

EL VALOR DEL CONSENTIMIENTO EN LA SOCIEDAD
POSMODERNA DE CONSUMO DIGITAL*

*THE VALUE OF CONSENT IN THE POSTMODERN DIGITAL
CONSUMER SOCIETY*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 21, agosto 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 264-295

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto "Los datos como bien patrimonial: uso y protección en el mercado único digital", CIPROM/2022/67, financiado por la Generalitat Valenciana.

Marina
SANCHO
LÓPEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 29 de mayo de 2023

ARTÍCULO APROBADO: 1 de julio de 2024

RESUMEN: La sociedad posmoderna de consumo, decididamente influenciada por la economía digital, ha sufrido notables cambios por lo que respecta a los patrones de consumo y a las lógicas regulatorias tradicionales. Procesos como la datificación social y la comercialización de los datos personales, nos llevan a interrogarnos sobre si el consentimiento, como mecanismo de garantía de la autonomía de la voluntad, ha perdido su significado legitimador, en los términos atribuidos por la dogmática tradicional de los contratos.

PALABRAS CLAVE: Consentimiento; contratos; autonomía de la voluntad; protección de datos; Derecho de consumo.

ABSTRACT: The postmodern consumer society, strongly influenced by the digital economy, has undergone significant changes in terms of consumption patterns and traditional regulatory logics. Processes such as social datification and the commercialization of personal data lead us to question whether consent, as a mechanism for guaranteeing the autonomy of the will, has lost its legitimizing meaning, in the terms attributed by the traditional dogmatics of contracts.

KEY WORDS: Consent; contracts; autonomy of will; data protection; consumer law.

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. EL PROCESO DE DATIFICACIÓN SOCIAL.- I. Aspectos controvertidos que subyacen al mismo.- 2. Transparencia algorítmica en el Derecho contractual y de consumo.- 3. La paradoja de lo neutro.- III. LA EVOLUCIÓN DE LA AUTONOMÍA PRIVADA EN EL MARCO REGULATORIO.- IV. EL VALOR DEL CONSENTIMIENTO EN LA TRANSFORMACIÓN DEL CONTEXTO.- I. La teoría de los contratos en la economía digital.- 2. La contratación en la posmoderna sociedad de consumo.- 3. ¿Nos sirve ahora la doctrina clásica del consentimiento?- V. CLAVES PARA REPENSAR EL CONTEXTO NORMATIVO.- VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

Asumiendo como indiscutible e irretroactivo el cambio imperante en el contexto de consumo de la sociedad moderna y digitalizada, como parte de la deriva capitalista en la que se inserta, partimos pues, de una noción de consumismo que no se limita a las estructuras productivas sino que se extiende a todo el sistema político, económico, social y cultural dominante. Este marco referencial viene perfectamente descrito por BAUMAN cuando contrapone la noción individual de “consumo” al “consumismo”, como atributo de la sociedad misma, como “forma específica de la comunidad humana” alienada de los individuos¹. Ello se construye mediante la estimulación constante de las personas, a través de todo tipo de técnicas publicitarias, generándoles estímulos y necesidades de consumo bajo la percepción ilusoria de que su satisfacción conducirá a una plenitud y felicidad que, no obstante, jamás se alcanzará por completo en tanto que dichos incentivos se renuevan constantemente y los impulsos son de crecimiento exponencial, al igual que las carencias que intentan suplir y las frustraciones que generan.

Este panorama, ni es nuevo ni revelador aunque sí que lo es el contexto en el que tiene lugar, que ha magnificado el fenómeno, debido al desarrollo de la técnica y las tendencias de consumo digital, no sólo de productos sino también medios, contenidos y servicios. A esto se le une a la velocidad a la que crecen las expectativas y la inmediatez con la que podemos satisfacerlas de forma que, en el bombardeo constante de nuevos productos a consumir, no hay lugar para la reflexión ante el temor de la obsolescencia, lo que altera los ciclos de consumo tradicionales y las pautas de comportamiento. Esto ha sido descrito por el anterior autor como la paradoja de la “perpetua infelicidad” en la que, al mismo tiempo que a los individuos se les promete la satisfacción de todos sus deseos, se les genera constantemente nuevas necesidades que deben satisfacer para alcanzar ese ideal, fruto de los nuevos estándares de productividad y competitividad que tienden a exacerbar los niveles de consumo.

1 BAUMAN, Z.: *Mundo consumo*, Paidós, Barcelona, 2021, p. 26.

• **Marina Sancho López**

Profesora Permanente Laboral, Departamento de Derecho civil, Universitat de València.
Correo electrónico: marina.sancho@uv.es

Esta coyuntura debe necesariamente interrelacionarse con el papel de Internet que, junto con las redes sociales, han alterado el patrón consumista tradicional, instaurando estándares de consumo insólitos. Uno de los cambios más significativos del capitalismo digital es la transformación de los individuos en productos de consumo en sí mismos, constituyendo el mayor ejemplo las redes sociales. Lleva tiempo advirtiéndose eso de que “si el producto es gratis, entonces tú eres el producto”, y aunque puede que ello sea una visión reduccionista del fenómeno, lo cierto es que en una década hemos pasado del Internet de las cosas al Internet de las corporaciones, donde las cosas somos nosotros y en el que los datos personales son el nuevo producto a comercializar².

Partiendo de esta premisa, a continuación se analiza la afectación del nuevo contexto y las herramientas digitales, en especial los algoritmos, a los patrones de consumo y a las lógicas regulatorias tradicionales y de reciente implementación, con la finalidad última de descubrir si el papel del consentimiento, en términos garantistas respecto de la autonomía de la voluntad, ha perdido su significado legitimador, atribuido por las tradicionales teoría de los contratos, en la nueva economía de consumo digital.

II. EL PROCESO DE DATIFICACIÓN SOCIAL.

El cambio de paradigma arriba descrito se yuxtapone a un proceso de datificación social, gracias al desarrollo digital y al uso masivo de sus herramientas, en tanto que el consumismo imperante requiere de la mayor información posible para desplegar su funcionamiento en su máxima extensión. Y en tanto que los individuos, según hemos dicho, son simultáneamente los sujetos destinatarios finales y los objetos a comercializar, esta información que se precisa les concierne en sí mismos, por lo que abarca gran cantidad de datos personales.

El proceso de datificación consiste en procesar información, digitalizándola a través de herramientas tecnológicas para poder clasificarla, almacenarla o tratarla posteriormente, convirtiéndola en datos tangibles y registrables. Es decir, se trata de transformar y cuantificar todos los aspectos de la vida humana a través de información digital que se puede atesorar y reutilizar. En la actualidad, cualquier movimiento cotidiano puede y es datificado: quienes somos, qué preferencias tenemos, qué decisiones tomamos y/o llevaremos a cabo, etc. Es tan grande la cantidad de datos que generamos a diario, ya sea conscientemente o no, que dicho fenómeno ha recibido el nombre de “Big data” para describir su magnitud.

2 DEL FRESNO GARCÍA, M.: “Internet como macromedio: la cohabitación entre medios sociales y medios profesionales”, *Revista de Pensamiento sobre Comunicación, Tecnología y Sociedad*, 2014, núm. 99°.

Las ventajas para quienes almacenan estos datos masivos, no reside sólo en la posibilidad de clasificarlos y estructurarlos (tratarlos, en definitiva) en torno a múltiples variables (usos secundarios incluidos) sino en sus posibilidades predictivas, mediante el uso de algoritmos y técnicas de Inteligencia Artificial como el “machine learning”. Todo esto sirve a un mismo propósito (por ahora): el consumismo en su máxima extensión. Hablamos en términos económicos, principalmente de marketing personalizado –no sólo de bienes, incluso de ideas³– aunque también se aplica a aspectos más nobles pero igualmente controvertidos como ocurre en el ámbito de la biomedicina, y sus aplicaciones futuras están aún por explorar, en tanto que es un campo en continuo desarrollo.

I. Aspectos controvertidos que subyacen al mismo.

La realidad de la datificación da lugar al planteamiento de múltiples cuestiones. Por lo pronto, quién es objeto de datificación y quién queda excluido de dicho proceso. Es decir, si el volumen de extracción o traducción de datos de una persona depende del uso o existencia de su información personal en Internet, es inevitable que ciertos individuos queden al margen de dicho proceso debido a causas diversas (pobreza, geografía, estilo de vida...), por lo que, si el resultado de dicha datificación sirve de base para una influencia o condicionamiento posterior, se estaría distorsionando a favor de las mayorías integradas en el sistema económico y social la lógica que orienta el tratamiento y análisis de los datos masivos⁴ y, claro está, la toma de decisiones o su aplicación ulterior.

Por otra parte, el proceso hegemónico anterior comporta una construcción acrítica del modelo social y económico, cada vez más alejado del libre albedrío, por lo que cabe también preguntarse cuáles son las implicaciones de los procesos de abstracción y fragmentación de las personas a meros datos que, como luego se analizará, comporta una concentración de poder –en manos privadas, además– y nuevas formas de condicionamiento social.

Dejando estos últimos aspectos de lado, así como otras cuestiones consustanciales al fenómeno, como podría ser la vigilancia masiva o la pérdida de la privacidad, y volviendo al hilo inicial, la datificación se trata de un proceso artificial, de abstracción de determinadas realidades, como bien señala GITELMAN⁵, y por ende, viene precedido de decisiones, intencionalidades o prejuicios.

3 Como expone O'NEIL, “nos clasifican y categorizan y nos asignan puntuaciones en cientos de modelos en base a los patrones y preferencias que hemos desvelado. Y esto constituye un poderoso fundamento para muchas campañas publicitarias legítimas, aunque también alimenta a la publicidad depredadora: los anuncios que identifican a las personas con grandes necesidades y les venden promesas falsas o productos a precios excesivos”. O'NEIL C.: *Armas de destrucción matemática. Cómo el Big data aumenta la desigualdad y amenaza la democracia*, Capitán Swing, Madrid, 2018, p. 89.

4 LERMAN, J.: “Big data and its exclusions”, *Stanford Law Review*, 2013, núm. 66°.

5 GITELMAN, L.: “Raw data” is an oxymoron, The MIT Press, Cambridge (Massachusetts), 2013.

En su gran mayoría, esta información personal objeto de datificación viene sometida a un proceso de explotación cuya finalidad última es generar beneficios, como sostiene MEJIAS & COULDRY, la datificación combina dos procesos: la transformación de la vida humana en datos a través de técnicas de cuantificación y la generación de diferentes tipos de valor a partir de los datos⁶, “convirtiendo el flujo de la vida social y el significado social en secuencias de números que se pueden contabilizar”⁷. Por otro lado, se trata de un proceso de mercantilización de los datos cuyos beneficios económicos se obtienen por quienes ostentan los mismos, al margen de quienes generan dicha cantidad de información⁸.

En este punto, parece ciertamente paradójico que nos encontremos ante un proceso de etiquetaje social, con consecuencias evidentes de desindividualización y que al mismo tiempo, el destino final de dicho proceso, en su mayoría, sea la publicidad personalizada. Como si tuviéramos que desprendernos de nuestra individualidad en pro de una identidad compartida y compatible con otros afines: la individualidad colectiva o transindividual. Esta dicotomía entre lo público y lo privado, en sus múltiples facetas, es una constante en el campo en el que nos encontramos, en tanto que comporta una dimensión íntegra de transformación social, por más que la autonomía privada de las personas juegue un papel central que, como veremos más adelante, a veces es meramente formal.

Sin embargo, uno de los principales obstáculos para garantizar la autonomía de la voluntad y el libre desarrollo de la personalidad, estriba en la dificultad de traducir estos obstáculos privados en problemáticas públicas, y como bien señala BAUMAN es urgente “galvanizar y condensar los problemas endémicamente privados bajo la forma de intereses públicos que sean mayores que la suma de sus ingredientes individuales”⁹.

Y es que estamos hablando de datos personales, cuya protección ha sido intensificada al máximo al conferirle carácter de derecho fundamental y, en este contexto, la voluntad individual deviene presupuesto legitimador para el tratamiento de información privada, del mismo modo que actúa como principio ordenador de la relación entre particulares. La autonomía privada, pues, implica un poder de autodeterminación –o autorregulación jurídica, si se quiere– de toda persona para disponer y ordenar las relaciones jurídicas en las que es o ha

6 Una argumentación similar esgrime ZUBOFF cuando dice que, en el modelo actual, el cual describe como “capitalismo de la vigilancia” se datifica “la experiencia humana, entendiéndola como una materia prima gratuita que puede traducir en datos de comportamiento”. ZUBOFF, S.: *La era del capitalismo de la vigilancia*, Paidós, Barcelona, 2019, p.21.

7 MEJIAS, U. & COULDRY, N.: “Datificación”, *Revista Latinoamericana de Economía y Sociedad Digital*, 2022, Julio.

8 Sobre la percepción de beneficios y el funcionamiento del Big data, Vid. MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M. & SANCHO LÓPEZ, M.: “El nuevo concepto de onerosidad en el mercado digital, ¿Realmente es gratis la App?”, *InDret*, 2018, Enero.

9 BAUMAN, Z.: *Modernidad líquida*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2017, p.21.

de ser parte, en íntima conexión con la libertad y la dignidad personal, derechos inviolables ambos e inherentes al libre desarrollo de la personalidad.

Sin embargo, este poder de disposición de los individuos y la eficacia vinculante que genera el consentimiento prestado, en consecuencia, debe venir precedido de una igualdad material y la libre voluntad de los sujetos, que dote a la autonomía privada de un carácter verdaderamente autónomo, en tanto que la libertad personal deviene fundamento de la autonomía individual¹⁰.

Así las cosas, las preferencias y el consentimiento de una persona para obligarse adquieren una notoriedad indiscutible en este ámbito, así como en la constitución de los negocios jurídicos que dan lugar al tratamiento de datos personales. Es por ello que, a lo largo de estas páginas, nos interrogamos sobre el contexto y las condiciones ambientales en las que se forma y manifiesta el consentimiento para el tratamiento de datos personales, como cristalización de la autonomía de la voluntad en la nueva economía digital.

2. Transparencia algorítmica en el Derecho contractual y de consumo.

Esta nueva sociedad de consumo, para servir al objeto de su causa, requiere de una estratificación de la sociedad en general y los individuos en particular, capaz de identificar las necesidades existentes y catalogar los sujetos destinatarios potenciales. Es por ello que el proceso de datificación social al que antes hacíamos referencia, se asienta sobre el cálculo algorítmico, en tanto que es el mecanismo que permite estructurar los datos y dotarlos de significado, como se observa en el campo de la Inteligencia Artificial, donde los algoritmos de aprendizaje progresivos son consustanciales al funcionamiento mismo de la herramienta.

En este punto, debemos hacer algunas consideraciones. En primer lugar, sobre el funcionamiento mismo del algoritmo, como herramienta de clasificación o etiquetaje –proceso correlativo al desglose efectuado por la datificación–, en tanto que permite procesar los datos en múltiples variables, reconfigurando nuestra identidad –sobre todo cuando hablamos de datos personales– para instrumentalizar los diversos rasgos en los que hemos sido desgranados en base, como veremos luego, a intereses de terceros. Se fomenta así un proceso reduccionista y simplificador de etiquetaje respecto de determinados colectivos, a partir de prácticas discriminatorias de tipo social o económico, que pueden determinar una segregación excluyente de los grupos afectados y cuyo reflejo, afecta también al ámbito de la autonomía privada y la contratación.

10 De hecho, hay quien exige que la nota de alteridad esté presente para que la regla creada por un individuo adquiera relevancia jurídica. Vid. CAPILLA RONCERO, F. "Autonomía de la voluntad y Derecho de la persona o la autonomía personal en el Derecho privado", *Diario La Ley*, 2011, núm. 7685°.

Por otra parte, conocer de forma verdaderamente transparente la lógica de funcionamiento del cálculo algorítmico no resulta posible, pues gracias a las políticas de privacidad y la salvaguarda del secreto empresarial, está dotada de gran opacidad. Mientras tanto, los riesgos de legitimar cualquier tipo de decisión basada en los cálculos algorítmicos son evidentes en términos de segmentación, discriminación y exclusión, pero también en términos de libre albedrío porque, al omitir la capacidad crítica, no se dan las garantías para que exista racionalidad decisoria, quedando en entredicho el consentimiento prestado.

Sobre lo anterior, cabría reflexionar acerca de la capacidad del cálculo algorítmico de incidir en el proceso de formación de voluntades pues, como se ha expuesto al inicio, nos encontramos ante dinámicas que constituyen nuevas formas de ordenación de los procesos sociales lo cual, para empezar, resulta difícilmente compatible con el razonamiento crítico. La falta de transparencia inherente a dichos procesos, unida a las técnicas nuevas de marketing personalizado, buscan generar necesidades, condicionar las preferencias de los usuarios –quienes, muchas veces, desconocen las técnicas a las que están siendo sometidos– o modificar subliminalmente su comportamiento, lo que sin duda afecta a sus posibilidades de decisión, restringiendo su capacidad electiva. Como más tarde se abordará, no existe neutralidad en estos procesos como tampoco en el mero almacenamiento de datos y, aunque así fuera, encontramos una discriminación estructural que viene integrada por procesos sociales difusos y sistémicos –al margen de la intencionalidad de las personas individualmente consideradas–, que se reproduce a través de los mismos, en tanto que atraviesan todas las dimensiones de la existencia, de ahí su afectación a la capacidad de toma de decisiones y formación de preferencias¹¹. Ahí justo reside el nexo con el principio de autonomía de la voluntad que, aunque sea en abstracto libre, viene preconfigurado por una serie de elementos condicionantes que no pueden ignorarse pues, desconocer u ocultar los patrones de discriminación estructural puede llevar a presentar como una decisión libre algo que, en realidad, es una preferencia adaptativa o una decisión marcada por un estado de necesidad que invalida la presunción de consentir de manera libre e informada.

Teniendo lo anterior en cuenta, debemos cuestionar el alcance de la libertad de elección en estos procesos de formación de las necesidades y la posible alteración que sufre en la cultura consumista actual en la que la minimización del tiempo para formar y materializar una elección deviene inherente a su lógica de funcionamiento. Si relacionamos dichas variables, esto es, tiempo de reflexión y confirmación de la elección, con los procesos de injerencia y alteración de las preferencias y/o necesidades personales, parece oportuno preguntarse acerca de

¹¹ ANÓN ROIG, M.J.: “Transformaciones en el derecho antidiscriminatorio: avances frente a la subordinación”, *Revista electrónica del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio Lucas Gioja*, 2021, núm. 26°, p. 52.

las consecuencias que ello pueda tener en la formación del libre albedrío y la manifestación de la autonomía de la voluntad.

La opacidad de los procesos de tratamiento opera en un sentido amplio, no sólo desde el momento de recabar los datos personales, sino también en los sesgos que impregnan el propio diseño y funcionamiento de los algoritmos, lo que nos lleva a cuestionar la totalidad del modelo y, en lo que aquí nos interesa, arroja grandes dudas acerca de la integridad de la autonomía privada en la formación de los contratos, pues no cabe duda de que el contexto presentado genera influencias desde la emisión de la oferta hasta la propia perfección del contrato, pasando por la manifestación y formación de la voluntad.

A continuación, pues, se rebate la imposición de valores inmutables u ontológicos basados en un conocimiento técnico que, además de obviar los límites de ciertas prácticas que, amparadas en el desarrollo y la innovación, son capaces de vulnerar derechos y libertades y desnaturalizan el significado social de las normas jurídicas. Rechazamos así, la preeminencia algorítmica acrítica, en tanto que facilita sesgos y perpetúa discriminaciones, lo que puede resultar especialmente asfixiante en el ámbito jurídico¹², dónde ni siquiera los derechos humanos pueden concebirse como un fenómeno neutral¹³.

3. La paradoja de lo neutro.

Si los procesos de datificación arriba descritos, en apariencia neutrales, no pueden ser considerados como tales en tanto que derivan de situaciones y posiciones intrínsecamente ligadas al poder (quién crea y ostenta la propiedad de las plataformas en las que se propagan los datos, para qué aplican los mismos, la forma en las que se genera la información o el valor monetario atribuido a la misma¹⁴), tampoco lo es el cálculo algorítmico empleado para el tratamiento de dicha información.

Se trata de procesos selectivos en base a parámetros elegidos y algoritmos diseñados por personas, corporaciones o entidades que, por lo general, nada tienen que ver con causas filantrópicas, de forma que, por ejemplo, la mera

12 ANÓN ROIG va más allá, al afirmar que la inteligencia artificial se desarrolla al margen de los derechos, “de su lógica, de sus principios y de sus criterios interpretativos” hasta el punto de estar “exenta de derechos humanos”. ANÓN ROIG, M.J.: “Desigualdades algorítmicas: conductas de alto riesgo para los derechos humanos”, *Derechos y Libertades*, 2022, núm. 47º, p. 18.

13 Compartimos la visión de MAYER-SCHÖNBERGER & CUKIER cuando dicen que “en la era de los datos masivos, tendremos que ampliar nuestra visión de la justicia y exigir que incluya salvaguardias para el albedrío humano, del mismo modo que, en la actualidad, velamos por la imparcialidad procesal. Sin esas salvaguardias, la idea misma de la justicia podría debilitarse por completo”. MAYER-SCHÖNBERGER, V. & CUKIER, K.: *Big data. La revolución de los datos masivos*, Turner, Madrid, 2015, p. 216.

14 Un ejemplo sobre los efectos negativos de la estratificación económica de distintos grupos sociales lo encontramos en FOURCADE, M. & HEALY, K.: “Classification situations: Life-chances in the neoliberal era”, *Accounting, Organizations and Society*, 2013, núm. 38º.

intención de maximizar los beneficios económicos está dotada de significado e impregna todo el proceso de tratamiento, que no deviene en absoluto objetivo, por más que se trate de una finalidad enteramente legítima.

De hecho, las conductas de acopio de datos de forma masiva evidencian una lógica capitalista¹⁵ en tanto que, o bien directamente se les confiere el valor de mercancía, o bien son considerados un factor de producción en términos de capitalización¹⁶, siendo ambos supuestos una forma de incrementar los ingresos económicos a través del comercio de información personal, motivo por el cual ZUBOFF lo considera el ejemplo más palmario de capitalismo¹⁷.

Hay que tener presente que, por mucho que los algoritmos puedan responder a razonamientos matemáticos ciertos, fruto de una lógica científico-numérica, ello no obsta para que presenten determinados sesgos o limitaciones cuando traspasan el ámbito acrítico ideal, propio del pensamiento científico, para aplicarse en el ámbito conflictivo de los procesos sociales. De acuerdo con O'NEIL, "las aplicaciones fundamentadas en las matemáticas que alimentaban la economía de los datos se basaban en decisiones tomadas por seres humanos que no eran infalibles. Seguro que algunas de esas decisiones se tomaban con la mejor de las intenciones, pero muchos de estos modelos programaban los prejuicios, las equivocaciones y los sesgos humanos en unos sistemas informáticos que dirigían cada vez más nuestras vidas"¹⁸.

Así pues, no puede despreciarse el riesgo de que los parámetros que orientan el cálculo algorítmico puedan establecer una serie de desigualdades en el tratamiento de las realidades a las que se dirijan. Por ejemplo, piénsese en la posibilidad de establecer variables relacionadas, con el nivel económico o la procedencia social de los sujetos destinatarios del cálculo algorítmico. Si bien puede presentarse como un criterio técnico, sin ningún ánimo discriminatorio respecto de sus destinatarios, resultan innegables los riesgos de que este tipo de prácticas puedan terminar en

15 Como señala MONASTERIO ASTOBIZA, tanto el cálculo algorítmico como el Big data en el que opera, no son realidades sociales neutras, en tanto que, pese a revestir un carácter científico-técnico, la forma de orientar esta evolución, por ejemplo, respecto al valor monetario atribuido a los datos masivos, muestra una opción ideológica concreta. MONASTERIO ASTOBIZA, A.: "Ética algorítmica: implicaciones éticas de una sociedad cada vez más gobernada por algoritmos", *Dilemata*, 2018, núm. 24°.

16 Otros autores como SADOWSKI o GREGORY equiparan directamente los "datos" al "capital", encontrando paralelismos tanto teóricos como financieros. Vid. SADOWSKI.: "When data is capital: Datafication, accumulation and extraction", *Big Data & Society*, 2019, vol. 6. GREGORY, K.: "Big data, like Soylent Green, is made of people", *CUNY*, 2014.

17 Y como argumento, añade: "Aunque algunos de dichos datos se utilizan para mejorar productos o servicios, el resto es considerado como un excedente conductual privativo («propiedad»)". ZUBOFF, S.: *La era del capitalismo de la vigilancia*, cit., p.21.

18 O'NEIL, C.: *Armas de destrucción matemática. Cómo el Big data aumenta la desigualdad y amenaza la democracia*, cit., p. 11.

un mero proceso simplificador y reduccionista de etiquetaje de la ciudadanía en función de su acceso a los recursos¹⁹.

Sobre la premisa anterior, mucho más significativo deviene el posterior procesamiento de datos pues, si su mera recopilación puede evidenciar ciertos sesgos, estos se incrementan exponencialmente conforme se van sistematizando, sometiendo a métodos analíticos, reestructurando, interpretando sus resultados o reciclando los mismos.

Así, la consumación usual de estos procesos da lugar, según ciertos autores, a la creación de una “sociedad de clases digital”²⁰ que, en casos extremos, pueden producir la exclusión o la creación de colectivos silenciados –como se apuntaba al inicio–, en tanto que no se atiende a sus preferencias o comportamientos para la oferta de bienes y servicios por el Mercado –ni siquiera por parte de los poderes públicos que, al desestimarlos, podrían excluirlos de sus políticas asistenciales–. Y es que, generalmente los algoritmos se emplean para tomar decisiones, en lo que se ha denominado “automated decision-making,” así como para la elaboración de perfiles. Y aquí residen las reticencias a dichos procesos, fundamentalmente por la opacidad y los peligros inherentes a los mismos, pues los individuos no ostentan ningún control sobre el conocimiento que se está obteniendo a través de su información personal, alterando gravemente las expectativas de las personas y afectando a la noción misma de la autonomía de la voluntad, y con innegable incidencia en los procesos de formación y manifestación del consentimiento.

III. LA EVOLUCIÓN DE LA AUTONOMÍA PRIVADA EN EL MARCO REGULATORIO.

Los fenómenos arriba esbozados no resultan ajenos al legislador, que da cuenta de ellos en las diversas normas sectoriales que tratan alguna de estas cuestiones, desde el Reglamento de Servicios Digitales²¹ hasta la nueva normativa de Inteligencia Artificial²² pasando, como no, por el Reglamento europeo de protección de datos personales (RGPD)²³. A través de su análisis, en lo que concierne al objeto de este estudio, puede apreciarse una evolución del tratamiento y conceptualización del

19 Por ejemplo, en el ámbito de la contratación, donde podrían darse supuestos de discriminación genética al denegar coberturas o incrementar los precios de las pólizas de seguros de vida, en base a la predisposición genética a sufrir determinadas enfermedades.

20 HAN, B.: *Psicopolítica*, Herder, Barcelona, 2014, p. 99.

21 Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales.

22 Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial, al escribir estas líneas, pendiente de aprobación por la Eurocámara.

23 Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

consentimiento en tanto que es el mecanismo a través del cual la persona titular autoriza a terceros al tratamiento de su información más personal.

Como luego se incidirá, el consentimiento resulta parte indispensable en la teoría del negocio jurídico y, trasladado al campo de la protección de datos, se erige en la figura cardinal a través de la cual se produce una afectación al derecho fundamental de privacidad. Es decir, el Ordenamiento jurídico permite que, mediante el consentimiento, una persona autorice a que se produzcan interferencias en su esfera privada que, en su ausencia, devendrían ilegítimas. Es por ello que la declaración de voluntad de una persona puede constituir en sí misma un negocio jurídico debido a que se ejercita, con ello, su autonomía de la voluntad en lo que PÉREZ LUÑO define como la "paulatina, pero, decisiva decantación desde la esfera de la personalidad al ámbito patrimonial"²⁴.

Así pues, el consentimiento viene reconocido, tradicionalmente, como una causa legitimadora de la intromisión en determinados derechos y libertades, como se puede apreciar en múltiples normativas reguladoras de distintas materias – desde la LO 1/82 de protección civil del derecho al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen, hasta la Ley 14/2007, de Investigación biomédica–. Este consentimiento, para que sea válido, debe venir precedido de la información previa necesaria para que sea formado un juicio de valor con todos los elementos y, en consecuencia, su manifestación sea libre y auténtica. Surge así el concepto de "consentimiento informado", que exige a quienes recauden información personal que expliciten a las personas interesadas cómo y para qué van a ser usados sus datos, de forma que puedan comprender y hacerse un juicio de valor previo acerca de lo que van a consentir y las implicaciones que pueden dimanarse.

A este consentimiento informado, respecto de la materia que nos ocupa, se le ha venido reconociendo y exigiendo la concurrencia de requisitos adicionales: especificidad, necesidad de transparencia y un poder de disposición sobre la información personal. La especificidad, unida al carácter inequívoco del consentimiento, exige poner en conocimiento de la persona interesada toda la información necesaria para que la manifestación de su voluntad se adecúe a la finalidad concreta para la que presta su beneplácito, eliminando toda sospecha de ambigüedad y no siendo extensible a otras realidades. Esto queda patente en el art. 8 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea que exige, para el tratamiento de los datos personales, un consentimiento previo de la persona afectada, obtenido de forma leal y para fines concretos. Ello se extendió,

24 PÉREZ LUÑO, A.E.: "Principios de la protección de datos: consentimiento del afectado. El consentimiento de los menores", en AA.VV.: *Comentario a la ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal* (dir. por TRONCOSO REIGADA), Civitas, València, 2010, p. 483.

posteriormente, en la derogada Directiva 95/46/CE de protección de datos²⁵ a la identidad de la persona responsable y los fines de tratamiento, de forma que la autorización dada por el sujeto venga precedida de una comprensión integral de los hechos e implicaciones a los que da lugar.

Esto viene intrínsecamente relacionado con la noción de transparencia, desarrollada posteriormente para enfatizar la exigencia de dotar de información previa sobre todos y cada uno de los aspectos que puedan comprometer la prestación del consentimiento, desde un punto de vista tanto subjetivo como sustantivo. El propio Reglamento de protección de datos establece el contenido mínimo de información que debe suministrarse previamente al interesado para que pueda prestar un consentimiento informado sobre sus datos, ampliado respecto de la normativa anterior²⁶. Además, la prestación informada, específica, afirmativa e indubitada del consentimiento, debe venir acompañada de una serie de garantías que orbitan sobre todo el proceso material de formación y prestación del consentimiento. Es decir, la transparencia se proyecta no sólo sobre la información proporcionada sino en el cómo se proporciona la misma y su calidad: de forma accesible, en un formato apropiado, legible, comprensible y adaptada a cada destinatario²⁷. Así, por ejemplo, debe emplearse un lenguaje claro y sencillo para informar al sujeto interesado de todos los pormenores que entrañan el almacenamiento o tratamiento de sus datos personales, con el objeto de conseguir unas condiciones materiales idóneas de formación de la voluntad. Además, esta transparencia no se limita al estado previo a la prestación del consentimiento, sino que se extiende al tiempo durante el que se realice el tratamiento y después de una solicitud del interesado de acceder a sus propios datos²⁸.

Por último, viene reconocida también una esfera de libertad personal en sentido amplio, permitiendo a la persona interesada ejercitar un control efectivo sobre sus datos y garantizándole un poder de disposición sobre su información privada. Conocido como “habeas data”, se trata de enfatizar la dimensión volitiva de la política de protección de datos, directamente intrincada con el derecho a

25 Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

26 Esto es, la identidad y datos de contacto del responsable y del delegado de protección de datos, los fines de tratamiento y su base jurídica, los destinatarios de los mismos y si son o no susceptibles de transferirse a terceros así como la existencia de decisiones automatizadas (incluida la elaboración de perfiles), el plazo de conservación, la existencia de los derechos de acceso, rectificación, supresión y retirada del consentimiento, así como a presentar una reclamación ante una autoridad de control y la existencia de decisiones automatizadas (art. 13 RGPD).

27 Considerando 39 RGPD: “Todo tratamiento de datos personales debe ser lícito y leal. Para las personas físicas debe quedar totalmente claro que se están recogiendo, utilizando, consultando o tratando de otra manera datos personales que les conciernen, así como la medida en que dichos datos son o serán tratados. El principio de transparencia exige que toda información y comunicación relativa al tratamiento de dichos datos sea fácilmente accesible y fácil de entender, y que se utilice un lenguaje sencillo y claro”.

28 “Opinion 2/2017 on data processing at work”, Article 29 Working Party, p.22.

la autodeterminación informativa. De este modo, se pone de relieve la vertiente positiva del derecho de protección de datos, en su manifestación más amplia de la libertad personal, a través de la cual se garantiza la igualdad y el trato no discriminatorio en su máxima extensión²⁹.

En definitiva, la normativa reguladora, consciente de los cambios en el modelo que produce el avance de la técnica y los riesgos que de ello se derivan para los derechos y libertades fundamentales, viene tratando de incrementar el poder de control de la ciudadanía sobre sus datos personales, mediante la exigencia de una mayor transparencia y reforzando el papel del consentimiento informado. Sin embargo, ello no ha venido acompañado de una mayor garantía material de los derechos y libertades, de hecho, queda patente en la propia normativa la existencia de grietas en el sistema de protección.

Un ejemplo lo encontramos en materia de transferencia internacional de datos, pues el Reglamento europeo –también la normativa anterior–, establece una prohibición general en cuanto a la cesión de datos personales de ciudadanos europeos a terceros países que no cuenten con ciertos estándares de protección³⁰. Entre estos, encontramos a los Estados Unidos, territorio hacia el cual se ha ido produciendo un éxodo masivo de las empresas tecnológicas de datos debido a que, la laxitud de su legislación, deviene más favorable para sus intereses económicos. Pues bien, pese a la prohibición general de transferir datos a terceros países con menores estándares de protección, se han venido materializando acuerdos entre la Unión Europea y los Estados Unidos en pro del intercambio comercial de datos, como ocurrió, en primera instancia, con el Safe Harbor –declarado inválido por la Sentencia del TJUE de 2015 en el caso Schrems I³¹–, el posterior Privacy Shield que lo sustituyó –y que también se declaró nulo en 2020 por el caso Schrems II³²– y el actual EU-U.S. Data Privacy Framework (DPF)³³. Es decir, de facto, por la vía de los acuerdos de adecuación y las cláusulas tipo contractuales, se viene permitiendo a las grandes corporaciones del Big data especular con los datos personales de los ciudadanos europeos con cierta impunidad, sorteando los principios inherentes a

29 Ello se observa, por ejemplo, en el reconocimiento del derecho de supresión (art.17 RGPD) que, más allá de reconocer un ámbito de privacidad frente a la intromisión ajena, estipula la potestad de reaccionar frente a una situación de vulneración, concediendo a los interesados la posibilidad de obtener del responsable la supresión de sus datos personales y, en caso de incumplimiento, acceder a una indemnización por daños y perjuicios.

30 Arts. 23 y 44 RGPD.

31 STJUE de 6 de octubre de 2015, asunto C-362/14.

32 STJUE de 16 de julio de 2020, asunto C-311/18.

33 Aprobado el 10 de julio de 2023 por el Parlamento Europeo y la Comisión Europea, disponible en: https://commission.europa.eu/system/files/2023-07/Adequacy%20decision%20EU-US%20Data%20Privacy%20Framework_en.pdf

la normativa europea de protección de datos, pese a la limitada seguridad jurídica que éstos ofrecen como mecanismo efectivo de control³⁴.

Por otro lado, el art. 6.4 del Reglamento permite de facto la reutilización de aquellos datos personales que, pese a no contar con el consentimiento de la persona interesada, exista una compatibilidad entre el fin para el que se recogió la información y la finalidad a la que ahora se pretenda destinar, cuando “constituya una medida necesaria y proporcional en una sociedad democrática”. Incluso se prevé la posibilidad de prescindir de la compatibilidad de los fines “si el interesado dio su consentimiento o el tratamiento se basa en el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que constituye una medida necesaria y proporcionada en una sociedad democrática para salvaguardar, en particular, objetivos importantes de interés público general” (considerando 50 RGPD).

Un paso más allá da el Reglamento de Gobernanza de Datos³⁵, aplicable desde septiembre de 2023, que tiene por objeto de reutilización de determinadas categorías de datos dentro del sector público, con el objeto de fomentar la circulación, el intercambio y la disponibilidad de los datos protegidos del sector público, también datos personales, para su reutilización. Esta normativa parte de la premisa de que los datos son elementos centrales de la transformación económica y social, por lo que, su cesión y reutilización no sólo deviene inevitable en el escenario actual sino que resulta deseable desde el punto de vista del avance socioeconómico³⁶. Así, con la finalidad de conseguir un “régimen horizontal” para la reutilización de determinadas categorías de datos protegidos en poder de organismos del sector público y la prestación de servicios de intermediación de datos y de servicios basados en la cesión altruista de datos, se fomenta el intercambio de datos en el mercado interior; mediante la creación de un marco armonizado para el intercambios de datos entre los Estados miembros, con el objetivo desarrollar en mayor medida el mercado interior digital sin fronteras y una sociedad y economía de los datos “centradas en el ser humano, fiables y seguras”. Se evidencia pues, un cambio de criterio respecto de lo dispuesto en el RGPD, aparentemente basado en la limitación del almacenamiento, uso e intercambio de los datos personales, como elementos inherentes a la condición humana e

34 Ello viene señalándose reiteradamente por el GT29. Vid. Opinion 01/2016 on the EU – U.S. Privacy Shield draft adequacy decision, 2016. Disponible en: http://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2016/wp238_en.pdf

35 Reglamento (UE) 2022/868 del Parlamento europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2022, relativo a la gobernanza europea de datos y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2018/1724.

36 Así se esgrime en los primeros considerandos de la norma “la innovación basada en los datos reportará enormes beneficios tanto a los ciudadanos de la Unión como a la economía [...] La economía de los datos se tiene que desarrollar de manera que permita prosperar a las empresas, especialmente las microempresas y las pequeñas y medianas empresas (pymes), tal como se definen en el anexo de la Recomendación 2003/361/CE de la Comisión y a las empresas emergentes, garantizando la neutralidad en el acceso a los datos y su portabilidad e interoperabilidad, y evitando los efectos de dependencia”.

intrínsecamente relacionados con los derechos de la personalidad, mutando hacia una concepción de los datos como bienes comunes, de interés general.

Por otro lado, la propuesta de Reglamento de Inteligencia Artificial³⁷ pivota sobre el reconocimiento del impacto que la Inteligencia Artificial (IA) puede generar en los derechos y libertades, dando lugar “a nuevos riesgos o consecuencias negativas para personas concretas o la sociedad en su conjunto”, muestra de ello, es la disposición de una lista de prácticas de IA prohibidas, entre las cuales se contempla cualquiera que impida a las personas decidir libremente ser sometidas o no a sistemas de IA (art. 5), por lo que podría pensarse que, de facto, impone la necesidad de contar con un consentimiento informado. Nada más lejos de la realidad. La noción de transparencia que contempla este texto normativo difiere notablemente del comprendido en el RGPD pues parece limitarse a advertir a los sujetos que están interactuando con un sistema de IA pero no dice nada sobre que sean informados de la lógica inherente al mismo, ni de los riesgos existentes, los fines de tratamiento, los derechos que pueden ejercitar, la claridad en la información suministrada o las garantías que se aplican para salvaguardar sus derechos. Es decir, ambos reglamentos imponen obligaciones distintas, a distintos sujetos y respecto de distintas categorías de información por lo que, podría dar lugar a que, proporcionando a una persona interesada la información elaborada sobre la noción de transparencia del Reglamento de IA, no se cumplan los deberes de transparencia en los términos del RGPD. Y es que, el grueso de la normativa destaca reiteradamente los beneficios económicos y sociales que esta nueva tecnología puede suponer “en todos los sectores y las actividades sociales”, justificando como base jurídica del texto no ralentizar la adopción de la IA por parte del Mercado. Así, al mismo tiempo que afirma los peligros inherentes a estas técnicas en términos de igualdad, dispone previsiones que pueden alterar los principios generales de protección de datos³⁸.

Procede también señalar la Ley 15/2022 de 12 de julio integral para la igualdad de trato y la no discriminación, la cual hace referencia expresa por primera vez en nuestra legislación, a las consecuencias discriminatorias que pueden provocarse mediante el uso de la inteligencia artificial y la gestión masiva de datos por parte de las administraciones públicas y las empresas privadas. Sin embargo, respecto de lo aquí tratado, sólo dispone principios programáticos para las administraciones públicas, en términos de buena fe y transparencia³⁹.

37 Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735-a372-11eb-9585-01aa75e-d71a1.0008.02/DOC_1&format=PDF

38 Un ejemplo se observa en su artículo 10, a través del cual se contempla una excepción a la prohibición de tratar categorías especiales de datos establecida, entre otras normas, por el artículo 9 del RGPD, y que viene justificada por las categorías sospechosas de producir discriminación.

39 “Las administraciones públicas favorecerán la puesta en marcha de mecanismos para que los algoritmos involucrados en la toma de decisiones que se utilicen en las administraciones públicas tengan en cuenta criterios de minimización de sesgos, transparencia y rendición de cuentas, siempre que sea factible

En la misma línea procede la Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital, del 23 de enero de 2023 que, en manifestaciones comunes del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión europea, reconoce el carácter lesivo de la nueva coyuntura digital –en especial, los sistemas algorítmicos y la inteligencia artificial– para la autonomía de la voluntad, sin proponer ni contener cambios políticos o jurídicos capaces de revertir las tendencias actuales⁴⁰.

En definitiva, si bien encontramos textos reguladores que hacen referencia a algunas realidades aquí expuestas, estos son escasos y tibios en sus pronunciamientos, sobre todo teniendo en cuenta la magnitud de los procesos a los que nos referimos y el alcance material de sus consecuencias. Así, la garantía integral a la autonomía de la voluntad no está salvaguardada, en tanto que, por ejemplo, la transparencia algorítmica ni se garantiza ni puede reclamarse por ningún medio legal, quedando todo ello a merced de los principios de buena fe y responsabilidad proactiva de los operadores jurídicos, lo cual deviene claramente insuficiente cuando hablamos de derechos fundamentales.

IV. EL VALOR DEL CONSENTIMIENTO EN LA TRANSFORMACIÓN DEL CONTEXTO.

El consentimiento, así pues, se erige como manifestación formal de la autonomía de la voluntad y constituye la base legitimadora del tratamiento de datos personales en los términos arriba expuestos. Sin embargo, es lógico pensar que el cambio de paradigma económico y la transformación social y cultural que ha acontecido recientemente y que queda patente en fenómenos como la datificación o la automatización del procesamiento antes esbozados, ha infligido algunos cambios en la conceptualización del consentimiento.

Para ello, a continuación se examinan algunos fenómenos recientes que han tenido un notable impacto en materia contractual y de consumo, con el objeto de verificar si también producen alteraciones en la dogmática clásica del consentimiento y si, de haberlas, invalidan por sí mismas el modelo existente.

técnicamente. En estos mecanismos se incluirán su diseño y datos de entrenamiento, y abordarán su potencial impacto discriminatorio. Para lograr este fin, se promoverá la realización de evaluaciones de impacto que determinen el posible sesgo discriminatorio” (art.23).

40 Entre otros, la Declaración dispone que “Toda persona debería estar empoderada para beneficiarse de las ventajas de los sistemas algorítmicos y de inteligencia artificial, especialmente a fin de tomar sus propias decisiones en el entorno digital con conocimiento de causa, así como estar protegida frente a los riesgos y daños a su salud, su seguridad y sus derechos fundamentales” (9°) y “Toda persona debería poder elegir de manera efectiva y libre qué servicios digitales utiliza sobre la base de información objetiva, transparente, fácilmente accesible y fiable” (11°).

I. La teoría de los contratos en la economía digital.

El Ordenamiento jurídico dota de eficacia vinculante a ciertas reglas creadas por los individuales en el ejercicio de su autonomía privada, por lo que se les reconoce fuerza obligatoria y eficacia legal⁴¹. Ahí es donde reside la trascendencia del consentimiento y la autonomía de la voluntad, pues establece los presupuestos para que ciertas realidades sean dispositivas para los sujetos que, en el ejercicio de su libertad contractual y a través de la autonomía privada, pueden autorregular sus relaciones jurídicas (y consecuencias jurídicas)⁴².

Por ello es tan importante que la autonomía individual aparezca exteriorizada por una voluntad para obligarse, que sea libre y no venga impuesta ni condicionada por otros, así como que exista una igualdad entre quienes suscriben tal pacto pues, de lo contrario, se invalidaría la misma. Dado que la libertad personal es el fundamento de la autonomía individual, esta potestad presupone la igualdad de las partes al negociar, estipulando libremente los términos y efectos de sus obligaciones jurídicas, sin necesidad de otras interferencias legislativas.

En primer lugar, ello nos obliga a preguntarnos si, en el contexto arriba descrito, existe una igualdad entre actores o si, por el contrario, nos encontramos ante una situación de desequilibrio entre los ciudadanos –usuarios, si se prefiere en este contexto– y las corporaciones de Big data, los propietarios de dominios web o los encargados del tratamiento de datos personales; cuestión que más tarde se abordará. Así, si se constata la posición dominante en el Mercado de ciertas compañías tecnológicas, no se darían las condiciones efectivas para la igualdad real, al quedar patente el “desequilibrio claro entre el interesado y el responsable del tratamiento” y, con ello, no se producirían las condiciones para que el consentimiento fuese libre, de conformidad con la propia normativa de protección de datos⁴³.

En segundo lugar, conviene señalar que existen ciertas cortapisas al ejercicio pleno de la autonomía de la voluntad, en determinados supuestos y circunstancias, basados en el ejercicio efectivo de los derechos y libertades y que constituyen las fronteras del Derecho, traspasadas las cuales no se reconocerá el ejercicio legítimo del mismo⁴⁴. Así, aunque se pueda renunciar a determinadas facultades

41 En efecto, el artículo 1.091 del Código civil establece que “las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse a tenor de los mismos” pues, si bien la principal fuente de obligaciones es la Ley, los contratos también lo son en la medida que ésta autoriza a las personas llevar a cabo negocios jurídicos a través de los contratos.

42 Ello viene justificado por el contexto histórico en el que tenían lugar tradicionalmente las negociaciones inter partes que, a priori y debido al tipo de intercambios de bienes y servicios, se sustentaban en una economía individualizada

43 Considerando 43 del RGPD.

44 Estas limitaciones, hibridan entre el carácter intrínseco de las mismas, como son la Ley, la moral y el orden público, límites por antonomasia de la libertad contractual –al amparo del artículo 1.255 CC–; y los límites

o actuaciones, hay derechos enteramente irrenunciables –como ocurre con la mayoría de los derechos de la personalidad–, en cuyo caso las cortapisas a la autonomía privada son mucho mayores.

En tercer lugar, siguiendo la tesis de la “unmittelbare Drittwirkung”, el ejercicio de la autonomía de la voluntad debe ponerse en relación con el contexto histórico y constitucional y las circunstancias concretas de orden socio-económico en el que se desarrollan las relaciones jurídico privadas, es decir, el negocio jurídico debe concebirse al albur de un determinado estado de cosas. Como señala BERCOVITZ, incluso en el ámbito estricto de las relaciones privadas, interviene el límite del principio de igualdad, puesto que el mismo adquiere la dimensión de orden público en aquellos casos en los que dicha actividad ostenta trascendencia pública o social, lo cual, en el contexto arriba descrito deviene incontestable⁴⁵.

Bajo esta premisa, y teniendo en cuenta que la contratación es un elemento ordenador y que el contexto socio-económico, como se verá a continuación, interviene decisivamente en la conformación de la voluntad, las cortapisas a la autonomía privada vienen justificadas, para que ésta se efectúe en su máxima extensión, evitando abusos o lucros indebidos a particulares, precisamente, porque la libertad contractual tiene su fundamento en propia configuración de un Estado social y democrático de Derecho⁴⁶.

2. La contratación en la posmoderna sociedad de consumo.

La teoría clásica de formación de los contratos, arriba descrito, se fundamentaba en el consentimiento libre y autónomo entre dos o más partes perfectamente identificadas, las cuales participaban colaborativamente en la confección del contrato. Sin embargo, en la actualidad, la libertad contractual viene fuertemente restringida por la proliferación de la contratación en masa, a distancia, las condiciones generales de la contratación o las cláusulas de adhesión; constriñendo hasta su mínima expresión la negociación inter partes y, en consecuencia, el contenido de la autonomía privada.

Así, la lógica contractual tradicional basada en la idea de que las relaciones privadas quedan sometidas a la iniciativa particular ha sido sacudida por los cambios en el modelo económico y en las pautas sociales de interrelación, en lo

extrínsecos, en tanto que todo negocio jurídico surge al albur de un contexto legal preexistente que le da virtualidad jurídica, que lo completa y al cual supedita su vigencia.

45 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Principio de igualdad y Derecho privado”, *Anuario de Derecho Civil*, 1990, vol. 43, núm. 2º, p. 416.

46 Como señala FERRAJOLI, “el garantismo opera como doctrina jurídica de legitimación y sobre todo de deslegitimación interna” por lo que el autor defiende la subordinación de la legitimidad del ordenamiento jurídico al aseguramiento de las condiciones efectivas de disfrute de los derechos fundamentales. FERRAJOLI, L.: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 2009, p. 852.

que DÍEZ PICAZO ha definido como “la transformación de la teoría contractual”⁴⁷. Y es que, la realidad actual de la contratación responde a las necesidades de la sociedad de consumo y se formaliza en contratos en serie –sin negociación inter partes–, constituyendo en su mayoría, un clausulado de adhesión⁴⁸, desprendiendo al contrato del carácter positivo que se le presume en abstracto.

Ello comporta, en lo que aquí nos interesa, una asimetría en las relaciones jurídicas en tanto que se despersonaliza a los proveedores de productos y servicios, quienes ostentan una posición dominante, y la negociación en la contratación viene sustituida por contratos de adhesión con cláusulas predispuestas y condiciones generales de contratación, en aras de abaratar los costes de transacción. La autonomía de la voluntad, además, plantea retos adicionales en las relaciones jurídicas formalizadas por medios telemáticos o automáticos, teniendo en cuenta el incremento exponencial de la contratación online donde las partes intervinientes ni se detienen a negociar ni muchas veces a revisar el propio contenido del contrato electrónico, a menudo sometido a la inmediatez.

Estos cambios en la contratación suponen una restricción de los derechos comprendidos bajo el principio de autonomía de la voluntad y tienen aparejados posibles riesgos de lesionar intereses jurídicos o menoscabar garantías legales en términos de igualdad entre las partes, información precontractual o cláusulas transparentes y, en última instancia, de seguridad jurídica. Por ello, ante la asimetría constatada entre contratantes, donde los consumidores ostentan una posición en el tráfico jurídico de desigualdad frente a empresarios o profesionales y merecen un mecanismo corrector, surge, bajo el Derecho de consumo, una protección específica para las nuevas relaciones jurídicas que nacen, destacando: el deber de información, el principio de transparencia, la vinculación jurídica de las declaraciones publicitarias, la atribución legal del derecho de desistimiento del consumidor, la nulidad de las cláusulas abusivas, etc. Todo ello con el objeto de salvaguardar la autonomía privada y el libre albedrío de los sujetos en el ámbito contractual⁴⁹.

47 DÍEZ PICAZO, L. & PONCE DE LEÓN, L.: “La autonomía privada en la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos”, *Anuario de Derecho Civil*, 1956, p. 1551.

48 Así, la parte adherente sólo puede manifestar su voluntad o no de formalizar dicho negocio jurídico (libertad de contratar) pero no de discutir o determinar su contenido (libertad contractual) en tanto que es la preponente la que unilateralmente elabora el contenido del contrato.

49 GARCÍA VICENTE señala muy bien cuál es el propósito de la legislación especial de protección de consumidores, en lo que a sus relaciones contractuales atañe: “procurar la libertad y conciencia del consumidor, su libertad contractual, esto es, que se halle libre de coacciones, seducciones, engaños o errores y razonablemente informado sobre las diversas circunstancias y elementos que influyen típicamente en la decisión de contratar. Pero tal libertad y conciencia no se ciñe sólo al tiempo de contratar, sino que abarca, igualmente, el cumplimiento o ejecución del contrato, así como sus eventuales modificaciones”. GARCÍA VICENTE, J.R.: “La contratación con consumidores”, en AA.VV.: *Tratado de contratos* (dir. por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tirant lo Blanch, València, 2022, p. 1842.

La nueva coyuntura económica y tecnológica supone una vuelta de tuerca para la dogmática clásica en materia de obligaciones y contratos, pues las corporaciones de Big data, posicionadas en una clara situación de oligopolio, tienen un poder absoluto en el Mercado y condicionan a los usuarios a quienes imponen sus condiciones contractuales, por lo general abusivas –piénsese, por ejemplo, en las políticas de privacidad “take it or leave it”–. Por otra parte, cabe examinar el valor del consentimiento, como materialización de la autonomía privada, en este nuevo estado de cosas, lo que lleva a preguntarse, por ejemplo, qué grado de diligencia puede exigírsele al contratante en el entorno online, en función de sus conocimientos tecnológicos previos⁵⁰.

Con todo, surge preocupación, entre otras muchas cuestiones, por la reducción de la esfera del principio de autonomía privada en el sentido de determinar como de autónoma es esa voluntad individual, debiendo reflexionar acerca de las injerencias o limitaciones en la autonomía privada y, en consecuencia, el valor efectivo del consentimiento.

3. ¿Nos sirve ahora la doctrina clásica del consentimiento?

Como se ha expuesto arriba, partimos de la base de que la autonomía de la voluntad es el presupuesto indispensable para llevar a cabo negocios jurídicos y, por tanto, el consentimiento de una persona es el elemento sobre el que pivota la eficacia de los actos con trascendencia jurídica, las obligaciones contraídas y los contratos de los que forme parte. Para ello, deben darse condiciones de igualdad –partiendo de una posición jurídica equivalente–, y libertad material, en tanto que, como ya se ha expuesto, la libertad personal es el fundamento de la autonomía individual. Cabría preguntarse pues, si el consentimiento puede tener límites difusos o, al menos, si en el contexto arriba descrito, puede reconocérsele a la autonomía de la voluntad, cierto margen de ambigüedad y, en consecuencia, si ello afecta a su valor como mecanismo legitimador, desde el punto de vista jurídico.

El consentimiento viene ligado desde el Derecho romano a la figura del contrato y, como se acaba de exponer, la teoría clásica de formación del contrato, aún vigente, presupone la igualdad entre partes para formalizar relaciones civiles libremente. Es por eso que, teniendo en cuenta las circunstancias actuales, esta

50 El Tribunal Supremo dispuso a este respecto, en su STS 14 junio 2021 (RAJ 2021, 839) que dentro del consumidor digital cabe hablar de diversas categorías, atendiendo al grado de conocimiento de las nuevas tecnologías, lo que deviene clave en materia de información precontractual pues, el Alto Tribunal estima que “aun encontrándose las condiciones generales publicadas en internet (como también exige el art. 12.1, segundo párrafo de la Carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas) o informándose de las mismas por teléfono en el momento de la contratación, pueden existir usuarios que carezcan de medios o habilidad para acceder a tales condiciones publicadas de manera telemática o para comprender de manera adecuada las condiciones explicadas por teléfono, por ello, para garantizar también sus derechos, se contempla que puedan solicitar la remisión de las condiciones generales de contratación por escrito y han de serles entregadas antes de contratar, pues solo así se garantiza que pueda celebrar el contrato con pleno conocimiento de las condiciones que lo rigen” [F] 3°).

doctrina del consentimiento adopta también un cariz antagónico porque, al ignorar las estructuras de desigualdad vigentes, las relaciones de dominio o el poder de condicionamiento de la parte predisponente sobre el titular de los datos se invalida el valor del consentimiento como garantía del ejercicio autónomo de la voluntad privada. Y es que, aunque el consentimiento sea en abstracto libre, viene preconfigurado por una serie de elementos condicionantes que no pueden ignorarse, pues desconocer u ocultar los patrones estructurales puede llevar a presentar como una decisión libre algo que, en realidad, es una preferencia adaptativa o una decisión marcada por un estado de necesidad que invalida la presunción de consentir de manera libre e informada⁵¹.

Por otra parte, también desde una perspectiva civilista, hay que remarcar que, asimismo, los contratos que dan lugar a la casuística arriba expuesta, operan con reglas nuevas que muchas veces resultan ajenas a la propia dogmática contractual en tanto que, por ejemplo, permiten disponer de ciertos derechos fundamentales involucrados –recordemos, de nuevo, que el derecho a la protección de datos ha sido reconocido como un derecho fundamental y autónomo⁵²– o admiten la posibilidad de revocar el consentimiento prestado en un contrato sinalagmático. Como ejemplo, los contratos sobre contenidos o servicios digitales donde suele exigirse la cesión de datos personales del usuario por parte de los prestadores de un servicio a cambio del mismo, abarcando el intercambio de información, no sólo en el momento de celebración del contrato, sino que dicho suministro de información personal abarca la entera ejecución del contrato. Si bien a este respecto, el art. 6.1 c) del RGPD exige que se produzca una separación clara entre el consentimiento necesario para la perfección del contrato y el consentimiento que legitima el tratamiento de datos personales, lo cierto es que deviene sumamente difícil deslindar tales circunstancias, más aún, si tenemos en cuenta las engorrosas políticas de privacidad –sin entrar, como luego haremos, en la lectura y comprensión asertiva de las mismas–, en las que quedan subsumidas tales circunstancias así como la información preceptiva para la obtención del consentimiento informado.

Asimismo, en esta tipología de contractual, el contrato no es la causa que legitima el tratamiento de los datos personales en el sentido del art. 6.1 c) del RGPD, en tanto que la persona consumidora accede a la cesión de datos que en nada afectan ni se exigen para el cumplimiento de dicho contrato. Como señala MARTÍNEZ VELENCOSO, en estos casos existe un evidente solapamiento entre la normativa de protección de datos personales, en la esfera de la protección de los

51 BARRÈRE, M.A. & MORONDO, D.: "Subordinación y discriminación interseccional: elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio", *Anales Cátedra Francisco Suárez*, 45, 2011, p. 145.

52 STS 30 de noviembre (RAJ 2000, 292).

derechos fundamentales, y la normativa de protección de consumidores⁵³, que reconoce y atiende al valor económico de los datos. Y, sobre esta premisa, resulta del todo dudoso que, en la esfera de los derechos de la personalidad, el titular de un derecho sobre su información personal, pueda transmitirlo en su totalidad incluso en su completa titularidad, debido a los límites dispositivos intrínsecos a dicha categoría de derechos fundamentales⁵⁴.

En definitiva, la transformación cualitativa de los esquemas teóricos del contrato por negociación es incontestable, por lo que el valor del consentimiento, en tanto que autonomía de la voluntad, ya no responde a las nuevas relaciones contractuales ni tampoco a las necesidades del nuevo estado de cosas, siendo necesario repensar el marco jurídico regulador, de conformidad con la función adaptativa del Derecho y su vocación de acabar con las desigualdades más profundas⁵⁵. De lo contrario, nos aferraríamos a una doblez contradictoria y paradójica acerca del consentimiento que, al mismo tiempo que se asienta sobre la convicción de que es el mecanismo indispensable para validar cualquier ejercicio de autonomía privada, se sabe en peligro por la nueva coyuntura digital, motivo por el cual se vienen introduciendo reformas legislativas encaminadas a lograr una transparencia referencial que mine la abusividad y oscuridad a la que viene sucumbido y que, de facto, reconocen su inoperancia o funcionamiento anormal. Porque, no habiendo libertad real para el ejercicio de la autonomía privada, en lugar de “prestar” el consentimiento, se estaría “cediendo” el mismo. Del mismo modo que, sobreviniendo una situación de subordinación y condicionamiento del titular de los datos personales frente a las TECH technologies, en lugar de ser un acto libre, el mismo se convertiría en forzoso.

Por otra parte, conviene interrogarse acerca del interés que pueda tener esta parte predisponente en la vigencia actual del modelo de consentimiento en tanto que, desde esta óptica, la exigencia del consentimiento puede resultar pernicioso pues, al poner la regulación el foco en el consentimiento de la persona interesada, se instala en ella la responsabilidad, individualizando la culpa. Es decir, el responsable del tratamiento, quedará exonerado de cualquier sospecha cuando demuestre que formalmente ha dado cumplimiento a los estándares exigidos por

53 Se añade, asimismo, la interacción de la Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2019 relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales.

54 MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M.: “El impacto del big data y el Internet de las cosas en la normativa de protección de datos”, en AA.VV.: *Retos normativos del mercado único digital europeo* (coord. por MARTÍNEZ VELENCOSO), Tirant lo Blanch, València, 2022, p. 293.

55 Así lo justificaba DE CASTRO cuando decía que “es misión de los juristas el enfrentarse con la realidad económico-social y la necesidad de valorar esa realidad con criterios de justicia” y como sobre ellos pese la obligación de velar para que las circunstancias del momento no nos hagan olvidar que “lo jurídico pierde esta condición al apartarse de la Justicia” cuando se configura una realidad social como instrumento de opresión y causa de desigualdad jurídica para los contratantes, pudiendo producirse una desconexión entre la ley positiva y la justicia. DE CASTRO Y BRAVO, F.: “Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes”, *Anuario de Derecho Civil*, 1961, p. 8.

la normativa, sin que ello, muchas veces, comporte una actuación lícita, real y transparente⁵⁶. De este modo, el hecho de consentir viene oscurecido de manera constante por las circunstancias en las que tiene lugar, las cuales dejan muy poco margen para oponerse, introducir matices o conocer realmente las implicaciones de lo consentido. Así, resulta pertinente cuestionar la autonomía de esta voluntad materializada en forma de consentimiento, pues consentir sin saber, permite poner en duda la voluntad manifestada, que no es informada ni debería ser válida, en tanto que carece de la libertad material necesaria, condicionada por la desigualdad estructural y la innegable correlación de fuerzas.

Así las cosas, evidenciamos como las diversas aristas de la coyuntura actual deterioran el modelo clásico del consentimiento que, aplicado a la realidad vigente, pervierte su significado y garantías hasta hacerlo, incluso en algunas ocasiones, inválido por completo. Por ello, deviene imprescindible repensar los mecanismos jurídicos para adaptarlos al estado de cosas, con el objeto de preservar las garantías de autonomía y libertad que deben venir acompañando al ejercicio de la autonomía de la voluntad. Con dicho propósito, continuación se exponen algunas claves sobre las que convendría reflexionar a la hora de adaptar el modelo jurídico al marco existente.

V. CLAVES PARA REPENSAR EL CONTEXTO NORMATIVO.

Teniendo en cuenta lo anterior, queda patente la existencia de disfunciones en el modelo de formación de la autonomía de la voluntad, de prestación del consentimiento y de celebración de contratos en determinadas circunstancias del consumo digital, con especial riesgo para la protección de los datos personales y el libre albedrío de sus titulares. En consecuencia, el marco regulador debe hacer frente a la realidad imperante y disponer mecanismos que garanticen la protección de intereses jurídicos, derechos y libertades de los individuos, en plena consonancia con las circunstancias concomitantes de la nueva economía digital, pese a que ello suponga alterar la doctrina clásica del consentimiento, precisamente, con el objeto de preservar su autonomía y libertad.

Para ello, debe partirse de la existencia de un cambio de escenario respecto de los datos personales, que han pasado de ser subproductos de los fines para los que fueron recopilados –es decir, consecuencias inherentes a la contratación de ciertos productos o servicios–, a constituir los productos en sí mismos, con

56 Así, la denominada “accountability” o responsabilidad proactiva, exige a los responsables del tratamiento poner en conocimiento de las personas interesadas, de forma clara, sencilla y comprensible –extendiéndose todas las garantías exigibles al consentimiento informado– las finalidades, técnicas y usos a los que van a destinar sus datos así como las garantías a los que van a quedar sometidos. Sin embargo, teniendo en cuenta los factores antes examinados, y aunque se sobrentiende que todo ello debe hacerse con la debida transparencia, no queda asegurado el cumplimiento de todos los estándares garantistas.

las consecuencias que de ello se derivan para la finalidad de tratamiento y el desarrollo y uso posterior de tal información. En este sentido, la transformación del modelo es innegable, pues si bien en un inicio, el almacenamiento de la información era consustancial a la contratación o prestación de ciertos servicios, en la actualidad, el almacenamiento de datos constituye un fin en sí mismo, sin que pueda conocerse apriorísticamente el uso o procesamiento posterior al que se someterán los mismos.

Tampoco se generan en muchos casos las condiciones idóneas para que el consentimiento sea libre, requisito indispensable para su licitud, como ya se ha visto. En este sentido suscitan dudas, desde la propia conformación de la voluntad y sus vicios –en la medida en la que el modelo actual merma la capacidad electiva de los usuarios, que vienen orientados en sus conductas de consumo–, la capacidad de coaccionar o condicionar sobremanera al usuario para obtener su consentimiento hasta el punto de privarle de capacidad real para oponerse o retirarlo –al menos, no sin perjuicio–, o la formalización de aquellos contratos mediante los cuales los titulares se comprometen a ceder sus datos personales a modo de contraprestación de un servicio –lo que deviene cuestionable a tenor del art. 7.4 RGPD–.

En relación con lo anterior, no puede perderse de vista la asimetría informativa y el desequilibrio que, en este sentido, surge entre las partes contratantes. Incluso en aquellos casos en los que la información previa sea debidamente prestada –sin incurrir en patrones oscuros, cláusulas abusivas ni políticas de privacidad intrincadas–, las cuestiones técnicas y las políticas de tratamiento son tan complejas y están sujetas a tantas imprecisiones que, leyéndolas detenidamente puede que el interesado no acabe de comprender enteramente sus pormenores –piénsese, por ejemplo, en la falta de transparencia algorítmica o del funcionamiento de la IA– y, pese a ello, se acepten dichas cláusulas predispuestas en tanto que ello es preceptivo para llegar a disfrutar de un determinado bien o servicio. Es más, la prestación del consentimiento se ha convertido en un acto mecánico para el acceso a ciertos bienes o servicios, desvirtuando su asertividad y las implicaciones que deberían desplegarse de un consentimiento verdaderamente informado. En consecuencia, ni el cumplimiento formal del deber de información por parte del responsable del tratamiento a través de la política de privacidad ni la aceptación del titular de los datos de la misma, resultan garantes de la presencia de un consentimiento informado y libre, en los términos legales aquí examinados.

A todo lo anterior debe sumársele la datificación social a la que hacíamos referencia al inicio que, en la práctica, implica la existencia de datos observados, derivados o incluso inferidos, generados al margen de la voluntad de la persona afectada y con su total desconocimiento, lo que deviene sumamente cuestionable

en términos de consentimiento, transparencia y licitud. Dejando al margen la posición de dominio y el poder de condicionamiento de las TECH companies, sus meras dinámicas de funcionamiento hacen muy difícil –si no imposible– ser conscientes de qué datos se tienen sobre nosotros, por quienes, cuáles de estos datos son tangibles y cuáles se han inferido, en qué categorías se han clasificados, etc. Y, en consecuencia, desconociendo lo anterior no podemos hacer valer los derechos de rectificar, borrar, bloquear u oponernos a su uso, cesión, reutilización o a ser objeto de tratamiento automatizado. Es imposible ejercitar derechos que tenemos reconocidos si no se dan las garantías para obtener la información previa que sirva de presupuesto para accionarlos. Así, por ejemplo, el RGPD habilita a los individuos a conocer la existencia de decisiones automatizadas, incluida la elaboración de perfiles y a conocer la lógica aplicada en dicho tratamiento (art. 13.2 f)), sin embargo, si como hemos visto anteriormente nos encontramos con lógicas algorítmicas de autoaprendizaje (machine learning), en la práctica, el ejercicio de tal potestad deviene irrealizable o estéril incluso para el responsable de tratamiento –cuestión aparte sería el nivel de transparencia que debe tener dicha explicación la para lograr una comprensión integral por parte de la persona interesada–.

Al hilo de lo anterior, debería asimismo reflexionarse sobre el rol de la persona afectada para la protección de sus derechos e intereses pues, ante un incumplimiento de la normativa arriba expuesta, es ella quien debe ejercitar proactivamente los mismos para lograr su protección y reparación. Además de los conocimientos técnicos y la dedicación personal que se le pueda exigir, ello consagra una lógica radicalmente diferente a la propia del Estado de Derecho –piénsese, por ejemplo, en materia de libertades expresivas–, dejando un gran poder de iniciativa a la ciudadanía sobre sus datos personales, siendo poco deseable en una democracia constitucional que se transfiera la responsabilidad de la protección de los derechos fundamentales a las propias personas interesadas –usuarios, además, de productos y servicios que no vienen preconfigurados de modo garantista–.

Teniendo lo anterior presente, así como otros fenómenos correlativos como la imposibilidad de lograr una trazabilidad real de determinados algoritmos de machine learning o la pasividad de la ciudadanía frente a la pérdida progresiva de su privacidad deben buscarse mecanismos capaces de aplacar los riesgos existentes y afrontar la realidad con mayor seguridad jurídica. Es decir, hay que implementar medidas que apliquen, desde el origen, las garantías legales y el respeto a la ética en el uso de los datos, como puede ser el “legal-tech” o la “privacy by design” para que, de forma generalizada, todo el engranaje funcione de forma transparente, permitiendo a los interesados un control completo sobre sus datos personales y asegurando la supervivencia de las libertades colectivas e individuales. Se trata, en definitiva, de originar apriorísticamente una cultura de protección de datos y

prohibición de discriminaciones de forma que los principios éticos y legales queden implementados no sólo en la forma en la que vienen almacenados y tratados los datos, sino también en la lógica empresarial, en los códigos de software y en la propia economía de Mercado, previniendo un uso pernicioso de la tecnología y una paulatina pérdida de garantías a medida en que los datos van cambiando de mano y van destinándose a usos secundarios.

A la luz de lo expuesto, sobran los motivos para reclamar medidas legislativas decididas, que actúen como imperativos extrínsecos al negocio contractual en pro de equilibrar la igualdad inter partes, garantizando el principio de transparencia y la autonomía de la voluntad, reafirmando el valor del consentimiento, como mecanismo legitimador de la potestad concedida por el habeas data, y materializando la libertad contractual en su máxima extensión. Así, desde el punto de vista de la dogmática contractual, se exige un cambio de modelo a la hora de contratar de forma que las cláusulas contractuales, además de los intereses particulares del predisponente, tengan en cuenta la realización de otros bienes o intereses generales del orden público, como son la protección o tutela de la parte contractual más débil y la calidad y competencia de la contratación bajo condiciones generales.

No debe olvidarse que la autonomía privada es un valor jurídico que constituye la base del propio Estado social y democrático de Derecho, debido al doble carácter de los derechos fundamentales, en tanto que derechos subjetivos y valores objetivos del orden constitucional⁵⁷. Así, desde un punto de vista integral, este principio de transparencia actuaría como eje vertebrador de la sociedad democrática, en estrecha conexión con el principio de legalidad y seguridad jurídica, en la medida en que dichos conceptos actúan como catalizadores del ideal democrático, junto con la idea de la “accountability”, en un sentido de responsabilidad o rendición de cuentas, posibilitando una forma de control social frente a las extralimitaciones en las que pueden incurrir quienes ostentan una posición de dominio, limitando las prácticas de dudosa legalidad e incrementando la legitimidad social, máxime cuando nos encontramos en el ámbito de los derechos fundamentales⁵⁸.

57 Los derechos fundamentales son “elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado Social y Democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución”, STC 25/1981, de 14 de julio (RTC 1981, 25).

58 ORDUÑA MORENO dispone que “la transparencia, junto con el equilibrio de las prestaciones, se ha erigido como un principio jurídico del control social establecido” y defiende la necesidad de extender dicho principio jurídico a todo contratante –ya sea consumidor o no– que, como adherente, tenga que recurrir a este modo de contratar bajo condiciones generales, sin posibilidad real de negociación y con una clara posición de inferioridad y asimetría en dicha relación jurídica. ORDUÑA MORENO, F.J. & SÁNCHEZ MARTÍN, C.: *La transparencia como valor del cambio social: su alcance constitucional y normativo. Concreción técnica de la figura y doctrina jurisprudencial aplicable en el ámbito de la contratación*, Aranzadi, Navarra, 2018, p. 37.

VI. CONCLUSIONES.

La situación actual, y su evolución anterior al albur de la digitalización, evidencian un cambio substancial en las dinámicas de producción y consumo hasta el punto de impregnar al conjunto político, económico, social y cultural, en lo que ha sido descrito como una "sociedad de consumidores". En este proceso de transformación, ha tenido un papel esencial el almacenamiento y tratamiento masivo de datos personales, erigiendo a los individuos, además de en sujetos destinatarios finales, en bienes de cambio –es decir, en productos en sí mismos–.

En este sentido, hemos asistido a una paulatina datificación social, esto es, una digitalización masiva de la toda aquella información que una persona puede generar –información real pero también deducible y predecible–, convirtiéndola en datos tangibles y rastreables, con el objeto de clasificarla, almacenarla o tratarla. Este proceso, ha venido coadyuvado por su automatización y el cálculo algorítmico, fundamental para la explotación a gran escala todo este volumen de datos, los cuales llevan aparejados riesgos serios de estratificación social, hegemonización, discriminación o vulneración de derechos y libertades.

Se constata, pues, un escenario de insaciabilidad exponencial de información personal, con fines mercantilistas legítimos, pero a través de procesos que siembran dudas sobre la pervivencia de ciertas garantías jurídicas. En concreto, al aplicar las lógicas normativas tradicionales al nuevo estado de cosas, se cuestiona su impacto en la dogmática clásica de los contratos, en concreto, sobre la afectación que ello podría tener para la autonomía de la voluntad, en un sentido amplio: sobre la extensión de la formación de necesidades, la libertad de elección, la igualdad material inter partes, etc.

Se pone en entredicho el valor del consentimiento como catalizador de la autonomía privada debido, principalmente, al desequilibrio inter partes, como se observa en la posición de dominio de las TECH technologies en el Mercado, su capacidad de condicionamiento en los usuarios o la predisposición de las cláusulas de adhesión de los contratos seriados. Si bien la desigualdad de poder entre las partes no tiene por qué invalidar el consentimiento prestado en todos los casos, lo cierto es que sí le da un contexto que lo pone bajo sospecha. Es decir, si en las circunstancias concomitantes, la autonomía privada, queda prácticamente reducida a la libertad de contratar o no, entonces la dogmática clásica del consentimiento debe rechazarse en tanto que deviene estéril a la realidad social, privatizando responsabilidades al dejar fuera a las dinámicas de poder. La lógica tradicional, basada en la idea de que las relaciones privadas dependen de la iniciativa particular, no puede aplicarse al marco actual, supeditado a relaciones asimétricas de dominio, estructuras de desigualdad y una falta de libertad material, lo que invalida el valor del consentimiento como garantía del ejercicio autónomo de la voluntad privada.

Es aquí cuando debemos cuestionar el modelo –de un modo global, más allá de lo puramente legal– y, en consecuencia, ello nos lleva a problematizar el consentimiento y reconocer sus limitaciones, en tanto que no sirve para abordar el fenómeno de forma integral ni con perspectiva crítica, por el contrario, su pervivencia sin reconvención alguna aboca al mantenimiento del orden hegemónico, resultando las personas adherentes, usuarias e interesadas, las mayores perjudicadas.

Así, la solución no pasa por recabar el consentimiento de toda persona interesada con el fin de demostrar que la autonomía de la voluntad ha tenido lugar en dicha transacción de un modo formal, sino de garantizar las condiciones materiales para que esa libertad de elección sea real. El consentimiento es un concepto complejo y paradójico y aun así irrenunciable, no es la única solución al problema porque, según se mire, puede instrumentalizarse para legitimar actuaciones desleales, convirtiéndose en una treta que deberíamos impugnar.

En este estado de cosas, se hace del todo necesaria una verdadera discusión pública y transparente, no sólo sobre los límites de la mercantilización de la información privada o la aplicación indiscriminada de procesos automatizados o algorítmicos, sino, esencialmente, de aquellas cuestiones que puedan limitar el libre desarrollo de la personalidad de la ciudadanía, pues los riesgos de legitimar cualquier tipo de decisión basada en una voluntad privada adulterada, nos privan de autonomía y son perceptibles a todos los niveles, en tanto que impregnan el marco político, económico y social.

No se pretende la impugnación completa del modelo, sino su adaptación a la realidad imperante, a las necesidades presentes y futuras, con la finalidad de preservar las garantías de autonomía y libertad que deben acompañar el ejercicio de la voluntad privada. Ello pasa, necesariamente, por la transformación cualitativa de los esquemas teóricos del contrato por negociación, pues muchas relaciones contractuales actuales operan con reglas que escapan a la dogmática clásica, y aplicar medidas obsoletas, sin tener en cuenta el contexto histórico, los procesos sociales y los patrones de dominación y discriminación, podría vulnerar el propio principio de igualdad. Con ello, se busca reafirmar el valor del consentimiento, en tanto que mecanismo de garantía de la libertad contractual, y acabar con situaciones que, o bien pueden legitimar la abusividad u oscuridad, o perpetuar situaciones de desigualdad o irresponsabilidad, o bien lesionan directamente derechos y libertades. Y no podemos olvidar que la autonomía privada, en última instancia, es un valor jurídico que constituye la base del propio Estado social y democrático de Derecho.

BIBLIOGRAFÍA

AÑÓN ROIG, M.J.: "Desigualdades algorítmicas: conductas de alto riesgo para los derechos humanos", *Derechos y Libertades*, 2022, núm. 47º.

AÑÓN ROIG, M.J.: "Transformaciones en el derecho antidiscriminatorio: avances frente a la subordinación", *Revista electrónica del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio Lucas Gioja*, 2021, núm. 26º.

BAUMAN, Z.: *Mundo consumo*, Paidós, Barcelona, 2021.

BAUMAN, Z.: *Modernidad líquida*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2017.

BARRÈRE, M.A. & MORONDO, D.: "Subordinación y discriminación interseccional: elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio", *Anales Cátedra Francisco Suárez*, 45º, 2011.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: "Principio de igualdad y Derecho privado", *Anuario de Derecho Civil*, 1990, vol. 43, núm. 2º.

CAPILLA RONCERO, F.: "Autonomía de la voluntad y Derecho de la persona o la autonomía personal en el Derecho privado", *Diario La Ley*, 2011, núm. 7685º.

DE CASTRO Y BRAVO, F.: "Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes", *Anuario de Derecho Civil*, 1961.

DÍEZ PICAZO, L. & PONCE DE LEÓN, L.: "La autonomía privada en la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos", *Anuario de Derecho Civil*, 1956.

FERRAJOLI, L.: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 2009.

FOURCADE, M. & HEALY, K.: "Classification situations: Life-chances in the neoliberal era", *Accounting, Organizations and Society*, 2013, núm. 38º.

GARCÍA VICENTE, J.R.: "La contratación con consumidores", en AA.VV.: *Tratado de contratos* (dir. por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tirant lo Blanch, València, 2022.

GITELMAN, L.: *"Raw data" is an oxymoron*, The MIT Press, Cambridge (Massachusetts), 2013.

GREGORY, K.: "Big data, like Soylent Green, is made of people", *CUNY*, 2014.

HAN, B.: *Psicopolítica*, Herder, Barcelona, 2014.

LERMAN, J.: "Big data and its exclusions", *Stanford Law Review*, 2013, núm. 66º.

MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M.: "El impacto del big data y el Internet de la cosas en la normativa de protección de datos", en AA.VV.: *Retos normativos del mercado único digital europeo* (coord. por MARTÍNEZ VELENCOSO), Tirant lo Blanch, València, 2022.

MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M. & SANCHO LÓPEZ, M.: "El nuevo concepto de onerosidad en el mercado digital, ¿Realmente es gratis la App?", *InDret*, Enero, 2018.

MAYER-SCHÖNBERGER, V. & CUKIER, K.: *Big data. La revolución de los datos masivos*, Turner, Madrid, 2015.

MEJIAS, U. & COULDY, N. "Datificación", *Revista Latinoamericana de Economía y Sociedad Digital*, Julio, 2022.

MONASTERIO ASTOBIZA, A.: "Ética algorítmica: implicaciones éticas de una sociedad cada vez más gobernada por algoritmos", *Dilemata*, 2018, núm. 24º.

O'NEIL C.: *Armas de destrucción matemática. Cómo el Big data aumenta la desigualdad y amenaza la democracia*, Capitán Swing, Madrid, 2018.

ORDUÑA MORENO, F.J. & SÁNCHEZ MARTÍN, C.: *La transparencia como valor del cambio social: su alcance constitucional y normativo. Concreción técnica de la figura y doctrina jurisprudencial aplicable en el ámbito de la contratación*, Aranzadi, Navarra, 2018.

PÉREZ LUÑO, A.E.: "Principios de la protección de datos: consentimiento del afectado. El consentimiento de los menores", en AA.VV.: *Comentario a la ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal* (dir. por TRONCOSO REIGADA), Civitas, València, 2010.

SADOWSKI.: "When data is capital: Datafication, accumulation and extraction", *Big Data & Society*, 2019, vol. 6.

ZUBOFF, S.: *La era del capitalismo de la vigilancia*, Paidós, Barcelona, 2019.

