

Título: Los consumidores hipervulnerables frente a los entornos digitales desde una perspectiva constitucional

Autor: Arias, María Paula

Publicado en: SJA 24/02/2023, 8 -

Cita: TR LALEY AR/DOC/244/2023

Sumario: I. Los entornos digitales como creadores de fragilidades.— II. El derecho al acceso a las TIC como derecho humano fundamental.— III. La inmersión de los niños, niñas y adolescentes en los entornos digitales.— IV. Los adultos mayores vs. los entornos digitales.— V. La tutela diferenciada de las personas con discapacidad.— VI. Síntesis conclusiva.

(*)

I. Los entornos digitales como creadores de fragilidades

La temática del derecho del consumidor y los entornos digitales ha sido desarrollada vastamente en diversos trabajos de doctrina incluso en una publicación específica sobre la materia realizada en este Dossier de Derecho del Consumidor el pasado año (1). Por ello es que en el presente trabajo me circunscribiré a analizar la situación de ciertos colectivos de hipervulnerables frente a los entornos digitales desde una mirada constitucional.

No cabe ninguna duda de que al menos parte de la vida de la mayoría de las personas se encuentra inserta en una realidad virtual. Casi todos poseen al menos una red social —Facebook, Instagram, TikTok, Twitter, etc.— donde se interrelacionan con otras personas, ya sea de un modo meramente social como también educativo, comercial o profesional. Evidentemente, nos encontramos frente a una verdadera revolución digital que ha atravesado la realidad material de todos y como consecuencia de esta situación indudable, se han presentado defensores y detractores de los entornos digitales.

Así, internet es vivido y presentado por muchos como la "panacea", pues aumenta las posibilidades de interactuar con otros sujetos, de elegir productos y servicios en un rango cada vez más amplio y de disminuir el tiempo de elección, todo lo cual reduce drásticamente los costos de transacción en beneficio del consumidor (2). Asimismo, brinda comodidades, ya que desde el hogar se pueden llevar adelante múltiples actividades que, sin sus beneficios, no serían posibles. Las "tecnologías de la información y la comunicación" —en adelante las TIC— se han incorporado a la vida diaria de los consumidores y sus grupos familiares y sociales por ser una herramienta básica que permite el acceso a otros bienes y servicios, inclusive también al ejercicio de derechos.

Por su parte, la contracara de las nuevas tecnologías nos enfrenta a desafíos inéditos, que generan incluso un nuevo tipo de analfabetismo: el digital. Ya no se trata de no saber leer ni escribir, sino de carecer de las herramientas tecnológicas para poder realizar las tareas cotidianas. Si tradicionalmente se vinculaba al analfabetismo con el nivel socioeconómico o con la edad, lo novedoso del fenómeno digital es que puede afectar a todos, incluyendo a los propios nativos digitales. Ser analfabeto digital es grave: puede ser una limitante a la hora de obtener trabajo o una promoción, o incluso ser parte de un grupo social (3). Dicho analfabetismo suele manifestarse en el desconocimiento de cómo funciona la tecnología, en el desconocimiento del manejo de datos, es decir, de cómo navegar productivamente, cómo distinguir lo verdadero de lo falso, cómo proteger información sensible, entre otros.

La breve descripción de la realidad esbozada pone en el escenario al denominado "consumidor digital" que, como se ha sostenido (4), es aquel consumidor que adquiere o utiliza bienes o servicios a través de internet —siendo la prestación de carácter digital o no—, o aquel que es destinatario de prácticas comerciales a través de internet. Por su parte, este consumidor con particulares características, ha generado una profunda discusión en la doctrina respecto si puede ser considerado un hipervulnerable o no.

En este sentido, existen precedentes jurisprudenciales que analizan a la denominada "hipervulnerabilidad tecnológica" como un factor que debe ser tenido especialmente en cuenta para la resolución de los conflictos (5).

En idéntico sentido, para alguna doctrina, la aparición de consumidores en entornos digitales parece ponernos en presencia de una nueva clase de hipervulnerabilidad producida por el propio fenómeno tecnológico. De este modo, para una posición el consumidor digital, en todos los casos, es un consumidor hipervulnerable, en virtud del hecho técnico insuperable y predeterminado por el proveedor, por la antinaturalidad del hecho tecnológico, por la imposibilidad técnica de cumplir acabadamente con la obligación de información y por la potencialidad de daños irreparables (6). En esta dimensión, en un primer momento, el acento solo se puso en el analfabetismo digital (7), pero luego se amplió el espectro advirtiendo que la falta de equiparación con el consumidor no digital sitúa al consumidor digital per se cómo un hipervulnerable "originario" (8).

Así, se afirma que resulta muy distinto adquirir un bien o servicio en un entorno que por nuestra naturaleza de seres físicos no nos es intuitivo que hacerlo personalmente, con la posibilidad de tener contacto directo —a través de todos nuestros sentidos— con dicho bien o servicio, y, por lo tanto, tomar una decisión a través de un

medio que nos es natural. Por otra parte, cabe decir que el consumidor electrónico puede conocer la información relativa al bien o servicio y la información que le sirve para la utilización y el normal desenvolvimiento en el medio electrónico, no obstante, lo cual jamás podrá detentar —a excepción que fuere su área profesional— un dominio efectivo sobre el medio relacional. El control del medio sobre el cual se desenvuelve es un hecho que escapa al consumidor electrónico, aun cuando se cumpla acabadamente con el derecho-deber de información, motivo por el cual es un hipervulnerable desde el ángulo focal informativo [\(9\)](#).

En esta línea, en la Comisión N° 5 sobre "Derechos de los Consumidores" de las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil se concluyó que "el principio protectorio opera con mayor intensidad en los entornos virtuales, dada la situación de vulnerabilidad específica de los consumidores generada por la exposición al ambiente virtual, el marco regulatorio vigente y la brecha digital, que podrían incrementar las fragilidades" [\(10\)](#). Debe advertirse que la inclusión del verbo "podrían" no resulta casual y deja abierta la posibilidad que en determinadas circunstancias pueda considerarse que el consumidor virtual no reviste el carácter de hipervulnerable.

Sin embargo, lo incuestionable es que el consumidor digital posee una protección acentuada tanto en la LDC como en el Cód. Civ. y Com. En este sentido, se le reconoce el derecho de arrepentimiento entre otros derechos que no posee el consumidor presencial [\(11\)](#).

II. El derecho al acceso a las TIC como derecho humano fundamental

El sistema de protección del consumidor garantiza el acceso al consumo de bienes y servicios de calidad. Lo dicho no es más que garantizar la participación real en el mercado, el reconocimiento de la posibilidad de llegar a consumir.

El derecho de acceso al consumo emana implícitamente de la Constitución Nacional (art. 42) en cuanto garantiza la libertad de elección [\(12\)](#). En otras palabras, es un presupuesto para el goce de la garantía de la libertad de elección.

Este derecho constitucional implícito (art. 33 CN), surge de una interpretación sistémica de distintas normas constitucionales (arts. 41, 42, 43, 75 inc. 19 e inc. 22) [\(13\)](#). Se trata de una prerrogativa primaria de los consumidores que, si es desconocida, los restantes derechos y garantías devienen ilusorios.

En esta línea, las TIC se han incorporado a la vida diaria de los consumidores y sus grupos familiares y sociales por ser una herramienta básica que permite el acceso a otros bienes y servicios, inclusive también al ejercicio de derechos. Por ello, este principio se proyecta en las relaciones de consumo en los entornos digitales desde dos puntos de vista. El primero referido al acceso a las TIC en sí mismas y, el segundo, referido a el acceso de otros bienes y servicios a través de la TIC, es decir, su carácter instrumental.

En cuanto al acceso a las TIC en sí mismas no debe olvidarse que el acceso a internet está reconocido como derecho fundamental y humano por organismos internacionales [\(14\)](#), los cuales proclaman que debe garantizarse la conectividad y el acceso universal, ubicuo, equitativo, económicamente accesible y de calidad adecuada, a la infraestructura de internet y a los servicios de las tecnologías de la información y la comunicación.

El reconocimiento del acceso a internet como derecho fundamental y humano subyace en el art. 42 CN y en sintonía con este reconocimiento, la ley 27.078 en su art. 1° dispone que el desarrollo de las tecnologías de la información y comunicaciones (TIC) es de interés público, estableciéndose que debe garantizarse la neutralidad de las redes, y el acceso de la totalidad de los habitantes de la república a estos servicios en condiciones sociales y geográficas equitativas, y con altos niveles de calidad [\(15\)](#).

La ley 27.078 fue modificada en algunos de sus artículos por el DNU 690/2020. Ello puede advertirse en el tenor que este DNU dio al texto de su art. 15, el cual —actualmente— reconoce el carácter de servicio público esencial y estratégico de las TIC. Bajo esta perspectiva, el DNU 690/2020 cambia también el texto del art. 48 de aquella ley formal, y establece la obligación a cargo de los licenciatarios de cubrir sus costos de explotación y tender a la prestación eficiente del servicio.

Finalmente, el art. 18 del texto originario de ley 27.078 establece que el Estado garantiza la universalidad de los servicios de las TIC asegurando el acceso en condiciones de calidad, asequibilidad y a precios justos y razonables, con independencia de la localización geográfica. Idéntica comprensión se advierte en el contenido del art. 42 de la CN cuando dispone: "...Las autoridades proveerán a la protección de la calidad y eficiencia de los servicios públicos... La legislación establecerá los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional...".

En suma, más allá de las disquisiciones que actualmente existen en torno a la constitucionalidad del DNU 690/2020 para reconocer el carácter de servicio público al acceso a las TIC —entre las cuales ubicamos a internet—, lo cierto es que tal naturaleza ya se encontraba implícita en el texto del art. 11ey 27.708 en sintonía

con el 42 CN (16) y el principio de acceso coadyuva en tal sentido. En consecuencia, cabe remarcar que este decreto profundiza el mapa conceptual y regulatorio para internet otorgándole el carácter de servicio público esencial. En este orden, le reconoce —también— su función social y su carácter fundamental integrativo del derecho humano a la comunicación.

Por su parte, el derecho de acceso se ve reforzado por el mandato de protección especial para consumidores hipervulnerables (17) y, por ello, se debe garantizar la accesibilidad al consumo a dichos colectivos implementando las adaptaciones necesarias.

III. La inmersión de los niños, niñas y adolescentes en los entornos digitales

Los niños, niñas y adolescentes son nativos digitales (18) ya que han nacido y crecido en la era digital y, por ende, rodeados desde temprana edad por las nuevas tecnologías y sus dispositivos (por ejemplo: computadoras, videojuegos, cámaras de video, celulares, tabletas, entre otros) así como de los nuevos medios de comunicación que consumen masivamente. Y, por ser tales, han desarrollado en forma espontánea y natural, otra manera de pensar y de entender el mundo virtual. Los nativos digitales se han expuesto a grandes cantidades de tiempo con tecnología, lo que ha cambiado la forma en la que interactúan y responden a aparatos digitales. En otras palabras, estos colectivos han nacido, han crecido y permanecen inmersos en los entornos digitales y no pueden concebir el mundo de una manera diversa.

La situación planteada tal vez pueda neutralizar el denominado analfabetismo digital ocasionado por la antinaturalidad del medio empleado ya que para los nativos digitales es connatural. Sin embargo, la imposibilidad técnica de cumplir la obligación de informar teniendo en cuenta su destinatario como lo exige el art. 1100 del Cód. Civ. y Com. y el carácter riesgoso per se del medio empleado sumado a la inmadurez y escasa experiencia que caracteriza a los niños, niñas y adolescentes, los vuelve a colocar en la situación de fragilidad en que se encuentran los inmigrantes digitales.

Por ello, los niños, niñas y adolescentes —tanto en su carácter de consumidores directos o usuarios o expuestos a las prácticas comerciales desplegadas en los entornos digitales— padecen la vulnerabilidad estructural de todo consumidor a la cual se le adiciona la vulnerabilidad propia de la escasa edad e inexperiencia y a la cual debe sumarse la vulnerabilidad agravada por el medio digital utilizado. Las distintas vulnerabilidades se superponen como capas que justifican una tutela diferenciada.

Los niños, niñas y adolescentes ostentan protección constitucional a través de la Convención de los Derechos del Niño (art. 75 inc. 22) y legal en virtud de la ley 26.061 de Protección Integral de los Niños, Niñas y Adolescentes. A su vez, se les reconoce merecedores de una tutela diferenciada y se les garantiza la igualdad real de oportunidades por imperativo del art. 75 inc. 23 de la CN. Por su parte, existen normas dispersas que contemplan algunas situaciones particulares como las previstas en el art. 81 incs. g), h) e i) de la ley 26.522 (19) de medios audiovisuales y su decreto reglamentario 1225/2010 (20).

Particularmente, en relación con el tema que nos convoca el Comité de los Derechos del Niño el 02/03/2021 dictó la Observación General 25 (21) relativa a los derechos de los niños en relación con el entorno digital. Al respecto cabe tener presente que en la mencionada observación se advierten los efectos beneficiosos y perjudiciales de los entornos digitales en los niños, niñas y adolescentes.

Así, en virtud de los beneficios que proporciona se reconoce a los niños, niñas y adolescentes el derecho a la inclusión digital como una manifestación del derecho a la no discriminación (punto 9). De este modo, se le garantiza el acceso equitativo y efectivo al entorno digital de manera beneficiosa para ellos lo que incluye proporcionarles acceso gratuito y seguro en lugares públicos específicos e invertir en políticas y programas que apoyen el acceso asequible de todos los niños a las tecnologías digitales y su utilización informada en los entornos educativos, las comunidades y los hogares.

Sin embargo, como contrapartida, se reconoce los efectos perjudiciales que pueden provocar en los niños los entornos digitales y, por ello, se establecen medidas para neutralizarlos.

En este sentido, se dispone que la "alfabetización digital" integre los planes de estudio en la educación escolar, desde el nivel preescolar y a lo largo de todos los cursos académicos. Los planes de estudio deben incluir conocimientos y aptitudes para manejar con seguridad una amplia gama de herramientas y recursos digitales. También deben incluir la comprensión crítica; la orientación sobre cómo encontrar fuentes de información fiables y cómo identificar la información errónea y otras formas de contenido sesgado o falso (punto 104).

Como puede advertirse, a pesar de que los niños, niñas y adolescentes son nativos digitales, deben igualmente ser educados en el uso de las TIC porque no solo se trata de evaluar la facilidad en su manejo —por resultar nativos digitales—, sino también de que comprendan el entorno digital, con inclusión de su

infraestructura, las prácticas comerciales, las estrategias de persuasión y la forma en que se utiliza el procesamiento automatizado y los datos personales y la vigilancia, así como los posibles efectos negativos de la digitalización para las sociedades (punto 105).

Actualmente, se utilizan diversas técnicas de marketing en los entornos digitales para publicitar bienes dirigidos a niños que, en muchos casos, los tienen como protagonistas. Así, existe una tendencia a publicitar juguetes a través de internet, utilizando el fenómeno mundial denominado unboxing —canales destinados a mostrar cómo se abren juguetes regalados por empresas a los fines de publicitar—. En este novísimo fenómeno aparecen las marcas, siempre atentas a buscar nuevas formas de comercialización, de publicitarse y vender más. Así es que una buena parte de los ingresos de los youtubers son los aportes publicitarios. Algunos se limitan a recibir los productos gratis como beneficio; sin embargo, los más profesionalizados pueden cobrar importantes sumas de dinero por video para hacer publicidad. En las condiciones de uso de YouTube se solicita que el creador del canal marque una casilla para etiquetar cada video como patrocinado, pero eso no se cumplimenta, porque si así fuere, esos videos se excluirían de la plataforma YouTube Kids, justamente la plataforma donde las empresas quieren vender (22).

Para los niños, el hecho de sacar un juguete de una bolsa sorpresa se ha convertido en un acto tan emocionante como poseer el juguete mismo. Así, el unboxing se ha consolidado como parte de la diversión que ofrece el mismo producto (23). El éxito de estos videos reside en el hecho de que los pequeños ven a otros niños como expertos y los ven jugar con los juguetes. Debemos tener presente que a los niños no solo les gusta jugar, sino que también disfrutan viendo jugar a otros. Otra clave del unboxing de juguetes es que permiten a los niños y niñas acceder al placer de tener un juguete nuevo, al ver cómo alguien de su edad (o cercano a su edad) abre la caja y saca un producto que funciona, compartiendo con ellos la felicidad que ello supone. Uno de los factores fundamentales que convierten esta acción en un fenómeno exitoso y atractivo es el de generar expectativa, inducir en el público la emoción de sorpresa. Esta emoción, en principio, es la única que no tiene un valor positivo ni negativo por sí misma, es neutra, y según las experiencias previas adquirirá un valor u otro (24).

El concepto común o extrajurídico de "sorpresa" nos llevaría a describirla como una situación inesperada que produce asombro, que toma al sujeto pasivo desprevenido, y lo conmueve con algo imprevisto, raro, incomprensible o desconocido. El estado de "sorpresa" constituye un estado anormal, una situación desusada, que puede llegar a desordenar las ideas de quien recibe su efecto (25).

Según el Diccionario de la Real Academia Española, "sorprender" en su primera acepción significa tomar desprevenido. Asimismo, la segunda definición del verbo sorprender es conmovier, suspender o maravillarse con algo imprevisto, raro e incomprensible. Es decir, puede afirmarse que la "sorpresa" consiste en la actitud de una parte inesperada para la otra e injustificada en orden a las circunstancias de personas, objeto, modo, tiempo y lugar (26). De hecho, la sorpresa tiene diversas funciones en todo el régimen tutelar del consumidor (27).

Por todo lo analizado, esta técnica de marketing denominada unboxing dirigida a niños, niñas y adolescentes constituye publicidad abusiva ya que aprovecha la inexperiencia y credulidad de los niños y niñas para inducirlos al consumo y, además, engañosa, ya que se oculta que se trata de una publicidad comercial. En consecuencia, estamos claramente ante publicidades prohibidas en los términos del art. 1101 inc. c) del Cód. Civ. y Com.

Bajo esta misma perspectiva, la observación general 25 preceptúa en el punto 42 que las prácticas basadas en la publicidad subliminal, la analítica emocional, la publicidad inmersiva y la publicidad en entornos de realidad virtual y aumentada para promocionar productos, aplicaciones y servicios también deben tener prohibida la interacción directa o indirecta con niños.

El Comité de los Derechos del Niño reconoce que el tiempo de ocio que se pasa en el entorno digital puede exponer a los niños a sufrir daños, por ejemplo, mediante la publicidad opaca o engañosa o formas de diseño muy persuasivas o similares a las de los juegos de azar. En consecuencia, los Estados parte deben asegurarse de que las empresas no usen a los niños como objetivo en su aplicación de esas u otras técnicas destinadas a anteponer los intereses comerciales a los del niño (punto 110).

Esto puede ocurrir e incluso generar daños mayores cuando en las redes sociales y plataformas digitales realizan anuncios que pueden ser perjudiciales para la salud de los niños, niñas y adolescentes o que, al menos, su consumo debería ser autorizado por médicos/as. Son comunes los anuncios en redes sociales referidos a cremas o tratamientos corporales para cambiar la apariencia, descuentos en bebidas alcohólicas e incluso ciertos tipos de actividad física que podrían no estar recomendados para niños y niñas que aún no han cumplido con su etapa de crecimiento. Tal como ha reconocido UNICEF, los niños y niñas, al carecer de la capacidad crítica necesaria para evaluar los mensajes publicitarios, pueden ser proclives a aceptarlos como ciertos, exactos e imparciales, lo que podrían deformar su visión del mundo e incluso suponer un peligro para la salud y desarrollo

(28).

Si bien podría reconocerse que fuera de las redes sociales los niños, niñas y adolescentes se encuentran expuestos al mismo peligro debido a que son comunes las publicidades sobre estos productos en la televisión, lo cierto es que en el mundo de Internet, redes sociales y plataformas digitales el peligro se vuelve exponencial en virtud del recurso de las cookies (29). De este modo, un niño que googleó el nombre de una crema que promete mejorar la calidad de su piel e ingresó los datos de sus cuentas personales en el dispositivo, posteriormente, será perseguido por múltiples anuncios de cremas similares. Además, muy probablemente se le enviarán anuncios sobre tratamientos y hasta recomendaciones de centros de estética y médicos/as que podrán realizarlos (30).

Por ello es por lo que la Observación 25 establece que los Estados parte deben regular la publicidad, la comercialización y otros servicios digitales pertinentes que estén impropriadamente dirigidos a los niños o sean inapropiados para su edad a fin de evitar la exposición de estos a la promoción de productos no saludables, como ciertos alimentos y bebidas, el alcohol, las drogas y el tabaco y otros productos con nicotina. Esas reglamentaciones relativas al entorno digital deben ser compatibles y concurrentes con las que rigen el entorno externo a Internet.

Esta es la línea postulada en el art. 81 inc. i) de la ley 26.522 que dispone que los avisos publicitarios no inducirán a comportamientos perjudiciales para el ambiente o la salud física y moral de los niños, niñas y adolescentes y el art. 1101 inc. c) que califica como abusiva y prohibida la publicidad que induzca a comportarse de forma perjudicial o peligrosa para la salud o seguridad del consumidor.

IV. Los adultos mayores vs. los entornos digitales

Los adultos mayores son colectivos que ostentan en Argentina una reciente protección con jerarquía constitucional ya que la ley 27.770 de fecha 30/11/2022 incluyó dentro de la nómina de tratados de derechos humanos del art. 75 inc. 22 a la "Convención Interamericana sobre Protección de Derechos Humanos de las Personas Mayores", adoptada por la OEA durante la 45ª Asamblea General el 15/06/2015 y aprobada por ley 27.360.

Particularmente con relación al tema que nos convoca, el art. 20 inc. d) de la mentada Convención establece que "los Estados Parte garantizarán el ejercicio efectivo del derecho a la educación de la persona mayor y se comprometen a: ... d) Promover la educación y formación de la persona mayor en el uso de las nuevas tecnologías de la información y comunicación (TIC) para minimizar la brecha digital, generacional y geográfica e incrementar la integración social y comunitaria". Por su parte, el art. 26 preceptúa que "los Estados Parte también adoptarán las medidas pertinentes para: ... e) Promover el acceso de la persona mayor a los nuevos sistemas y tecnologías de la información y las comunicaciones, incluida Internet y que estas sean accesibles al menor costo posible".

En otro orden, los adultos mayores han sido calificados consumidores hipervulnerables como consecuencia de su edad. De hecho, el art. 75 inc. 23 de la CN menciona a los ancianos como aquellos a quienes se les debe garantizar una igualdad real de oportunidades.

En el caso de los adultos mayores, al ser inmigrantes digitales (31), la hipervulnerabilidad que ostentan por su edad se ve acentuada cuando resultan ser consumidores digitales. Esta situación puede darse por elección, pero otras veces por imposición.

En general, si el adulto mayor no tiene un adecuado manejo de las TIC no va a optar por contratar a través de medios electrónicos; sin embargo, en relación con determinados contratos, esta modalidad le va a ser impuesta como ocurre con los contratos bancarios en los que operar a través de los entornos digitales es casi inexorable. Ya antes del aislamiento ocasionado por la pandemia COVID-19, la atención humana había sido sustituida por otros medios automatizados. Sin embargo, las medidas de restricción adoptadas para paliar los efectos de la pandemia intensificaron la utilización de medios electrónicos y distanciaron mucho más las actividades presenciales que usualmente se realizaban en las sucursales bancarias. Esta situación impactó de lleno en los adultos mayores quienes, frecuentemente, se manejaban de modo presencial.

En consecuencia, la consideración que el adulto mayor es un consumidor hipervulnerable sometido a los riesgos de los entornos digitales fue especialmente tenido en cuenta por la jurisprudencia al momento de resolver conflictos ocasionados por ciberestafas contra adultos mayores y en el marco de un contrato de consumo bancario (32).

En este sentido, para que la información proporcionada por el proveedor sea adecuada deberá ser suministrada con la claridad necesaria que permita su comprensión según quien será el destinatario de esta. En otras palabras, la obligación de informar del proveedor tiene un contenido particular por tratarse de medios electrónicos (art. 1107 del Cód. Civ. y Com.) y se ve acentuada por el destinatario a quien está dirigida (art.

1100 del Cód. Civ. y Com.).

Por su parte, cumplir con la obligación de informar cómo es debida también significa contribuir a la inclusión digital del adulto mayor como lo exige el precepto constitucional.

V. La tutela diferenciada de las personas con discapacidad

Las personas con discapacidad ostentan la máxima protección en virtud de encontrarse la "Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad" incluida en el art. 75 inc. 22 de la CN. En esta línea, la mentada Convención reconoce como principios de esta la accesibilidad [\(33\)](#), la igualdad real de oportunidades y la no discriminación. Dichos principios tienen una manifestación similar a la que se ha analizado en los colectivos de los niñas, niños y adolescentes y los adultos mayores. Más allá de las particularidades que presente el colectivo que se trate. Asimismo, el art. 75 inc. 23 garantiza a las personas con discapacidad la igualdad real de oportunidades.

La Convención en su art. 4º inc. g) preceptúa que los Estados parte deben promover la disponibilidad y el uso de nuevas tecnologías, incluidas las tecnologías de la

información y las comunicaciones, ayudas para la movilidad, dispositivos técnicos y tecnologías de apoyo adecuadas para las personas con discapacidad, dando prioridad a las de precio asequible y en el inc. h) dispone que los estados partes deben proporcionar información que sea accesible para las personas con discapacidad sobre ayudas a la movilidad, dispositivos técnicos y tecnologías de apoyo, incluidas nuevas tecnologías, así como otras formas de asistencia y servicios e instalaciones de apoyo.

De este modo, los entornos digitales pueden constituir una herramienta de accesibilidad para las personas con discapacidad y al mismo tiempo pueden resultar ser una verdadera barrera tanto para el acceso como para el ejercicio de derechos.

También debe tenerse en cuenta la interseccionalidad de los factores de vulnerabilidad que se pueden superponer como capas agravando aún más la fragilidad existente. Bajo estas coordenadas, en la Observación General 25 el Comité de los derechos del niño reconoció que los niños con diferentes tipos de discapacidad, incluidas las físicas, intelectuales, psicosociales, auditivas y visuales, se enfrentan a diferentes obstáculos para acceder al entorno digital, como los contenidos en formatos no accesibles, el limitado acceso a tecnologías de apoyo asequibles en el hogar, la escuela y la comunidad, y la prohibición del uso de dispositivos digitales en escuelas, centros de salud y otros entornos. Por ello, los Estados parte deben cerciorarse de que los niños con discapacidad tengan acceso a contenidos en formatos accesibles y eliminar las políticas que surtan un efecto discriminatorio para ellos. Además, deben garantizar el acceso a tecnologías de apoyo asequibles, cuando sea necesario, en particular para los niños con discapacidad que viven en la pobreza, y llevar a cabo campañas de concienciación y prever formación y recursos destinados a dichos niños, sus respectivas familias y el personal de los centros educativos y otros entornos pertinentes, a fin de que adquieran conocimientos y aptitudes suficientes para utilizar las tecnologías digitales de manera eficaz (punto 90).

En la misma línea, en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se analizan diversos supuestos en donde confluyen con la discapacidad ser niño, ser mujer o ser pobre. Así con el mentado postulado se pone de manifiesto la superposición de vulnerabilidades que puede padecer un niño con discapacidad e inmerso en la pobreza y las medidas y políticas públicas que deben desarrollar los Estados para neutralizarlas.

Por otro lado, en el ámbito de los entornos digitales la accesibilidad puede verse menguada respecto de las personas con discapacidad visual. Por ello, en la contratación bancaria a través de cajeros automáticos la Comunicación del BCRA 7249 "A" sobre protección de los usuarios de servicios financieros en el punto 2.2.2. preceptúa que "los cajeros automáticos destinados a los usuarios de servicios financieros con dificultades visuales deberán contar con software reproductor de texto—a—voz, auriculares con su respectivo conector estándar, teclado con sistema Braille o estándar con relieve resaltado y mecanismo audible y perceptible destinado a alertar el olvido de la tarjeta y/o del dinero dispensado por el equipo".

En este mismo orden de ideas, la ley 26.653 de "Accesibilidad de la información en las páginas web" establece en su art. 1º que "el Estado nacional, entiéndanse los tres poderes que lo constituyen, sus organismos descentralizados o autárquicos, los entes públicos no estatales, las empresas del Estado y las empresas privadas concesionarias de servicios públicos, empresas prestadoras o contratistas de bienes y servicios, deberán respetar en los diseños de sus páginas Web las normas y requisitos sobre accesibilidad de la información que faciliten el acceso a sus contenidos, a todas las personas con discapacidad con el objeto de garantizarles la igualdad real de oportunidades y trato, evitando así todo tipo de discriminación". En esta línea, el art. 3º señala que se entiende por accesibilidad a la posibilidad de que la información de la página web, puede ser comprendida y consultada

por personas con discapacidad y por usuarios que posean diversas configuraciones en su equipamiento o en sus programas.

En esta línea, resulta esencial que las personas con discapacidad puedan conocer y comprender la información que surge de la página web para poder ejercer en forma eficiente sus derechos (34).

VI. Síntesis conclusiva

Las "tecnologías de la información y la comunicación" se han incorporado a la vida diaria de los consumidores y sus grupos familiares y sociales por ser una herramienta básica que permite el acceso a otros bienes y servicios, inclusive también al ejercicio de derechos.

La contracara de las nuevas tecnologías nos enfrenta a desafíos inéditos, que generan el denominado analfabetismo digital. Por ello, se postula que el consumidor digital reviste generalmente el carácter de hipervulnerable. Bajo estas coordenadas, posee una protección acentuada tanto en la LDC como en el Cód. Civ. y Com. En este sentido, se le reconoce el derecho de arrepentimiento entre otros derechos que no posee el consumidor presencial.

De este modo, el principio protectorio opera con mayor intensidad en los entornos virtuales, dada la situación de vulnerabilidad específica de los consumidores generada por la exposición al ambiente virtual, el marco regulatorio vigente y la brecha digital, que podrían incrementar las fragilidades.

El derecho de acceso a las TIC está reconocido como derecho humano y fundamental y se ve reforzado por el mandato de protección especial para consumidores hipervulnerables. En consecuencia, se debe garantizar la accesibilidad a ellas de dichos colectivos implementando las adaptaciones necesarias.

Los instrumentos internacionales de raigambre constitucional que protegen a los colectivos hipervulnerables analizados —Convención de los Derechos del Niño, Convención Interamericana sobre Protección de Derechos Humanos de las Personas Mayores, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad—, reconocen similares derechos y garantías en relación con las tecnologías de información y comunicación. Así, garantizan la accesibilidad a ellas como así también la educación en el uso de dichos recursos y la información adecuada según su destinatario.

Las fragilidades generadas por los entornos digitales en los colectivos hipervulnerables pueden verse neutralizadas por la información y la educación que se proporcione cuyo contenido va a variar dependiendo las circunstancias fácticas del colectivo que se trate. Así, el tipo de información y educación que se proporcione a los niños, niñas y adolescentes como nativos digitales va a diferir de aquella que se le debe proporcionar a los adultos mayores como inmigrantes digitales. Y, asimismo, resulta diversa la información que se debe proporcionar a las personas con discapacidad que, en su caso, también va a variar de acuerdo con la discapacidad que presenten.

En otras palabras, haciendo foco en la vulnerabilidad que se trate, incluso en la interseccionalidad de factores de vulnerabilidad, van a variar las medidas que se adopten para neutralizarlas y tornar efectivos los derechos y garantías reconocidos.

(A) Profesora adjunta de Derecho del Consumidor y del Usuario y de Derecho de los Contratos de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Magíster en Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Presidenta del Instituto de Protección Jurídica del Consumidor del Colegio de Abogados de Rosario. Miembro del Instituto Argentino de Derecho del Consumidor. Presidenta de la Asociación Civil para la Protección y Educación del Consumidor (APRECO). Investigadora categoría 3 en el marco del Programa de Incentivos a Docentes Investigadores. Abogada litigante en el ejercicio independiente de la profesión.

(1) HERNÁNDEZ, Carlos A., "El derecho del consumidor y los entornos digitales", en Dossier de Derecho del consumidor 2021-III, fasc. 3, Dir. Carlos A. Hernández, Abeledo Perrot, Bs. As., p. 4 FRUSTAGLI, Sandra A., "Derecho del consumidor frente a los desafíos de la inteligencia artificial (IA) en las relaciones de consumo", en Dossier de Derecho del consumidor 2021-III, fasc. 3, Dir. Carlos A. Hernández, Abeledo Perrot, Bs. As., p. 19.

(2) LORENZETTI, Ricardo L., "Comercio Electrónico", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, p. 218

(3)

Véase

<https://www.infobae.com/tendencias/talento-y-liderazgo/2020/02/11/era-digital-quienes-son-los-analfabetos-del-siglo-xxi/>.

(4) BAROCELLI, Sergio Sebastián, "Niñas, niños y adolescentes como consumidores en entornos digitales", RDF 100, 83, TR LALEY AR/DOC/1599/2021.

(5) Juzg. Municipal Faltas San Martín, Nro. 2, 03/02/2022, "Lazaro, Fernando Marcelo c. Mercado Libre SRL", La Ley Online TR LALEY AR/JUR/4685/2022.

(6) BAROCELLI, Sergio Sebastián, "Niñas, niños y adolescentes como consumidores en entornos digitales",

RDF 100, 83, TR LALEY AR/DOC/1599/2021.

(7) MULER, Germán, "Los principios del sistema de protección del consumidor y su proyección en los entornos digitales", La Ley del 28/12/2020, 1, AR/DOC/3820/2020.

(8) SAHIÁN, José H., "Los principios del derecho de los consumidores. consideraciones generales y breve aproximación a la problemática de los usuarios en entornos digitales", RCCyC 2022 (septiembre-octubre), 105, TR LALEY AR/DOC/2350/2022.

(9) BELTRAMO, A. N. - FALIERO, J. C., "El consumidor electrónico como consumidor hipervulnerable", en Consumidores Hipervulnerables, BAROCELLI, S. S. (dir.), ED, 2018, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 1ª ed., pp. 214 y 217.

(10) <https://drive.google.com/file/d/1PWTNurtDy0DRSbSbj2YowjEinlvJu-b/view>.

(11) Esta protección acentuada no se reconoce al consumidor en todos los contratos, aunque en los contratos celebrados fuera del establecimiento también se reconoce.

(12) STIGLITZ, Gabriel - HERNÁNDEZ, Carlos, "Tratado de derecho del consumidor", La Ley, Buenos Aires, 2015, Tomo I, pp. 361 y 362.

(13) STIGLITZ, Gabriel - SAHIAN, José, "El nuevo derecho del consumidor", La Ley, Bs. As. 2020, p. 176.

(14) Declaración conjunta sobre la libertad de expresión e internet (ONU- OEA - OSCE). Específicamente, la Declaración de las Naciones Unidas de junio de 2011

(15) ZABALE, Ezequiel M., "Luces y sombras de la ley 27.078" (Argentina digital). Cita Online: TR LALEY AR/DOC/162/2015.

(16) YLARRI, Juan Santiago, "La declaración de servicios públicos a través de decretos de necesidad y urgencia. Un análisis preliminar del decreto 690/2020", en La Ley 07/09/2020, 07/09/2020, 1. Cita Online: TR LALEY AR/DOC/2957/2020: "Creo que la declaración de un servicio público —que supone una intensa regulación estatal— debe ser realizada por ley formal del Congreso, en función de lo establecido por el art. 42 de la CN. En definitiva, para asegurar un adecuado acceso de la población a los servicios de las TIC podrían haberse utilizado otros mecanismos de control ya previstos, como la aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor y la Ley de Defensa de la Competencia. Incluso, la ley 27.078, que en el año 2014 había declarado de interés público el desarrollo de las tecnologías de la información y las comunicaciones, las telecomunicaciones y sus recursos asociados, ya garantizaba la prestación de un servicio universal, a fin de asegurar a todos los usuarios el acceso del servicio.

(17) El sistema de protección del consumidor protege especialmente a grupos sociales afectados por una vulnerabilidad agravada derivada de circunstancias especiales, en particular niñas, niños y adolescentes, adultos/mayores, personas con problemas de salud o con discapacidad, entre otras.

(18) A diferencia de los inmigrantes digitales que han adquirido familiaridad con los sistemas digitales como adultos por haber nacido y sido educados antes del auge de las nuevas tecnologías

(19) El art. 81 ley 26.522 dispone que "los licenciatarios o autorizados de los servicios de comunicación audiovisual podrán emitir publicidad conforme a las siguientes previsiones: ... g) se cumplirá lo estipulado para el uso del idioma y la protección al menor; h) la publicidad destinada a niñas y niños no debe incitar a la compra de productos explotando su inexperiencia y credulidad; i) los avisos publicitarios no importarán discriminaciones de raza, etnia, género, orientación sexual, ideológicos, socio-económicos o nacionalidad, entre otros; no menoscabarán la dignidad humana, no ofenderán convicciones morales o religiosas, no inducirán a comportamientos perjudiciales para el ambiente o la salud física y moral de los niños, niñas y adolescentes..."

(20) El decreto reglamentario de la Ley de Medios Audiovisuales 1225/2010 establece al reglamentar el art. 81 inc. h) que se considera contraria a los intereses de niños, niñas y adolescentes aquella publicidad dirigida a ellos en la que se promueva la compra de un bien o de un servicio, explotando su inexperiencia o credulidad, o en la que aparezcan persuadiendo de la compra a sus padres o tutores. No se deberá inducir a error sobre las características de los productos, ni sobre su seguridad, ni tampoco sobre la capacidad y aptitud necesarias en los niños, niñas o adolescentes que puedan ser utilizados sin producir daño para sí o a terceros.

(21)

<https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhsqIkirKQZLK2M58RF%2F5F0vE>

(22) GAMEN, Sebastián, "YouTube y la publicidad en los niños", 28/04/2018, <http://www.elcordillerano.com.ar/noticias/2018/04/28/67039-youtube-y-la-publicidad-en-los-ninos>.

(23)

<https://www.interempresas.net/Juguetes/Articulos/342880-Unboxing-la-moda-que-esta-arrasando-entre-los-ninos.html>.

(24)

<https://www.interempresas.net/Juguetes/Articulos/342414-El-unboxing-esta-cambiando-la-relacion-de-los-ninos-con-las-marcas.h>

(25) LÓPEZ ROSETTI, Daniel, "Emoción y sentimientos", Ed. Planeta, Buenos Aires, 2017, ps. 83 y ss.

(26) ROCCA, Ival, "Teoría de la sorpresa para la revisión del contrato", BIAS editora SRL, Buenos Aires, 1982, ps. 84 y ss.

(27) ARIAS, María Paula, La "sorpresa" del consumidor (con especial referencia al Proyecto de Ley de Defensa de Consumidor, Revista de derecho comercial y de las obligaciones, julio- agosto 2020, N° 303, Abeledo Perrot, Bs. As., p. 268 y ss.

(28) Ver más en UNICEF, "Los niños son asuntos de todos", p. 71, www.unicef.org/csr/css/CSR_Workbook_SPANISH_LR.pdf.

(29) Una cookie (galleta o galleta informática) es una pequeña información enviada por un sitio web y almacenada en el navegador del usuario, de manera que el sitio web puede consultar la actividad previa del navegador.

(30) CORVALÁN, Juan Gustavo - PAPINI, Carina M., "Perfiles digitales humanos. Proteger niños, niñas y adolescentes en la era de la inteligencia artificial", la ley 23/06/2021, 9, TR LALEY AR/DOC/1741/2021.

(31) Al hablar de "inmigrante digital" se está haciendo referencia a todo aquel nacido antes de los años 80 y que ha experimentado todo el proceso de cambio de la tecnología. No valoran la capacidad de hacer varias cosas al mismo tiempo, detestan los videojuegos, tienen problemas de todo tipo para fundirse en interfaz con la computadora, o para sacarle el jugo a las múltiples funciones de un teléfono móvil (<https://www.lawandtrends.com/noticias/tic/quienes-son-los-nativos-e-inmigrantes-digitales-1.html>).

(32) Juzg. Civil y Com. Nro. 19 de La Plata, 14/02/2022, "Suárez, Daniel Ricardo c. Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ Nulidad de contrato (Digital)", cita on line TR LALEY AR/JUR/6400/2022.

(33) Art. 9. 1. "A fin de que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, los Estados Partes adoptarán medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales". Art. 9.2. "Los Estados Parte también adoptarán las medidas pertinentes para: ... f) Promover otras formas adecuadas de asistencia y apoyo a las personas con discapacidad para asegurar su acceso a la información; g) Promover el acceso de las personas con discapacidad a los nuevos sistemas y tecnologías de la información y las comunicaciones, incluida Internet; h) Promover el diseño, el desarrollo, la producción y la distribución de sistemas y tecnologías de la información y las comunicaciones accesibles en una etapa temprana, a fin de que estos sistemas y tecnologías sean accesibles al menor costo".

(34) Al solo título ejemplificativo poder localizar el botón de arrepentimiento (res. 424/2020 de la Secretaría de Comercio Interior) o la publicación de los contratos de adhesión o el botón de baja (res. 271/2020 de la Secretaría de Comercio Interior).