

# HURI-AGE

## Red Tiempo de los Derechos



## Papeles el tiempo de los derechos

### *EL IMPACTO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN EL “CONSENTIMIENTO INFORMADO” COMO HERRAMIENTA DE PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA ERA DIGITAL*

**Carlos Arce Jiménez**  
Universidad de Córdoba

**Palabras Clave:** Inteligencia Artificial, Consentimiento Informado, Derechos Fundamentales, Era Digital.

**Key Words:** Artificial Intelligence, Informed Consent, Fundamental Rights, Digital Era.

Número: 8      Año: 2022

ISSN: 1989-8797

Comité Evaluador de los Working Papers “El Tiempo de los Derechos”

María José Añón (Universidad de Valencia)  
María del Carmen Barranco (Universidad Carlos III)  
María José Bernuz (Universidad de Zaragoza)  
Rafael de Asís (Universidad Carlos III)  
Eusebio Fernández (Universidad Carlos III)  
Andrés García Inda (Universidad de Zaragoza)  
Cristina García Pascual (Universidad de Valencia)  
Isabel Garrido (Universidad de Alcalá)  
María José González Ordovás (Universidad de Zaragoza)  
Jesús Ignacio Martínez García (Universidad of Cantabria)  
Antonio E Pérez Luño (Universidad de Sevilla)  
Miguel Revenga (Universidad de Cádiz)  
Maria Eugenia Rodríguez Palop (Universidad Carlos III)  
Eduardo Ruiz Vieytez (Universidad de Deusto)  
Jaume Saura (Instituto de Derechos Humanos de Cataluña)

## **El impacto de la inteligencia artificial en el “consentimiento informado” como herramienta de protección de derechos fundamentales en la era digital**

**Profesor Dr. Carlos Arce Jiménez**  
**Área de Derecho Constitucional / Dpto. de Derecho Público y Económico**  
**Universidad de Córdoba**

### **1.- El consentimiento informado como instrumento clave en la gestión de derechos fundamentales en el ámbito digital.**

Como hemos destacado en recientes trabajos, el “consentimiento informado” es una de las principales herramientas habilitadas por el ordenamiento jurídico europeo y español para el ejercicio de los derechos fundamentales en la era digital (Arce 2022). Un ejemplo paradigmático de ello lo encontramos en los derechos a la protección de datos de carácter personal y a la intimidad.

La protección de datos se puede considerar como el primer derecho fundamental “originario” de la era digital desde su consagración en el artículo 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE). Trasciende a la limitada extensión de estas páginas realizar un detallado estudio del proceso de positivización de este nuevo derecho, baste ahora destacar que uno de sus objetivos político-jurídicos era facilitar herramientas de control de su privacidad a la ciudadanía, que se había visto seriamente cuestionada con el inicio de la utilización masiva de los datos de carácter personal gracias a las nuevas tecnologías. Se plantea como una de las formas de hacer realidad el “derecho a la autodeterminación informativa”, reconocido por la jurisprudencia constitucional española hace casi dos décadas a través de la STC 254/1993.

Por lo expuesto, se ha dado prioridad a la figura del “consentimiento informado” de la persona interesada como factor habilitante para la utilización de los datos personales, y así se plasma en los arts. 6 a 8 del Reglamento General de Protección de Datos (Reglamento UE 2016/679 -RGPD-) y en los arts. 6 y 7 de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (LO 3/2018 -LOPDGDD-).

Según dispone el art. 4.11) RGPD, y reitera el art. 6 LOPDGDD, el consentimiento debe entenderse como *una manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca* que se expresa *mediante una declaración o una clara acción afirmativa*. Junto a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE (TJUE), Tribunal Supremo (TS) y Tribunal Constitucional (TC), tanto el Grupo sobre Protección de Datos del artículo 29 -GT29- (el actual Comité Europeo de Protección de Datos

-CEPD-) y la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) han realizado una importante labor a la hora de determinar el alcance de cada una de las características del consentimiento que los preceptos señalados enumeran (Martínez 2016 y Polo 2020). A los efectos que nos interesan en este artículo, son los requisitos de “libre” e “informado” los que afrontan unos mayores desafíos en el contexto digital, como veremos en el siguiente apartado.

Junto a esas dificultades, el propio sistema normativo de protección de datos de carácter personal mina la eficacia del consentimiento del interesado para la protección de su privacidad. Una clara muestra de ello la encontramos en las materias de especial protección fijadas en los arts. 9 RGPD y 9 LOPDGDD. Ambos preceptos establecen una prohibición genérica del tratamiento de datos que

*revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o la orientación sexual de una persona física.*

A renglón seguido se enumeran hasta 10 excepciones al veto de tratamiento. La primera es coherente con la teórica primacía del consentimiento informado, ya que se admite si media la autorización explícita de la persona interesada. Sin embargo, el resto son tan amplias<sup>1</sup> y/o desconectadas<sup>2</sup> de la voluntad del titular que rebajan sustancialmente la contundencia de la prohibición inicial, y por ende del peso del consentimiento informado.

Por último, desde una perspectiva sociopolítica, consideramos que dotar de un excesivo protagonismo a la autonomía voluntad en la gestión de los derechos fundamentales pone en riesgo su adecuada protección. Estas opciones de política legislativa acaban beneficiando a los sectores con mayor capacidad socioeconómica, que tienen acceso a más recursos de autoprotección de sus intereses (Soriano 2021), mientras que los grupos sociales subalternos afrontan graves dificultades para ello, siendo la brecha digital un elemento esencial desde esta perspectiva en el ámbito que nos ocupa. Además, hay que tener en cuenta las características estructurales del entorno digital (ruptura de la lógica temporal, dispersión, multiplicidad de actores implicados, campo de actuación inabarcable...), que convierten en un objetivo prácticamente inalcanzable un control real de la privacidad, incluso para las personas “más preparadas”.

## **2.- Las nuevas herramientas tecnológico-digitales como retos para la eficacia del consentimiento informado.**

---

<sup>1</sup>Es significativo en este sentido la profusión de conceptos jurídicos indeterminados como “actividades legítimas”, “intereses vitales”, “interés público”... en estos artículos.

<sup>2</sup>Hay un reiterado reenvío a posibles habilitaciones legales de tratamiento de datos en estas materias basadas tanto en el Derecho de la UE como de los Estados miembros.

Las debilidades del sistema del “consentimiento informado” se han visto agravadas desde la perspectiva de la eficacia material por los desafíos vinculados al desarrollo del big data, los algoritmos y la inteligencia artificial.

Como cuestión inicial debemos señalar la mutación que se ha producido en el propio concepto de intimidad debido al desdoblamiento del titular de la ciudadanía en un “yo analógico” y un “yo digital” (Arce 2022: 13 y ss.). En su dimensión analógica, se sigue concibiendo a la intimidad como el “derecho a estar solo” que demanda del Derecho instrumentos para la exclusión del “tercero no deseado”. Sin embargo, en el ámbito digital la tendencia es compartir voluntariamente aspectos personales muy íntimos, reclamando para ello instrumentos de gestión, no de exclusión. Estas diferentes expectativas generan disfunciones en la respuesta jurídica para la protección del bien protegido “intimidad”.

El espacio preponderante para el desenvolvimiento de la privacidad del “yo digital” son las redes sociales, donde se comparten de forma masiva datos personales sin conocimiento, por falta de capacidad y/o interés, de todos los usos que se pueden hacer de los mismos (Flores 2020). A esto se une la multiplicidad de actores que intervienen en la gestión de la intimidad de la persona usuaria en las redes: desde las empresas propietarias a los terceros con los que interactúa (Garriga 2018: 121). Por ello, la efectividad del “consentimiento informado” queda en entredicho, aunque el TC insiste en que en el espacio digital debe seguir existiendo una “expectativa razonable de confidencialidad” (SSTC 241/2012 y 170/2013).

El “trinomio” big data, perfilado e inteligencia artificial representa un paso más en el tratamiento de datos personales y en el cuestionamiento de la herramienta del consentimiento, tanto por su opacidad (es prácticamente imposible conocer el “quién, cómo y cuándo” en la gestión de datos) como por su incommensurabilidad (enorme volumen datos que de cada individuo se acumulan y la multiplicidad de actores implicados en su tratamiento) (Morente 2019: 235-236). Además, un porcentaje relevante de esta información se obtiene de nuestra “estela digital” sin una autorización expresa. En este sentido, los requisitos de “específico” e “informado” exigidos por el RGPD al consentimiento son difícilmente sostenibles en un espacio digital donde se crean datos derivados de los principales o donde realidades como el “internet de las cosas” facilitan una “ubicuidad inmersiva” en la captación de datos (Polo 2020: 188-189).

Se trata de apuntalar el papel del consentimiento informado facilitando una mayor información sobre la recogida de datos y su tratamiento a través de estas herramientas. Esta estrategia puede representar una solución formal respecto a la opacidad, pero el aluvión de contenidos que ello conlleva redundará en los problemas vinculados a la “incommensurabilidad” (Morente 2019: 237).

Ilustrativa en este aspecto es la STJUE de 1 de octubre de 2019 (asunto C673/17), referente a la forma de prestar el consentimiento para la instalación de “cookies” en los dispositivos de las personas usuarias de sitios web. El TJUE exige que éste se debe prestar de forma expresa, que debe facilitarse su “gestión” y que el rechazo no puede impedir navegar por la página de que se trate (Polo 2019). Valorando como un paso positivo el contenido de la sentencia, tras más de 2 años de recorrido, la forma en que se presenta la información al interesado para tomar esas decisiones (acceder a través de un enlace a un amplísimo texto en términos bastante complejos) genera legítimas dudas sobre si está teniendo la eficacia deseada por la sentencia.

Por último, merece ser destacada una manifestación más de la compleja relación entre consentimiento e inteligencia artificial. El art. 22 RGPD establece una restricción general a la toma de decisiones basadas en la inteligencia artificial que afecten significativamente a los derechos de la ciudadanía. Al igual que ocurre con el citado art. 9 RGPD, esta prohibición puede ser soslayada tanto por el consentimiento explícito de la persona interesada, como por unas amplísimas excepciones. Respecto a las segundas cabe plantearse si vacían de contenido a la prohibición, y en cuanto al consentimiento es complejo garantizar que quien lo presta es plenamente consciente de sus implicaciones jurídicas en el contexto descrito en las líneas anteriores.

### **3.-La configuración del consentimiento en el Derecho laboral y de protección de consumidores como posibles alternativas.**

En la búsqueda de alternativas político-jurídicas para adaptar la herramienta del consentimiento informado, prevista por el RGPD y la LOPDGDD para la gestión de derechos fundamentales como la protección de datos de carácter personal o la intimidad, a los retos de la era digital, podemos encontrar “buenas prácticas normativas” en otras ramas del ordenamiento, como el Derecho laboral o el mercantil.

En lo que respecta al Derecho laboral, su propia creación parte de una premisa: existe una desigualdad de base entre trabajador y empresario en la relación de trabajo, siendo el objetivo de este sector del ordenamiento jurídico paliar este desequilibrio, reforzando la posición del trabajador (Mercader 2016: 15).

Una de las manifestaciones más sensibles de ese mandato de “reequilibrio” para el Derecho del Trabajo es la limitación de la libertad contractual. Hasta principios del siglo XX, la prestación de un trabajo con carácter lucrativo se regulaba a través del contrato civil del arrendamiento de servicios (arts. 1583 y ss. Código Civil), en el que rige primordialmente, como en el resto de las obligaciones y contratos civiles, el principio de la autonomía de la voluntad de las partes (García 2010: 353 y

ss.). Sin embargo, el contrato laboral se construye sobre un contenido mínimo que queda sustraído a la libertad de pacto de las partes, mínimo que consiste básicamente en blindar unos derechos para la parte que tiene una posición negociadora más débil (Rodríguez-Piñero 2003: 27-28).

Esta función tuitiva de la normativa laboral se traduce en una serie de principios para su aplicación: “in dubio pro-operario”, norma mínima, norma más favorable y el de irrenunciabilidad de los derechos del trabajador. Todos estos principios directa o indirectamente limitan la autonomía de la voluntad contractual, pero quizás el de la irrenunciabilidad es el que lo hace de una forma más acentuada, quedando en gran medida el contrato de trabajo relegado a un segundo plano a la hora de determinar las condiciones laborales. Este último principio se reconoce en el art. 3.5 del Estatuto de los Trabajadores (RDL 2/2015 -ET-), aunque usa el término de “indisponibilidad” (Mercader 2016: 15-16).

Otro de los elementos que matiza el consentimiento contractual individual en el ámbito laboral es el papel preponderante que se le da a la autonomía colectiva, que se plasma en la figura normativa del convenio colectivo, que incluso se garantiza a nivel constitucional (art. 37 CE) (Rodríguez-Piñero 2003: 36). Ejemplifica la relevancia del papel clave de la negociación colectiva el hecho de que una de las medidas legislativas que más controversia ha generado en los últimos años fue la limitación de la eficacia temporal y material de los convenios que se operó a través del RDL 3/2012, que recientemente fue derogada por el RDL 32/2021.

Otro de las ramas del ordenamiento jurídico donde encontramos limitaciones al consentimiento de la persona individual es el Derecho Mercantil, y más en concreto en la normativa que regula la protección de los derechos de los consumidores. Destaca la Ley 7/1998 sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), que en su arts. 7 y 8 restringe la eficacia del consentimiento del consumidor, la parte más vulnerable de los contratos de consumo. Estos preceptos establecen la no incorporación a dichos contratos o la nulidad de las cláusulas de condiciones generales si no se garantiza su efectivo conocimiento, su claridad o la no vulneración de derechos de los consumidores, incluso si han sido expresamente consentidas por estos últimos. En la misma línea los arts. 82 y ss. RDL 1/2007 (Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios -LGDCU-) definen lo que son las cláusulas abusivas en las condiciones generales de la contratación y la consecuencia de su inclusión en este tipo de contratos: su nulidad. Por lo tanto, al igual que en el ámbito laboral, la validez del consentimiento del consumidor queda matizada tomando en consideración el desequilibrio de poder negocial que tiene respecto a las grandes compañías del sector del consumo.

En cuanto a la posible aplicación de esta normativa sobre los contratos de consumo a la protección de datos de carácter personal, una de las principales cuestiones sería determinar si esos datos son objeto de una relación contractual o no y, por ende, si es posible establecer las limitaciones al consentimiento de la parte más vulnerable del contrato que hemos descrito. Nos parece interesante la reflexión de Polo al respecto, que defiende la naturaleza jurídica mixta público-privada de los datos de carácter personal, siendo para la primera aplicable lo dispuesto por la RGPD y la LOPDGDD y a la segunda las previsiones del Derecho civil y mercantil (Polo 2020: 190 y ss.). Si se parte de la aplicabilidad de la regulación de los contratos de consumo a la materia que nos ocupa, entrarían en juego disquisiciones ulteriores, como sería si se pueden considerar los datos como el objeto principal del contrato o un elemento accesorio, ya que una u otra opción tienen consecuencias jurídicas diferentes<sup>3</sup> (Martínez 2019).

Por todo lo expuesto, consideramos que, desde un punto de vista subjetivo, las personas usuarias de internet cuyos datos personales son tratados en la red, deben considerarse como parte vulnerable respecto al resto de actores que intervienen en su gestión. Por ello, sería necesario rebajar el excesivo protagonismo que el RGPD y la LOGPDD le dan al consentimiento informado por los motivos expuestos en estas líneas, a imagen de lo que sucede en el Derecho laboral y el de consumo. A nuestro juicio, en las redes sociales generalistas, espacio digital preponderante para el tratamiento de datos personales, aunque se ofrezca una teórica membresía gratuita a sus usuarios, en realidad se está dando un contrato bilateral oneroso regido con condiciones generales donde las empresas propietarias de estas plataformas ofrecen el acceso a las mismas, recibiendo como contraprestación la captación y uso de los datos de sus miembros, algo que tiene un indudable valor económico para ellas. De esta manera, entendemos aplicables a este ámbito restricciones al consentimiento similares a las previstas para los consumidores en la Directiva 93/13, LCGC y LGDCU.

### **-Bibliografía**

Arce Jiménez, C.; *¿Una nueva ciudadanía para la era digital?*, Dykinson, Madrid, 2022.

Flores Anarte, L.; “Facebook y el derecho a la propia imagen: reflexiones en torno a la STC 27/2020, de 24 de febrero”, *Revista Estudios de Deusto*, vol. 68/1, 2020, pp. 335-376.

García Calavia, M.A.; “Relaciones laborales en la España del primer tercio del siglo XX. Una reflexión sociológica”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 28, nº2, 2010, pp. 347-366.

---

<sup>3</sup> Según establece el art. 3.4 Directiva 93/13, la jurisprudencia del TJUE y del TS, el “control de abusividad” del contenido de una cláusula no se puede aplicar a aquellas que traten el “objeto principal del contrato”, éstas solo podrán ser sometidas a un “control de transparencia”. Un completo estudio sobre esta materia en Miranda, 2022.



Garriga Domínguez, A.; “La elaboración de perfiles y su impacto en los derechos fundamentales. Una primera aproximación a su regulación en el reglamento general de protección de datos de la Unión Europea”, *Revista Derechos y Libertades*, nº38, 2018, pp. 107-139.

Martínez Escribano, C.; “Control de transparencia, cláusulas abusivas y consentimiento contractual: Reflexiones a partir de la última jurisprudencia del TS sobre novación y transacción de cláusulas suelo”, *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, nº1, 2019, pp. 361-397.

Martínez Rojas, A.; “Principales aspectos del consentimiento en el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, nº42, 2016.

Mercader Uguina, J.R.; “Retribución variable y principios del Derecho del Trabajo”, *Revista Derecho Social y Empresa*, nº5, 2016, pp. 1-29.

Miranda Serrano, L.M.; “¿Hacia un [errático] control de abusividad de las cláusulas predispuestas relativas a los elementos esenciales de los contratos de consumo?”, *La Ley Mercantil* nº87, 2022.

Morente Parra, V.; “Big data o el arte de analizar datos masivos. Una reflexión crítica desde los derechos fundamentales”, *Revista Derechos y Libertades*, nº41, 2019, pp. 225-260.

Plaza Penadés, J.; “El consentimiento para la instalación de cookies después de la STJUE 01/10/2019” (Editorial), *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, nº51, 2019.

Polo Roca, A.; “El Derecho a la protección de datos personales y su reflejo en el consentimiento del interesado”, *UNED. Revista de Derecho Político* nº108, 2020, pp. 165-193.

Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.; “Indisponibilidad de los derechos y conciliación en las relaciones laborales”, *Revista Temas Laborales*, nº70, 2003. pp. 23-42.

Soriano Arnanz, A.; “Decisiones automatizadas: problemas y soluciones jurídicas. Más allá de la protección de datos”, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, vol. 3, 2021, pp. 85-127.