
El derecho personalizado: orígenes, definición y debates actuales*

» DANIEL MONROY CELY**

RESUMEN. El creciente desarrollo de las tecnologías del Big Data, los algoritmos y la inteligencia artificial motivó a los profesores Ariel Porat y Omri Ben-Shahar a plantear su novedosa propuesta del “derecho personalizado”. Sin embargo, en esta discusión siguen existiendo múltiples debates incluso sobre la noción o definición misma del *derecho personalizado* por ellos propuesta. En ese contexto, el presente artículo sostiene que el derecho personalizado no puede definirse simplemente como lo opuesto a la despersonalización del derecho, y por lo tanto sugiere que sólo es posible discutir sobre esta personalización como una cuestión de grado. Así, si bien argumenta que un mayor grado de personalización generaría efectivamente un mejor diseño de las normas jurídicas en diversas áreas del derecho, también plantea que este mayor grado de personalización debe estar sujeto a límites normativos derivados de valores relacionados con la igualdad, la libertad y la autonomía individual.

PALABRAS CLAVE: derecho personalizado, derecho y tecnología, autonomía individual.

* Fecha de recepción: 13 de febrero de 2023. Fecha de aceptación: 30 de septiembre de 2024.
Para citar el artículo: Monroy Cely, D., “El derecho personalizado: orígenes, definición y debates actuales”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 48, enero-junio, 2025, 119-153. DOI: <https://doi.org/10.18601/01234366.48.06>.

** Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia; docente investigador. Doctor en Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Magíster en Derecho Económico, Universidad de Chile, Santiago de Chile, Chile. Especialista en Derecho Contractual, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Contacto: daniel.monroy@uexternado.edu.co Orcid: 0000-0003-0519-7992.

Personalized Law: Origins, Definition, and Current Debates

ABSTRACT. The increasing development of technologies as Big Data, algorithms, and artificial intelligence motivated Professors Ariel Porat and Omri Ben-Shahar to raise the novel proposal on “personalized law”. However, in this discussion there are still multiple debates even on the definition or the notion of *personalized law* proposed by those authors. In this context, we argue that personalized law cannot be defined simply as the opposite of the depersonalization of law, and therefore we suggest that it is only possible to discuss on this personalization as a matter of degree. Thus, while we argue that a higher degree of personalization would indeed generate a better design of legal norms in various areas of law, we also suggest that this higher degree of personalization must be subjected to normative limits derived from values related to equality, liberty, and individual autonomy.

KEYWORDS: Personalized law, Law and technology, individual autonomy.

SUMARIO: Introducción: el problema de la imprecisión de las reglas y los principios en el derecho. I. Discutir sobre la *personalización del derecho* no es como discutir sobre *vino viejo en odres nuevos*. II. La información como determinante de la personalización por fuera del derecho. III. Las características definitorias del *derecho personalizado*: la individualización y la información clasificada por máquinas. IV. La personalización del derecho no elimina la depersonalización del derecho, solo la desplaza: un ejercicio hipotético de depersonalización. V. Mayor grado de personalización del derecho sí es mejor derecho. VI. Sobre algunos límites normativos de la personalización: la igualdad y la autonomía individual. Conclusiones. Referencias.

Introducción: el problema de la imprecisión de las reglas y los principios en el derecho

Desde “The Model of Rules”¹, y luego en *Taking Rights Seriously*², ambos trabajos de Dworkin, es común en la doctrina agrupar y discutir sobre la estructura de normas jurídicas a partir de un *continuum* que se mueve entre dos grandes conjuntos: las *reglas* y los *principios*. (i) Las *reglas* tienen una estructura transparente y rígida en tanto que se aplican en forma de *todo o nada*, es decir, si el predicado fáctico, los hechos que describen la regla, ocurren, ello es razón suficiente y definitiva para aplicar la respuesta consecuente descrita *ex ante* en la propia regla³. Si tales he-

1 Dworkin, R., “The Model of Rules”, *The University of Chicago Law Review*, vol. 35, n.º 1, 1967, 14-46.

2 Dworkin, R., *Taking Rights Seriously*, Londres, Bloomsbury, 1997, 35 ss.

3 Twining, W. y Miers, D., *How to Do Things with Rules*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, 90-92.

chos no ocurren, entonces la respuesta consecuente no aporta nada a la aplicación del derecho. Por su parte, (ii) los *principios* tienen una estructura abierta y flexible en tanto que no contienen un predicado fáctico ni proporcionan ninguna respuesta consecuente definitiva, sino que enuncian razones para argumentar jurídicamente *ex post* en cierta dirección, pero sin predefinir *ex ante* la respuesta.

Ahora bien, dada la rigidez de las *reglas* y la exactitud de su respuesta *ex ante*, ello supone que estas son –por definición– de aplicación uniforme o despersonalizada. Para explicar esta idea, algunos autores hacen una analogía con el tallaje de la ropa. En concreto, sostienen que, en su versión más básica, las reglas son despersonalizadas en el sentido de que funcionan como un uniforme o traje de talla única para todos (*one size fits all*) que en su aplicación omite hechos, circunstancias o situaciones especiales⁴. Esta idea de despersonalización resulta coherente con el ejemplo de las *reglas* del béisbol dado por el propio Dworkin, así: “una regla establece que si el bateador ha tenido tres *strikes*, está fuera. Un árbitro no puede reconocer sistemáticamente que esta es una declaración exacta de una regla de béisbol y decidir al tiempo que un bateador que ha tenido tres *strikes* no está fuera”⁵.

Si bien esta regla del béisbol es de aplicación despersonalizada también es cierto –continúa Dworkin– que a veces en el béisbol pueden darse circunstancias especiales en que se admita que un bateador puede continuar bateando luego de un tercer *strike*. En la doctrina jurídica esta discusión es bastante compleja y antigua, pues ya desde la época del Código de Hammurabi se plantea la necesidad de que en cualquier sistema jurídico sus reglas se adapten o se apliquen de forma diferente, dependiendo del contexto o circunstancias especiales del caso⁶; a lo que agregamos que este proceso de adaptación de las reglas es una cuestión de grado.

Así, siguiendo la analogía del tallaje de ropa, si en un extremo se encuentra la ropa de talla única (*one size fits all*), esto es, las normas uniformes y despersonalizadas, luego, por lógica, en el otro extremo se encuentra la ropa hecha a la medida exacta de cada circunstancia (*tailored dress*). Sin embargo, la mayoría de la ropa es fabricada en diferentes tallas genéricas (XS, S, M, L, XL, etc.), que se encuentran entre los dos extremos señalados: por un lado, se busca que la norma se adapte mejor a diferentes grupos de circunstancias genéricas relevantes (por ejemplo, talla XL para personas más altas y talla XS para personas más bajas) sin llegar al extremo de ser a la medida exacta de cada circunstancia, pero, dentro de cada uno de estos

4 Barry, J.; Hatfield, J. y Kominers, S., “To Thine Own Self Be True? Incentive Problems in Personalized Law”, *William & Mary Law Review*, vol. 62, n.º 3, 2021, 732; Ayres, I., “Preliminary Thoughts on Optimal Tailoring of Contractual Rules”, *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, vol. 3, n.º 1, 1993, 4; Ben-Shahar, O., “Personalized Elder Law”, *Elder Law Journal*, vol. 28, n.º 2, 2021, 290.

5 Dworkin, R., *Taking Rights Seriously*, cit., 39.

6 Casey, A. y Niblett, A., “Framework for the New Personalization of Law”, *The University of Chicago Law Review*, vol. 86, n.º 2, 2019, 333; Coglianese, C., “Moving Toward Personalized Law”, *Penn Law: Legal Scholarship Repository*, 2022, 6.

grupos genéricos relevantes, la norma tiende a ser *one size fits all*. En el contexto del derecho contractual dispositivo, este grado intermedio de normas son denominadas por Rakoff como términos “*off the rack*” y se definen como normas genéricas fraccionadas conforme a diferentes contextos o circunstancias relevantes (v. gr., la naturaleza de cada contrato) y que buscan ser coherentes con los objetivos de la mayoría de las partes que se encuentran en tales circunstancias⁷.

En el caso de las *reglas*, que estas dejen de ser uniformes y despersonalizadas (*one size fits all*), y pasen a adaptarse a diferentes circunstancias relevantes (*off the rack*), llegando eventualmente a adaptarse a la medida de cada situación (*tailored dress*), es un proceso que suele hacerse a través de la complejización de cada regla mediante la inclusión y codificación de subreglas o excepciones⁸. Por tanto, en la medida que una regla incluya más excepciones, podrá decirse que estará más completa y mejor adaptada a la medida de una mayor cantidad de circunstancias diferentes. Sin embargo, retomando la posición de Dworkin, aunque teóricamente es posible completar cualquier regla mediante excepciones, a menos que todas estas queden incluidas, aquella siempre tenderá a ser incompleta⁹ y, por tanto, mantendrá un grado de imprecisión.

Por supuesto, la rigidez que distingue a las reglas supone ciertas ventajas. Así, desde el *análisis económico del derecho* se afirma que, aunque las reglas suelen tener altos costos iniciales de diseño, una vez codificadas poseen bajos costos de administración y de aplicación¹⁰. Adicionalmente, la exactitud de la respuesta consecuente de las reglas las hace más transparentes para el público y, por ello, informan y disuaden mejor a potenciales infractores (incluso sin conocimientos de derecho), en la medida que se reducen los costos de conocer *ex ante* cuándo se (in)cumple la norma¹¹. El ejemplo paradigmático es que si una regla de tránsito indica que el límite de velocidad en una calle residencial es de 40 km/h y un conductor transita a 50 km/h, entonces la exactitud y transparencia de la regla es tal que para cualquier persona (sea juez, agente de tránsito o conductor) resulta fácil conocer *ex ante* cómo ajustar la conducta a la regla y predecir con certeza la consecuente respuesta. Sin embargo, esta ventaja de las reglas se pierde progresivamente si es que –como se dijo– se va complejizando mediante la incorporación de más excepciones, pues esto provoca que sea más difícil comprender cuándo se incumplen¹².

7 Rakoff, T., “Social Structure, Legal Structure, and Default Rules: A Comment”, *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, vol. 3, n.º 1, 1993, 21.

8 Barry, J.; Hatfield, J. y Kominers, S., “To Thine Own Self Be True?”, cit., 732-733.

9 Dworkin, R., *Taking Rights Seriously*, cit., 40.

10 Posner, R., *Economic Analysis of Law*, 9.ª ed., Nueva York, Wolters Kluwer Law & Business, 2014, 914 ss.

11 Diver, C., “The Optimal Precision of Administrative Rules”, *The Yale Law Journal*, vol. 93, n.º 1, 1983, 73.

12 Casey, A. y Niblett, A., “The Death of Rules and Standards”, *Indiana Law Journal*, vol. 92, n.º 4, 2017, 1412-1417.

Por otro lado, como se sabe, toda norma jurídica –incluidas las reglas– siempre está justificada en algún tipo de objetivo de fondo¹³. Aunque sea redundante decirlo, al ser uniforme y despersonalizada, entonces en la aplicación de la regla pueden ocurrir errores por la desviación del objetivo en que aquella se justifica. Al respecto, el problema de la infra y de la sobreinclusión de las reglas como manifestación explícita de su imprecisión es un problema bastante discutido y tratado en la doctrina¹⁴. Por ejemplo, si el objetivo de establecer el límite de velocidad de 40 km/h en una calle residencial es para prevenir eventuales accidentes, este objetivo puede desviarse en la medida que la regla no diferencia (en principio) si es de noche o de día, si es tiempo seco o llueve mucho, ni tampoco si dicho límite es superado por un camión de varias toneladas de peso o por un vehículo con cinco estrellas de seguridad en las pruebas NCAP (New Car Assessment Program). En este caso, corregir la imprecisión de la regla y adaptar su aplicación a circunstancias genéricas relevantes (*off the rack*) mediante la inclusión de excepciones para que así cumpla sus objetivos supone, por ejemplo, que el límite de velocidad cambie conforme cambia el clima, o quizá también que los automóviles que se han demostrado más seguros tengan un límite de velocidad más alto.

Ahora bien, si las *reglas* son rígidas e imprecisas en el sentido anotado, entonces podría afirmarse que la flexibilidad y apertura de los *principios* en el derecho tiene como una de sus funciones calibrar la aplicación de las *reglas* para así corregir dicha imprecisión¹⁵. Sin embargo, esta afirmación es parcialmente cierta en tanto que, si bien los *principios* se definen por su apertura y flexibilidad, no por ello están exentos del mismo problema de imprecisión.

En efecto, uno de los casos más ilustrativos sobre la imprecisión de los principios ocurre en el derecho de la responsabilidad (contractual y extracontractual), en el cual las normas suelen aludir a términos abiertos y flexibles del comportamiento como *lo diligente*, *lo razonable*, o a algún estándar de precaución a fin de determinar si existe o no responsabilidad. Dichas apertura y flexibilidad de este tipo de términos ciertamente le permiten al juez adaptar, precisar la aplicación del principio mediante la inclusión *ex post* de aquellas circunstancias relevantes propias del contexto del caso que juzga. Explicado así, una de las ventajas de los principios –sobre las reglas– es que estos otorgan al juez el beneficio de la retrospectiva para determinar qué elementos se consideran relevantes en el contexto concreto de resolución de cada caso¹⁶. Nótese que, al hacer esto, el juez realiza un proceso de adaptación de la norma análogo al que efectúa el legislador cuando incluye excepciones, luego aquel también

13 Schauer, F., *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Nueva York, Oxford University Press, 1993, 25 ss.

14 Diver, C., “The Optimal Precision of Administrative Rules”, cit., 73; Sunstein, C., “Problems with Rules”, *California Law Review*, vol. 83, n.º 4, 1995, 978 ss.

15 Casey, A. y Niblett, A., “The Death of Rules and Standards”, cit., 1405.

16 Casey, A. y Niblett, A., “Framework for the New Personalization of Law”, cit., 334.

provee normas a la medida de las circunstancias relevantes. Por ejemplo, cuando un contrato presenta lagunas contractuales que es necesario integrar, tal proceso supone considerar los objetivos de las partes, el contexto comercial relevante donde ocurre el contrato y derivar normas *off the rack* para llenar tales lagunas valiéndose en ocasiones de principios como la *razonabilidad* o la *buena fe* contractual¹⁷.

Empero, dicha naturaleza abierta y flexible de los principios ocasiona que estos también sean imprecisos, aunque no por la misma razón que lo son las reglas, sino porque al no predefinir una respuesta exacta, entonces generan la incertidumbre de no conocer *ex ante* cuándo y cómo se aplican. Así, si, en lugar de establecer una regla de límite de velocidad de 40 km/h, la norma exigiere una conducción *razonable* en calles residenciales, ello provocaría imprecisión puesto que cada conductor no conocería *ex ante* cómo adecuar su conducta al principio, luego también sería incierto que cada uno pudiera estar en condiciones de anticipar cómo un juez fallará *ex post* el caso. En el mismo sentido, cuando se trata de principios que aluden a los estándares de precaución exigidos a los expertos, como un médico cirujano, no solo tales principios no pueden predefinir con exactitud un estándar, sino que además el mismo resultaría tan impreciso que podría variar no solo de caso en caso, sino también respecto del estándar de precaución exigido a otros expertos, *v.gr.*, un ingeniero que construye un edificio o un piloto que maniobra un avión.

En resumen, si bien las causas son distintas, el problema de la imprecisión es común tanto a las reglas como a los principios y, por tanto, aquellas y estos requieren adaptarse o precisarse considerando cada uno contextos o circunstancias diferentes. Sin embargo, trátase de precisar reglas mediante excepciones o trátase de determinar lo que, a la luz de un principio, se considera *lo razonable* en un caso concreto, normalmente este proceso se limita a corroborar la actuación de una persona –sea consumidor, conductor, médico, etc.– y compararla con el parámetro de comportamiento que se considera adecuado para el grupo de personas al cual pertenece aquella, pero omitiendo diferencias interpersonales incluso de cada uno de quienes son parte de ese mismo grupo. Si tanto reglas como principios omiten considerar tales diferencias interpersonales, entonces la despersonalización del derecho es característica ineludible en la que se asemejan aquellas y estos. Como pasamos a ilustrar, los problemas y debates jurídicos que esto genera no son menores.

En efecto, respecto de las reglas, ya mencionamos que en su versión más básica y extrema estas funcionan como un traje de talla única (*one size fits all*) y que, mediante la inclusión de excepciones, estas se van complejizando para así adaptarse a diferentes circunstancias genéricas relevantes (*off the rack*), pero que, aun siendo así, tal adaptación sigue siendo despersonalizada en tanto que omite considerar diferencias interpersonales. Un ejemplo extremo de despersonalización es el de las reglas que determinan la mayoría de edad de las personas. Así, en casi todas las

17 Hillman, R., *The Richness of Contract Law: An Analysis and Critique of Contemporary Theories of Contract Law*, Boston, Kluwer Academic, 1997, 35.

jurisdicciones existen reglas muy exactas y rígidas sobre el momento en que se adquiere la mayoría de edad (18, 19, 21 años, etc.). Como se sabe, la capacidad para el ejercicio de ciertos derechos políticos y civiles –por ejemplo, el derecho al voto o la capacidad de obligarse mediante un contrato– depende de haber cumplido dicha mayoría de edad. Sin embargo, estas reglas son un caso extremo de despersonalización pues suelen omitir en absoluto circunstancias o diferencias individuales que quedan por exceso o por defecto dentro de la aplicación de la regla. Así, a veces un joven de 17 años (o incluso menos) ya es lo suficientemente maduro para decidir y ser tratado como mayor de edad; por el contrario, en ocasiones, personas de 25 años (o incluso más) son aún demasiado inmaduros para considerarse mayores de edad.

Ahora bien, la omisión de tales diferencias interpersonales también ocurre respecto de los principios. Así, en la aplicación del derecho del consumo las autoridades de protección y los jueces suelen omitir deliberadamente las innumerables heterogeneidades en las preferencias, gustos y necesidades de cada consumidor y, por el contrario, hacen una generalización según la cual los consumidores actúan como un todo homogéneo (*one size fits all*): así, por ejemplo, cuando, al aplicar el derecho del consumo o resolver un caso en este ámbito, jueces y autoridades asumen que, en general, los consumidores actúan como alguien *razonablemente* bien informado¹⁸.

Vale resaltar que no estamos sosteniendo que considerar las diferencias individuales e interpersonales en el diseño y en la aplicación del derecho sea una novedad en el derecho o en la discusión doctrinal. Al respecto, hay varios ejemplos relevantes: en el mercado de seguros es común que aseguradoras *personalicen* el contrato de seguro cuando consideran aspectos individuales como la edad o los hábitos de vida (tabaquismo, sedentarismo) de cada persona, ello a fin de determinar si otorgan un seguro de vida y en qué condiciones. Del mismo modo, desde hace más de 50 años en el derecho penal se ha insistido en reconocer el rol de variables psicológicas individuales a fin de precisar el grado de culpabilidad de cada acusado y, por esta vía, establecer castigos más justos, eficaces pero ajustados con precisión a cada persona¹⁹. Igualmente, en el derecho de la responsabilidad de países de tradición civilista continental, la consideración de las diferencias interpersonales está reconocido a través del *principio de reparación integral*, según el cual, la indemnización debe corresponder exactamente al equilibrio destruido por la causación del perjuicio, considerando entonces la situación específica de cada víctima para reubicarla en una situación equivalente, ni más ni menos, a aquella en que se habría encontrado si el perjuicio no hubiese ocurrido²⁰.

18 Busch, C., “Implementing Personalized Law”, *The University of Chicago Law Review*, vol. 86, n.º 2, 2019, 313.

19 Denno, D., “Neuroscience and the Personalization of Criminal Law”, *The University of Chicago Law Review*, vol. 86, n.º 2, 2019, 362.

20 Navia, F., “Daño moral, daño fisiológico y daño a la vida de relación en Colombia”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 12-13, 2007, 290-291.

Con todo, y a manera de síntesis, por razones distintas, tanto *reglas* como *principios* mantienen un margen considerable de imprecisión, y por ello parte de la discusión sobre los cambios y la evolución misma del derecho ha consistido en cómo enfrentar este problema de imprecisión, y luego determinar cómo adaptar normas a fin de dar soluciones diferentes ante circunstancias diferentes y cambiantes. Esta discusión es bastante antigua en el derecho, así como también bastante profunda y con múltiples aristas. Sin embargo, es preciso señalar que en este proceso de evolución dirigido a reducir la imprecisión de las normas tanto la doctrina jurídica como la jurisprudencia suelen concentrarse en cuestiones contextuales o exógenas de las personas, y que rara vez se ahonda en la discusión sobre la adaptación de las normas considerando cuestiones endógenas de cada individuo, esto es, sus necesidades, preferencias, habilidades y, en general, sus diferencias interpersonales. Esta sí es una discusión distinta y novedosa. Este es el objeto de estudio del presente artículo. Se encuadra en el debate actual sobre la *personalización del derecho*, iniciado hace menos de una década por los profesores Ariel Porat y Lior Strahilevitz en el marco de las *reglas predeterminadas personalizadas (personalized default rules)*²¹ y que en 2021 marcó un primer hito de madurez y de expansión a múltiples áreas del derecho con la publicación del libro *Personalized Law: Different Rules for Different People*, escrito en coautoría por Ariel Porat y Omri Ben-Shahar²².

Teniendo en mente el objeto de estudio de este artículo, la hipótesis que planteamos es que, si bien el *derecho personalizado* constituye una discusión novedosa, esta omite las dificultades sobre la definición del *derecho personalizado*: entre otras, la ambigüedad de la propia definición propuesta por Porat y Ben-Shahar y el hecho de que no es posible definir la *personalización del derecho* simplemente como lo opuesto a la uniformidad o despersonalización del derecho. En su lugar, sostenemos que la personalización es una cuestión esencialmente de grado. Así, si bien un mayor grado de personalización del derecho sí constituye una mejora en el diseño del derecho, no es posible plantear un grado de personalización absoluta, y por ello dicho grado de personalización debe sujetarse a ciertos límites normativos.

Para efectos de demostrar esta hipótesis, el artículo se divide en seis partes, así: (i) La primera parte resalta que, si bien las excepciones de las *reglas* y la aplicación de los *principios* ciertamente permiten adaptar y precisar la aplicación del derecho, esta función es distinta a la idea de *personalización del derecho*, lo cual conduce a afirmar que esta discusión no es como hablar de *vino viejo en odres nuevos*. (ii) La segunda parte destaca cómo la *personalización* de las normas es una práctica relativamente común fuera del derecho, y hoy día es especialmente recurrente en varios escenarios gracias al creciente desarrollo de tecnologías de *Big Data*, algoritmos e

21 Porat, A. y Strahilevitz, L., "Personalizing Default Rules and Disclosure with Big Data", *Michigan Law Review*, vol. 112, n.º 8, 2014.

22 Ben-Shahar, O. y Porat, A., *Personalized Law: Different Rules for Different People*, Nueva York, Oxford University Press, 2021.

inteligencia artificial. (iii) En la tercera parte se muestra cómo el uso de tales tecnologías es una de las dos características definitorias del *derecho personalizado*, mientras la otra característica es la *individualización* del derecho. Sin embargo, si bien se reconoce un agitado debate sobre el uso de dichas tecnologías como instrumento para el diseño de normas jurídicas, se señala que este ha opacado otro debate –más escaso– sobre la característica de la *individualización*. A partir de ello, (iv) en la cuarta parte el artículo sostiene que esta característica ha conducido a definir el *derecho personalizado* como lo opuesto a la uniformidad o despersonalización, no obstante lo cual esta definición no es sostenible por contradictoria, pues, en la práctica, la personalización del derecho no elimina la despersonalización, sino que la desplaza a otros ámbitos del diseño tanto de *reglas* como de *principios*, lo que lleva a sostener que la personalización del derecho es una cuestión de grado. (v) En la quinta parte se argumenta por qué varias áreas del derecho se beneficiarían, es decir, podrían ser *mejor* derecho, si su diseño tuviese un mayor grado de personalización. No obstante, (vi) como se aprecia en la sexta parte, ello no excluye la necesidad de sugerir y debatir sobre los límites normativos de avanzar hacia un mayor grado de personalización del derecho. El artículo finaliza con algunas conclusiones y una reflexión final.

I. Discutir sobre la *personalización del derecho* no es como discutir sobre *vino viejo en odres nuevos*

En los países de tradición jurídica civilista es bastante común discutir sobre la función de la buena fe (*bona fides*) y destacar su proyección a través de cláusulas incluso en el derecho contractual contemporáneo²³. Buena parte de esta discusión tiene como eje común los problemas para delimitar el concepto de buena fe, o más bien, la confusión que entre juristas suscita la pluralidad de nociones sobre la buena fe²⁴. De acuerdo con Hesselink, esta confusión no es tan problemática si es que se asume que la buena fe no es ni contiene en sí misma una *regla*, ya que ni describe hechos a los cuales se aplica, ni define alguna respuesta consecuente *ex ante*²⁵. Así, con inde-

23 Neme, M., “El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 11, 2006; Neme, M., *La buena fe en el derecho romano: extensión del deber de actuar conforme a buena fe en materia contractual*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.

24 De acuerdo con Holmes, E., “A Contextual Study of Commercial Good Faith: Good-Faith Disclosure in Contract Formation”, *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 39, n.º 3, 1978, 381-382, en materia contractual, la noción de la buena fe se asocia con múltiples adjetivos como actuar conforme “lo razonable”, “según normas morales aceptada”, “la rectitud moral”, “la honestidad fundamental”, “el juego limpio”, “el trato correcto en la vida general y comercial de los miembros de la sociedad”. Sin embargo, el problema de la vaguedad o polimorfismo de la “buena fe” no ha sido un obstáculo para que esta siga siendo protagonista en el derecho contractual moderno y se exprese en codificaciones en países civilistas pero también anglosajonas como el *Uniform Commercial Code* y el *Restatement (Second) of Contracts*.

25 Hesselink, M., “The Concept of Good Faith” [en línea], 2004, disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1098856, 4 ss.

pendencia de que se diga que la buena fe se trata de un principio, de un estándar, de una cláusula o de una norma con términos abiertos, lo cierto es que su contenido no puede definirse en abstracto, sino que depende de circunstancias que difieren en cada grupo de casos. Dicho con mayor rigor, la amplitud, flexibilidad y abstracción de la buena fe requiere para su aplicación de un “proceso de concreción” con arreglo a las circunstancias específicas en que deba aplicarse²⁶.

Si bien este proceso de *concreción de la buena fe* pretende ser objetivo y racional para así develar su contenido, y por esta vía precisar y hacer más predecible su aplicación –en el derecho contractual–, ello no es lo mismo que sugerir que la buena fe pueda convertirse en un catálogo de reglas, subreglas y excepciones susceptibles de una eventual codificación. La buena fe ni puede ni debe operar así. Primero, no puede operar así por el problema de incompletitud de las reglas que ya mencionamos y que incluso destacaba Dworkin²⁷; y segundo, no debe hacerlo pues la virtud de la *buena fe* es que al ser una cláusula o norma abierta, su función es precisamente flexibilizar el derecho, esto es, que mediante dicho proceso de concreción pueda adaptarse dinámicamente a la mayor cantidad de circunstancias especiales y necesariamente cambiantes. Esto último es tan cierto que incluso el proceso de concreción de la buena fe, pese a su pretensión de objetividad y racionalidad, ha ido evolucionando y adaptándose de manera distinta a los contextos, también diferentes, de los diversos países de tradición civilista²⁸.

Ahora bien, la buena fe no es el único pero sí, quizá, el mejor ejemplo en la tradición civilista de una norma que, pese a tener su origen en el derecho romano clásico, hoy sigue vigente y cumpliendo una importante función para la precisión del derecho en general, y del derecho contractual en particular²⁹. Esto es de esa manera porque la buena fe, en primer lugar, tiene la capacidad de revelar su contenido y así proveer respuestas en casos concretos susceptibles de generalización, y por tanto su aplicación se torna precisa y predecible para un conjunto de casos similares; y en segundo lugar, porque es una norma que a través de los siglos ha demostrado con creces su capacidad para evolucionar y readaptarse a circunstancias especiales y cambiantes, que hoy día son bastante más complejas que las de su origen en la Roma clásica³⁰.

En el marco de la discusión sobre el “derecho personalizado”, aunque la buena fe no es el único ejemplo, sí es ilustrativo de la tesis de que la apertura y la flexibili-

26 Tosato, A., “Commercial Agency and the Duty to Act in Good Faith”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 36, n.º 3, 2016, 674.

27 Dworkin, R., *Taking Rights Seriously*, cit., 40.

28 Hesselink, M., “The Concept of Good Faith”, cit., 5.

29 D’Alvia, D., “From Public Law to Private Law: The Remarkable Story of *bona fides*”, en Heidemmann, M. y Lee, J. (eds.), *The Future of the Commercial Contract in Scholarship and Law: Reform European and Comparative Perspectives*, Cham, Springer, 2018, 356.

30 Goanta, C., “The Ancient Alien: Good Faith as the Facilitator of Personalized Law” [en línea], 2022, *The University of Chicago Law Review Online*, disponible en: <https://lawreviewblog.uchicago.edu/2022/03/09/bp-goanta/>

dad de algunos términos abiertos incorporados en el derecho, especialmente dentro de los *principios*, han estado y siguen estando ahí en los ordenamientos jurídicos para cumplir, entre otras, una función de *personalización del derecho*.

En efecto, no hay duda de que una norma jurídica que establezca un tope de velocidad de 50 km/h en áreas residenciales u otra que indique que a partir de los 18 años se adquiere la mayoría de edad, y en general, todas aquellas normas que tienen la estructura de *reglas*, en tanto rígidas, son expresiones inequívocas de derecho uniforme y despersonalizado, con los problemas de imprecisión que ello supone. Pero también es cierto que junto a las *reglas* se encuentran términos abiertos y flexibles incorporados en los *principios*, una de cuyas funciones es corregir tales problemas de imprecisión a partir de considerar retrospectivamente –por parte del juez– los elementos relevantes del caso al que tales *reglas* han de aplicarse. Explicado así, podría concluirse que incluso desde el derecho romano clásico, uno de los objetivos de la flexibilidad y apertura de tales términos (en donde la buena fe es buen ejemplo) es cumplir una función de *personalización del derecho*, y por tanto podría afirmarse que el debate del *derecho personalizado* no es una discusión novedosa, sino que por el contrario se trata de la misma y conocida tensión entre la *rigidez* de las reglas y la *flexibilidad* de los principios; discusión a la que le se le aplica la frase “vino viejo en odres nuevos”.

Sin embargo, esta conclusión es objetable pues, si bien es cierto, a manera de hipótesis, que la flexibilidad de ciertos términos incorporados normalmente en los *principios* facilita la corrección de los problemas de imprecisión derivados de la rigidez o despersonalización de las *reglas*, no por ello ni estos términos, ni los principios en que se incorporan, cumplen una función de *personalización del derecho*.

Para efectos de sustentar esta hipótesis –que desarrollaremos en las siguientes secciones– vale anticipar que (i) la idea de *personalizar el derecho* tiene una vocación de expansión en el derecho que va bastante más allá de los ámbitos en los que convencionalmente opera la buena fe, y también supera la función de precisar el derecho mediante la aplicación de *principios*, incluso respecto de circunstancias relevantes diferentes. Además, (ii) aun aceptando que en el proceso de precisar el derecho mediante la aplicación de un principio pueden darse algunos traslapes con la *personalización del derecho*, este traslape es una casualidad. Finalmente, (iii) la lógica, las herramientas y la forma en que se diseña y funciona el derecho personalizado, si bien presenta traslapes, difiere sustancialmente de los procesos en que tanto *reglas* como *principios* –y también la buena fe– pretenden precisarse para adaptarse a circunstancias concretas. Como se pasa a ver, la manera en que ocurre la *personalización* en ámbitos por fuera del derecho sustenta esta postura.

II. La información como determinante de la personalización en ámbitos fuera del derecho

La *personalización* de normas o de tratamientos es, desde hace bastante tiempo, algo común en ámbitos por fuera del derecho. Por ejemplo, en 1909, cuando Henry Ford

anunció que construiría un único modelo de automóvil, el “Modelo T”, con un mismo chasis para todos los vehículos que salieran de la fábrica, agregó su famosa frase “[c]ualquier cliente podrá tener el automóvil del color que quiera siempre que este sea negro”³¹. Que sólo hubiera una única opción de automóvil para elegir, una talla única para todos (*one size fits all*), es una idea coherente con la despersonalización. En efecto, nadie duda del avance que en su momento supuso la invención del “Modelo T” de Ford, pero ofrecer una única talla (de automóvil) para todos puede que en su momento satisficiera las preferencias y necesidades de algunos consumidores, pero al tiempo era una opción imprecisa en el sentido de que dejaba a varios otros insatisfechos. En contraste, hoy día existen una feroz competencia entre fabricantes e innumerables opciones de automóviles –y de otros productos– en el mercado que, contrario a la idea del *one size fits all*, ofrecen una amplia gama de opciones para elegir, y en conjunto tratan de acercarse con más precisión a las preferencias y necesidades heterogéneas de los consumidores.

Así las cosas, la consideración de tales heterogeneidades entre personas, para darles un tratamiento diferencial, a la medida de diferentes grupos (*off the rack*) o incluso también a la medida de cada persona (*tailored dress*), es una situación que no es novedosa por fuera del derecho. Como se pasa a ver, al ilustrar algunos de estos ámbitos, ello resulta una guía adecuada para identificar una de las dos características definitorias del derecho personalizado: la individualización del tratamiento.

Así, como se mencionó en la introducción, las reglas que existen en cada país sobre la mayoría de edad constituyen un ejemplo extremo de despersonalización del derecho (*one size fits all*) en la medida que aquellas no consideran en absoluto las diferencias individuales, como el grado de madurez (o inmadurez) de cada persona. En contraste, nótese que al interior de las familias suele existir un cúmulo de normas personalizadas, en el sentido de que, sin importar si un hijo ha adquirido o no la mayoría de edad –ante la ley–, el régimen disciplinario y de privilegios establecido por sus progenitores se mantiene invariado. Así, las normas que padres y madres diseñan, incluso con diferencias, respecto de cada hijo constituye un ejemplo de sistema *personalizado* de normas (fuera del derecho), en el sentido de que el alto grado de conocimiento que aquellos poseen respecto de la madurez de cada hijo es lo que determina cómo se diseña y se aplica un régimen de normas a la medida de cada uno.

Por otro lado, además del ejemplo de la industria de automóviles, lo cierto es que, en las relaciones de mercado, los esfuerzos de las empresas por personalizar el tratamiento de cada consumidor han sido una práctica común. Un ejemplo paradigmático de la personalización en las relaciones de mercado es el de la fijación y *discriminación de precios*³². En efecto, este tipo de discriminación es una estrategia comercial en la cual una empresa cobra precios diferentes por un mismo produc-

31 Ford, H., *My Life and Work*, Nueva York, Open Road, 2017, 60.

32 Bar-Gill, O., “Algorithmic Price Discrimination When Demand Is a Function of Both Preferences and (Mis)perceptions”, *The University of Chicago Law Review*, vol. 86, n.º 2, 2019.

to a diferentes consumidores³³. En el caso más extremo, el de la discriminación perfecta de precios, una empresa tiene la capacidad de cobrar a cada consumidor exactamente su precio de reserva, esto es, el precio máximo que cada consumidor (individualmente considerado) está dispuesto a pagar por el producto. Por otro lado, en la discriminación imperfecta de precios la empresa no individualiza a cada consumidor, sino que segmenta el mercado por grupos de consumidores y cobra precios diferentes a cada uno de tales segmentos en función de los atributos identificables de cada grupo³⁴. Dicho de otra manera, la discriminación perfecta de precios busca que estos se adapten a la medida exacta de cada consumidor (*tailored dress*), mientras que en la discriminación imperfecta los precios se adaptan a la medida de grupos o segmentos relevantes de consumidores (*off the rack*).

Vale destacar que la discriminación de precios es una práctica de personalización de tratamiento respecto de consumidores regularmente utilizada por las aerolíneas para los tiquetes aéreos; también es común en el mercado de medicamentos, los planes de telefonía móvil, los videojuegos en línea, las suscripciones a plataformas de música y video *streaming* (p. ej., Netflix o Spotify), así como por parte de empresas que hacen un uso intensivo de tecnologías de la información (p. ej., Uber o Amazon).

El destacar estos casos de discriminación de precios, entre otros, resulta relevante porque ellos demuestran la importancia de contar con la tecnología necesaria para proveer tratamientos y experiencias personalizadas a la medida de cada usuario. Hoy día, mediante la captura, procesamiento y evaluación de datos de cada persona con herramientas de *Big Data*, algoritmos y *Machine Learning*, las empresas cuentan con tecnología lo suficientemente sofisticada como para hacer discriminación perfecta de precios, y además ofrecer publicidad, servicios e incluso establecer restricciones precisas a la medida de las preferencias y necesidades individuales de cada usuario³⁵.

Ahora bien, desde el caso de la personalización de las normas de disciplina respecto de cada hijo al interior de las familias, hasta el caso de la personalización de la experiencia de cada usuario en entornos digitales, nótese que un elemento común de todos estos casos es que un mejor diseño de cada sistema a la medida de cada persona depende significativamente de la cantidad, la calidad y la granularidad de la información. Al interior de las familias, recabar, procesar y granular la información con el fin de personalizar las normas de disciplina respecto de cada hijo es una tarea intuitiva y relativamente fácil, pero en los mercados, especialmente en los entornos digitales, la misma tarea supone un alto grado de sofisticación y capacidad de

33 Samuelson, P. y Nordhaus, W., *Economics*, 19.^a ed., Nueva York, McGraw-Hill/Irwin, 2010, 71.

34 Goolsbee, A.; Levitt, S. y Syverson, C., *Microeconomics*, 2.^a ed., Nueva York, Worth, 2016, 382 ss.

35 Shiller, B., "First-Degree Price Discrimination Using Big Data" [en línea], 2014, disponible en: http://www.brandeis.edu/economics/RePEc/brd/doc/Brandeis_WP58R2.pdf y Wittman, M. D. y Belobaba, P., "Customized Dynamic Pricing of Airline Fare Products", *Journal of Revenue and Pricing Management*, vol. 17, 2018, 78-90.

procesamiento de información. Es por ello que en estos ámbitos la personalización depende y hace uso intensivo de tecnologías de *Big Data* y algoritmos.

Por supuesto, las ventajas de estas tecnologías para la personalización no suponen obviar el agitado debate actual –incluso jurídico– sobre los riesgos asociados a su uso para la captura, procesamiento y perfilamiento de cada persona con fin de discriminar precios o personalizar tratamientos a la medida de cada consumidor³⁶. Sin perjuicio de ello, también es cierto que el uso de estas herramientas tecnológicas ha llamado la atención de los gobiernos, no necesariamente para escrutarlas, sino para utilizarlas con fines análogos de personalización de normas³⁷. De ahí que, como se pasa a ver a continuación, el uso de tecnologías de *Big Data* y algoritmos sea la otra de las dos características que definen el *derecho personalizado*.

III. Las características definitorias del *derecho personalizado*: la individualización y la información clasificada por máquinas

A. Primera etapa de la discusión sobre el *derecho personalizado*: del *derecho contractual* hasta el *derecho de la responsabilidad*

Sostener que la discusión sobre el *derecho personalizado* es ciertamente novedosa no significa que hoy esté conceptualmente bien delimitada. Al respecto, como ya se anticipó en este trabajo, esta discusión tiene inicio hace menos de una década, con el artículo de Porat y Strahilevitz en el marco de las denominadas *reglas predeterminadas personalizadas (personalized default rules)*³⁸. En este primer texto, y de acuerdo con los autores, una regla predeterminada *personalizada*

-
- 36 Véase, a manera de ilustración, Mehra, S., “Antitrust and the Robo-Seller: Competition in the Time of Algorithms”, *Minnesota Law Review*, vol. 100, n.º 4, 2016, 1331 ss., quien presenta uno de los primeros resúmenes del debate jurídico actual sobre el uso de algoritmos e inteligencia artificial para la discriminación de precios y sus implicaciones en el derecho de la competencia y respecto del bienestar del consumidor. En similar sentido, Wagner, G. y Eidenmüller, H., “¿Down by Algorithms? Siphoning Rents, Exploiting Biases, and Shaping Preferences”, *The University of Chicago Law Review*, vol. 86, n.º 2, 2019, destacan el “lado oscuro” de la personalización en el mercado, concretamente la manera como las empresas se valen de dichas tecnologías con objetivos éticamente objetables como la captura de rentas, el aprovechamiento de sesgos cognitivos de consumidores e incluso la manipulación de las preferencias de las personas para dirigir las (a sus espaldas) a un patrón de consumo en concreto. Véase también la discusión sobre el mismo punto en Bar-Gill, O., “Algorithmic Price Discrimination When Demand Is a Function of Both Preferences and (Mis) perceptions”, cit.
- 37 Elkin-Koren, N. y Michal, G., “The Chilling Effect of Governance-by-Data on Data Markets”, *The University of Chicago Law Review*, vol. 86, n.º 2, 2019, 404.
- 38 Porat, A. y Strahilevitz, L., “Personalizing Default Rules and Disclosure with Big Data”, cit. En este artículo, los autores reconocen algunos antecedentes de la discusión en textos de Ayres, I., “Preliminary Thoughts on Optimal Tailoring of Contractual Rules”, *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, vol. 3, n.º 1, 1993, 1-18; Geis, G., “An Experiment in the Optimal Precision of Contract Default Rules”, *Tulane Law Review*, vol. 80, n.º 4, 2006, 1109-1159; Sunstein, C., “Deciding by Default”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 162, n.º 1, 2013, 1-57.

... toma una característica concreta y observable, y clasifica a los individuos en diferentes reglas predeterminadas en función de si poseen esa característica. Por ejemplo, si el Estado observa que hombres y mujeres tienen preferencias sistemáticamente distintas respecto del reparto de su patrimonio entre los herederos, el derecho podría crear conjuntos de reglas [predeterminadas] de sucesión diferentes, uno para los hombres y otro para las mujeres³⁹.

En el artículo en cita, los autores afirmaban que no existía en la doctrina jurídica una teoría comprensiva de las *reglas predeterminadas personalizadas*, y señalaban que tal ausencia estaba determinada por la inviabilidad práctica de estas, vale decir, por el hecho de no contar con una tecnología capaz de capturar y procesar la información para clasificar a las personas a fin de determinar sus características individuales, para luego saber cuáles reglas predeterminadas le son aplicables a cada una. No obstante, en el mismo trabajo los autores ya daban cuenta de que con el desarrollo creciente de herramientas tecnológicas del *Big Data* y el uso de algoritmos dicha inviabilidad práctica podría superarse, de manera tal que el derecho pudiese caracterizar y clasificar a cada persona a fin de precisar qué le es aplicable a cada cual mediante *reglas personalizadas*.

Vale resaltar que, si bien este primer artículo se ocupa explícitamente de la *personalización del derecho*, se concentra en la personalización de *reglas jurídicas*. De ahí quizá que en un trabajo posterior de Ben-Shahar y Porat, de 2016⁴⁰, los autores expandan y aborden la cuestión de la *personalización del derecho* respecto de *principios* jurídicos. Concretamente, en el marco del derecho de la responsabilidad, los autores demuestran cómo términos abiertos y flexibles como el de *persona razonable* pueden ser objeto de personalización, reiterando al respecto la necesidad de valerse de herramientas tecnológicas como el *Big Data* y la inteligencia artificial.

Con todo, y al menos en esta primera etapa de la discusión, obsérvese que la novedad del *derecho personalizado* no es la personalización en sí misma, sino el uso de una tecnología –antes inexistente– para llegar a tal grado de personalización. Análogamente y como se tuvo oportunidad de señalar en el numeral anterior, adviértase que la *discriminación de precios* tampoco es un concepto novedoso, pues la novedad de los últimos años consiste en la aparición de las mismas herramientas tecnológicas, lo que permite hoy a las empresas, a diferencia del pasado, hacer una discriminación perfecta de precios, así como prestar servicios *personalizados* a la medida de cada consumidor.

39 Porat, A. y Strahilevitz, L., “Personalizing Default Rules and Disclosure with Big Data”, cit., 1433.

40 Ben-Shahar, O. y Porat, A., “Personalizing Negligence Law”, *New York University Law Review*, vol. 91, 2016, 627-688.

B. Segunda etapa de la discusión sobre el derecho personalizado: la madurez del debate

Como ya se anticipó, con la publicación de *Personalized Law: Different Rules for Different People*, en 2021, la discusión sobre el *derecho personalizado* marcó un primer hito de madurez y de expansión hacia múltiples áreas del derecho; mucho más allá de su origen en las mencionadas *reglas predeterminadas personalizadas* en el marco del derecho contractual, y de su posterior expansión al derecho de la responsabilidad, sin olvidar algunas publicaciones intermedias y posteriores que han debatido sobre el tema⁴¹. Sin perjuicio de ello, se puede afirmar que en esta misma publicación sus autores ofrecen una definición ambigua del *derecho personalizado*, tal como se pasa a evidenciar.

En efecto, en su libro, Porat y Ben-Shahar sugieren construir la definición del *derecho personalizado* a partir de dos rasgos característicos ya mencionados: (i) la individualización y (ii) la información clasificada por máquinas. La primera característica se refiere a la precisión que provee la individualización como criterio para diseñar y aplicar una norma jurídica; la segunda característica se refiere al uso de la tecnología para tratar la cantidad y granular la información a fin de personalizar el derecho. Así, sobre la *individualización*, sostienen los autores: “[l]as leyes son ‘precisas’ cuando los mandatos que emiten se adaptan para reflejar las circunstancias más relevantes. [...] El derecho personalizado es una versión particular del derecho preciso centrado en la individualización: las circunstancias que importan son las diferencias no sólo entre entornos (lo externo), sino también entre personas (lo interno)”⁴².

De manera que la relación entre derecho preciso y derecho personalizado es una relación de género y especie. Así, cuando se afirma que el derecho personalizado es una versión particular del derecho preciso centrado en la individualización, los autores ratifican que la personalización del derecho es una “nueva” alternativa para afrontar los problemas derivados de la uniformidad del derecho. De hecho, los autores diferencian entre “vieja” precisión (a la que llaman contextualización) y “nueva” precisión (a la que llaman personalización). La *vieja* precisión del derecho describiría, por ejemplo, la inclusión de excepciones en la codificación de las reglas o el proceso de concreción de la buena fe en el derecho contractual (*supra*, sección I). Sin embargo, como ya se dijo, esta noción de *vieja* precisión del derecho se limita a considerar las diferencias externas o sobre el entorno, pero omite las diferencias

41 Merece destacarse el número especial de *The University of Chicago Law Review* de 2019, dedicado a un simposio sobre el “derecho personalizado”, así como la posterior publicación en la misma revista, en marzo de 2022, de una serie de ensayos (algunos citados en este artículo) en que varios autores debaten diferentes aspectos sobre la personalización del derecho.

42 Ben-Shahar, O. y Porat, A., *Personalized Law*, cit., 19.

endógenas o interpersonales. Por tanto, la *nueva* precisión supone considerar tales diferencias internas.

Para esta *nueva* precisión del derecho, que considera tales diferencias individuales, se requiere el uso de las mencionadas herramientas tecnológicas para tratar y granular la información, lo cual corresponde, según se pudo apreciar, a la segunda característica del *derecho personalizado*, esto es, la información clasificada por máquinas:

[A] medida que aumenta la cantidad de información, ello posibilita clasificaciones más finas de las personas. En el extremo, cuando se utiliza *Big Data*, se codifican algoritmos para identificar las relaciones entre los atributos de las personas y el resultado de interés, para así diseñar órdenes totalmente individualizadas. Un límite de velocidad personalizado se basaría en predicciones sobre las habilidades y el riesgo de cada conductor. Si estuviera disponible, analizaría los datos sobre la visión de los conductores, sus instintos de reacción, su experiencia al volante y su nivel de fatiga, medidos en tiempo real⁴³.

Con todo, y conforme lo anotado en los párrafos anteriores, vale destacar que desde que inició la discusión en el artículo de Porat y Strahilevitz de 2014 y hasta el hito marcado por el libro *Personalized Law... en 2021*, se mantiene como elemento central de la discusión (i) el uso –antes técnicamente imposible– de tecnologías del *Big Data*, algoritmos y *Machine Learning* como herramientas para diseñar y aplicar normas jurídicas; por otro lado, (ii) el debate también se ha centrado en las ventajas y los riesgos de que legisladores, reguladores y jueces tengan a su disposición estas tecnologías en el diseño y aplicación del derecho.

Ciertamente, que las máquinas procesen y clasifiquen la información a fin de diseñar normas personalizadas mediante *Big Data* y algoritmos ratifica lo novedoso de la discusión. Es evidente que, si esta idea se extendiere a las diferentes áreas del derecho, ello supondría por sí mismo una profunda transformación. Por supuesto, en este contexto hay que insistir en el debate sobre las ventajas, pero también sobre los riesgos derivados del uso de estas tecnologías, máxime cuando estas se usan para diseñar o aplicar normas jurídicas.

Sin pretensiones de exhaustividad, los riesgos más evidentes se derivan del uso del *Big Data* para la recopilación y procesamiento de datos de cada persona, y de los problemas a ello aparejados respecto de la intimidad y privacidad⁴⁴. Otro riesgo no menos relevante es el de la discriminación y los sesgos implicados, cuya existencia ya se ha evidenciado en la simple recolección y tratamiento de datos de las personas

43 *Ibid.*, 19-20.

44 Porat, A. y Strahilevitz, L., “Personalizing Default Rules and Disclosure with Big Data”, cit.; Elkin-Koren, N. y Michal, G., “The Chilling Effect of Governance-by-Data on Data Markets”, cit.

por parte del gobierno⁴⁵. También son objeto de debate el grado adecuado de control, interacción o independencia entre las máquinas y los humanos (v. gr., legisladores y jueces) al diseñar y aplicar normas⁴⁶; la transparencia de los algoritmos ante el público y la *accountability* de jueces, ejecutivo y legislativo por el uso de estas tecnologías⁴⁷; así como las implicaciones de reducir o incluso eliminar la discrecionalidad y la función interpretativa de jueces humanos y reemplazarla por decisiones de una inteligencia artificial⁴⁸.

Sin perjuicio de la importancia de estos debates, pareciera entonces que la discusión se ha centrado sobremedida en los mencionados riesgos asociados al uso del *Big Data*, los algoritmos y el *Machine Learning* como instrumentos para diseñar y aplicar el derecho, dejando de lado, como se ha dicho, que el uso de estas tecnologías es una de las dos características que definen el *derecho personalizado*. El punto es que el debate sobre el uso de tales tecnologías pareciera haber opacado el debate sobre el significado y las implicaciones de la otra característica definitoria del *derecho personalizado*: la individualización. Sobre esta característica, la discusión es más escasa. Sin embargo, como se argumenta a continuación, es en esta parte del debate donde la definición del *derecho personalizado* propuesta por Ben-Shahar y Porat cae en ambigüedades y contradicciones.

IV. La personalización del derecho no elimina la despersonalización del derecho, solo la desplaza: un ejercicio hipotético de despersonalización

Según Ben-Shahar y Porat el derecho personalizado pretende diseñar “órdenes totalmente individualizadas”⁴⁹, lo cual significaría que esta noción no solo busca eliminar completamente la despersonalización, la uniformidad de cualquier norma jurídica (*one sizes fits all*), sino que también busca eliminar el estado intermedio de la adaptación del derecho a diferentes circunstancias relevantes (*off the rack*), y por tanto se trata de derecho a la medida exacta de cada circunstancia, donde cada circunstancia es lo mismo que cada persona (*tailored dress*). Explicado así, la conclusión es que el “derecho personalizado” se define como lo opuesto a la uniformidad

45 O’Neil, C., *Weapons of Math Destruction: How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy*, Nueva York, Crown, 2016; Yang, C. y Dobbie, W., “Equal Protection under Algorithms: A New Statistical and Legal Framework”, *Michigan Law Review*, vol. 119, n.º 2, 2020, 291-395.

46 Casey, A. y Niblett, A., “Framework for the New Personalization of Law”, cit., 354 ss.; Scholz, L. H., “Two Cheers for Cyborgs” [en línea], 2022, *The University of Chicago Law Review Online*, disponible en: <https://lawreviewblog.uchicago.edu/2022/03/09/bp-scholz/>

47 Selbst, A. y Barocas, S., “The Intuitive Appeal of Explainable Machines”, *Fordham Law Review*, vol. 87, n.º 3, 2018, 1089 ss.

48 Casey, A. y Niblett, A., “The Death of Rules and Standards”, cit., 1433 ss.

49 Ben-Shahar, O. y Porat, A., *Personalized Law*, cit., 19-20.

del derecho. Sin embargo, como bien lo anotó recientemente Grigoleit⁵⁰, lo contrario a la uniformidad del derecho es en realidad la personalización infinita, lo que no solo es un imposible en sí mismo, sino que supone que la definición propuesta por Ben-Shahar y Porat genera una serie de contradicciones que la hacen insostenible.

Para explicar el alcance de esta contradicción resulta ilustrativo simular un ejercicio hipotético de *personalización del derecho* a partir de un régimen conocido de normas despersonalizadas. Así, mencionamos en la introducción que un caso extremo de despersonalización es el de las reglas que existen en cada país sobre el momento en que las personas adquieren la mayoría de edad, y, por lo tanto, la capacidad de ejercer ciertos derechos (civiles y políticos). Luego, *supra*, en la sección II, se dijo que, fuera del ámbito del derecho, el régimen disciplinario que establecen padres y madres respecto de sus hijos ilustra bien un sistema *personalizado* de normas que, independientemente de si un hijo ha adquirido o no la mayoría de edad –ante la ley–, integran un régimen adaptado a la medida de aquel. Teniendo en mente este caso, y obviando para efectos del ejercicio las cuestiones éticas que pueden estar involucradas, si se lo trasladara al contexto del derecho y se pretendiera diseñar un régimen análogo de derecho *personalizado* sobre la mayoría de edad, y por lo tanto, órdenes o habilitaciones individualizadas sobre la capacidad de cada persona para el ejercicio de ciertos derechos individuales, ello exigiría, por un lado, (i) considerar el grado de madurez de cada persona, esto es, considerar las condiciones y circunstancias específicas que cada una debe cumplir, y por otro lado, (ii) determinar en qué momento cada cual adquiere dicha capacidad de ejercicio de derechos.

Para estos efectos de comprender cómo sería este régimen “*ideal*” de *derecho personalizado*, supongamos que las tecnologías de *Big Data* y algoritmos tienen la capacidad de recabar y granular con detalle la información sobre las circunstancias individuales de cada persona, incluyendo su grado exacto de madurez, y a partir de ello determinar en qué momento cada cual adquiere la mayoría de edad, y la consecuente capacidad jurídica de ejercer ciertos derechos. En tanto que este sistema cumple las dos características definitorias propuestas por Ben-Shahar y Porat: (i) la individualización y (ii) la información clasificada por máquinas, entonces podrá afirmarse que, de acuerdo con la definición de los mismos autores, se trata de un régimen *ideal* de derecho personalizado. Sin embargo, esta afirmación no es sostenible pues, aun cuando es cierto que este régimen sería expresión de un derecho más preciso, continúa teniendo tantos elementos de uniformidad y de despersonalización que está lejos de poder considerarse una expresión *ideal* de *derecho personalizado*.

En efecto, para poder diseñar este régimen *ideal* de derecho personalizado sobre la mayoría de edad es ineludible afrontar dos preguntas: primero, ¿qué se considera ser una persona madura?, y segundo, ¿esta persona se considera madura para

50 Grigoleit, H., “Personalized Law: Distinctions and Procedural Observations” [en línea], *The University of Chicago Law Review Online*, 2022, disponible en: <https://lawreviewblog.uchicago.edu/2022/03/09/bp-grigoleit/>

qué?, esto es, dado su grado individual de madurez, ¿qué derechos tendrá o no la capacidad de ejercer? Para efectos de nuestro ejercicio conviene resolver estas dos preguntas separadamente, comoquiera que cuestionarse sobre “qué es ser maduro” significa cuestionarse sobre el contenido de un término abierto y flexible, lo que sería como un ejercicio de *personalización* de un *principio* jurídico. Por otro lado, cuestionarse sobre *qué derechos podrán ejercerse* es equivalente a un ejercicio de *personalización* de una *regla*.

A. La personalización de principios jurídicos no es posible sin mantener la despersionalización del derecho

Continuando con el mismo ejercicio de *personalización del derecho*, la primera pregunta, que versa sobre qué es ser maduro, sugiere que la comunidad en general, o quizá mejor, que los expertos, definan e informen al legislador o a los jueces (o incluso a una máquina) qué se considera como una persona madura, y ello no puede hacerse sino con un criterio general o un estándar sobre lo que se considera actuar como alguien maduro. Dicho de otra manera, para definir que una persona es individualmente considerada madura, y, por tanto, personalizar el derecho a la medida de su madurez, es necesario predefinir un criterio uniforme acerca de *qué es ser maduro*. Explicado así, nótese que en este caso la personalización del derecho conduce a que la cuestión de la despersionalización o uniformidad del derecho (*one size fits all*) ya no esté en la aplicación de la norma en sí misma, pero no porque esta haya desaparecido, sino porque ahora es una cuestión que se ha desplazado y es necesario discutirla en un paso anterior del diseño de la norma.

En efecto, definir *qué es ser maduro* a fin de personalizar el derecho sobre la mayoría de edad es una cuestión que sigue la lógica de definir términos abiertos y flexibles propios de los principios del derecho, como cuando se define *qué es ser razonable*. Así, afirmaciones jurídicas personalizadas como *usted es individualmente maduro* o *usted es individualmente razonable* no pueden hacerse en abstracto, sino que es necesario haber determinado previamente algún estándar de lo que se considera *ser razonable* bajo ciertas circunstancias. Sin embargo, aquel estándar y estas circunstancias no pueden ser sino un criterio o norma uniforme y despersionalizada (*one size fits all*), pues si fuesen –también– personalizadas ello generaría una ruptura total entre el derecho y la realidad. En concreto, de acuerdo con Mayson⁵¹, en este caso ocurriría una paradoja en la que se imposibilita que cada persona adecue su propia conducta al derecho, y por tanto, este grado de personalización despojaría al derecho de su propia capacidad para guiar la conducta. En este caso, si las circunstancias en que *usted es individualmente razonable* son también personalizadas, lo que se está sugiriendo es una norma paradójica del estilo *usted debe actuar razo-*

51 Mayson, S., “But What Is Personalized Law?” [en línea], 2002, *The University of Chicago Law Review Online*, disponible en: <https://lawreviewblog.uchicago.edu/2022/03/09/bp-mayson/>

nablemente bajo las circunstancias que solo usted comparte. Explicado así, nótese entonces que diseñar *órdenes totalmente individualizadas* del tipo *usted es individualmente razonable*, sin tener como base consideraciones uniformes y despersonalizadas, en realidad es equivalente a evadir la definición de *qué es lo razonable*.

B. La personalización de las reglas tampoco puede hacerse sin mantener la despersonalización del derecho

Retomando el ejercicio de lo que sería un régimen *ideal* de derecho personalizado sobre la mayoría de edad, se dijo que, luego de definir *qué es ser maduro*, la segunda pregunta es: ¿qué derechos (civiles y políticos) tendrá o no la capacidad de ejercer la persona madura? En tanto que la respuesta a esta pregunta se refiere a enlistar o catalogar qué derechos quedarán incluidos y excluidos, ello es equivalente a cuestionarse y codificar una serie de subreglas y excepciones, es decir, se trata de un ejercicio asimilable a la *personalización de reglas*. Sin embargo, como se pasa a evidenciar, la respuesta a dicha pregunta corrobora que el *ideal* del *derecho personalizado* no elimina sino que, nuevamente, traslada la cuestión de la uniformidad y la despersonalización a otros ámbitos del diseño de las normas.

En efecto, en países como Colombia, la mayoría de edad se alcanza a los 18 años, lo cual supone la posibilidad inmediata de ejercer ciertos derechos civiles, como obligarse válidamente mediante un acuerdo o poder consumir alcohol. Sin embargo, esta regla tiene algunas excepciones, por ejemplo, esta mayoría de edad no habilita ciertos derechos políticos, como el derecho de poder presentarse como candidato a determinadas elecciones políticas⁵². Explicado así, incluso si pudiésemos resolver la pregunta *qué es ser maduro* y llegar a una norma personalizada del tipo *usted es individualmente maduro*, aún quedaría pendiente por determinar cuáles derechos tendrá la capacidad de ejercer el *usted maduro*. Si la respuesta es que *usted* tiene la capacidad de ejercer *todos los derechos*, entonces se trata de una respuesta que sigue generalizando una misma circunstancia para todas las personas, luego es una expresión de derecho uniforme y despersonalizado (*one size fits all*). Pero aun si se trata de una respuesta personalizada que establece, por ejemplo, que una vez alcanzado cierto grado de madurez el *usted maduro* adquiere los derechos políticos, y una vez alcanzado otro grado de madurez el *usted maduro* adquiere derechos civiles, entonces se trataría de un régimen de normas *off the rack* conformado por subreglas y excepciones, categorías genéricas (v. gr., las categorías de derechos civiles y las de derechos políticos), al interior de las cuales sigue habiendo despersonalización y uniformidad (*one size fits all*).

Con todo, y a manera de conclusión del presente numeral: (i) se corrobora que la imprecisión, la uniformidad, la idea del *one size fits all* es una característica común de

52 Por ejemplo, para ser candidato a una curul en la Cámara de Representantes se requiere una edad mínima de 25 años.

reglas y principios. (ii) De acuerdo con la posición de Ben-Shahar y Porat⁵³, una de las características del *derecho personalizado* –adicionalmente al uso de tecnologías de *Big Data* y algoritmos– conduce a definirlo en términos *ideales* como lo opuesto a la despersonalización del derecho. Sin embargo, (iii) aun suponiendo cómo sería un régimen *ideal* de derecho personalizado, la definición de Ben-Shahar y Porat es insostenible por contradictoria pues, (iv) tratase de un sistema personalizado de *reglas* o de *principios*, en cualquier caso, la despersonalización no desaparece, sino que se desplaza a otro(s) ámbito(s) o dimensión(es) del diseño de las normas. Por tanto, (v) es inevitable mantener elementos de uniformidad y de despersonalización, o, dicho de otra manera, una mayor *personalización del derecho* no se logra sin mantener su *despersonalización*.

Como pasamos a argumentar en los siguientes numerales, lo dicho no supone que un mayor grado de *personalización del derecho* no pueda ser un objetivo adecuado para el derecho, pero tampoco excluye que este mayor grado de personalización deba sujetarse a ciertos límites normativos.

V. Mayor grado de personalización del derecho sí es mejor derecho

Sostener que hay una contradicción en definir la *personalización del derecho* como lo contrario a la uniformidad o la *despersonalización del derecho* no equivale a afirmar que en la práctica un mayor grado de personalización de las normas no sea algo fácticamente posible y deseable. Por un lado, que sea algo posible es una cuestión positiva o descriptiva, en el sentido de que en muchas áreas del derecho, como se dijo, ya es algo común que haya un grado de personalización; pero la novedad está dada por el uso de *Big Data* y algoritmos como instrumentos que permiten lograr un mayor grado de personalización de las normas. Por otro lado, que sea un objetivo deseable es una cuestión de naturaleza normativa, en el sentido de que conduce a cuestionarse qué grado de mayor personalización del derecho se considera, por ejemplo, éticamente admisible.

Como se anunció desde la introducción, el presente trabajo defiende que muchas áreas del derecho se beneficiarían, es decir, serían *mejor* derecho, si sus normas estuviesen diseñadas con un mayor grado de personalización. A manera de ilustración, en el presente aparte se abordan algunas normas de dos áreas, el derecho del consumo y el derecho sancionatorio, en donde un mayor grado de personalización de las normas haría mejor derecho.

A. Hacia un derecho del consumo personalizado

En la introducción se mencionó como ejemplo de uniformidad y despersonalización las normas del derecho del consumo cuando este asume que los consumidores actúan

53 Ben-Shahar, O. y Porat, A., *Personalized Law*, cit., 19-20.

como un todo homogéneo *razonablemente* bien informado. Sin embargo, una de las implicaciones negativas de asumir este supuesto es que el derecho de información del consumidor se ha ido manifestando en un mandato general hacia los productores de informar las condiciones generales de los productos y los términos contractuales que cada uno ofrece en el mercado, lo que en el agregado se ha materializado en un *bombardeo* o *sobrecarga* a los consumidores con extensas y complejas declaraciones de información que muchos de ellos son incapaces de entender, y que en la mayoría de los casos no leen siquiera⁵⁴. Así las cosas, asumir que todos los consumidores actúan homogéneamente como *razonablemente* bien informados y que el deber de los productores es informarlos sobre las condiciones generales es asumir una visión irrealista, lo que en otras palabras sugiere que parte del derecho del consumo ha evolucionado en torno a asumir y proteger un consumidor que existe en los textos de la doctrina pero no en la realidad.

En este escenario, un mayor grado de personalización del derecho del consumo supondría desprenderse de dicha ficción –irrealista– para, en cambio, considerar las ineludibles heterogeneidades en las capacidades cognitivas, las preferencias y las necesidades individuales de cada consumidor. A partir de ello podría diseñarse un derecho de información a la medida de cada consumidor, lo cual implicaría, por ejemplo, reducir el marco de protección respecto de aquellos consumidores más sofisticados, con menores necesidades de información o que individualmente no requieren o no desean esa protección. Así, de la misma forma que, en entornos digitales, hoy día las empresas utilizan tecnología para monitorear las actividades y hábitos de cada usuario para de ese modo diseñar tratamientos y ofertas personalizadas a cada usuario (*supra*, sección III), las autoridades de consumo también podrían valerse de las mismas tecnologías para proveer marcos personalizados de protección respecto de cada consumidor. De esta manera, en lugar de la mencionada *sobrecarga* de información, hoy es tecnológicamente factible personalizar el derecho de información del consumidor de manera que esta información esté adaptada a las preferencias, las necesidades y capacidades cognitivas de cada uno⁵⁵.

Vale destacar que esta estrategia de personalización del derecho del consumo no excluye ni debería excluir –en términos normativos– que un consumidor en concreto pueda rechazar autónomamente que las autoridades recaben y procesen información sobre sus actividades y hábitos de consumo, y que por tanto opte por un régimen uniforme de protección. Dicho de otra manera, sostener que el grado de personaliza-

54 Issacharoff, S., “Disclosure, Agents, and Consumer Protection”, *Journal of Institutional and Theoretical Economics (JITE)*, vol. 167, n.º 1, 2011, 61-62; Monroy, D., “‘Behavioral Economics’ y la protección contractual del consumidor: el problema del consumidor que no lee el contrato”, en Caycedo, C. y Monroy, D. (eds.), *El consentimiento del consumidor*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019, 42 ss.

55 Busch, C., “Implementing Personalized Law”, cit.; Hacker, P., “Personalizing EU Private Law: From Disclosures to Nudges and Mandates”, *European Review of Private Law*, vol. 25, n.º 3, 2017, 651-677.

ción del derecho es una cuestión normativa significa afirmar que si bien la tecnología permite hoy diseñar un derecho del consumo personalizado (*tailored dress*), ello no tiene por qué excluir que algún consumidor prefiera elegir autónomamente que se le aplique una opción de derecho uniforme y despersonalizado de derecho (*one size fits all*) si es lo que quiere elegir. Sobre este punto se volverá *infra*, en la sección VI.

B. Hacia un derecho sancionatorio personalizado

Un segundo caso ilustrativo de potencial aplicación de *personalización del derecho* ocurre en el derecho sancionatorio, el cual también podría ser *mejor* derecho si sus normas tuviesen un mayor grado de personalización. Al respecto, normalmente las multas o sanciones económicas por infracciones administrativas, de policía, de tránsito, o incluso por delitos, se aplican dependiendo de la gravedad de la conducta en sí misma, pero sin importar las condiciones individuales de cada infractor, especialmente, su nivel actual de ingresos. Esta expresión de derecho uniforme y despersonalizado significa que una misma magnitud de multa para todos afecta y disuade de manera distinta a un –potencial– infractor pobre en comparación con otro rico. De hecho, se ha demostrado que la imposición de sanciones económicas *despersonalizadas*, es decir, multas iguales para ricos y pobres, tiene efectos que profundizan las desigualdades y la pobreza de los segundos⁵⁶. Así, además de la evidente distorsión distributiva, mientras que para el pobre –dado su nivel de ingreso– puede que una multa profundice su situación de pobreza (y la de su familia), para el infractor rico puede que la misma magnitud de multa solo produzca una afectación marginal en su nivel de ingreso. Por tanto, sea por exceso o por defecto, en ninguno de estos dos casos imponer una misma multa para todos conduce a una disuasión óptima de la conducta.

Una forma de corregir este problema es precisamente mediante *personalización del derecho sancionatorio*. En este orden, algunos autores han propuesto la estrategia de las *day-fines*, según la cual el monto de la multa se calcula de acuerdo con la gravedad de la conducta, pero también dependiendo del nivel de ingreso y/o riqueza de cada infractor⁵⁷. Este tipo de multas ya se han ido implementando en varios países, especialmente en Europa, en donde los mejores ejemplos parecen ser los de Finlandia y Suecia, donde las multas por ciertos delitos se calculan sobre una fracción de los ingresos de cada infractor mediante ecuaciones matemáticas que entonces reducen la discrecionalidad judicial y las hacen más predecibles. Sin embargo, en estos países uno de los problemas ya detectados es de la fiabilidad de la información sobre

56 Friedman, B. y Pattillo, M., “Statutory Inequality: The Logics of Monetary Sanctions in State Law”, *The Russell Sage Foundation Journal of the Social Sciences*, vol. 5, n.º 1, 2019, 173-196.

57 Kantorowicz-Reznichenko, E., “Day-Fines: Should the Rich Pay More?”, *Review of Law & Economics* vol. 11, n.º 3, 2015, 481-501; Slavinski, I. y Spencer-Suarez, K., “The Price of Poverty: Policy Implications of the Unequal Effects of Monetary Sanctions on the Poor”, *Journal of Contemporary Criminal Justice*, vol. 37, n.º 1, 2021, 45-65.

el nivel de ingresos y/o riqueza de cada infractor⁵⁸. Al respecto, creemos que las herramientas de *Big Data* y los algoritmos podrían recabar y granular información en tiempo real sobre las condiciones económicas actuales y el nivel de ingreso de cada infractor, para así calcular una *multa personalizada*. En el agregado, dada una misma conducta sancionable, cada infractor pagaría entonces una multa de magnitud diferente, pero la afectación al nivel de ingreso individual tendería a ser la misma, y, por tanto, el grado de disuasión de la sanción también tendería a igualarse entre diferentes infractores independientemente del nivel individual de ingresos.

Con todo, si bien estos dos casos son una muestra muy discreta de áreas del derecho que serían mejores si incrementaran el grado de personalización de sus normas, se insiste en que ello no excluye debatir respecto de los límites normativos de la personalización en sí. El hecho de que se afirme que un mayor grado de personalización del derecho sea deseable –incluso en términos normativos– no supone desconocer, como incluso lo señalan Ben-Shahar y Porat⁵⁹, que la uniformidad de las normas no es *per se* un problema sino incluso un valor del derecho, por lo que defender un mayor grado de personalización plantea varios debates normativos. En otras palabras, si la uniformidad o despersonalización en el derecho no constituye un defecto, sino que es incluso un valor del derecho, entonces un mayor grado de personalización supone, a su vez, discutir sobre los límites de tal personalización, tal y como se hace en el siguiente numeral.

VI. Sobre algunos límites normativos de la personalización: la igualdad y la autonomía individual

Si, como se concluyó (*supra*, sección IV), en la práctica, la personalización no elimina la despersonalización sino que la desplaza a otros ámbitos o dimensiones del diseño de las normas, entonces, siguiendo la opinión de Mayson⁶⁰, la cuestión normativa se centra en discutir en cuáles ámbitos o dimensiones debería mantenerse la uniformidad o despersonalización del derecho y por qué.

Al respecto, la hipótesis que acá se plantea es que la delimitación de estas dimensiones pende, cuando menos, de dos valores que en este caso se encuentran estrechamente ligados entre sí: el valor de la igualdad y el valor de la autonomía individual, los cuales, en conjunto, se erigen como un argumento a favor de limitar la personalización o de mantener ámbitos de despersonalización del derecho.

58 Drápal, J., “Day Fines: A European Comparison and Czech Malpractice”, *European Journal of Criminology*, vol. 15, n.º 4, 2018, 461-480.

59 Ben-Shahar, O. y Porat, A., “How to Evaluate Personalized Law.’ Personalized Law: Different Rules for Different People” [en línea], *The University of Chicago Law Review Online*, 2022, disponible en: <https://lawreviewblog.uchicago.edu/2022/03/09/bp-series/#evaluate-personalized-law>

60 Mayson, S., “But What Is Personalized Law?”, cit.

A. El valor de la igualdad como límite a la personalización del derecho

Tal como lo sugiere Mayson⁶¹, en este punto vale acudir a la opinión de Schauer⁶², quien advierte que la uniformidad en la aplicación derecho, lejos de ser un defecto, es un elemento que cumple una función de promoción de la equidad, la comunidad y de justicia en la sociedad. Es cierto que la despersonalización en la aplicación de una norma (*one size fits all*) supone necesariamente omitir diferencias en cada caso que podrían ser relevantes; sin embargo, omitir tales diferencias, es decir, aplicar la norma de manera uniforme, y de este modo tratar de igual manera casos diferentes, en ocasiones puede considerarse expresión de lo justo⁶³. Si ello es así, la uniformidad no sería necesariamente un problema que hay que corregir, sino incluso una cualidad de las normas. Por supuesto, no estamos defendiendo que la uniformidad y la igualdad que de ella se deriva sean algo inherentemente justo; si así fuera, se llegaría al absurdo de afirmar que, al contrario, considerar las diferencias de cada caso sería algo inherentemente injusto. Como se señaló párrafos atrás, se insiste, el punto es que, pese a nuestras diferencias individuales, por razones de igualdad es necesario mantener dimensiones en el diseño de las normas en que estas se mantengan despersonalizadas.

En efecto, incluso considerando casos extremos de uniformidad y despersonalización (v. gr., el mencionado caso de las reglas sobre la mayoría de edad), el hecho de no considerar ciertas diferencias potencialmente relevantes (v. gr., quién es o no una persona madura) supone reconocer que, pese a las diferencias individuales que nos distinguen, en ocasiones es preferible omitirlas, precisamente por razones de igualdad y de comunidad, para tratar casos diferentes de una misma manera. Haciendo una analogía, una de las razones por las cuales muchas escuelas exigen que los estudiantes lleven uniforme es precisamente para inculcar un sentido de igualdad y de comunidad entre ellos⁶⁴. En el mismo sentido, aun aceptando que la imprecisión derivada de la despersonalización en el derecho puede producir errores como la infra o la sobreinclusión de las reglas, estos errores resultan justificables si con ello se mantiene o protege cierta idea de igualdad entre las personas respecto de cómo son tratadas por esas mismas normas. Adicionalmente, que el derecho sea uniforme en alguna dimensión, también promueve la igualdad y cierta idea de justicia en la medida que alienta a las personas a reconocer que, pese a sus diferencias interpersonales, también las identifican ciertas similitudes que hacen de ellas parte de una misma comunidad; esto, en lugar de promover que solo se reconozcan como seres

61 *Ibid.*

62 Schauer, F., *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Nueva York, Oxford University Press, 1993, 135.

63 *Ibid.*

64 Twining, W. y Miers, D., *How to Do Things with Rules*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, 25.

individuales y aislados, y que deban ser tratadas de forma *personalizada*, y por tanto diferenciada, por el derecho.

B. El valor de la autonomía individual como límite a la personalización del derecho

En segundo lugar, y en estrecha relación con el valor de la igualdad, otro grupo de razones normativas para mantener la despersonalización del derecho en ciertas dimensiones se deriva de la autonomía individual. A manera de crítica, vale destacar que Ben-Shahar y Porat omiten el debate sobre la amenaza que una mayor personalización del derecho puede proyectar respecto de dicha autonomía⁶⁵. En esta contribución se defiende que el argumento a favor de una mayor personalización del derecho resulta incluso fortalecido si es que se acompaña de una defensa de un mayor grado de autonomía individual; defensa que aquí se manifiesta en la posibilidad de poder elegir autónomamente la inaplicación del derecho personalizado, si es lo que una persona quiere para sí.

De este modo, aunque la tecnología permitiese una personalización absoluta del derecho, ello no tiene por qué excluir que individualmente alguien prefiera que el derecho lo trate de forma despersonalizada. Como ya se dijo, incluso aceptando que áreas del derecho –como el derecho del consumo– serían mejor derecho si tuviesen un mayor grado de personalización, ello no implica descartar que un consumidor, de manera autónoma, pueda llegar a preferir un régimen genérico de protección, o incluso que alguna persona, autónomamente, opte por rechazar la protección del derecho, si es lo que desea. Nótese que de esta explicación resulta que la defensa de la libertad y la autonomía de quien no quiere que se le aplique un *derecho personalizado*, lejos de ser una contradicción, es un argumento que refuerza la *personalización del derecho* en sí misma. Si, como ya se dijo, el *derecho personalizado* implica tener en cuenta las necesidades y preferencias individuales de cada persona, entonces es lógico que dentro de estas preferencias esté incluida la posibilidad de que el derecho se aplique de forma despersonalizada para quien individualmente así lo prefiera; de manera que defender la *personalización del derecho* constituye *per se* un argumento a favor de un mayor grado de autonomía individual, y por tanto también un llamado necesario a escrutar la *personalización del derecho* cuando esta se manifiesta en un mayor grado de restricciones a las libertades individuales.

Si bien es cierto que las normas de muchas áreas del derecho poseen un carácter coercitivo y restrictivo de la elección y de la autonomía individuales, incluso asumiendo con rigor la definición del *derecho personalizado* sugerida por Porat y Ben-Shahar (*supra*, sección III), ni lo que defienden ellos, ni tampoco lo que se

65 Barak-Corren, N., “Personalization and the Constitution” [en línea], *The University of Chicago Law Review Online*, 2022, disponible en: <https://lawreviewblog.uchicago.edu/2022/03/09/bp-barak-corren/>

ha dicho en este artículo, conduce a afirmar que imponer obligaciones o establecer restricciones a los derechos individuales sea una característica definitoria, ni mucho menos una consecuencia necesaria de defender un mayor grado de personalización del derecho. El derecho sancionatorio (*supra*, sección V) es por antonomasia un área del derecho estructurada en torno a la imposición de órdenes, obligaciones y restricciones; sin embargo, es igualmente cierto que el derecho es bastante más que eso. De hecho, según Ben-Shahar y Porat⁶⁶, existen retos diferentes –de naturaleza normativa– cuando se discute sobre personalización de “obligaciones” u “órdenes” que cuando se trata de personalización de “derechos” y “libertades”. Sobre ello, la visión que aquí se adopta es que la defensa de la personalización del derecho se erige como un argumento para defender un mayor escrutinio a la imposición de restricciones por parte del derecho, y por tanto una correlativa mayor garantía del ejercicio de los derechos de libertad y autonomía individual.

Así como se reconocen los riesgos del uso de tecnologías de *Big Data* y algoritmos para personalización, tecnologías utilizadas comúnmente en los mercados por parte de las empresas (*supra*, sección III), con mayor razón debería escrutarse cuando tales tecnologías son utilizadas por el Estado para diseñar normas. En este orden de ideas, no es posible defender una mayor *personalización del derecho* y al tiempo omitir los riesgos que representa el uso de tales tecnologías para la personalización, ni tampoco obviar los riesgos de un mayor empoderamiento de reguladores y jueces respecto de las personas, así como la eventual amenaza que ello representa respecto de los derechos individuales en general y la autonomía en particular. Por tanto, la mejor alternativa para mitigar estos riesgos es precisamente mantener un alto grado de libertad y autonomía individual para que quien individualmente no quiera ser objeto de personalización del derecho, así lo pueda decidir.

Si se asume que la personalización en el mercado (*v. gr.*, la discriminación de precios) puede tener objetivos éticamente objetables⁶⁷, también es cierto que a veces estas estrategias empresariales pueden contrarrestarse por el propio consumidor mediante la alternativa de elección de otra empresa competidora o, más evidente aun, garantizando –incluso mediante el derecho– la libertad de que el consumidor elija que la empresa no le dé un tratamiento personalizado (por ejemplo, cuando un usuario rechaza las *cookies* de una página web o cuando navega en modo incógnito en Google Chrome). Dado que respecto de la *personalización del derecho* las personas no cuentan con la opción de ir con un competidor ni pasar de incógnitos, entonces con mayor razón debería mantenerse y reforzarse la alternativa de que cada persona pueda rechazar autónomamente la aplicación de derecho personalizado, si ese es su querer.

66 Ben-Shahar, O. y Porat, A., *Personalized Law*, cit., 26.

67 Véase Wagner, G. y Eidenmüller, H., “Down by Algorithms?”, cit.

Conclusión

La uniformidad y la despersonalización son características inherentes a las normas del derecho, las cuales, sin embargo, generan problemas de imprecisión al momento de su aplicación, como lo son, entre otros, los conocidos errores de infra y sobreinclusión de las reglas. Para solucionar estos problemas, los profesores Omri Ben-Shahar y Ariel Porat proponen avanzar hacia el *nuevo mundo del derecho personalizado*; un mundo en el que la tecnología *Big Data*, los algoritmos y la inteligencia artificial funcionan como herramientas que incluso desplazan a legisladores y jueces, y en su lugar, la tecnología diseña normas como si fueran un traje a la medida de cada persona (*tailored dress*). Se trata de un mundo que los propios autores dicen que era, pero ya dejó de ser, un mundo de ciencia ficción⁶⁸. En el mundo del derecho personalizado cada persona adquiere la mayoría de edad y la capacidad de ejercer ciertos derechos en un momento distinto; se trata de un mundo en donde cada consumidor elige el grado de protección que desea de las autoridades (pudiendo incluso elegir que estas no lo protejan); un mundo en donde las normas jurídicas de responsabilidad se adaptan al perfil de diligencia de cada persona, ergo, donde cada persona está sujeta a un nivel distinto de precaución para generar en el agregado niveles óptimos de actividad⁶⁹. Contemplada así, esta discusión está muy lejos de ser *vino viejo en odres nuevos*, sino que resulta especialmente novedosa, y por lo mismo abre un sinnúmero de debates que solo hasta ahora tienen inicio y en los que está aún lejos de ser alcanzado el consenso de los autores.

Tales debates parten incluso desde la definición misma del *derecho personalizado*, el cual, como se destaca en este artículo, no es posible definir simplemente en los términos de lo opuesto al *derecho despersonalizado*. En su lugar, es necesario aceptar que en el *nuevo mundo del derecho personalizado* es fácticamente imposible eliminar la despersonalización, comoquiera que, por el contrario, esta última se desplaza a otro ámbito o dimensión del diseño de las normas. En este orden de ideas, la *personalización del derecho* es una cuestión de grado, en la que los ámbitos en que debe mantenerse la despersonalización solo pueden abordarse desde una perspectiva normativa.

Sobre este particular, el presente artículo sostiene que varias áreas del derecho sí mejorarían si incrementasen el grado de personalización de sus normas. El derecho del consumo y el derecho sancionatorio son un par de ejemplos que evidencian los beneficios de la personalización. Sin embargo, esta defensa de un mayor grado de personalización no debe obviar los límites normativos a los que ella debe sujetarse. Al respecto, se señala que, cuando menos, tales límites están dados por los valores de la igualdad y la autonomía individual.

68 Ben-Shahar, O. y Porat, A., *Personalized Law*, cit., xi.

69 Mayer, J., "Implementing Personalized Negligence Law" [en línea], *The University of Chicago Law Review Online*, 2022, disponible en: <https://lawreviewblog.uchicago.edu/2022/03/09/bp-mayer/>

Por último, y con la intención de reabrir el debate, este artículo pretende ofrecer algunas reflexiones sobre elementos mínimos de la definición del *derecho personalizado*, así como discutir algunas de las ventajas, los riesgos y los límites normativos de la personalización del derecho. Ahora bien, se destaca que la lista de debates abiertos y pendientes es tan extensa que resulta imposible enlistarlos. Con todo, se puede afirmar que, cuando menos, ya existe un nivel mínimo de consenso sobre la novedad de la discusión y sobre qué es el “derecho personalizado”. No obstante, contrario a lo que sugieren Porat y Ben-Shahar, no parece ser que el marco o los marcos de análisis estén ya lo suficientemente desarrollados como para formular una teoría general y comprensiva sobre el “derecho personalizado”. Por otra parte, es posible que pretender formular una teoría de este tipo sea un error en sí mismo. En su lugar, y para promover el avance de los debates, quizá lo más práctico sea conformarse con dicho consenso mínimo sobre la definición del *derecho personalizado* y luego fragmentar los debates sobre el grado óptimo de personalización de las normas por áreas separadas del derecho. Por ejemplo, parece que en el derecho contractual el debate ya está lo suficientemente maduro y la conclusión tiende a favorecer una versión bastante expansiva y maximalista de la personalización de las normas, pero al tiempo, esta conclusión no resulta trasladable sin más a otras áreas del derecho. Como se destaca en el artículo, áreas como el derecho del consumo y el derecho sancionatorio sí serían *mejor derecho* si tuviesen un alto grado de personalización; pero en otras áreas el debate tan solo se ha esbozado en líneas muy gruesas. Verbigracia, en el derecho constitucional, en particular en materia de derechos fundamentales, Ben-Shahar y Porat⁷⁰ solo alcanzan a sugerir superficialmente la idea de que el punto de partida es omitir las preferencias individuales y descartar la libertad o autonomía para que cada persona elija qué grado de personalización del derecho quiere para sí. Por tanto –contrario a lo que ocurre en el derecho contractual– la hipótesis preliminar de este trabajo es que en esta área debe tenderse a favorecer una versión bastante restringida y minimalista de la personalización del derecho.

Referencias

- Ayres, Ian, “Preliminary Thoughts on Optimal Tailoring of Contractual Rules”, *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, vol. 3, n.º 1, 1993, 1-18.
- Barak-Corren, Netta, “Personalization and the Constitution” [en línea], 2022, *The University of Chicago Law Review Online*, disponible en: <https://lawreview-blog.uchicago.edu/2022/03/09/bp-barak-corren/> [consultado el 23 de noviembre de 2022].

70 Ben-Shahar, O. y Porat, A., *Personalized Law*, cit., 103-104.

- Bar-Gill, Oren, “Algorithmic Price Discrimination When Demand Is a Function of Both Preferences and (Mis)perceptions”, *The University of Chicago Law Review*, vol. 86, n.º 2, 2019, 217-254.
- Barry, Jordan; Hatfield, John y Kominers, Scott, “To Thine Own Self Be True? Incentive Problems in Personalized Law”, *William & Mary Law Review*, vol. 62, n.º 3, 2021, 723-790.
- Ben-Shahar, Omri, “Personalized Elder Law”, *Elder Law Journal*, vol. 28, n.º 2, 2021, 281-312.
- Ben-Shahar, Omri y Porat, Ariel, “‘How to Evaluate Personalized Law’. Personalized Law: Different Rules for Different People” [en línea], *The University of Chicago Law Review Online*, 2022, disponible en: <https://lawreviewblog.uchicago.edu/2022/03/09/bp-series/#evaluate-personalized-law> [consultado el 15 de noviembre de 2022].
- Ben-Shahar, Omri y Porat, Ariel, *Personalized Law: Different Rules for Different People*, Nueva York, Oxford University Press, 2021.
- Ben-Shahar, Omri y Porat, Ariel, “Personalizing Negligence Law”, *New York University Law Review*, vol. 91, 2016, 627-688.
- Busch, Christoph, “Implementing Personalized Law”, *The University of Chicago Law Review*, vol. 86, n.º 2, 2019, 309-332.
- Casey, Anthony y Niblett, Anthony, “Framework for the New Personalization of Law”, *The University of Chicago Law Review*, vol. 86, n.º 2, 2019, 333-358.
- Casey, Anthony y Niblett, Anthony, “The Death of Rules and Standards”, *Indiana Law Journal*, vol. 92, n.º 4, 2017, 1401-1447.
- Coglianesse, Cary, “Moving Toward Personalized Law”, *Penn Law: Legal Scholarship Repository*, 2022, 1-14.
- D’Alvia, Daniele, “From Public Law to Private Law: The Remarkable Story of *bona fides*”, en Heidemann, Maren y Lee, Joseph (eds.), *The Future of the Commercial Contract in Scholarship and Law: Reform European and Comparative Perspectives*, Cham, Springer, 2018, 343-368.
- Denno, Deborah, “Neuroscience and the Personalization of Criminal Law”, *The University of Chicago Law Review*, vol. 86, n.º 2, 2019, 359-402.

- Diver, Colin, “The Optimal Precision of Administrative Rules”, *The Yale Law Journal*, vol. 93, n.º 1, 1983, 65-109.
- Drápal, Jakub, “Day Fines: A European Comparison and Czech Malpractice”, *European Journal of Criminology*, vol. 15, n.º 4, 2018, 461-480.
- Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Londres, Bloomsbury, 1997.
- Dworkin, Ronald, “The Model of Rules”, *The University of Chicago Law Review*, vol. 35, n.º 1, 1967, 14-46.
- Elkin-Koren, Niva y Michal, Gal, “The Chilling Effect of Governance-by-Data on Data Markets”, *The University of Chicago Law Review*, vol. 86, n.º 2, 2019, 403-431.
- Ford, Henry, *My Life and Work*, Nueva York, Open Road, 2017.
- Friedman, Brittany y Pattillo, Mary, “Statutory Inequality: The Logics of Monetary Sanctions in State Law”, *The Russell Sage Foundation Journal of the Social Sciences*, vol. 5, n.º 1, 2019, 173-196.
- Geis, George, “An Experiment in the Optimal Precision of Contract Default Rules”, *Tulane Law Review*, vol. 80, n.º 4, 2006, 1109-1159.
- Goanta, Catalina, “The Ancient Alien: Good Faith as the Facilitator of Personalized Law” [en línea], 2022, *The University of Chicago Law Review Online*, disponible en: <https://lawreviewblog.uchicago.edu/2022/03/09/bp-goanta/> [consultado el 5 de diciembre de 2022].
- Goolsbee, Austan; Levitt, Steven y Syverson, Chad, *Microeconomics*, 2.ª ed., Nueva York, Worth, 2016.
- Grigoleit, Hans, “Personalized Law: Distinctions and Procedural Observations” [en línea], *The University of Chicago Law Review Online*, 2022, disponible en: <https://lawreviewblog.uchicago.edu/2022/03/09/bp-grigoleit/> [consultado el 11 de noviembre de 2022].
- Hacker, Philipp, “Personalizing EU Private Law: From Disclosures to Nudges and Mandates”, *European Review of Private Law*, vol. 25, n.º 3, 2017, 651-677.

- Hesselink, Martin, “The Concept of Good Faith” [en línea], 2004, disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1098856 [consultado el 30 de octubre de 2022].
- Hillman, Robert, *The Richness of Contract Law: An Analysis and Critique of Contemporary Theories of Contract Law*, Boston, Kluwer Academic, 1997.
- Holmes, Eric, “A Contextual Study of Commercial Good Faith: Good-Faith Disclosure in Contract Formation”, *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 39, n.º 3, 1978, 381-452.
- Issacharoff, Samuel, “Disclosure, Agents, and Consumer Protection”, *Journal of Institutional and Theoretical Economics (JITE)*, vol. 167, n.º 1, 2011, 56-71.
- Kantorowicz-Reznichenko, Elena, “Day-Fines: Should the Rich Pay More?”, *Review of Law & Economics*, vol. 11, n.º 3, 2015, 481-501.
- Mayer, Jared, “Implementing Personalized Negligence Law” [en línea], *The University of Chicago Law Review Online*, 2022, disponible en: <https://lawreviewblog.uchicago.edu/2022/03/09/bp-mayer/> [consultado el 20 de noviembre de 2022].
- Mayson, Sandra, “But What Is Personalized Law?” [en línea], *The University of Chicago Law Review Online*, 2002, disponible en: <https://lawreviewblog.uchicago.edu/2022/03/09/bp-mayson/> [consultado el 9 de noviembre de 2022].
- Mehra, Salil, “Antitrust and the Robo-Seller: Competition in the Time of Algorithms”, *Minnesota Law Review*, vol. 100, n.º 4, 2016, 1323-1376.
- Monroy, Daniel, “‘Behavioral Economics’ y la protección contractual del consumidor: el problema del consumidor que no lee el contrato”, en Caycedo, Carlos y Monroy, Daniel (eds.), *El consentimiento del consumidor*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019, 9-67.
- Navia, Felipe, “Daño moral, daño fisiológico y daño a la vida de relación en Colombia”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 12-13, 2007, 289-306.
- Neme, Martha, “El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 11, 2006, 79-125.
- Neme, Martha, *La buena fe en el derecho romano: extensión del deber de actuar conforme a buena fe en materia contractual*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.

- O'Neil, Cathy, *Weapons of Math Destruction: How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy*, Nueva York, Crown, 2016.
- Porat, Ariel y Strahilevitz, Lior, "Personalizing Default Rules and Disclosure with Big Data", *Michigan Law Review*, vol. 112, n.º 8, 2014, 1417-1477.
- Posner, Richard, *Economic Analysis of Law*, 9.^a ed., Nueva York, Wolters Kluwer Law & Business, 2014.
- Rakoff, Todd, "Social Structure, Legal Structure, and Default Rules: A Comment", *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, vol. 3, n.º 1, 1993, 19-28.
- Samuelson, Paul y Nordhaus, William, *Economics*, 19.^a ed., Nueva York, McGraw-Hill/Irwin, 2010.
- Schauer, Frederick, *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Nueva York, Oxford University Press, 1993.
- Scholz, Lauren Henry, "Two Cheers for Cyborgs" [en línea], 2022, *The University of Chicago Law Review Online*, disponible en: <https://lawreviewblog.uchicago.edu/2022/03/09/bp-scholz/> [consultado el 5 de diciembre de 2022].
- Selbst, Andrew y Barocas, Solon, "The Intuitive Appeal of Explainable Machines", *Fordham Law Review*, vol. 87, n.º 3, 2018, 1085-1140.
- Shiller, Benjamin, "First-Degree Price Discrimination Using Big Data" [en línea], 2014, disponible en: http://www.brandeis.edu/economics/RePEc/brd/doc/Brandeis_WP58R2.pdf [consultado el 2 de febrero de 2023].
- Slavinski, Ilya y Spencer-Suarez, Kimberly, "The Price of Poverty: Policy Implications of the Unequal Effects of Monetary Sanctions on the Poor", *Journal of Contemporary Criminal Justice*, vol. 37, n.º 1, 2021, 45-65.
- Sunstein, Cass, "Deciding by Default", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 162, n.º 1, 2013, 1-57.
- Sunstein, Cass, "Problems with Rules", *California Law Review*, vol. 83, n.º 4, 1995, 953-1026.
- Tosato, Andrea, "Commercial Agency and the Duty to Act in Good Faith", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 36, n.º 3, 2016, 661-695.

Twining, William y Miers, David, *How to Do Things with Rules*. Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

Wagner, Gerhard y Eidenmüller, Horst, “Down by Algorithms? Siphoning Rents, Exploiting Biases, and Shaping Preferences”, *The University of Chicago Law Review*, vol. 86, n.º 2, 2019, 581-609.

Wittman, Michael D. y Belobaba, Peter, “Customized Dynamic Pricing of airline Fare Products”, *Journal of Revenue and Pricing Management*, vol. 17, 2018, 78-90.

Yang, Crystal y Dobbie, Will, “Equal Protection under Algorithms: A New Statistical and Legal Framework”, *Michigan Law Review*, vol. 119, n.º 2, 2020, 291-395.