamiento jurídico internacional se guió por el discurso de los derechos humanos, que en general constituye un instrumento supranacional para promover las libertades individuales y limitar el poder soberano de los estados nacionales, como instrumento de protección de la esfera de las libertades privadas de los sujetos individuales, independientemente del vínculo de estos sujetos con una sociedad jurídica en particular. Cuando analizamos más profundamente este contexto, comprobamos que las raíces de este Derecho moderno están ancladas en el mismo fundamento desarrollado por los autores contractualistas que utilizaron las ficciones del estado de naturaleza como subterfugio racional para la justificación del Estado y el Derecho al inicio del proceso de disociación del Derecho en relación con las órdenes tradicionales medievales y religiosas. El propio discurso sobre los derechos humanos e individuales encuentra sus bases en la tradición liberal que se remonta a Locke y a los jusnaturalistas cuando justifican la existencia de los derechos humanos innatos, ya presentes en el estado de naturaleza⁵.

En este contexto, se observa una profunda conexión entre el proyecto de autonomía del sujeto por el Derecho y las estructuras jurídicas liberales, que utilizaron la noción de derechos humanos y derechos individuales para constituir la esfera protectora del sujeto, resguardando, en este núcleo de privacidad, las condiciones para el ejercicio de su libertad y de su autonomía sin la interferencia de elementos externos. Por otro lado, en la separación entre lo público y lo privado, la esfera pública se consolidó como el espacio deliberativo sobre los rumbos y caminos que tomará una sociedad determinada en nombre del interés colectivo ahora fundado sobre bases racionales y democráticas. Por lo tanto, la modernidad y la tradición liberal han realzado la individualidad como una de las características más llamativas de los sistemas legales occidentales. Como destaca Rodotà,

⁴ Son muchas las críticas a esta tradición liberal de comprensión del significado de la esfera privada, caracterizando principalmente sus insuficiencias e incapacidades para afrontar la realidad de la desigualdad fáctica entre las personas. No es el objetivo de este trabajo debatir tales insuficiencias y propuestas alternativas, ya que, para los fines aquí propuestos, es suficiente señalar que estas libertades individuales se han convertido en parte de la tradición jurídica occidental y que los efectos sobre la libertad y la privacidad en el entorno digital debe tomarse en serio, ya que son problemas específicos de una cultura jurídica y una forma social de entenderse a uno mismo como sujeto de derecho.

⁵ Para obtener una descripción general de los fundamentos del orden jurídico moderno, consulte, especialmente la Parte I del trabajo: GOYARD-FABRE, Simone. Os fundamentos da ordem jurídica. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

“la privacidad se configura así como una posibilidad para la clase burguesa, que logra realizarla principalmente gracias a las transformaciones socioeconómicas relacionadas con la Revolución Industrial” (2008, p. 26).

Este ascenso de la burguesía, junto con la construcción de este nuevo espacio de privacidad, trajo la necesidad de configurar una nueva forma de intimidad, que constituiría el contenido esencial de la privacidad y que se relacionaría directamente con tres ejes analíticos: la urbanización creciente, el incremento de mecanismos de gubernamentalidad del sujeto y la expansión del capitalismo. El fenómeno de la urbanización de la sociedad trajo una mayor proximidad entre las personas como resultado de la creciente densidad poblacional de los espacios urbanos, aumentando también la percepción de la necesidad de límites físicos para salvaguardar la individualidad de los sujetos. Además, la ingeniería social necesaria para responder a la creciente complejidad social está marcada por el avance de los mecanismos de gubernamentalidad del sujeto, especialmente los relacionados con el control y vigilancia poblacional y los sistemas de seguridad social. Esta creciente gubernamentalidad sobre el sujeto también ayudó en la búsqueda de instrumentos de protección frente a los abusos de poder, estableciendo la necesidad de la positivización de los derechos individuales en los ordenamientos jurídicos constitucionales. Finalmente, la expansión y la hegemonía del modo de producción capitalista incorporó su propósito lucrativo a la cultura económica y convirtió el consumo en una necesidad social, inculcando en los individuos sus ideales, como la satisfacción de los deseos personales, la autorrealización y el emprendimiento, todo guiado por los principios de libre mercado. En este contexto, puede afirmarse que el individuo solo podrá disfrutar de su libertad si cuenta con la protección de su espacio privado para el desempeño de su autonomía. Por lo tanto, estos tres conceptos están interconectados y son las perspectivas de un fenómeno más amplio, que es la realización de los sentidos de libertad de los modernos dentro de la tradición jurídica liberal.

En un sentido más personal, este espacio reservado a la intimidad también se manifiesta como una forma de expresión de la personalidad de los sujetos. Como resume Cancelier, también se busca un “espacio que permita la diferenciación del individuo de la sociedad” (2017, p. 216). La oposición entre lo privado y lo público permite al sujeto desarrollar su personalidad y características personales en contraste con el mundo externo y social. Así, dentro de las condiciones dadas por la modernidad, la construcción de la identidad del individuo depende, en gran medida, de esta esfera protectora de su individualidad, asegurando que sus elecciones, preferencias y determinaciones personales puedan ejercerse libremente. En este contexto, la autonomía privada, cuando se enfoca en el trato personal, debe ejercer su máxima efectividad, generando condiciones satisfactorias para la autodeterminación de la identidad de los sujetos. Este punto es de suma importancia para el

objeto de estudio de este artículo y será abordado de nuevo en apartados posteriores, ya que su punto principal consistió precisamente en la ampliación de las posibilidades de autodeterminación de los sujetos en entornos digitales como mecanismo de afrontamiento de los problemas de la heteronomía en el mundo digital.

Volviendo al contexto del desarrollo de la privacidad en la modernidad, mientras el siglo XX siga promoviendo la positivización e incorporación del derecho a la privacidad en los ordenamientos jurídicos nacionales, este derecho se verá ampliado y se consolidará como parte de una cultura de protección del sujeto y de promoción de los medios para su autodeterminación libre y sin trabas. Poco antes del cambio de siglo, los juristas estadounidenses ya vinculaban la noción de privacidad con el “derecho a estar solo”, aunque vinculaban esta preocupación a los problemas específicos de la intimidad de la alta burguesía, como destaca Rodotà (2008, p.28). En todo caso, ya se señaló una preocupación respecto a la protección de la personalidad humana⁶, buscándose los medios para la defensa jurídica del derecho a la intimidad. El artículo pionero de Warren y Brandeis (1890) ya señalaba que el advenimiento de las tecnologías modernas, como la fotografía instantánea y las empresas de comunicación, estaba afectando la preservación del espacio privado. Debatido este contexto, Doneda (2000, p. 40) sostiene que el desarrollo de la tecnología ha traído, además de todos los beneficios y ventajas de sus funcionalidades, una redefinición de los límites del derecho a la privacidad, principalmente por la forma en que abrió al público temas que antes estaban restringidos solo al círculo de personas más cercanas al tema.

Stefano Rodotà (2008) destaca que la época dorada de la protección de la intimidad de los sujetos se produjo principalmente en la segunda mitad del siglo XIX, época en la que tuvo lugar una gran centralización del modelo jurídico liberal clásico en la mayoría de los ordenamientos jurídicos occidentales. Pero este escenario burgués de la formación de la noción moderna de privacidad hizo más efectivos los mecanismos de protección del sujeto en relación con la élite social, generando una desigualdad en el tratamiento de los sujetos. Esta desigualdad fue objeto de muchas críticas durante el siglo XX, pero fue principalmente después de la Segunda Guerra Mundial cuando los Estados comenzaron a actualizar la noción jurídica de los derechos individuales, en un intento por resolver las insuficiencias de su aplicabilidad a una sociedad compleja y multifacética que no se limitaba únicamente al modelo burgués del sujeto. Fueron cubiertas otras áreas vinculadas con la protección

⁶ Samuel Warren y Louis Brandeis publicaron en 1890 el famoso artículo *The Right to Privacy*, que se convirtió en uno de los hitos en el inicio de la historia del derecho a la privacidad. La motivación subyacente para escribir este artículo fue la divulgación no autorizada de hechos íntimos sobre el matrimonio de la hija de Warren, una preocupación específica de la sociedad burguesa superior de Estados Unidos, pero que está directamente ligada al inicio de la tutela sobre la intimidad y la personalidad humana. Para el artículo de los autores, consulte: WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis, D. Right to privacy. Harvard Law Review, v. IV, n. 5, diciembre de 1890. Disponible en: <https://www.cs.cornell.edu/~shmat/courses/cs5436/warren-brandeis.pdf>.

de la privacidad, en un intento de consolidar la percepción de que la privacidad tendría una relación directa con el ejercicio de la libertad y que todo lo que integraba esta estructura debería recibir su protección, ya que también son esenciales para el desarrollo y libre ejercicio de la personalidad del individuo. Como destaca Cancelier (2017, p. 219), la relación del individuo y la sociedad con los espacios públicos y privados ha experimentado cambios significativos, aumentando el interés y promoviendo la democratización del derecho a la privacidad, “expandiendo sus fronteras, llegando a nuevos sujetos, abarcando diferentes objetos y haciéndose presente en lugares que antes eran incompatibles con él”.

En el contexto actual, nos damos cuenta de que el avanzado desarrollo de las tecnologías digitales ha puesto a prueba la continuidad y existencia del derecho a la privacidad en la esfera digital, así como nuestras libertades individuales fundamentales. La “relación entre la identidad libremente construida por el sujeto y la intervención de terceros, como una actividad creciente, ha dado un giro completo debido a los cambios tecnológicos en las modalidades de manejo de la información personal” (RODOTÀ, 2014, p. 293). En este sentido, nos centramos en el el siguiente apartado el contexto de la heteroformación de nuestra identidad digital para, secuencia continuación, analizar los recientes intentos de abordar este problema.

2. LA HETEROFORMACIÓN DE LA IDENTIDAD DIGITAL: problemas de una nueva era

Al analizar la privacidad en los tiempos actuales, Stefano Rodotà (2008, p. 25) señala la necesidad de expandir el concepto de privacidad en una sociedad altamente digitalizada. Percibiendo el fenómeno de la digitalización como algo que se está dando en un marco global, ya no es posible considerar técnicas legales para preservar la privacidad solo por los extremos del espacio de privacidad del sujeto y por la esfera pública en la que todo es transparente y accesible, o entre proteger el hogar y el refugio de la intimidad y los lugares de acceso público abierto a todos. Estos extremos suelen ser situaciones cada vez más alejadas de la realidad de la vida en la sociedad digital, ya que reflejan una forma específica de sociedad urbana y burguesa, basada en proteger una individualidad con técnicas que no tienen poder efectivo para enfrentar los problemas de esta nueva realidad. En este sentido, Doneda (2008) destaca que el derecho a la privacidad ya no puede limitarse a la libertad negativa o encajar en las viejas distinciones entre lo público y lo privado, principalmente como resultado de las transformaciones espaciales operadas por las nuevas tecnologías.

Las tecnologías de la información y la comunicación actuales, las denominadas TIC, especialmente las operadas por dispositivos digitales, han traspasado las antiguas fronteras entre lo

público y lo privado, accediendo a una información que antes eran prácticamente imposibles de ser obtenida por sujetos ajenos a la convivencia de un determinado individuo. Este acceso más generalizado y las posibilidades avanzadas para difundir y publicar datos han hecho que las protecciones de privacidad anteriores volvieran obsoletas. Con la llegada de la Internet, la información sobre las personas, antes restringida al ámbito privado, se ha convertido en información a la que puede acceder cualquier persona que tenga conocimientos técnicos especializados para su recopilación y procesamiento, estando disponible para una variedad de propósitos, muchas veces sin el consentimiento de sus titulares. Además, la expansión de la Internet como principal medio de comunicación y conectividad entre las personas nos ha llevado a una profunda dependencia de esta herramienta de comunicación, que es hoy uno de los principales medios para la sociabilidad y para otras tareas de la vida pública.

Esta omnipresencia de Internet y de las tecnologías digitales nos ha obligado a transferir prácticamente todos los datos de nuestras vidas al mundo digital, abandonando los antiguos medios analógicos para proteger nuestra información personal. Dejamos nuestros rastros electrónicos en todos los lugares en los que navegamos por Internet. Los sistemas de *Big Data*⁷ recopilan todos estos datos, almacenándolos y procesándolos para diversos fines. Y este rápido proceso de digitalización de la sociedad, sin la preparación adecuada y el tiempo necesario para nuestra adaptación, nos está haciendo perder la conciencia respecto a la expansión del uso de las tecnologías digitales, que empezaron a decidir por nosotros, erosionando nuestra autonomía y produciendo el fenómeno que Hildebrandt lo definió como “inconsciencia digital” (HILDEBRANDT, 2015). Esta “inconsciencia” se destaca principalmente dentro de la heteroformación de nuestra identidad digital: todavía no tenemos una idea correcta de lo dañina que ha sido esta constante interferencia en nuestra privacidad y libertad individual.

Estos datos recopilados por los sistemas de *Big Data* generan recursos para un nuevo mercado, un capitalismo basado en datos que son utilizados por las empresas para alcanzar nuevas oportunidades de ganancias. Por un lado, estas empresas buscan comprender mejor su mercado de consumo en base a nuestra navegación por Internet y nuestras preferencias de consumo extraídas de nuestras pistas digitales, que muchas veces se utilizan sin el consentimiento y conocimiento de los propios sujetos. Por otro lado, al comprender mejor los perfiles de sus potenciales consumidores, inducen, a través de anuncios dirigidos, una determinada conducta de consumo, promoviendo modulaciones conductuales que pasan desapercibidas para los destinatarios, imponiendo, desde

⁷ Para una crítica sobre el uso del concepto de *big data*, sus exageraciones e inexactitudes y el impacto epistemológico que ocurrió principalmente en las ciencias sociales, con el cambio en las metodologías de análisis estadístico, verifique: BOYD, Danah & CRAWFORD, Kate. Critical Questions for Big Data: provocations for a cultural, technological and scholarly phenomenon. In: Information, Communication & Society. Vol. 15, n. 5, junho de 2012, pp. 662-679.

fuera y en secreto, voluntades y deseos a los sujetos de modo heterónomo, dañando su capacidad de autonomía.

Existe un uso muy controvertido de nuestros datos personales, algo que ha dado lugar a una preocupación con la adopción de legislación protectora para nuestros datos personales. Según Nick Srnicek (2017), con este “capitalismo de plataforma” estaríamos ante un nuevo régimen de acumulación de capital operado por un nuevo modelo organizativo de sociedad y marcado por la explotación económica de los datos, a través del cual empresas privadas explotarían económicamente a los sujetos utilizando las plataformas tecnológicas creadas por grandes empresas tecnológicas. En este caso, los datos digitales personales y la información psíquica y emocional de los sujetos serían la principal moneda de cambio de este nuevo modelo de negocio. De esta información extrae, que no siempre se entrega de forma consentida y con conocimiento preciso sobre sus finalidades, perfiles de consumo, preferencias y tendencias del mercado que, una vez debidamente analizadas y tratadas por especialistas, permiten la manipulación y control del comportamiento de los consumidores, que se orientan a los fines específicos de la empresa en una determinación heterónoma de sus deseos.

Se crean nuevos modelos comerciales mediante la extracción y procesamiento de datos que tienen valores psíquicos y emocionales de los sujetos, dentro de una “economía psíquica de algoritmos” (BRUNO, 2018)⁸. Capturar nuestras emociones abre espacio para nuevas especialidades del mercado, como el diseño de emociones y el uso avanzado de tecnologías de inteligencia artificial, utilizadas para crear perfiles de mercado que guían el comportamiento del consumidor a través de patrones supraindividuales o interindividuales que permiten hacer predicciones a gran escala. Esta modulación o inducción del comportamiento del consumidor afecta a su autonomía de toma de decisiones precisamente porque esta inducción se configura a partir de perfiles estandarizados e intereses económicos externos y es operacionalizada por nuevos mecanismos de marketing personalizados operados dentro de plataformas digitales. Es precisamente en este aspecto en el que hablamos de una heteroformación de la identidad del sujeto y no solo de su voluntad. Esta manipulación de datos se basa en perfiles específicos de individuos que no son el resultado de los elementos reales que los caracterizan. Como señala Parra (2016), el perfil importa más que el individuo detrás de él. Por regla general, este sistema de recopilación de datos no

⁸ Por "economía psíquica de los algoritmos", Bruno entiende la inversión contemporánea, tecnocientífica, económica y social en procesos algorítmicos de captura, análisis y uso de información psíquica y emocional extraída de nuestros datos y acciones en plataformas digitales (redes sociales, aplicaciones, servicios de *streaming*, plataformas de intercambio y/o consumo de contenidos audiovisuales etc.). La información que interesa al capitalismo de datos de ritmo rápido ya no son solo las huellas de nuestras acciones e interacciones, sino también su “tono” psíquico y emocional. Es esta economía psíquica y afectiva la que alimenta las estrategias actuales para predecir e inducir comportamientos en las plataformas digitales (y, eventualmente, fuera de ellas). Verificar: BRUNO, Fernanda. A economía psíquica dos algoritmos: quando o laboratório é o mundo. In: NEXO Jornal, Brasil, 12 jun. 2018, p. 1-3.

pretende excluir completamente la libertad del individuo, sino conocer lo que desearía dentro de este perfil de disposiciones de consumo y anticipar su decisión, ofreciendo lo que probablemente desearía consumir o induciendo su decisión de modulaciones de comportamiento que probablemente afectarán su poder de decisión.

Si en base a nuestros gustos y según técnicas de *online behavior advertising* (publicidad comportamental online) nos muestran y nos ofrecen productos (de todo tipo, música, ocio, viajes, consumo...) que encajan o coinciden con nuestras preferencias como resultado de la recogida de datos que se produce en nuestra vida en Internet, lo cierto es que lo más probable es que nos sintamos cómodos con lo que se nos ofrece, pero cerrará o al menos no facilitará el acceso a otros productos que puedan enriquecer nuestra personalidad. A largo plazo y de forma casi desapercibida, puede afectar e incluso definir desde el exterior la personalidad del ser humano, que poco a poco se vuelve más controlable y maleable (PIÑAR MAÑAS, 2018, p. 102).

Estamos ante lo que convencionalmente se denomina “gestión algorítmica de la conducta”, que estructura toda una dinámica de captura y uso de datos y que se realiza a través de modelos de gestión de conducta operados por códigos digitales. Estos modelos pueden variar en intensidad en la modulación de la capacidad de decisión de los individuos: van desde modelos predictivos que solo se preocupan por la predicción y construcción de mapas de posibles y futuros comportamientos de consumo, hasta modelos más invasivos, como la captura o el *engagement*, que intervienen en el flujo del comportamiento de los sujetos, desde recomendaciones sutiles hasta el uso de instrumentos computacionales para cambiar creencias y comportamientos (BRUNO, et al, 2019). En este punto, nos enfrentamos a una “identidad algorítmica” (CHENEY-LIPPOLD, 2017), un tipo de individualidad que va mucho más allá de la individualidad corporal de los individuos en su vida fuera del ámbito digital, basada en “estereotipos de performance específicos”.

Como señala Marina Borges (2020), esta tecnología de recolección de datos basada en algoritmos promueve una forma avanzada de *marketing* basada en la información recolectada de los sujetos. Ofrece un producto que sea lo que el consumidor "desearía", o manipula los deseos del consumidor para que quiera el producto que se ofrece. Cuanto más se avanza con las tecnologías de *Big Data* e inteligencia artificial para el tratamiento de datos, más preciso se vuelve este proceso de *marketing* personalizado, con profundas implicaciones para la autonomía del individuo, principalmente por las posibles manipulaciones de su voluntad operadas por mecanismos que son externos, como es el caso del mercado interfiriendo y manipulando la autonomía de los sujetos consumidores. Actualmente, los mecanismos internos de funcionamiento de los algoritmos de las empresas privadas son secretos, de acuerdo con la dinámica del mercado que imponen una legislación que protege la libertad de comercio que también se extiende a los códigos informáticos, con la justificación de que la protección de la propiedad intelectual e industrial de la empresa es

esencial para este modelo de negocio y para proteger la competencia. Sin embargo, la consecuencia para las personas es la monetización de la privacidad, ya que este modelo de negocio opera sobre la base de datos compartidos en la red. La propia autora sostiene que el capitalismo está transformando el “yo” en material rentable, y la mercantilización de la identidad tiene un mal revés, a saber, la reducción de la protección de la intimidad.

En el campo político, tenemos consecuencias similares. El monitoreo de los usuarios de las plataformas sociales ha permitido la extracción de perfiles con fines electorales, manipulando al electorado en su capacidad de tomar decisiones políticas⁹. Aquí, el gran problema es que el votante es entendido como un "mercado consumidor" o colocado en la posición de consumidor de las plataformas políticas partidistas (BORGES, 2020, p. 164-170) al mismo nivel que el desempeño de las empresas privadas dentro de el "capitalismo de datos", donde partidos políticos y candidatos utilizan los datos de los sujetos para construir estrategias para convencer y conquistar nuevos territorios electorales, entendiendo las preferencias, características y aspiraciones de un determinado nicho electoral. Estos datos son manipulados y tratados con miras a acciones electorales estratégicas, que afectan directamente la autonomía de los sujetos a la hora de decidir sobre las propuestas políticas de sus candidatos.

En relación al aparato estatal de control y gobernanza del sujeto, estamos ante nuevas técnicas para una gubernamentalidad digital, que establece una profundización del control de los agentes gubernamentales en relación a los ciudadanos. Las Administraciones Públicas vienen adoptando con gran intensidad sistemas de vigilancia para mejorar la seguridad ciudadana y los procesos de identificación civil, con sistemas avanzados de bases de datos para la gestión de la información personal de sus ciudadanos, así como sistemas automatizados para decisiones administrativas y judiciales, sistemas de inteligencia logística, espionaje y de mejora de las fuerzas policiales y militares, entre otros. Y aquí existe una alianza creciente entre gobiernos y entidades privadas para enfrentar los “desafíos de una sociedad basada en datos”, como señala Mantelero (2018), cuando se trabaja en la relación entre ciudadanía y gobernanza digital. La vigilancia estatal es ahora más eficiente con el uso masivo de las redes sociales y mediante asociaciones entre el gobierno y las empresas de datos privadas. Todos estos cambios apuntan a un poder mucho mayor de los Estados en el control de su población. Esto nos lleva a un mayor riesgo de abusos de poder

⁹ Uno de los casos más emblemáticos para ejemplificar este problema ocurrió en 2016 con Cambridge Analytica, que ganó popularidad mundial, especialmente después de la penalización que la justicia estadounidense impuso a la empresa *Facebook*. Una búsqueda rápida en Internet nos trae numerosas novedades sobre el caso. El periódico *El País* mantiene una página específica para el caso *Cambridge Analytica* y otros casos similares. Conferir: <https://brasil.elpais.com/noticias/caso-cambridge-analytica/>

por parte de agentes estatales y, necesariamente, a una reafirmación de la necesidad de instrumentos de protección para el sujeto.

En resumen, dados estos aspectos fácticos que surgen tanto de las empresas privadas como de las entidades gubernamentales, la identidad digital difícilmente se puede definir en función de la autonomía de la persona, sino de forma heterónoma. Se crea una “situación de dependencia que determina la construcción de una identidad 'externa', y que califica la identidad de formas que reducen el poder de gobierno del interesado” (RODOTÀ, 2014, p. 293). Estamos ante una “nueva vulnerabilidad social” por causa de una “identidad capturada” por mecanismos digitales algorítmicos (RODOTÀ, 2014, p. 307). Como argumenta Piñar Mañas, el “poder de los algoritmos puede configurar la identidad de una persona, una identidad controlada, diseñada y supervisada”, cuestionando el derecho mismo al libre desarrollo de la personalidad, ya que la interferencia externa puede redirigir e incluso definir gustos o prioridades de las personas. Esta tecnología digital:

Puede perfilar fácilmente a las personas y puede limitar el marco de su desarrollo personal en un proceso difícil de identificar y ante el cual cualquier tipo de resistencia puede ser aún más difícil, porque el algoritmo definitivamente adaptará los procesos a nuestros gustos, y por tanto, no será fácil oponerse a las indicaciones que de él se deriven. Pero al mismo tiempo, puede restringir la apertura y diversificación de la personalidad y, por tanto, de la propia identidad, pues se empobrece definitivamente la capacidad de apertura a lo diverso y a lo nuevo (PIÑAR MAÑAS, 2018, p. 102).

Dados todos estos aspectos, la identidad del sujeto digital y sus libertades individuales resultantes se han convertido en un tema controvertido en el marco de la sociedad digital. Si entendemos que el derecho a la protección de la identidad se "configura como el derecho a ser igual y a ser diferente a los demás", que el derecho a la identidad personal es el "derecho a que la propia protección social de la persona no sufra distorsiones" como consecuencia de la atribución de ideas, opiniones o comportamientos diferentes a los que la persona ha expresado en sus relaciones vitales "y que la persona también tiene derecho al olvido digital, como medio de protección de su privacidad" (PIÑAR MAÑAS, 2018, p. 96), las injerencias externas en este ámbito protector del sujeto están afectando su derecho a una identidad digital personal y su autodeterminación informativa. Y como la identidad digital se define en función de los elementos que cada uno quiere resaltar o excluir, la privacidad juega un papel muy importante, ya que nos permite "mantener e incluso reclamar o afirmar la identidad que queremos para nosotros o la que realmente tenemos, y que paradójicamente define la identidad que queremos mostrar al exterior. La privacidad me permite controlar y expresar el yo que quiero transmitir a los demás”(PIÑAR MAÑAS, 2018, p. 97-98).

La identidad a la que me refiero se construye fundamentalmente en torno a la realidad física. Pero aún se puede transferir al entorno digital. En este confluyen elementos que configuran tanto la identidad que cada uno quiere o pretende darse, como la que se da. Lo que pasa es que en el entorno digital, la heteroformación de la identidad depende de factores que no siempre operan en el mundo físico o lo hacen de forma muy diferente. Porque en el entorno digital las posibilidades de plasmar su propia identidad y por ende su personalidad desde fuera del sujeto son, sin duda, mucho más numerosas y cualitativamente diversas (PIÑAR MAÑAS, 2018, p. 101).

Ante esto, Parra aporta la importancia de discutir un "derecho a un futuro despreocupado", es decir, a una protección de los datos personales hasta el punto de impedir la construcción de un perfil estadístico que sirva para orientar nuestras elecciones o para incluirnos en ciertas categorías sociales ni deseadas ni pensadas por los sujetos. Concluye señalando:

Por todo ello, es importante pensar en una política de protección de datos personales y garantías de anonimato en la red. Sin embargo, esto solo resuelve parte del problema. Es absolutamente posible mantener funcionando la gubernamentalidad algorítmica dentro del respeto a lo que entendemos como "datos personales". Para enfrentar esta nueva forma de poder, tendremos que pensar en nuevas formas de regulación de la información que se produce, más allá de la dicotomía público-privado. Después de todo, se trata de discutir lo que queremos hacer colectivamente con la información que está ahí. ¿Cuáles son las posibilidades y qué queremos evitar? Quizás, realmente tenemos que pensar que la protección de los datos personales ya no se trata del individuo, sino de la comunidad. En otras palabras, con la creciente mediación de las tecnologías digitales, hay un nuevo compartir del mundo que es necesario, pues la intermediación digital abre un nuevo territorio común en disputa. Una alternativa sería pensar en el ecosistema de la comunicación de forma análoga a los bienes comunes (a diferencia de los *commons* desde la perspectiva liberal o neoinstitucionalista), rastreando su disfrute colectivo desde una concepción renovada de los derechos en el mundo digital (PARRA, 2016, p. 42).

Puede observarse un regreso al problema de la heteronomía en el Derecho. ¿Cómo salir de este impase? ¿Sería posible extender los mecanismos modernos para la producción de autonomía del sujeto a entornos digitales? El propósito de esta investigación es afirmar la posibilidad de esta extensión basada en el principio de autodeterminación informativa, que centraliza la preocupación por el sujeto en el ámbito digital. Por tanto, los elementos presentados hasta ahora se configuran como un intento de justificar la relevancia de este principio para la afirmación y garantía de las libertades individuales del sujeto digital

3. JUSTIFICACIÓN DEL PRINCIPIO DE AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA

Stefano Rodotà (2008, p. 17) identifica un proceso evolutivo en el concepto de derecho a la privacidad, que va desde la idea de quedarse solo, hasta los problemas actuales que involucran el control de la información personal en las tecnologías digitales - y es probable que la perspectiva más contemporánea del derecho a la privacidad sea la garantía de control de la información personal. Así, vemos en este proceso una transformación del contenido del concepto de privacidad.

Inicialmente, se enfocó en la institución de mecanismos para proteger el espacio privado contra la interferencia externa, una protección operada principalmente por la autoridad gubernamental responsable de garantizar la inviolabilidad de la privacidad. Ahora, el concepto de privacidad se está trasladando al ámbito digital, con la intención de garantizar condiciones para que el individuo tenga poder y control sobre su información personal, destacandouna acción específica de autonomía: la autodeterminación informativa, es decir, el poder para que él maneje información específica sobre su persona, ya que los entornos digitales son entornos informativos y el sujeto digital no es más que información recopilada en torno a una noción de identidad digital, lo que le da al sujeto la posibilidad de ser reconocido por su información específica y hechas únicas y privadas. En este sentido, Rodotà afirma que la privacidad pasó de la secuencia “persona-información-secreto” a “persona-información-circulación-control” (2008, p. 93), y, en este último caso, se rescata la noción de autonomía a que el sujeto pueda tener control y poder de definición sobre la recolección, uso y destino de su información personal.

Cuando hablamos del rescate de la noción de autonomía y de la re-articulación de los significados de la privacidad para los tiempos actuales, es porque en las últimas décadas se ha reducido la fuerza de los mecanismos para preservar nuestras libertades, especialmente cuando nos referimos a las tecnologías digitales. Según Rodotà (2008, p. 17), este proceso de mitigación se ha producido por tres motivos principales: a) los atentados del 11 de septiembre en Estados Unidos derivaron en un proceso de flexibilización de las normas de privacidad, con la reducción de garantías fundamentales de los individuos a través de instrumentos legales excepcionales, como el *Patriot Act*¹⁰, en los Estados Unidos, e incluso a través de decisiones de los tribunales europeos para la transferencia de datos de pasajeros sospechosos por parte de las aerolíneas; b) como resultado del contexto de flexibilización de las normas jurídicas promovido por el neoliberalismo, hubo una reducción de las garantías legales individuales, lo que permitió al mercado extraer ventajas y construir nuevas estrategias económicas para acceder a información que antes estaba protegida por las normas de protección a la privacidad de los sujetos - algo que va aún más allá en los medios digitales, en el proceso de recolección, procesamiento y uso de datos de consumidores digitales -; c) el advenimiento de las nuevas tecnologías digitales para la clasificación, selección, ordenamiento y control de los datos sobre las personas, que derivan en una proliferación desenfrenada del proceso de digitalización de la sociedad, sobre el que existen pocos instrumentos capaces de controlarlos, tanto a nivel nacional, como en el internacional.

Este nuevo contexto conlleva una serie de problemas que nunca se han vivido, lo que hace que el concepto mismo de privacidad, incluso después de toda su trayectoria evolutiva, sea

¹⁰ Para acceder en línea al documento: <https://www.congress.gov/107/plaws/publ56/PLAW-107publ56.pdf>

inoperante para abordar principalmente las nuevas tecnologías digitales. En un sentido más extremo, algunos defienden el agotamiento de las posibilidades de utilizar el concepto de privacidad, defendiendo el uso del término "post-privacidad" en un intento de describir la condición de un mundo donde las concepciones analógicas o pre-digitales sobre la privacidad personal ya no son factibles. Yendo más allá, se denomina a la era actual como la "era de la transparencia", ante la imposibilidad de salvaguardar la protección de la privacidad en el entorno digital. Sin embargo, entiendo que la percepción de que la potencia del concepto de privacidad se ha agotado es solo aparente. Es probable que exprese una tensión más entre un paradigma jurídico moderno que se ha agotado, específicamente porque estamos ante profundas transformaciones en la estructura social, y las posibilidades o actualización de este paradigma para la sociedad digital o la constitución de un nuevo paradigma que pueda mantenerse al día con las novedades del mundo actual. En este mismo sentido, Kanashiro (2013, p. 30-31) sostiene que no se trata de entender si la privacidad sigue existiendo o si ha dejado de existir. Lo que hay que hacer es comprender los discursos, las dinámicas y las prácticas que hoy disputan su sentido, su valor y los modos de su experiencia, principalmente porque los agentes del poder y el mercado probablemente tienen interés en esta situación de privacidad, en la destitución de los mecanismos de protección del sujeto. Y esta disputa resulta especialmente sensible en el entorno digital, como es el caso de Internet. Debemos hacer un cruce de percepciones sobre las disputas que se dan en torno a la privacidad, especialmente las disputas políticas, económicas, sociales, cognitivas y estéticas por los "bienes" que allí circulan, tanto materiales como inmateriales, y sus modelos de comunicación, circulación y producción de información, conocimiento y cultura.

Este nuevo contexto trae problemas que nunca se han vivido, lo que hace que el concepto mismo de privacidad, incluso después de toda su trayectoria evolutiva, sea inoperante para abordar principalmente las nuevas tecnologías digitales. En un sentido más extremo, algunos incluso defienden el agotamiento de las posibilidades de utilizar el concepto de privacidad, defendiendo el uso del término "post-privacidad" en un intento de describir la condición de un mundo donde las concepciones analógicas o pre-digitales sobre la privacidad personal ya no son factibles. Además, denominan a la era actual la "era de la transparencia", ante la imposibilidad de salvaguardar la protección de la privacidad en el entorno digital. Sin embargo, entiendo que la percepción de que la potencia del concepto de privacidad se ha agotado es solo aparente. Es probable que exprese una tensión más entre un paradigma jurídico moderno que se ha agotado, específicamente porque estamos ante profundas transformaciones en la estructura social, y las posibilidades o actualización de este paradigma para la sociedad digital o la constitución de un nuevo paradigma. que pueda mantenerse al día con las noticias del mundo actual. En este mismo sentido, Kanashiro (2013, p. 30-

31) sostiene que no se trata de entender si la privacidad sigue existiendo o si ha dejado de existir. Lo que hay que hacer es comprender los discursos, fuerzas y prácticas que hoy disputan su sentido, su valor y los modos de su experiencia, principalmente porque los agentes del poder y el mercado probablemente tienen interés en esta situación de privacidad, en la destitución del mecanismos de protección del sujeto. Y esta disputa es especialmente sensible en el entorno digital, como es el caso de Internet. Debemos hacer un cruce de percepciones sobre las disputas que se dan en torno a la privacidad, especialmente las disputas políticas, económicas, sociales, cognitivas y estéticas por los "bienes" que allí circulan, tanto materiales como inmateriales, y sus modelos de comunicación, circulación y producción de información, conocimiento y cultura.

Además de la clásica idea individualista de proteger al sujeto a través de los derechos individuales, la protección de los datos personales tiene un impacto más profundo en el contexto de las nuevas dinámicas digitales. Danilo Doneda (2019, p. 23-24), a partir de este camino evolutivo del derecho a la privacidad, entiende que este "derecho a quedarse solo" o este intento de instituir mecanismos de "reclusión y aislamiento de la vida privada" son medios insuficientes para proteger a las personas en todas las dimensiones de su personalidad, que hoy se ven profundamente afectadas por el intenso flujo de información disponible en los medios tecnológicos digitales. En este escenario, la protección de datos personales se configura como una protección amplia de la persona y no solo de su privacidad, ya que el objetivo es protegerla de controles abusivos y acciones discriminatorias en el tratamiento de sus datos, con el fin de "garantizar la integridad de los aspectos fundamentales de su propia libertad personal".

En el transcurso del desarrollo histórico de los instrumentos de protección de datos personales, observamos que ellos son el resultado de todo el cuidado que ha tenido la modernidad en garantizar la protección de la individualidad y personalidad de los individuos. Los derechos individuales adquirieron la connotación de proteger la propia personalidad de los sujetos, especialmente después de la Segunda Guerra Mundial, en la sedimentación de los derechos fundamentales como valores básicos de una sociedad preocupada por garantizar la dignidad de los sujetos, especialmente en un intento de protegerlos de las interferencias autoritarias y externastanto del mercado, como de agentes estatales y otros sujetos privados. Es posible observar este aumento en la protección de los sujetos en la afirmación de los derechos fundamentales de las personas tanto en los códigos civiles como en las cartas constitucionales de los Estados. Estos instrumentos de protección de la personalidad humana fueron desarrollados con el fin de apoyar a personas concretas en sus singularidades, más allá de sus inicios individualistas basados en una concepción abstracta del sujeto. Es en este sentido que identificamos una preocupación de los Estados para

observar también la utilidad de los mecanismos de protección para resguardar los datos personales de los sujetos.

Mirando solo desde la perspectiva de la evolución de los medios de protección de datos personales, podemos destacar algunos ciclos o generaciones de normativas de protección de datos. Según Doneda (2019), inmediatamente después de la Segunda Guerra Mundial, las primeras regulaciones se relacionaron con los avances tecnológicos producto de una mayor capacidad cuantitativa y cualitativa de la informática, lo que permitió un procesamiento de datos más eficiente, especialmente los relacionados con la gestión y gubernamentalidad de la población por parte de los Estados. Esta primera generación de leyes de protección de datos se basó en un temor generalizado al procesamiento masivo de la información de los ciudadanos y los posibles riesgos de afectar los derechos individuales por parte de las autoridades gubernamentales. Estas leyes fueron diseñadas para un mayor control sobre estas nuevas tecnologías, en un intento de limitar la recopilación y el procesamiento de datos operados tanto por agencias gubernamentales como por empresas privadas contratadas por los gobiernos. Esta relación entre el Estado y los agentes privados provocó el estallido de una nueva ola normativa que se expandió a otros campos. Al darse cuenta de que el Estado era incapaz de afrontar estas nuevas situaciones solo con sus propios mecanismos, los individuos se hicieron corresponsables de proteger su información. Esta responsabilidad fue transferida a los titulares de estos derechos, quienes comenzaron a administrar el uso de su información a través del instituto del consentimiento. Este cambio con la centralización del consentimiento para el uso de datos personales llevó al principio de autodeterminación informativa como principio rector de la disciplina de protección de datos de los sujetos. Sin embargo, el principal problema de esta delegación de responsabilidades al sujeto es que, con el elevado número de información que circula en Internet y con la falta de conocimiento técnico en profundidad por parte de sus usuarios, la transferencia de responsabilidad se ha tornado insuficiente para la protección del sujeto, principalmente por el “desequilibrio de poderes entre el particular y los órganos que tratan los datos personales, produciendo la consecuente pérdida del control individual sobre el flujo de sus datos” (MENDES, 2021, p. XVII).

Tal y como lo señaló Laura Mendes, se comprendió que antes de garantizar el principio de autodeterminación informativa, era necesario velar por el buen funcionamiento del sistema de tratamiento de datos, pues, para que el individuo pudiera desarrollar y ejercitar libremente su personalidad y sus libertades privadas, necesitaría “confiar en que la información producida no está sujeta a interferencias, interceptaciones o manipulaciones de ningún tipo”. Por tanto, es necesario proteger dos planes: tanto el sistema informático que actúa sobre las personas, como los usuarios individuales de este sistema, "ya que tal protección de la integridad del sistema requiere que cumpla

con las expectativas legítimas del usuario" (MENDES, 2021, p. XVI-XVII). Violar esta integridad del sistema para alterar, interceptar o ingresar datos afecta directamente el libre desarrollo de la personalidad y dignidad del usuario en entornos digitales, ya que las mismas condiciones para el libre desempeño de la autonomía se ven afectadas. En este contexto, Bruno Bioni (2018, p. 117) señala que las perspectivas actuales relativas a la protección de datos no delegan al individuo la responsabilidad total de la gestión de sus datos, sino que buscan fusionar esta responsabilidad individual con estrategias específicas para crear un contexto legítimo para el uso y tratamiento de datos y con matices de importancia de los datos, clasificándolos según su grado de impacto en la libertad del sujeto, como es el caso de los datos sensibles, que requieren mayor cuidado. El consentimiento del individuo todavía se centra principalmente en el enfoque regulatorio; pero se mezcla con otras precauciones que aseguren una mayor efectividad de este sistema protector.

Dado que la centralidad del consentimiento ha sido la base común entre los sistemas regulatorios de protección de datos, los datos personales están consagrados como elementos específicos de nuestra personalidad, especialmente en un mundo digital. Es en este sentido que podemos afirmar que los datos personales son actualmente componentes de la categoría de derechos de la personalidad, ya que, como el sujeto digital se constituye a partir de datos, información sobre sí mismo que se transforma en lenguaje informático para entornos digitales, los datos sobre la persona se convierten en un elemento crucial para su protección como sujeto, especialmente cuando se consolida toda una preocupación por la constitución de un Derecho Digital, que se centra en el abordaje legal de los problemas derivados del proceso de digitalización social en el que estamos inmersos¹¹. Bioni también reconoce la protección de datos personales como un derecho de la personalidad:

La protección de datos personales se erige como un derecho de la personalidad de extrema relevancia en la sociedad contemporánea, en la que las redes sociales y otras plataformas digitales constituyen un escenario de nuevos retos para la protección de la personalidad humana. Esto incluye el sistema de economía impulsada por datos, operado a partir de las actividades de control y almacenamiento de datos personales, en el que se mapean las personalidades mediante "signos identificativos" de personas. Así, nos encontramos ante una nueva identidad que los responsables del tratamiento deben clasificar, según la personalidad del sujeto de la información. Así, se entiende la justificación dogmática para la inclusión de datos personales en la categoría de derechos de la personalidad (BIONI, 2018, p. 65).

Además de la sedimentación del principio de autodeterminación informativa como guía para este intento de retomar los mecanismos de protección del sujeto dentro del Derecho, es necesario desarrollar otras acciones para rescatar una cultura de privacidad en el mundo digital. En

¹¹ Para obtener un enfoque inicial del Derecho Digital, consulte: HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Teoria Geral do Direito Digital: transformação digital - desafios para o direito. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

este sentido, Parra (2016) indica que, si bien debemos promover el acceso a la información, el conocimiento y la cultura, también debemos combatir los efectos potencialmente perversos de esta apertura informativa que permiten las nuevas tecnologías digitales. Es necesario encontrar formas de fornecer una comunicación segura, con la privacidad y el anonimato como instrumentos para controlar y combatir acciones masivas de vigilancia estatal y corporativa. Al mismo tiempo, necesitamos alimentar los debates públicos sobre las acciones de los códigos, algoritmos y otras técnicas para monitorear y recopilar datos personales que afectan los derechos individuales de los sujetos. Con la formación de una masa crítica sobre el tema, podríamos formar ciudadanos activos en el proceso de definir lo que debe ser el entorno y la ecología digital, los propósitos de la tecnología y el futuro de nuestra propia sociedad digital.

Como señala Borges (2020, p. 156), en el aspecto cultural, se observa un declive de la cultura de protección de la privacidad como valor social por parte de los propios sujetos, que han exhibido los actos de su vida personal en las plataformas digitales. Esta tendencia de desvalorizar la privacidad es un acto de publicidad personal o autopromoción que no constituye una violación externa de la privacidad, pero que afecta una política pública para la protección y preservación de la vida íntima de los sujetos. Por lo tanto, el rescate de una cultura de privacidad requiere que usemos conscientemente artefactos tecnológicos dentro de una nueva “cultura tecnológica” (LAWLER, 2003). Es fundamental que la educación actual incluya en sus currículos la preocupación por la protección de los datos personales, dentro de un marco más amplio de temas sobre alfabetización y ciudadanía digital. Un proyecto de reforma del sistema educativo debe incluir en sus planes enseñar a las nuevas generaciones a entender a los individuos y la sociedad en su relación con la tecnología, con su funcionamiento y sus formas de existir y estructurar la sociedad.

En la relación actual entre identidad y democracia, exigimos que exista la menor injerencia posible en las circunstancias que configuran la identidad de las personas, haciendo pública solo la información necesaria para "garantizar precisamente una convivencia democrática que respete la dignidad, la libertad y la igualdad de las personas". La protección de la identidad dentro de una democracia es parte esencial del libre desarrollo de la personalidad, ya que condiciona la vida de la persona, sus acciones cotidianas, su desarrollo pacífico y normal como persona (PINÑAR MAÑAS, 2018, p. 99-100).

CONCLUSIONES

En este artículo se ha destacado el regreso del problema de la heteronomía en el Derecho, ya no en el contexto de la transición al Derecho moderno “desencantado”, sino dentro de las

preocupaciones por las violaciones de nuestras libertades privadas en la sociedad digital. Por lo tanto, se ha debatido inicialmente la formación teórica de la “libertad de los modernos” y los temas que cimentaron la noción de autonomía privada, un instrumento importante para la protección del sujeto y sus libertades, en el marco de la tradición jurídica occidental. Posteriormente, trabajé con el concepto de “heteroformación de identidad digital”, demostrando las vulnerabilidades a nuestras libertades individuales derivadas del auge de las tecnologías digitales. Finalmente, se ha tratado de justificar la importancia del principio de autodeterminación informativa para fundar una nueva era de protección de sujetos en entornos digitales. Para garantizar la autonomía del “sujeto del derecho digital”, dentro de las premisas de esta autodeterminación informativa, es necesario avanzar en el debate sobre qué derechos individuales tendremos para este nuevo sujeto y qué instrumentos legales serán más efectivos en la protección de su autonomía.

Todavía tenemos muchas dificultades para entender la naturaleza de este nuevo sujeto y, quizás por eso, su protección jurídica adolece de instrumentos más efectivos. Pensando junto a Piñar Mánas (2018, p. 102-103), la convivencia entre un mundo analógico y un mundo digital nos ha traído diversidad de identidades, físicas, digitales, híbridas (y otras). Mirando cómo el capitalismo se ha alimentado de nuestros datos personales y ha construido una nueva forma de lucro, en un futuro cercano la identidad será nuestra materia prima más valiosa y su principal existencia será digital. Por lo tanto, es urgente que abordemos este tema desde una perspectiva legal.

Junto a Rodotà (2014, p. 312), entiendo que las innovaciones tecnológicas deben pasar por el escrutinio de los principios que subyacen al respeto a la persona y a las exigencias de un sistema democrático que no puede reducirse a una creciente gubernamentalidad estadística y vigilancia sobre los sujetos. Este tamiz evaluativo se encuentra dentro de una tríada entre Derecho, técnica y ética (PIÑAR MAÑAS, 2018, p. 106-107), conectando las nuevas tecnologías a los valores de nuestra tradición occidental moderna. Y, en el caso aquí analizado, necesitamos extender la noción de individuo para el sujeto digital, a través del cual la definición de identidad adquiere una especial relevancia y se extiende la protección de nuestros derechos individuales, garantizando la libertad de desarrollo y la posibilidad de expresar la identidad sin injerencias externas.

Y dada la exigencia de que el Derecho no obstaculice la evolución tecnológica y la libertad del desarrollo científico, es necesario acudir a los principios que orientan el orden jurídico como parámetros vivos y en constante actualización de su contenido, como es el caso del principio de la autodeterminación informativa. Pero estos principios no pueden ser meras palabras o buenas intenciones; necesitan asumir un verdadero aspecto normativo, orientando los ordenamientos constitucionales de los Estados y de la propia sociedad internacional, como ha sucedido

recientemente con las normativas de protección de datos, que exigen una responsabilidad proactiva, la adopción de perspectivas de privacidad desde el diseño de aplicaciones y códigos informáticos y otras iniciativas para proteger el sujeto digital.

BIBLIOGRAFÍA

ASTOBIZA, Aníbal Monasterio et. al. Traducir el pensamiento en acción: interfaces cerebro-máquina y el problema ético de la agencia. In: **Revista de Bioética y Derecho**. Vol. 46, Barcelona, 2019, pp. 29-46.

BERLIN, Isaiah. Os dois conceitos de liberdade, in H. Hard e R. Hausheer (orgs.), **Estudos sobre a humanidade**. São Paulo, Cia. das Letras, 2002.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BORGES, Mariana Toledo. Mercado, vigilância e Facebook na era do espetacular integrado, ou *insideusallthereis a code*. In: **Literatura: teoría, historia, crítica**. V. 22, n. 1, 2020, pp. 137-178.

BRUNO, Fernanda Glória. A economia psíquica dos algoritmos: quando o laboratório é o mundo. In: **NEXO Jornal**, Brasil, 12 jun 2018, p. 1-3.

BRUNO, Fernanda Glória; BENTES, Anna Carolina Franco; FALTAY, Paulo. ECONOMIA PSÍQUICA DOS ALGORITMOS E LABORATÓRIO DE PLATAFORMA: mercado, ciência e modulação do comportamento. In: **Revista Famecos**, Porto Alegre, V. 26, N. 3, 2019, pp. 1-21.

CANCELIAR, Mikhail Vieira de Lorenzi. O Direito à Privacidade Hoje: perspectiva histórica e o cenário brasileiro. In: **Sequência**. N. 76, Florianópolis, 2017, p. 213-240.

CHENEY-LIPPOLD, John. **We are data: algorithms and the making of our digital selves**. Nova Iorque: NYU Press, 2017.

CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. In: **Revista de Filosofia Política**, n.2, 1985, 1985, pp. 9-25.

DONEDA, Danilo. Considerações iniciais sobre os bancos de dados informatizados e o direito à privacidade. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.) **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pp. 37-54.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2019.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Vol I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HILDEBRANDT, Mireille. **Smart Technologies and the end(s) of law: novel entanglements of law and technology**. Belgium: Edward Elgar Publishing, 2015.

IENCA, Marcello; ANDORNO, Roberto. Towards new human Rights in the age of neuroscience and neurotechnology. In: **Life Sciences, Society and Policy**. Vol. 13, n. 5, 2017, pp. 1-27.

KANASHIRO, Marta Mourão; BRUNO, Fernanda Glória; EVANGELISTA, Rafael de Almeida; FIRMINO, Rodrigo José. Maquinaria da privacidade. In: **RUA** [online]. no. 19. Volume 2, 2013.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70, 2007.

LAU, Pin Lean. The extension of legal personhood in Artificial Intelligence. In: **Revista de Bioética y Derecho**. Vol. 46, Barcelona, 2019, pp. 47-66.

LAWLER, Diego. Las funciones técnicas de los artefactos y su encuentro con el constructivismo social en tecnología. In: **Revista Iberoamericana de Ciencia, Tecnología y Sociedad**, vol. 1, num. 1, 2003, pp. 27-71.

MANTELERO, Alessandro. (2018). Ciudadanía y Gobernanza digital: entre política, ética y derecho. FERNÁNDEZ del CASTILLO, Tomás de la Quadra-Salcedo & PIÑAR MAÑAS, José Luis (organizadores). "Sociedad Digital y Derecho". Madrid: Ministério de Indústria, Comercio y Turismo, pp. 159-178.

MENDES, Laura Schertel. Apresentação. In: HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. **Teoria Geral do Direito Digital: transformação digital - desafios para o direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

PARRA, Henrique. Abertura e controle na governamentalidade algorítmica. In: **Ciência e Cultura**. Vol. 68, n. 1. São Paulo, Jan./Mar. 2016, pp. 39-42.

PIÑAR MAÑAS, José Luis. Identidad y persona en la sociedad digital. In: **Sociedad Digital y Derecho**. FERNÁNDEZ del CASTILLO, Tomás de la Quadra-Salcedo & PIÑAR MAÑAS, José Luis (organizadores). "Sociedad Digital y Derecho". Madrid: Ministério de Indústria, Comercio y Turismo, 2018, pp. 95-111.

RODOTÀ, Stefano. **A Vida na Sociedade da Vigilância: a privacidade hoje**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RODOTÀ, Stefano. **El derecho a tener derechos**. Madrid: Editorial Trotta, 2014.

SRNICEK, Nick. **Platform Capitalism**. Cambridge: Polity Press, 2017.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis, D. Right to privacy. *Harvard Law Review*, v. IV, n. 5, Dezembro de 1890. Disponível em: <https://www.cs.cornell.edu/~shmat/courses/cs5436/warren-brandeis.pdf>.

AUTOR:

Eder Fernandes Monica

Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidade Federal Fluminense. Profesor de la Facultad de Derecho. Es Coordinador del Grupo de Investigación Sexualidad, Derecho y Democracia y del Grupo de Investigación Sociedad de la Información, Tecnología Digital y Derecho. Trabaja en el Postgrado en Sociología y Derecho y en el Postgrado en Derechos, Instituciones y Negocios.

E-mail: ederfm@id.uff.br

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-7645-5912>