

**INSTRUMENTOS JURÍDICOS PARA LA AUTODETERMINACIÓN PERSONAL:  
RELACIONES DE CONSUMO, COMUNICACIONES COMERCIALES,  
PRIVACIDAD Y SMART SOCIETY**

*Legal instruments for self-determination personal: consumer relations, advertising, privacy and smart society*

**MARÍA ROSA LLÁCER MATA CÁS**

Catedrática de Derecho civil. Universidad de Barcelona.  
E-mail: mrllacer@ub.edu

---

**RESUMEN**

Para que el principio de autonomía personal no sea una mera apariencia la sociedad actual, caracterizada por profundas asimetrías, son precisas normas imperativas y funcionales. Este artículo analiza la cuestión en la sociedad de consumo y de las TICs. La libertad económica requiere preservar una efectiva autonomía en las relaciones de consumo. Se analizan la contratación de consumo, con especial consideración del consentimiento informado, así como las prácticas comerciales desleales como mecanismo de regulación del mercado. Los instrumentos que garantizan la libertad en la sociedad de la información permiten controlar la esfera personal y el acceso a la persona. Esto es difícil a causa del gap tecnológico entre ciudadanos y responsables de la sociedad de la información. La privacidad en entornos *Smart* se enfrenta a nuevas formas de contactabilidad y requiere la colaboración de la tecnología.

**PALABRAS CLAVE:** AUTODETERMINACIÓN PERSONAL. CONTRATACIÓN DE CONSUMO. PRÁCTICAS COMERCIALES. PRIVACIDAD. DATOS PERSONALES.

---

**ABSTRACT**

For the principle of personal autonomy is not a mere appearance in modern society, characterized by deep asymmetries, imperative and functional standards are necessary. This article discusses the issue in the consumer society and ICT. Economic freedom must maintain effective autonomy in consumer relations. Consumer engagement are analyzed, with special consideration of informed consent, and unfair

business practices as a market regulation mechanism. The instruments that guarantee freedom in the information society to control the personal sphere and access to the person. This is difficult because of the technological gap between citizens and responsible for the information society. Privacy smart environments are facing new forms of contactability and requires technology collaboration.

**KEYWORDS:** PERSONAL SELF-DETERMINATION. BUSINESS PRACTICES. CONSUMER CONTRACTING. PRIVACY. PERSONAL DATA.

---

SUMARIO: 1. Los retos de la autonomía personal en escenarios asimétricos: sociedad de consumo y sociedad de la información. 2. Instrumentos para la libertad económica: las relaciones de consumo. 2.1. La contratación de consumo; especial consideración del consentimiento informado. 2.2. La protección en el mercado: la prohibición de las prácticas comerciales desleales. 3. Instrumentos para la libertad tecnológica: el derecho a la vida privada. 3.1. El derecho a ser dejado en paz: comunicaciones comerciales y régimen de acceso a la persona. 3.2. La privacidad en el escenario de las nuevas tecnologías: el control sobre la esfera personal en la sociedad de la información. 3.3. Protección de datos personales y entornos smart. 3.3.1. Nuevas formas de contactabilidad: ¿nuevos datos personales? 3.3.2. La necesaria colaboración de derecho y técnica. Conclusión. Bibliografía.

---

## **1. LOS RETOS DE LA AUTONOMÍA PERSONAL EN ESCENARIOS ASIMÉTRICOS: SOCIEDAD DE CONSUMO Y SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN.**

Nuestra sociedad sitúa a las personas entre grandes beneficios tecnológicos y enormes riesgos individuales y colectivos. La falta de conocimientos acerca de los productos y servicios o de técnicas de comercialización incide sobre la autodeterminación del cliente o del usuario, que se convierte en un valor a preservar. El examen se centrará en dos grandes ámbitos, ineludibles a lo largo de lo que podríamos llamar una “vida normal”: el mercado de consumo y la sociedad de la información. Todo ciudadano necesita acudir al mercado para proveerse de bienes y servicios, utilizar las nuevas tecnologías y moverse en una realidad virtual tan necesaria y real como la presencial. Corresponde al derecho ordenar la actividad de los prestadores de servicios con el fin de garantizar la autonomía individual, así como la libertad colectiva que caracteriza y sostiene una sociedad democrática.

Proliferan leyes especiales que acometen la regulación de sectores caracterizados por la asimetría entre sus protagonistas: por un lado, quienes organizan y prestan bienes y servicios; por otro, quienes los reciben o necesitan. Los primeros

disponen del *know how* y la fuerza negocial de la que carecen los segundos. Por esta razón, son normas que ordenan el sector estableciendo el estatuto del prestador. No son normas neutrales sino sociales cuya finalidad es garantizar el principio de libertad y la autonomía inherente a las personas, comprometidas en dichos escenarios<sup>358</sup>. El derecho se vale de estatutos, es decir, de normas imperativas que protegen los derechos de una parte de la relación generando deberes a cargo de la otra. Reúnen una serie de instrumentos jurídicos que reequilibran la relación en beneficio de quien se halla en una situación de desconocimiento o debilidad por el hecho de pertenecer al colectivo (usuario de TICs, consumidor). En un Estado social, las nuevas formas de sumisión deben tener su corrección jurídica como base un desarrollo armónico<sup>359</sup>. Las Directivas europeas en el ámbito del consumo y de la protección de datos personales han orientado decisivamente este “derecho social”<sup>360</sup>.

La contratación con consumidores presenta un grado de imperatividad impropia de los Códigos civiles que no asumían una función redistributiva, ajena a los principios de igualdad y libertad<sup>361</sup>. Ello no significa que actualmente, en escenarios

<sup>358</sup> El trabajo se enmarca en la ejecución del Proyecto DER2012-32667 del Ministerio de Economía y Competitividad sobre “La nueva contratación privada: diseño y codificación de instrumentos reequilibradores en contextos de asimetría negocial” y en les actividades del Grup de Recerca consolidat en Dret Privat, Consum i Noves Tecnologies de la Universitat de Barcelona (GREDINT) 2014 SGR 688. HESSELINK M. W. *CFR & Social Justice*. Munich, Sellier European Law Publishers, 2008, p.13.

<sup>359</sup> GRUNDMANN, S. “*L'autonomia privata nel mercato interno. Le regole d'informazione come strumento*”. En: Europa e diritto privato, 2001, pp. 257-304; TEMPLE, H. «Le droit de la consommation est-il subversif?», *Mélanges en l'honneur de Jean Calais-Auloy*. Paris, Dalloz, 2004, p. 1078: «Si le droit de la consommation permet de corriger ce déséquilibre il est donc a-subversif, indispensable à l'économie: on pourrait dire ‘suprasubversif’».

<sup>360</sup> Básicamente, en cuanto a la protección de los consumidores: Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores; transpuesta en España por la Ley 3/2004, de 27 de marzo que modifica el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Por lo que respecta a la protección de datos personales: Directiva 95/46/EC 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. Téngase en cuenta la Resolución legislativa del Parlamento Europeo de 12 de marzo de 2014, *on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation)* ((COM(2012)0011 – C7-0025/2012 – 2012/0011(COD)). En España: Ley Orgánica 15/1999, de 13 diciembre, de protección de datos de carácter personal y Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

<sup>361</sup> Lo realmente revolucionario consistió, entonces, en reconocer la igualdad esencial de las

mayoritariamente asimétricos, no puedan desempeñarla mediante instrumentos de reequilibrio que recuperan la libertad de elección en toda persona sin especiales conocimientos<sup>362</sup>. Esta función social se manifiesta en la regulación de estándares con finalidad correctora<sup>363</sup>. La norma puede disponerlos en escenarios individuales o colectivos. La *unfair exploitation* constituye un ejemplo de lo primero ya que permite adaptar o rescindir un contrato sobre la base de la ventaja desleal obtenida con la explotación de una concreta debilidad de la contraparte (cfr. art. II. – 7:207 DCFR). En cambio, el deber de información en los tratos precontractuales tanto puede fundarse en un estándar tuitivo (art. 60 TRLCU<sup>364</sup>, art. II. – 3:102 DCFR) como en el deber general de lealtad y cooperación (art. II.- I:102 (1) DCFR).

La autodeterminación también es el fundamento del derecho a la protección de la información personal. En efecto, la sociedad de la información funciona... con información; y desde el momento en puede relacionarse con una persona, el responsable de su tratamiento detenta un instrumento de poder. Una sociedad que admite los sistemas de colecta de datos a gran escala, asociados a actos de la vida cotidiana (entre los cuales la obtención de servicios de consumo, con lo cual se redoblarían los motivos de desequilibrio), compromete la capacidad de autodeterminación individual y, finalmente, la libertad colectiva<sup>365</sup>. La protección de datos es pues una garantía de la *privacy* o vida privada en sentido amplio. El conocimiento acerca de la vida, hábitos y debilidades de una persona confiere capacidad de decisión sobre ella<sup>366</sup>. Los proveedores de servicios tienen gran interés en obtener datos personales

---

personas y plasmarla en Constituciones y Códigos: MALUQUER DE MOTES, C. J. “*La codificación civil en España (síntesis de un proceso)*”. En: R.D.P., 1981, pp. 1083 ss.

<sup>362</sup> MELI, M. “*Social Justice, Constitutional Principles and Protection of the Weaker Contractual Party*”. En: ERCL, 2006, p. 165: “the concept of justice refers to the weak party relationship, that is, basically, the consumer, in order to assure a good exercise of its power of choice”.

<sup>363</sup> HESSELINK, M.W: *CFR & Social Justice*, cit., p. 21.

<sup>364</sup> Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (BOE» núm. 287, de 30/11/2007).

<sup>365</sup> ROUVROY A. y POULLET, Y: “*The right to informational self-determination and the value of self-development. Reassessing the importance of privacy for democracy*”. En: *Re-inventing Data Protection?*, S. Gutwirth, Y. Pouillet, P. De Hert, C. de Terwange, S. Nouwt (edit.). Munich, Springer, 2009, p. 260: “the right to privacy is irreducible to the right to data protection (...); the concept of data protection appears in a second step, taking fully into account the new risks threatening the two ‘aspects’ of the privacy (the right to seclusion and the right of decisional autonomy), ensuing from the development of the Information and communication technologies”.

<sup>366</sup> COHEN, J. E.: “*Examined Lives: Informational Privacy and the Subject as Object*”. En: 52 Stan. L. Rev., 1999-2000, pp. 1406 y 1427: “The autonomy fostered by informational

adicionales y la autorización para utilizarlos en su propio beneficio. Esto explica los sistemas de recogida, organizados por “*little brothers*” que ya no ejercen una vigilancia manifiestamente represiva porque se participa en ellos voluntariamente al usar los servicios de la sociedad de la información<sup>367</sup>. Internet y objetos *smart* capturan automáticamente datos del tráfico y de localización, permiten obtener rápidamente perfiles de comportamiento y aplicar decisiones inmediatas a través de los objetos receptores. Internet ya parece un medio «convencional» de tratamiento invisible des datos<sup>368</sup> frente al nuevo escenario que presenta el *ubiquitous networking*. El *Internet of things* y las aplicaciones de inteligencia ambiental (relaciones M2M) permiten capturar información constantemente, actualizar los perfiles en línea y utilizarlos para anticipar decisiones. El *gap* tecnológico entre los responsables del tratamiento y los ciudadanos que utilizan un servicio plagado de «peajes», pone en evidencia un déficit de información creciente y una proactividad cada vez más difícil.

## 2. INSTRUMENTOS PARA LA LIBERTAD ECONÓMICA: LAS RELACIONES DE CONSUMO.

### 2.1. LA CONTRATACIÓN DE CONSUMO; ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO.

En la relación de consumo, que media entre un profesional y un consumidor considerado como la persona que carece de aquella cualificación, el principio de igualdad formal se quiebra a favor de dichas personas “típicamente desaventajadas” atribuyéndoles derechos que se convierten en limitaciones y deberes para la otra parte<sup>369</sup> con el objeto de reconstruir un equilibrio efectivo en el ejercicio de la libertad contractual. Para ello van a crearse “estándares” jurídicos sobre situaciones típicas<sup>370</sup>. La expresión “tipicidad” indica la adecuación a un colectivo predefinido,

---

privacy also generates more concrete collective benefits. Development of the capacity for autonomous choice is an indispensable condition for reasoned participation in the governance of the community and its constituent institutions-political, economic, and social. The cornerstone of a democratic society is informed and deliberate self-governance”.

<sup>367</sup> NEHF, J. P. “*Recognizing the societal value in Information privacy*”. En: 78 Wash. L. Rev., 2003, pp. 11 y 14.

<sup>368</sup> Advertido ya por la Recomendación 1/99 *on Invisible and Automatic Processing of Personal Data on the Internet Performed by Software and Hardware*, de 23 de febrero de 1999 (Working Party on the Protection of Individuals with regard to the Processing of Personal data, WP17). [http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/1999/wp17\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/1999/wp17_en.pdf)

<sup>369</sup> EICHENHOFER, E. “*L’utilizzazione del diritto privato per scopi di politica sociale*”. En: Rivista di Diritto Civile, 1977, pp. 195 y 201.

<sup>370</sup> EICHENHOFER, E. “*L’utilizzazione...*” cit, p. 209: “Il diritto privato utilizzato a scopi di politica sociale può con il *ius cogens* formulare uno standard minimo a tutela della

con el fin de trasladar un estatuto en bloque a quienes encajan en ella y ponerlo a cargo del profesional.

El estatuto está formado por normas especiales que modifican la norma general contenida en el Código civil. Uno de los aspectos en los que mejor se manifiesta esta alteración es el proceso de celebración del contrato, que contiene normas que protegen tanto la consciencia de la declaración contractual como su contenido. La declaración debe ser cierta, consciente y libre: pero mientras que los arts. 1254 y 1262 CCE presuponen la libertad contractual, el Real Decreto Legislativo 1/2007, que aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, contiene preceptos que precisamente quieren prevenir dicha libertad.

En primer lugar, el empresario debe obtener de forma inequívoca la voluntad del consumidor de contratar (art. 62.1 TRLCU) o de poner fin al contrato (art. 62.3 y 4 TRLCU). Debe disponer los medios para asegurarse de la certeza de la declaración. En particular, en la contratación a distancia, el consumidor debe confirmar la oferta por escrito (o en cualquier soporte de naturaleza duradera a menos que éste se oponga): el art. 98.6 TRLCU sólo considera vinculado al consumidor “una vez que haya aceptado la oferta mediante su firma o mediante el envío de su acuerdo por escrito, que, entre otros medios, podrá llevarse a cabo mediante papel, correo electrónico, fax o sms”<sup>371</sup>.

En segundo lugar, la declaración debe ser consciente por parte del consumidor. Esto explica la prohibición de predisponer el valor positivo del silencio y de realizar envíos no solicitados que incluyan pretensión de pago (art. 66 quáter TRLCU), disposiciones que contrastan con la perspectiva civil que se limita a negar que el silencio o inacción “por sí solos” puedan valer como aceptación de la oferta<sup>372</sup>. Así, la falta de respuesta del consumidor no se considera una aceptación de la oferta (arts. 66 quáter.1.2 y 101 TRLCU) y no genera obligaciones (devolución o custodia) ni ampara la reclamación de pago (art. 101.2 TRLCU). La conciencia de la declaración se protege, asimismo, a través de opciones *opt-in* que preservan el consentimiento expreso. El art. 60 bis.1 TRLCU las prevé para los pagos adicionales sobre la remuneración pactada, que deben comunicarse de manera clara y comprensible, y cuya aceptación se realizará “sobre una base de opción de inclusión”. Se descarta el consentimiento deducido de la falta de pronunciamiento frente a opciones por defecto, predisuestas por el empresario y que imponen proactividad al consumidor

---

parte contrattuale “debole”. La ragion d’essere di questa disciplina è sempre trovare tra le parti un equilibrio di interessi in conflitto oppure anche contrapposti”.

<sup>371</sup> La misma finalidad persigue la previsión de solicitud expresa para iniciar la prestación del servicio antes de que expire el plazo de desistimiento (art. 98.8 TRLCU).

<sup>372</sup> Véase el art. 1250 Propuesta de Modernización del Código Civil español en materia de Obligaciones y Contratos (PMCCCE)file:///C:/Users/Maria%20Rosa/Downloads/720-629-Propuesta%20de%20modernizaci%C3%B3n%20de%20obligaciones%20y%20contratos%20CC%20(2009).pdf

y la carga de rechazarlas.

Finalmente, la declaración debe ser libre, no entorpecida ni inducida por el empresario. El art. 62.2 TRLCU prohíbe las “cláusulas que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor en el contrato”. El art. 62.3.1 TRLCU protege la libertad de poner fin al contrato al vedar las cláusulas que establezcan plazos de duración excesiva o limitaciones que la excluyan u obstaculicen y reconociendo el derecho de poner fin al contrato en la misma forma en que se celebró, sin ningún tipo de sanción o de cargas onerosas o desproporcionadas. Tal derecho tiene su reverso en el deber del empresario prestador de servicios o suministros de tracto sucesivo de “contemplar expresamente el procedimiento a través del cual el consumidor y usuario puede ejercer su derecho a poner fin al contrato”.

El consentimiento informado protege la consciencia sobre el contenido de la declaración. En los Códigos civiles, la supervisión de la voluntad sobre el contenido contractual se ordena en torno a los vicios de la voluntad (arts. 1266, 1269 y 1270 CC) y la incorporación del principio de buena fe en la negociación: aunque el art. 1258 CCE sólo menciona la buena fe en la ejecución del contrato, es oportuno recordar la incorporación de la buena fe en los tratos precontractuales tanto en los nuevos códigos (art. 111-7 CCCat, referido a las relaciones jurídicas privadas en general), como en recientes propuestas (art. 1245.2 PMCCE, arts. 2 CESL<sup>373</sup>) o textos académicos (art. II 3:101 DCFR<sup>374</sup>)<sup>375</sup>.

Con carácter general el derecho a la información se enuncia en el art. 8.d TRLCU y genera el correlativo deber de informar en el empresario (art. 60 TRLCU). Este deber se contextualiza bien por razón de la técnica de contratación (a distancia y fuera de establecimiento mercantil: art. 97 TRLCU, art. 7.3 Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores), bien por la presencia de un intermediario (art. 7.1.1.c Ley 22/2007, art. 15 Directiva 2014/17/UE), bien por razón del bien o servicio contratado (a título de ejemplo, art. 152 TRLCU en relación con los viajes combinados; art. 3 Ley 43/2007, de 13 de diciembre, de protección de los consumidores en la contratación de bienes con oferta de restitución del precio; arts. 9, 10 y 12 Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo; arts. 9 y 10 Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, art. 7.2 y 8.1

<sup>373</sup> Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a una normativa común de compraventa europea, Bruselas, 11.10.2011, COM(2011) 635 final, 2011/0284 (COD)

<sup>374</sup> Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR), [http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr\\_outline\\_edition\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf)

<sup>375</sup> Art. 1.5 del Código civil de la República de Lituania, Art. 6:193 y 6:34 del Código civil holandés.

Ley 22/2007)<sup>376</sup>. Cabe señalar la tendencia a la estandarización de la información a través de fichas (así, Anexos I a IV Ley 4/2012; Anexos II y III Ley 16/2011; Anexo II ficha europea de información normalizada o FEIN en la Directiva 2014/17/UE).

La función del standard de información de consumo es asegurar unas condiciones generales de elección racional. En la norma de consumo subyace o se expresa la idea de que la información habilita “para tomar una decisión fundada sobre la conveniencia de celebrar o no un contrato” (art. 14.1, art. 16.1 Directiva 2014/17/UE)<sup>377</sup>.

El deber de informar puede configurarse como un deber bilateral o unilateral. Los contratos de servicios constituyen un ejemplo de información bilateral, que tiene dos finalidades: preservar la decisión informada del consumidor, pero también hacer aflorar los datos suficientes para delimitar adecuadamente el objeto del contrato. Así ocurre en la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. Mientras que los arts. 14 y 15 Directiva 2014/17/UE se refieren a la información precontractual ligada a la condición de consumidor, sus arts. 7 y 20 apelan a la buena fe en los tratos precontractuales sin fijar imperativamente el contenido o la forma de la información; contemplan el deber de actuar “de manera honesta, imparcial, transparente y profesional, teniendo en cuenta los derechos y los intereses de los consumidores” y el deber del consumidor de informar sobre sus circunstancias y solvencia<sup>378</sup>. Asimismo, la protección del “*cliente de*

<sup>376</sup> La ley incide también en la manera en que se debe suministrar la información, ya que ello también converge en la toma de decisión. Así, prevé el momento en que se suministrará la información (arts. 60.1, 60 bis, 97.1 TRLCU) y el deber de transparencia: deberes de veracidad, objetividad, accesibilidad, claridad, carácter inequívoco (véanse los arts. art. 60.1, 97.1, 98.1, 2 y 3 TRLCU. El deber de documentar la información también entraña una función protectora (arts. 97.4 y 98.7.a TRLCU) por cuanto integra el contrato (art. 61 TRLCU) y permite consultar y probar este contenido.

<sup>377</sup> Debe diferenciarse del deber de asistencia o que presupone la previa calificación del cliente, con el fin de darle información adaptada a su perfil (art. 11 y 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, referente a la asistencia al consumidor previa al contrato). De nuevo se trata de un deber de asesoramiento personalizado que dependerá de las características del consumidor o bien –más ampliamente- del cliente minorista (art. 73 Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y art. 79 bis.7 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, vigente hasta el 24 de Diciembre de 2014).

<sup>378</sup> La Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a una normativa común de compraventa europea (CESL), concreta el principio de buena fe en la contratación entre empresarios, fijando el deber de informar de las características principales que tuvieran o pudiera esperarse que tuvieran de los bienes y que *fuera contrario a la buena fe contractual no revelar* a la otra parte (art. 23 CESL). Véase asimismo el CDO 31 CESL: “El principio de buena fe contractual debe servir de guía a la hora de decidir la forma en que

*servicios bancarios*” se propone “garantizar el adecuado nivel de protección de los clientes de entidades de crédito, mediante la implantación de medidas de transparencia en la prestación de servicios financieros bancarios” (art. 1 Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios). A tal efecto, la Orden establece deberes de transparencia (información “clara, oportuna y suficiente, objetiva y no engañosa”) y de oportunidad (con la debida antelación y, en todo caso, antes de que el cliente quede vinculado) así como la entrega al cliente de un ejemplar del documento contractual (art. 7) y la documentación en papel, formato electrónico u otro soporte duradero (art. 11)<sup>379</sup>. El art. 6 Orden EHA/2899/2011 enfatiza que su finalidad no es otra que “*adoptar una decisión informada* sobre un servicio bancario y comparar ofertas similares”. Se complementa con el deber de cooperación (art. 9): las entidades de crédito deben facilitar explicaciones adecuadas y suficientes “para *comprender* los términos esenciales de todo servicio bancario ofertado y *adoptar una decisión informada*, teniendo en cuenta sus necesidades y su situación financiera”, todo ello de acuerdo con la diligencia profesional exigible. Por otra parte, el deber de evaluar la solvencia del cliente involucra también al mismo que deberá facilitar la documentación requerida para evaluar la variabilidad de los ingresos (art. 18.1 y 18.2.a) que fundamentará la decisión contractual (art. 18.5 y 6).

## 2.2. LA PROTECCIÓN EN EL MERCADO: LA PROHIBICIÓN DE LAS PRÁCTICAS COMERCIALES DESLEALES.

Como consumidor eventual, la persona es destinataria de publicidad y de prácticas comerciales. Ambas actividades se sujetan a regímenes que ordenan sus condiciones de licitud. Nos centraremos brevemente en las normas de protección de los consumidores, considerados como intervinientes en el mercado y objetivo de conductas con fines concurrenciales. Las conductas de los empresarios deben ajustarse a la buena fe que, aplicada a sus relaciones con consumidores, no puede

---

han de cooperar las partes (...). Los requisitos concretos resultantes del principio de buena fe contractual deben depender, entre otras cosas, del nivel relativo de conocimientos especializados de las partes y, por consiguiente, deben ser diferentes en las transacciones entre empresas y consumidores y en las transacciones entre empresas. En las transacciones entre comerciantes, *las buenas prácticas comerciales en la situación específica de que se trate* deben ser un factor pertinente en este contexto”. Destacamos en cursiva la especificidad de la información entre comerciantes, que no puede definirse a priori en función de un desconocimiento típico, sino en función del contexto, es decir, considerando “*todas las circunstancias*”, que el art. 23.2 CESL ejemplifica.

<sup>379</sup> Respecto a los préstamos hipotecarios, el deber de información se sujeta a la *Ficha de Información Precontractual* y a la *Ficha de Información Personalizada* (arts. 21 y 22), que se integran en el régimen de la oferta vinculante (art. 23). Se añade el deber de informar sobre los instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés (art. 24) y sobre sobre cláusulas suelo y techo.

ser susceptible de distorsionar el comportamiento económico del consumidor medio. En definitiva, se pretende la protección del consumidor a través de la regulación del mercado, que tiene en cuenta los legítimos intereses de todos sus participantes<sup>380</sup> (Exposición de Motivos de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal –LCD-). Para ello se prohíben determinadas conductas, con el fin de crear unas condiciones de concurrencia que garanticen la subsistencia condiciones para una efectiva la libertad de decisión en los consumidores, garantizando que las prácticas comerciales no mermen de forma apreciable su capacidad de decidir con pleno conocimiento de causa, de forma que tomen una decisión que de otro modo no habrían tomado (art. 2.e Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior).

Este régimen se predica de las prácticas comerciales y no de una relación contractual. Así se desprende del art. 19 TRLCU que, por una parte, se refiere a las “prácticas comerciales” consideradas como actos unilaterales del empresario hacia su clientela consumidora y, por otra, a las “relaciones de naturaleza contractual” que se sujetan a los arts. 59 y ss. TRLCU. En efecto, la noción de “práctica comercial” es extraordinariamente amplia<sup>381</sup> y sólo se contempla desde la perspectiva contractual cuando se celebra o se frustra la celebración del contrato (así, la ruptura culpable de los tratos precontractuales). Esta diferenciación justifica la naturaleza mercantil del régimen de las prácticas desleales y la regulación civil del derecho contractual; por citar sólo algunas de las materias jurídicas en que se distribuye el llamado derecho de consumo<sup>382</sup>.

Si es desleal todo comportamiento objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe<sup>383</sup>, en las relaciones con consumidores éste se mide con referencia a la

<sup>380</sup> E.M. II.2 de la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios: “Las normas que imponen la protección de la libre competencia o prohíben la competencia desleal protegen a los consumidores de la misma manera que protegen el funcionamiento del mercado y los intereses de los operadores económicos que actúan en el mismo. Es por ello que esta ley articula la protección de los consumidores teniendo en cuenta las exigencias del propio mercado y los legítimos intereses de los operadores económicos que actúan en el mismo”.

<sup>381</sup> Art. 19.2.2 TRLCU: “todo acto, omisión, conducta, manifestación o comunicación comercial, incluida la publicidad y la comercialización, directamente relacionada con la promoción, la venta o el suministro de un bien o servicio a los consumidores y usuarios, con independencia de que sea realizada antes, durante o después de una operación comercial”.

<sup>382</sup> Llácer Matacás, M. R.: “*El llibre sisè i la proposta de nou ‘código mercantil’*”. En: Materiales de las XVII Jornades de Dret català a Tossa sobre El Llibre sisè del Codi Civil de Catalunya: Anàlisi de l’avantprojecte de llei, Tossa de Mar, 25 y 26 de septiembre de 2014. <http://civil.udg.edu/tossa/2014/textos/pon/1/LLACER.pdf>

<sup>383</sup> Se trata de un modelo de diligencia que toma por referencia “el nivel de competencia y

infracción del estándar de diligencia profesional (definida como el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado) con capacidad para distorsionar o poder distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio (art. 4.1 y 2 LCD). Representa una merma apreciable de la capacidad de adoptar una decisión con pleno conocimiento de causa, con incidencia en el comportamiento económico.

El bien directamente protegido mediante la regulación de las conductas concurrenciales es la autodeterminación económica, dificultada o impedida por las conductas que proporcionan u omiten información necesaria para decidir (actos de engaño por contener información falsa o que induzca o pueda inducir a un error -art. 5.1 LCD- y actos de omisión por ocultar información o proporcionarla sin la transparencia necesaria -art. 7.1 LCD-) o que por su agresividad merman de manera significativa la libertad de elección del destinatario (art. 8.1 LCD). La deslealtad converge pues en un resultado: la alteración del comportamiento económico deseable, que presupone decisiones tomadas “con el debido conocimiento de causa” y sin presión. Plenitud de información y ausencia de influencia indebida son condiciones de conducta leal en el mercado.

Con tal fin el ordenamiento prohíbe los actos de competencia desleal mediante una cláusula general y definiendo y enumerando los actos específicos de engaño y agresividad en relación con los consumidores (art. 19 a 31 LCD). La prohibición de la conducta conlleva la atribución de medios de tutela en caso de contravención. Su finalidad es declarar la deslealtad, reponer el estado de cosas anterior (cesación o prohibición, remoción de los efectos, rectificación) y resarcir los daños y perjuicios si intervino dolo o culpa del agente<sup>384</sup>. La tutela es individual o colectiva. El art. 33.1 LCD legitima activamente a cualquier persona participante en el mercado, si bien es poco probable que las acciones se ejerzan individualmente por un consumidor. Por ello es fundamental la vía colectiva (art. 33.1.4 y 33.2 LCD)<sup>385</sup>.

Una práctica comercial en particular permite abordar la transición hacia el

---

cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado”, luego un modelo objetivable como lo es la honradez en los tratos o las reglas propias del mercado (cfr art. 111-7 del Código civil catalán). Para diferenciar los dos principios presentes en el art. 111-7 CCCat, véase BADOSA COLL, F. “*Les fonts del Dret civil català*”. En: Manual de Dret civil català. Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2003, p. 91 y EGEA FERNÁNDEZ, J. “*Comentari a l’art. 111-7 CCCat*”. En: Comentari al llibre primer del Codi civil de Catalunya. Disposicions preliminars. Prescripció i caducitat (ed. A. Lamarca i Marquès i A. Vaquer Aloy). Barcelona, Atelier, 2012, pp. 239-240.

<sup>384</sup> Art. 32.6.<sup>a</sup> LCD: “Acción de enriquecimiento injusto, que sólo procederá cuando la conducta desleal lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico”.

<sup>385</sup> CORDOBÉS MILLÁN, E. *Prácticas comerciales desleales: tutela del consumidor y del mercado*, Tesis doctoral inédita, Universitat de Barcelona, 2013.

próximo apartado dedicado a la protección de la vida privada: son desleales determinadas formas de contactar con el consumidor. El art. 29.2 LCD califica de agresivas por acoso las propuestas no deseadas y reiteradas por teléfono, fax, correo electrónico u otros medios de comunicación a distancia. Mientras que esta norma protege la libertad de decisión como requisito de buen funcionamiento del mercado y criterio de defensa de un interés de los consumidores (art. 19.1 y 2 TRLCU), el régimen de las comunicaciones comerciales protege el acceso a los particulares y, en definitiva, la vida privada y el uso de la información personal (arts. 94 y 96 TRLCU y arts. 19 a 22 Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico –LSSICE-)<sup>386</sup>.

### **3. INSTRUMENTOS PARA LA LIBERTAD TECNOLÓGICA: EL DERECHO A LA VIDA PRIVADA.**

#### **3.1. EL DERECHO A SER DEJADO EN PAZ: COMUNICACIONES COMERCIALES Y RÉGIMEN DE ACCESO A LA PERSONA.**

Cuando un requerimiento comercial se dirige de forma personalizada están en juego tanto el derecho sobre la vida privada como sobre los datos personales utilizados para acceder a la persona. Las normas que enfocan la comunicación comercial como una forma de acceso personalizado se detectan en varios ámbitos normativos: el derecho de consumo (arts. 94 y 96 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 noviembre, que aprueba el texto refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias; art. 14 de la Ley 22/2007, de 11 de julio, de comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores; art. 29 LCD), la regulación de los servicios de la sociedad de la información (arts. 19 a 22 y Anexo a) LSSICE<sup>387</sup>), de las telecomunicaciones (art. 46 y 48 LGT y arts. 67 y 69 de su Reglamento) y de la protección de datos personales (art. 6, 11 y 30 Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. –LOPD- y art. 45 de su Reglamento).

<sup>386</sup> ARROYO APARICIO, A. “Comentario al art. 8<sup>o</sup>”. En: Comentarios a la ley de Competencia Desleal (dir. A. Bercovitz Rodríguez-Cano). Madrid, Aranzadi Thomson Reuters, 2011, p. 212. Por ejemplo, un solo correo electrónico que infrinja el art. 21 LSSICE puede calificarse de *spam* desde la perspectiva de la legislación de protección de datos; sin embargo no reúne las condiciones de una práctica agresiva por acoso de conformidad con el art. 29.2 LCD.

<sup>387</sup> Aunque el Anexo a) LSSICE incluye el envío de comunicaciones comerciales entre los servicios de la sociedad de la información, cabe notar que no siempre serán un servicio prestado a *petición individual del destinatario*. Justamente el Título III LSSICE, se refiere tanto a las que se amparan en una solicitud previa como a las pueden remitirse lícitamente, con base en una legitimación legal. En ambos casos son una iniciativa del emisor que, en ejercicio de su libertad de empresa, organiza el envío de mensajes a unos destinatarios que considera adecuados.

El envío de publicidad personalizada<sup>388</sup> es una actividad comercial que satisface el interés individual del empresario pero no tiene por qué coincidir con el del destinatario. La recepción del mensaje incide directamente sobre la esfera privada del destinatario, a quien se atribuyen facultades para gestionar la intensidad del acceso por parte de terceros. Correlativamente se imponen distintos regímenes al emisor, en calidad de empresario, de proveedor de SSI o de responsable del tratamiento de datos personales. Con la expresión “régimen” se alude al conjunto de límites legales impuestos al ejercicio de una actividad comercial lícita, con el fin de tutelar otros intereses, personales o económicos, dignos de protección.

El envío de comunicaciones comerciales es una actividad económica y, como tal, sujeta a disciplina<sup>389</sup> que encierra una restricción en el uso de técnicas de comunicación a distancia<sup>390</sup>. En su momento, el Libro Verde de la Comisión Europea sobre las Comunicaciones comerciales en el mercado interior (8/5/1996) admitió limitaciones a la libre prestación de servicios basados en la protección de trabajadores y consumidores, en la protección de la propiedad intelectual y en la lealtad de las transacciones comerciales y de la competencia. Apuntaba la necesidad de regular la publicidad invasiva que, en aquellos momentos, se centraba en el marketing directo telefónico y por correo postal, aludiendo al entonces proyecto de Directiva de venta a distancia y a la Directiva 95/46/CEE, de protección de datos personales, sin desconocer su potencial incremento mediante nuevas técnicas de comunicación<sup>391</sup>. Basta consultar el Dictamen 2/2010 del Grupo de trabajo del art. 29, *sobre publicidad comportamental en línea*, para apreciar la facilidad con qué puede confeccionarse publicidad a medida, adaptada al perfil del destinatario, y los múltiples canales para

---

<sup>388</sup> El art. 2 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, general de publicidad, utiliza la expresión “comunicación” para definir la publicidad (toda forma de comunicación procedente de una persona en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, cuyo fin es promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones). Una comunicación no es necesariamente personalizada: son destinatarios todos a quienes se dirija o alcance el mensaje publicitario. Tampoco inciden en la personalización la definición del Anexo f) de la Ley 34/2002, de 11 julio de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (la comunicación se dirige “a la promoción, directa o indirecta, de la imagen o de los bienes o servicios de una empresa, organización o persona que realice una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional”), ni el art. 27 TRLCU que destaca la finalidad promocional pero no precisa en el destino individual o general de la comunicación

<sup>389</sup> CHIAPPETTA, G.: *Persona e informazioni aziendali riservate*. Napoli, Edizioni Scientifiche italiane, 2010, pp. 116-117.

<sup>390</sup> ARROYO APARICIO, A. *Los contratos a distancia en la Ley de ordenación del comercio minorista. Ley 47/2002, de 19 de diciembre, de reforma de la Ley de ordenación del comercio minorista*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2003, pp. 169 y 181.

<sup>391</sup> Accesible en: [http://europa.eu/documents/comm/green\\_papers/pdf/com96\\_192\\_1\\_fr.pdf](http://europa.eu/documents/comm/green_papers/pdf/com96_192_1_fr.pdf)

hacerla llegar a su esfera personal<sup>392</sup>.

El derecho a no ser molestado o a la tranquilidad individual<sup>393</sup> es una manifestación del carácter exclusivo de la vida privada (cfr. art. 8.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales). La elección de estar o no accesible constituye pues un acto de disposición o de ejercicio de un derecho de la personalidad<sup>394</sup>, de la misma naturaleza que el consentimiento a las intromisiones a la intimidad (art 2 Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar y a la Propia Imagen) o al tratamiento de datos personales (art. 6.1 LOPD). Cabe diferenciar los regímenes siguientes, que varían en función del medio de comunicación utilizado, en particular de si se trata de servicios de comunicación electrónica o de otras técnicas de comunicación a distancia con consumidores<sup>395</sup>. La capacidad real de gestionar estos accesos o de hacer valer la exclusividad se ve seriamente comprometida si el emisor de mensajes publicitarios no se somete a un régimen dirigido a facilitar su identificación, su

<sup>392</sup> El Grupo de Trabajo del Artículo 29 en su Dictamen 2/2010, sobre publicidad comportamental en línea, adoptado el 22 de junio de 2010 (00909/10/ES, GT 171), clasifica la publicidad personalizada en comportamental, contextual y seleccionada. Todas ellas representan una selección del mensaje publicitario en función de características conocidas de un individuo, aunque la comportamental se caracteriza por el tratamiento permanentemente actualizado del comportamiento, por ejemplo, el tratamiento de *cookies*. Indica en su p. 5: “*La publicidad comportamental es publicidad basada en la observación continuada del comportamiento de los individuos. La publicidad comportamental busca estudiar las características de dicho comportamiento a través de sus acciones (visitas repetidas a un sitio concreto, interacciones, palabras clave, producción de contenidos en línea, etc.) para desarrollar un perfil específico y proporcionar así a los usuarios anuncios a medida de los intereses inferidos de su comportamiento*”.

<sup>393</sup> Véanse estas expresiones en ATELLI, M. *Il diritto alla tranquillità individuale. Dalla rete Internet al ‘door to door’*, Napoli, Jovene Editore, 2001, p. 63 y ss y en CAVANILLAS MÚGICA, S. «*Dos derechos emergentes del consumidor: a no ser molestado y a una interacción informativa*”. En: Liber amicorum Guido Alpa. *Private Law Beyond the National Systems* (ed. M. Andenas, S. Díaz Alabart, B. Markesinis, H. Micklitz y N. Pasquini), British Institute of International and Comparative Law, 2007, p. 222.

<sup>394</sup> MEULDERS-KLEIN, M. T. “*L’irrésistible ascension de la “vie privée” au sein des droits de l’homme. Synthèse et conclusions*”. En: *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l’homme* (dir. F. Sudre), Bruselas, Bruylant-Nemesis, 2005, p. 305.

<sup>395</sup> ROSSELLO, C. “*Gli obblighi informativi del prestatore di servizi*”. En: *Commercio elettronico, Trattato di Diritto Privato* (dir. M. Bessone). Vol. XXXII (a cura di Carlo Rossello, Giusella Finacchiario e Emilio Tosi, G.), Torino, Giappichelli Editore, 2007, pp. 135 y 145, distinguiendo el régimen aplicable a los destinatarios de comunicaciones comerciales en función de si son un servicio de la sociedad de la información o una relación de consumo.

recepción efectiva y la oposición a seguir siendo su blanco<sup>396</sup>.

**a) El régimen propiamente relacionado con la protección de la vida privada.** Garantiza el control sobre la accesibilidad mediante comunicaciones o mensajes no solicitados. Nos centramos en la persona física y en la tutela de su esfera personal<sup>397</sup>. Desde esta perspectiva, el consentimiento para ser destinatario de mensajes equivale a ejercer un derecho de la personalidad, legitimando la perturbación en la esfera privada. La autorización para ser el blanco de determinadas técnicas de marketing directo se regula sectorialmente. Tanto los arts. 96.3 y 4 TRLCU como el art. 21.1 LSSICE delimitan los medios de contacto que el comunicante no puede acceder sin la autorización expresa del destinatario. Así, queda prohibido el envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente que previamente no hubieran sido solicitadas o expresamente autorizadas por los destinatarios de las mismas (art. 21.1 LSSICE); asimismo se sujeta al consentimiento expreso del consumidor o usuario el uso de sistemas de automatizados de llamadas sin intervención humana (art. 96.3 TRLCU). En cambio, la ley admite el acceso por otros medios considerados menos invasivos o esperables por destinatario pero dispone el derecho de oponerse a recibir ofertas comerciales no deseadas, por teléfono, fax u otros medios de comunicación equivalente (art. 96.5 TRLCU), así como oponerse a recibir comunicaciones comerciales por correo electrónico (o equivalente; se entiende que se trata de comunicaciones relacionadas con los tratos previos entre el comunicante y el cliente, cfr. art. 21.2 LSSICE). Finalmente, también debe consentir el envío de comunicaciones siempre que previamente hubiese decidido no figurar en las guías de comunicaciones electrónicas disponibles al público, se hubiera opuesto al uso promocional de los datos

---

<sup>396</sup> PODDIGHE, E. “*La tutela Della riservatezza dei dati personali nelle comunicazione elettronica e il diritto di autodeterminazione dell’interessato*”. En: *Il Codice dei dati personali. Temi e problemi* (dir. Cardarelli, F., Sica, Salvatore, Zeno-Zencovich), Milano, Giuffrè Editore, 2004, p. 501: “L’abbonato, da parte sua, viene sottoposto ad un vero e proprio “attacco” pubblicitario proveniente da più fronti, particolarmente pregiudizievole non solo della propria privacy (...) ma anche della gestione del proprio tempo, della libertà dei luoghi di ricezione delle comunicazioni e del diritto alla autodeterminazione nella scelta della destinazione delle proprie risorse economiche”.

<sup>397</sup> Naturalmente las personas jurídicas también son destinatarias de servicios de la sociedad de la información y pueden considerarse “abonados”. Aunque la Directiva 95/46/CE, 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, no concierne a las personas jurídicas (el Cdo. 24), la Directiva 2002/58/CE, sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas, sí protege los intereses legítimos de las personas jurídicas (Cdos. 7, 8, 12, 26, 38 y 45 y art. 1.2).

que aparecen en ellas, o hubiera solicitado la incorporación a los ficheros comunes de exclusión de envío de comunicaciones comerciales (art. 96.3.2 TRLCU)<sup>398 399</sup>. Evidentemente, el consentimiento prestado a la recepción de comunicaciones comerciales es revocable en cualquier momento (art. 22.1 LSSICE). En todos estos ámbitos se regula el derecho a controlar la recepción de mensajes de marketing directo. Se limita el uso de determinados medios invasivos (requieren un *opt-in* expreso) y, a contrario, se legitima determinados medios que cabe llamar “convencionales” (correo postal, llamadas de voz; basta la posibilidad de *opt-out*).

**b) El régimen del mensaje o la regulación de la forma interna y externa de las comunicaciones comerciales.** Afecta a la exteriorización de la naturaleza comercial del mensaje, de la identidad del emisor e impone límites sobre los contenidos. Su finalidad es doble: proteger la libertad económica del destinatario (a quien se dota de instrumentos para identificar la naturaleza de la comunicación) y facilitar una decisión informada<sup>400</sup>. El art. 96.1 y 2 TRLCU establece que en todas las comunicaciones comerciales a distancia deberá constar inequívocamente su carácter comercial y el régimen específico de las comunicaciones telefónicas, incluidas sus limitaciones horarias. En el ámbito de los servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico, el art. 20.1 LSSICE detalla la información exigida sobre las comunicaciones comerciales, ofertas promocionales y concursos y el art. 20.2. LSSICE establece el deber de claridad en el contenido de las ofertas promocionales y la accesibilidad a juegos y promociones.

**c) El régimen de la autorización al tratamiento de los datos de carácter personal necesarios para hacer llegar la comunicación a su destinatario.** Se aplica tanto al tratamiento de la información conducente a la creación de perfiles (acumulación y cruce de datos sobre gustos, aficiones, historial de consumo, etc.) como a los datos de contacto (dirección postal, correo electrónico, datos de localización de terminales, etc.). Se sujeta a la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de

<sup>398</sup> Art. 14 de la Llei 22/2007, de 11 julio, de comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores

<sup>399</sup> Art. 22.2.3 LSSICE: “Cuando las comunicaciones hubieran sido remitidas por correo electrónico, dicho medio deberá consistir necesariamente en la inclusión de una dirección de correo electrónico u otra dirección electrónica válida donde pueda ejercitarse este derecho, quedando prohibido el envío de comunicaciones que no incluyan dicha dirección”; art. 96.4.2 in fine TRLCU.

<sup>400</sup> CHIAPPETTA, G. *Persona e informazioni aziendali riservate*. p. 49 y pp. 86-87; la autora destaca el valor de la información para la “tutela de la persona en el mercado”.

carácter personal y al Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, que aprueba su Reglamento). Cabe diferenciar entre el régimen de los datos provenientes de ficheros accesibles al público (art. 3.j LOPD), sobre los que cabrá ejercer el derecho de oposición, y de los carecen de esta condición cuyo uso debe consentir previamente el interesado (art. 6.1 LOPD).

**d) La idea de exclusividad o seclusion se desprende de la noción norteamericana de *privacy*** formulada por Warren y Brandeis, autores que retomaron el “*right to be let alone*” para concretar un derecho a la *privacy* que protegía manifestaciones individuales como el derecho a exteriorizar opiniones o emociones, a no ser molestado y a entablar relaciones con los demás<sup>401</sup>. La formulación “negativa” de la *privacy*, como intangibilidad de la esfera privada, se ha adaptado a nuevas formas de inmisiones frente a las cuales el aislamiento ya no resulta suficiente. Su vertiente “positiva” va más allá de la prohibición y se manifiesta en la capacidad de decidir la información se proporcionará a terceros y frente a quien permanecer accesible<sup>402</sup>.

### **3.2. LA PRIVACIDAD EN EL ESCENARIO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS: EL CONTROL SOBRE LA ESFERA PERSONAL EN LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN.**

Las nuevas tecnologías son medios que permiten múltiples formas de vulnerar derechos de la personalidad, entre los que cobran un papel destacado el derecho a la intimidad y a la propia imagen y los datos personales. De forma más general diremos que entrañan riesgos para la privacidad, concepto más amplio en que confluyen todas aquellas manifestaciones de la personalidad que habilitan para decidir por sí mismo sobre cualquier aspecto que atañe al libre desarrollo de la personalidad. La autodeterminación personal designa el derecho a tomar decisiones sobre uno mismo sin quedar sujeto a constreñimientos o interferencias de terceros<sup>403</sup>. Está pues ligado a la dignidad personal y comprende todas las facultades que permiten un control sobre la imagen y la proyección de la vida personal, sobre la reputación o sobre los perfiles de la personalidad.

Así pues el derecho a la intimidad limita su objeto a garantizar un ámbito

---

<sup>401</sup> WARREN, S. Y BRANDEIS, L. «*The right to privacy*». En: Harvard Law Review, 14, 1890, p. 213; MCCARTHY, J. T. *The rights of publicity and privacy*, vol. 1, Thomson West, 2008, p. 12 ss.

<sup>402</sup> WESTIN, A. F. *Privacy and freedom*, New York, Atheneum, 1967, p. 7, definiendo la *privacy* como “claim of individuals, groups or institutions to determine for themselves when, how, and to what extent information about them is communicated to others”.

<sup>403</sup> ROUVROY, A. y POULLET, Y., *The right to informational self-determination...* cit., p. 260.

reservado de vida frente a la acción y al conocimiento de terceros y atribuye facultades para resguardar el ámbito de reserva de un conocimiento indeseado o para controlar a quien se confiere el acceso a la esfera personal, diferenciándola de aquella que es pública y expuesta. Por ejemplo, es el caso del derecho a la imagen o a la representación del aspecto físico que permite la identificación de la persona y confiere una determinada proyección de la misma<sup>404</sup>. Por tanto corresponde gestionar la imagen al titular del derecho a quien corresponde decidir si permite o no su captación o difusión. Lo mismo se predica del derecho al honor o a la buena reputación que comprende la facultad de controlar expresiones que desacrediten una persona frente a las demás y puedan condicionar negativamente la opinión de terceros sobre ella.

Mientras que estos tres derechos limitan la libertad de expresión (art. 20.4 CE), el derecho a la protección de datos personales limita el acceso y el uso de la información. En la medida que se trata de datos personales se reconoce al titular la facultad de vetar o controlar el acceso sobre su información que no sólo permite conocer aspectos personales, sino también obtener información nueva, no facilitada directamente, que puede utilizarse para tomar decisiones sobre los afectados. Lo relevante no es pues la naturaleza de la información (no necesariamente íntima) sino el acto de tratamiento por quien se identifica como responsable del mismo. Se trata de controlar la formación de perfiles (extraordinariamente fácil en entornos TIC) y su uso (decisiones automatizadas o discriminatorias, envío de publicidad personalizada, invasión de la esfera privada).

Si el acto de disposición (consentimiento a autorización al tratamiento de información) guarda la estructura común del ejercicio de los derechos de la personalidad, lo realmente nuevo es el entorno en que se realiza ya que, retomando la idea general de esta exposición, se caracteriza por unas asimetrías o un gap cognitivo que requiere de un régimen especial con el objeto de reforzar la posición del afectado, atribuyendo un estatuto de deberes al responsable<sup>405</sup>. Este aspecto caracteriza el derecho sobre los datos personales que, como da a entender la expresión usual, es un derecho a su “protección”.

Habida cuenta que el ejercicio del derecho está condicionado por medios técnicos, por los conocimientos y por la capacidad del responsable del tratamiento para influir sobre el afectado, la ley establece un régimen destinado a proteger a todo un colectivo: el del afectado por el tratamiento y titular de los datos. El concepto coincide con el de la persona o el ciudadano que actúa en la sociedad actual. La diná-

---

<sup>404</sup> STC de 26 de marzo de 2001 (Aranzadi, RTC 2001, 81): “no debe olvidarse añade el Tribunal Constitucional en otra sentencia la número 99/1994 y la de 2 de julio de 2001 –número 156/200 – que «el aspecto físico, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para el propio reconocimiento como individuo constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo y por ello nuestro ordenamiento constitucional le dispensa esta especial protección»,

<sup>405</sup> LLÁCER MATAACÁS, M. R. *La autorización al tratamiento de información personal en la contratación de bienes y servicios*, Madrid, Dykinson, 2012, p. 125 y ss.

mica del acto de disposición sobre los derechos de la personalidad es relativamente simple si se compara con el régimen que rodea el tratamiento<sup>406</sup>. Pero la sociedad de la información precisa un control constante porque el tratamiento puede realizarse en cualquier momento, sin interrupción, gran inmediatez y aplicando parámetros diversos. El cruce de datos, la obtención de perfiles de la personalidad y la capacidad de tomar decisiones basadas en esta información confiere un poder insospechado al responsable del tratamiento. Las posibilidades técnicas ponen a los afectados en una situación de desamparo evidente, sobre todo si partimos de la sencillez del esquema jurídico basado en el acto de disposición a través del consentimiento y en la legitimación legal para acceder a la esfera exclusiva del interesado. Es prácticamente imposible mantener el secreto sobre determinadas informaciones, necesarias para el funcionamiento de determinados servicio y en particular de las TIC (así, los datos del tráfico y de localización, tal como evidencia la Directiva «de sector» 2002/58/CE sobre la *privacy* y las comunicaciones electrónicas). Esta complejidad se refleja en la legislación que construye un estatuto a cargo del responsable del tratamiento, que es el reflejo de un derecho de control difícil de vehicular.

En realidad, es preciso enfocar la “cuestión del consentimiento” como un reto que debe adaptarse constantemente a serias dificultades. El control individual sobre la información personal no es un mero elemento conceptual de legitimación. Debe ser un elemento material y, en este punto, corre el riesgo de ser un espejismo si atendemos a la cantidad ingente de datos que proporcionamos a diario. Se plantea un problema de comprensión de la trascendencia individual y colectiva de la privacidad, de predisposición para leer y comprender la información y de percepción de los riesgos reales para uno mismo<sup>407</sup>.

<sup>406</sup> Recordemos que los derechos de la personalidad son innatos a la persona, intransmisibles, irrenunciables, imprescriptibles y oponibles erga omnes. Sus consecuencias son la irrenunciabilidad (por ser contraria al orden público, art. 6.2 Código civil español), la nulidad de los actos o negocios que los vulneren (art. 6.3 CCE) y su imprescriptibilidad (art. 1.936 CCE a contrario). La esfera privada no accesible a terceros a menos que exista una legitimación, la cual proviene, bien de la ley (determinadas intromisiones son “legítimas”: art. 8 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen –LOHIPI- y art. 6.2 LOPD), bien del consentimiento o autorización que habilita el acceso a su destinatario y eliminando la ilegitimidad (art. 2.2 y 3 LOHIPI, art. 6.1 y 11.1 LOPD). La esfera personal vulnerada se tutela atribuyendo acción para prevenir o poner fin a la intromisión (cese, reposición del estado anterior, prevención) y para obtener indemnización incluidos los daños morales (art. 9.2 LOHIPI). En el caso de los datos personales, la existencia de un régimen sometido a procedimiento sancionador y al control de una Autoridad completa la perspectiva: tutela ante la AEPD o las Agencias Autonómicas), ejercicio de los llamados derechos “ARCO” (acceso, rectificación, cancelación y oposición, arts. 6.4 i 15 a 17 LOPD), impugnación de decisiones automatizadas (art. 13 LOPD) e indemnización (art. 19 LOPD).

<sup>407</sup> SOLOVE, D. J. “*Introduction: Privacy self-Management and the Consent Dilemma*”. En: *Harvard Law Review*, vol. 126, 2013, p. 1880.

Así, este apartado debe concluir evidenciando la necesidad de vincular los deberes a cargo del responsable y los principios del tratamiento a un empowerment real del ciudadano. En el momento de consentir, el titular de los datos va a sufrir los mismos problemas que un consumidor frente a un clausulado poco accesible o abusivo. Estas dificultades podrían utilizarse para argumentar un cambio de percepción frente a lo inevitable o lo antieconómico (en términos de tiempo empleado por el interesado o de los beneficios de un sistema basado en la industria del dato). Es necesario sopesarlas, habida cuenta la brecha entre perspectiva europea (basada en el reconocimiento y la protección de derechos individuales y sociales) y estadounidense (crítica frente a los llamados paternalismos), con el fin de hallar mecanismos que se adapten a una privacidad construida sobre la titularidad y ejercicio de derechos sobre bienes de la personalidad.

El otro gran reto se relaciona con la tecnificación y la pretendida anonimidad de los comportamientos humanos en entornos virtuales.

### **3.3. PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y ENTORNOS *SMART***

#### *3.3.1. Nuevas formas de contactabilidad: ¿nuevos datos personales?*

En los entornos *Smart* se diversifican los medios para captar, difundir o utilizar información personal. Esta es la razón por la cual gana peso la disciplina de la protección de datos personales: mucha información se convierte en *dato personal* desde el momento en que se capta, circula y retorna al usuario por medios electrónicos que la someten a tratamiento. Cabe decir que en dicho escenario los particulares se convierten en infractores habituales: personas que no se dedican al negocio de la divulgación de imágenes o noticias y operan a través de medios propios o redes sociales y “*little brothers*” quienes, junto al “*big brother*” (asimilado al poder público), tratan información de sus clientes: cualquier empresa prestadora de bienes o servicios con quien contratamos virtualmente, que comercializa servicios asistidos por tecnología *smart* o simplemente la utiliza durante la prestación.

El ámbito de datos personales se ha ampliado a medida que las comunicaciones proporcionan nuevos datos técnicos útiles para identificar una persona o singularizar el portador de un objeto *Smart*. Hay medios de identificación evidentes (como el número del Documento Nacional de Identidad, la dirección, número de teléfono), otros cuyo conocimiento se ha popularizado en mayor o menor medida (dirección IP, *cookies*) y otros aun difícilmente imaginables (información de geolocalización proporcionada por objetos *Smart*, datos biométricos). Se han multiplicado los servicios a través de objetos *Smart*: terminales móviles, entornos equipados con lectores de *chips* per RFID (permiten atender a la clientela sobre la base de su comportamiento o de su geolocalización a través de terminales; poner en marcha

servicios a partir de objetos inteligentes -*Ycar*<sup>408</sup>; *Glowcap*<sup>409</sup>-). El aumento de las capacidades técnicas permite conocer y rastrear los hábitos de las personas, aplicar decisiones automatizadas a través de las pertenencias (M2M<sup>410</sup>) y asociar persona y objetos a perfiles de comportamiento construidos tanto sobre información real como sobre patrones anónimos que se aplican posteriormente a un sujeto.

La sociedad de la información ha dado paso a la sociedad de la observación, plagada de sistemas de captación de datos, integrados en actividades tan cotidianas como la compra diaria o el cuidado de la salud, y en manos de responsables numerosos y difícilmente identificables. Se completa con una falta de cultura de la privacidad y la ignorancia sobre las capacidades técnicas del entorno que la desaparición de la frontera entre lo real y lo virtual no hace más que agravar. El entorno tecnológico engrandece el *gap* informativo y los productos *Smart* se convierten productos de riesgo no sólo individual, sino también colectivo, porque disminuyen el nivel de autonomía de una sociedad. Conduce a planteamientos éticos, en particular, el equilibrio entre seguridad o eficiencia y la libertad. Evidentemente las empresas que proporcionan servicios o productos eficientes y seguros deben obtener beneficios. El mercado subyacente de información personal explica la gratuidad de numerosas prestaciones<sup>411</sup>. ¿Hasta qué punto debe sacrificarse la vida privada por razones de eficiencia y de gratuidad? Este es un tema de libertad personal y colectiva. Al mismo tiempo que se transfiere poder de decisión sobre nuestras vidas a terceros, se normaliza un perfil de ciudadano dispuesto a actuar de la forma “correcta”, es decir, de aquella forma que le proporciona mayor comodidad en la sociedad de la información y de la vigilancia (“*the righteous citizen*”<sup>412</sup>).

La proliferación de sistemas de inteligencia ambiental muestra una evolución en la noción de datos personales. Ya no es imprescindible identificar a una persona para aplicarle una decisión. Basta con contactar el usuario de un objeto,

<sup>408</sup> <http://www.mapfre.es/portal/YCAR2-html/html/>

<sup>409</sup> <http://www.vitality.net/glowcaps.html>

<sup>410</sup> <https://m2m.telefonica.com/>

<sup>411</sup> “Si c’est gratuit, c’est vous le produit”, <http://www.sciencespo.fr/edc/en/blog/si-c-est-gratuit-vous-etes-le-produit>. KUNEVA, M.: *Roundtable on Online Data Collection, Targeting and profiling*: “Internet is an advertisement supported service and the development of marketing based on profiling and personal data is what makes it go round. Personal data is the new oil of the internet and the new currency of the digital world”. “We accept this reality because it is one chosen by users. Internet users have massively opted for free services offered in exchange for acceptance of advertisement. Today, advertisement online is individually targeted and increasingly based on the user’s profile and behavior (...) no one in the digital space cares about our actual names or exact physical addresses. What traders want is a description of who we are and a way to reach us”. (Bruselas 31.03.2009). <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/09/156>

<sup>412</sup> SIMITIS, S. “*Reviewing privacy in an information society*”. En: 135 U. Pa. L. Rev, 1986-1987.

con singularizarlo sin necesidad de conocer su identidad, simplemente a través de identificadores o de objetos que revelan sus hábitos. Se ha pasado de datos predichos de personas identificadas o identificables por medios razonables a datos que singularizan el destinatario de una decisión<sup>413</sup>. La misma incertidumbre se predica de la anonimización que teóricamente privaría el “dato” de su carácter “personal”... hasta el momento indefinido en que la desanonimización sea factible con medios razonables<sup>414</sup>.

Frente a ello, la respuesta jurídica es perfectible y requiere una adaptación constante<sup>415</sup> que depende de la colaboración entre tecnología y derecho. La Propuesta de un nuevo Reglamento sobre protección de personas físicas y del tratamiento de datos de carácter personal intenta dar respuesta a los nuevos retos<sup>416</sup>. El texto inicial de la Propuesta se centraba en la idea de identificación, es decir, la asociación del dato con una persona. El Cdo. 24 PRGPD consideró que los identificadores online generados por los terminales, las aplicaciones y los protocolos no deben considerarse necesariamente datos personales en cualquier circunstancia, entendiendo que las huellas que proporcionan sólo pueden usarse si los identificadores únicos se combinan con otra información. No obstante, el *Draft Report on the Proposal by the Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs* (Parlamento europeo, 17.12.2012) consideró que la Regulación también debía aplicarse a los identificadores por la imposibilidad de saber si en el futuro algunos identificadores iban a permitir la singularización de personas. En estos momentos, el texto votado en el Parlamento Europeo<sup>417</sup> admite un giro en el concepto de “dato personal”, si bien ha minimizado las menciones a la mera singularización de personas. El Cdo. 23 indica: “To determine whether a person is identifiable, account should be taken of all the means reasonably likely to be used either by the controller or by any other person

<sup>413</sup> Pero la identificación no es necesaria para contactar un terminal, tal como hacen notar algunos documentos: Grupo de Trabajo del Art. 29, *Opinión 4/2007, sobre el concepto de dato de carácter personal* (20-062007, WP 136); Grupo de Trabajo del Art. 29, *Opinión 01/2012, sobre las propuestas de reforma de la protección de datos* (23-03-2012, WP 191).

<sup>414</sup> Art. 29 Working Party Opinion 05/2014 on Anonymisation Techniques (0829/14/EN WP216). Véase también OHM, P. “*Broken Promises of Privacy: Responding to the Surprising Failure of Anonymization*”. En: 57 UCLA L. Rev, 2009-2010, p. 731.

<sup>415</sup> Ponderando críticamente la relación, véase SCHWARTZ, P. M. & SOLOVE, D. J. “*The PII Problem: Privacy and a New Concept of Personally Identifiable Information*”. En: 86 N.Y.U. L. Rev, 2011, p. 1846; SCHWARTZ, P. M. “*The EU-U.S. Privacy Collision: a Turn to Institutions and Procedures*”. En: 126 Harv. L. Rev., 2012-2013, p. 1966.

<sup>416</sup> Bruselas 25.01.2012 COM(2012) 11 final.

<sup>417</sup> European Parliament legislative resolution of 12 March 2014 on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation) (COM(2012)0011 – C7-0025/2012 – 2012/0011(COD))

to identify or single out the individual directly or indirectly. To ascertain whether means are reasonably likely to be used to identify the individual, account should be taken of all objective factors, such as the costs of and the amount of time required for identification, taking into consideration both available technology at the time of the processing and technological development<sup>7418</sup>.

Asimismo, el tratamiento de perfiles anónimos también puede utilizarse para predecir el comportamiento o aptitudes de una persona y tomar decisiones concretas por el mero hecho de encajar en el perfil. La calificación referida a un perfil (positivo o negativo) se convierte en un factor de discriminación. La Propuesta modificada de Reglamento general de protección de datos también contiene una definición de “*profiling*” (art. 4.3.a) como “any form of automated processing of personal data intended to evaluate certain personal aspects relating to a natural person or to analyse or predict in particular that natural person’s performance at work, economic situation, location, health, personal preferences, reliability or behavior”. De nuevo, el responsable debe informar sobre la existencia del *profiling* y de sus consecuencias. Su uso debe ser legítimo, es decir, consentido, autorizado por la ley, o necesario para el cumplimiento de un contrato. El perfilaje no debe generar datos especiales (por ejemplo, reveladores de la raza u origen étnico, de opiniones políticas, religión o creencias, datos genéticos o relativos a la salud o a la vida sexual<sup>419</sup>) ni puede ser la única base de una decisión con efectos jurídicos (art. 20.5 Propuesta).

### 3.3.2. La necesaria colaboración de derecho y técnica.

Todo *gap*, en este caso tecnológico, requiere instrumentos jurídicos de redistribución de poder entre la persona afectada y los «señores de la información»<sup>420</sup>. Transferir instrumentos jurídicos característicos de escenarios asimétricos (así, el consentimiento informado) resulta insuficiente cuando los medios técnicos dificultan su utilización o incluso la mera percepción de una captación y tratamiento.

Por esta razón, el *Internet of things* y las aplicaciones de inteligencia ambiental requiere medios que habiliten al portador del objeto *Smart* para controlar su

<sup>418</sup> Las cursivas son nuestras. El Cdo. 24) añade: “This Regulation should be applicable to processing involving identifiers provided by devices, applications, tools and protocols, such as Internet Protocol addresses, cookie identifiers and Radio Frequency Identification tags, unless those identifiers do not relate to an identified or identifiable natural person”.

<sup>419</sup> Art. 20 (3a) Propuesta: “ ‘profiling’ means any form of automated processing of personal data intended to evaluate certain personal aspects relating to a natural person or to analyse or predict in particular that natural person’s performance at work, economic situation, location, health, personal preferences, reliability or behaviour; resulting from profiling. Profiling shall not be based solely on the special categories of personal data referred to in Article 9” (categorías especiales de datos).

<sup>420</sup> RODOTÀ, S. *Tecnologie e diritti*, Bologna, Il Mulino, 1995, pp. 55 y 72.

interacción con el sistema (relaciones M2M): la persona no debe “cosificarse” sino conservar su poder de decisión sobre el dispositivo. En este sentido la Propuesta pone las bases para la colaboración entre ingenieros y juristas, acuñando la expresión “*privacy by design*”<sup>421</sup> y difundiendo la necesidad de implementar el *empowerment* a través de la tecnología: *Privacy Enhancing Technologies* (PETs), *Impact Privacy Assessment* (PIA) y mecanismos de certificación, sellos y marcas (arts. 23, 33 and 39). Un tratamiento seguro y legal depende de un buen diseño.

Estas implicaciones técnicas amplían la perspectiva jurídica sobre los objetos *Smart*: son productos de riesgo en lo que se refiere a la privacidad y su fabricación debe incorporar la tecnología adecuada para que el responsable del tratamiento pueda cumplir con el régimen legal. Se trata de producir dispositivos *privacy friendly* y, sin duda, el diseño puede implementar reglas por defecto y medios de gestión transparente<sup>422</sup>. Ello implica necesidad de cooperación entre los agentes del proceso de fabricación y un reparto de responsabilidades al que naturalmente se suma el responsable del tratamiento. Los estándares técnicos se convierten en instrumentos para el cumplimiento de la ley y los diseñadores y los fabricantes juegan un papel activo<sup>423</sup>, diferenciando capacidad técnica y legalidad, evitando el tratamiento por defecto e implementando medios para el consentimiento “táctil”. La Directiva 2006/42/EC de 17 de mayo de 2006, sobre maquinaria, sienta las bases para la armonización de los requisitos esenciales europeos de salud y seguridad. La Directiva 2001/95/EC de 3 de diciembre de 2001, sobre seguridad general de los productos, establece el deber de poner en el mercado productos seguros y que no presenten riesgos (o los mínimos compatibles con el uso del producto) con el fin de mantener un alto nivel de protección de la salud y la seguridad de los usuarios. En España, el RD 1801/2003

<sup>421</sup> See Microsoft GS1 EPC/RFID Privacy Impact Assessment (PIA) Tool, <http://www.gs1.org/epcglobal/pia/>

<sup>422</sup> REIDENBERG, J. R. “*Lex informatica: the formulation of information policy rules through technology*”. En: *Tex. L. Rev.* 76, 1997–1998, p. 553; Yang, Y. T. y Borg, K.: “*Regulatory Privacy Protection for Biomedical Cloud Computing*”. En: *Beijing Law Review*, 2012-3, pp. 146 y 148. Es destacable que la propuesta de Reglamento imponga al responsable el principio de transparencia (art. 11 PRGPD), el deber de conservación de la documentación de las operaciones de tratamiento (art. 28 PRGPD), de implementar requisitos en materia de seguridad (art. 30 PRGPD), la evaluación de impacto sobre la privacidad (art. 33 PRGPD) y el deber de alerta o comunicar las violaciones a la Autoridad de control y al interesado (arts. 31 y 32 PRGPD).

<sup>423</sup> TRUDEL, P. “*Privacy protection on the Internet: risk management and networked normativity*”. En: *Reinventing Data Protection?*, Gutwirth, S., Pouillet, Y., De Hert, P., De Terwange, C., Nouwt, S. (edit.). Heidelberg, Springer, 2009. Así lo pone de relieve el Grupo de Trabajo del Art. 29 en su *Opinion 02/2013, on apps on smart devices*, de 27 de febrero de 2013 (WP 202), al advertir del riesgo de la fragmentación de responsables en el desarrollo de apps; [http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2013/wp202\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2013/wp202_en.pdf)

sobre seguridad general de los productos impone a los productores el deber de poner en circulación productos seguros y el deber de vigilancia, información y actuación y crea un sistema a cargo de la Administración de advertencia, retirada, prohibición del producto y alertas. En el futuro, la privacidad debe convertirse en un factor de seguridad de los productos y un aspecto a certificar de conformidad con la normativa europea. Un producto se presume seguro cuando se ajusta a estándares de seguridad y los productores deben además proporcionar información relevante para evaluar sus riesgos inherentes e informar a las autoridades cuando se detecta un riesgo para la privacidad<sup>424</sup>.

Si un tratamiento seguro depende de un diseño y una fabricación adecuados, que devuelvan el control al usuario<sup>425</sup>, es importante determinar aspectos como el lugar dónde se almacenarán los datos (en los terminales, en los sistemas del proveedor, en la nube), cómo se transferirán en un entorno seguro que evite accesos no autorizados y con qué seguridad va a contar la identificación y autenticación del usuario. Éste debe poder optar por el tratamiento (opt-in), comprobar qué datos se tratan y habilitar o deshabilitar los permisos o consentimientos que ha emitido con anterioridad<sup>426</sup>. Los terminales deben facilitar esta relación proactiva y, por tanto las certificaciones de calidad y seguridad industrial deberían establecer un *Privacy mode* que evitara las opciones por defecto, evidenciara iconos relativos a la privacidad y permitieran una revocación sencilla, la desconexión temporal, *kill switches*, la disminución de la distancia de lectura y la encriptación.

## CONCLUSIÓN

La realidad no suele reflejar la igualdad que el principio de autonomía de la voluntad presupone entre sujetos de derecho. Las decisiones no son autónomas si no pueden tomarse en verdadera libertad, es decir, cuando media una asimetría de poder y de conocimientos entre partes. Nos hemos referido a desigualdades que condicionan comportamientos económicos o en la esfera personal. Cuando una persona puede influir sobre las decisiones de otra en su propio beneficio, debe admitirse que esta última necesita instrumentos jurídicos para detectarlo y reaccionar, que actúan como un factor de reequilibrio. El reconocimiento de derechos al consumidor se traduce en deberes a cargo del profesional. Nos hemos centrado básicamente en la autonomía en la formación del contrato para evidenciar la función social de los instrumentos

---

<sup>424</sup> Tales fallos técnicos serían una información a difundir a través de una Red europea. La Propuesta de Reglamento sobre protección de datos personales contempla una “notification of a personal data breach to the supervisory authority” (art. 31). Respecto a la seguridad de los productos, téngase en cuenta la red RAPEX: <http://ec.europa.eu/consumers/safety/rapex/alerts/main/index.cfm?event=main.listNotifications>

<sup>425</sup> YANG, Y. T. y BORG, K.: “*Regulatory Privacy Protection for Biomedical Cloud Computing*”, cit., p. 150.

<sup>426</sup> Art. 29 WP Opinion 02/2013 on apps on smart devices, p. 18.

que devuelven al consumidor el control sobre sus propios intereses.

Lo mismo ocurre en el ejercicio de determinados derechos de la personalidad, que son además derechos fundamentales. Cuando la tecnología convierte a las personas en fuentes de información, permanentemente captada y analizada, la autodeterminación informativa es casi ilusoria. Se ha expuesto cómo la legislación sobre protección de datos personales necesita una profunda renovación para adaptarse a los riesgos de localización e identificación que plantean los entornos *Smart* y el *ubiquitous computing*. La tecnología es un instrumento que ofrece nuevos servicios o incrementa su eficacia de los servicios; pero la privacidad es también un valor en sí mismo y su respeto garantiza la confianza de los ciudadanos, así como en último término, la libertad personal y colectiva.

## BIBLIOGRAFÍA

ARROYO APARICIO, A. “Comentario al art. 8º”. En: Comentarios a la ley de Competencia Desleal (dir. A. Bercovitz Rodríguez-Cano). Madrid, Aranzadi Thomson Reuters, 2011.

ARROYO APARICIO, A. *Los contratos a distancia en la Ley de ordenación del comercio minorista. Ley 47/2002, de 19 de diciembre, de reforma de la Ley de ordenación del comercio minorista*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2003.

ATELLI, M. *Il diritto alla tranquillità individuale. Dalla rete Internet al ‘door to door’*, Napoli, Jovene Editore, 2001.

BADOSA COLL, F. “Les fonts del Dret civil català”. En: Manual de Dret civil català. Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2003.

CAVANILLAS MÚGICA, S. «*Dos derechos emergentes del consumidor: a no ser molestado y a una interacción informativa*”. En: Liber amicorum Guido Alpa. Private Law Beyond the National Systems (ed. M. Andenas, S. Díaz Alabart, B. Markesinis, H. Micklitz y N. Pasquini), British Institute of International and Comparative Law, 2007.

CHIAPPETTA, G.: *Persona e informazioni aziendali riservate*. Napoli, Edizioni Scientifiche italiane, 2010.

COHEN, J. E.: “*Examined Lives: Informational Privacy and the Subject as Object*”. En: 52 Stan. L. Rev., 1999-2000.

CORDOBÉS MILLÁN, E. *Prácticas comerciales desleales: tutela del consumidor y del mercado*, Tesis doctoral inédita, Universitat de Barcelona, 2013.

EGEA FERNÁNDEZ, J. “*Comentari a l’art. 111-7 CCCat*”. En: Comentari al llibre primer del Codi civil de Catalunya. Disposicions preliminars. Prescripció i caducitat (edit. A. Lamarca i Marquès i A. Vaquer Aloy). Barcelona, Atelier, 2012.

EICHENHOFER, E. “*L’utilizzazione del diritto privato per scopi di politica sociale*”. En: Rivista di Diritto Civile, 1977.

GRUNDMANN, S. “*L’autonomia privata nel mercato interno. Le regole d’informazione come strumento*”. En: Europa e diritto privato, 2001.

Grupo de Trabajo del Art. 29. *Opinion 02/2013, on apps on smart devices*, de 27 de febrero de 2013 (WP 202),

Grupo de Trabajo del Art. 29. *Dictamen 2/2010, sobre publicidad comportamental en línea*, de 22 de junio de 2010 (00909/10/ES, GT 171).

Grupo de Trabajo del Art. 29. *Opinión 4/2007, sobre el concepto de dato de carácter personal* (20-062007, WP 136).

Grupo de Trabajo del Art. 29. *Opinión 01/2012, sobre las propuestas de reforma de la protección de datos* (23-03-2012, WP 191).

Grupo de Trabajo del Art. 29. *Opinion 05/2014 on Anonymisation Techniques* (0829/14/EN WP216).

HESSELINK M. W. *CFR & Social Justice*. Munich, Sellier European Law Publishers, 2008.

KUNEVA, M.: *Roundtable on Online Data Collection, Targeting and profiling* (Bruselas 31.03.2009)

<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/09/156>

LLÁCER MATAACÁS, M. R. *La autorización al tratamiento de información personal en la contratación de bienes y servicios*, Madrid, Dykinson, 2012.

Llácer Matacás, M. R.: “*El llibre sisè i la proposta de nou ‘còdigo mercantil*”. En: Materiales de las XVII Jornades de Dret català a Tossa sobre El Llibre sisè del Codi Civil de Catalunya: Anàlisi de l’avantprojecte de llei, Tossa de Mar, 25 y 26 de septiembre de 2014. <http://civil.udg.edu/tossa/2014/textos/pon/1/LLACER.pdf>

MALUQUER DE MOTES, C. J. “*La codificación civil en España (síntesis de un proceso)*”. En: R.D.P., 1981.

Mc CARTHY, J. T. *The rights of publicity and privacy*, vol. 1, Thomson West, 2008.

MELI, M. “*Social Justice, Constitutional Principles and Protection of the Weaker Contractual Party*”. En: ERCL, 2006.

MEULDERS-KLEIN, M. T. “*L’irrésistible ascension de la “vie privée” au sein des droits de l’homme. Synthèse et conclusions*”. En : Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l’homme (dir. F. Sudre), Bruselas, Bruylant-Nemesis, 2005.

NEHF, J. P. “*Recognizing the societal value in Information privacy*”. En: 78 Wash.

L. Rev., 2003.

OHM, P. “*Broken Promises of Privacy: Responding to the Surprising Failure of Anonymization*”. En: 57 UCLA L. Rev, 2009-2010.

PODDIGHE, E. “*La tutela Della riservatezza dei dati personali nelle comunicazioni elettroniche e il diritto di autodeterminazione dell’interessato*”. En: Il Codice dei dati personali. Temi e problemi (dir. Cardarelli, F., Sica, Salvatore, Zeno-Zencovich), Milano, Giuffrè Editore, 2004.

REIDENBERG, J. R. “*Lex informatica: the formulation of information policy rules through technology*”. En: Tex. L. Rev. 76, 1997–1998.

RODOTÀ, S. *Tecnologie e diritti*, Bologna, Il Mulino, 1995.

ROSSELLO, C. “*Gli obblighi informativi del prestatore di servizi*”. En: Commercio elettronico, Trattato di Diritto Privato (dir. M. Bessone). Vol. XXXII (a cura di Carlo Rossello, Giusella Finacchiario e Emilio Tosi, G.), Torino, Giappichelli Editore, 2007.

ROUVROY A. y POULLET, Y. “*The right to informational self-determination and the value of self-development. Reassessing the importance of privacy for democracy*”. En: Reinventing Data Protection?, S. Gutwirth, Y. Poullet, P. De Hert, C. de Terwange, S. Nouwt (edit.). Munich, Spinger, 2009.

SIMITIS, S. “*Reviewing privacy in an information society*”. En: 135 U. Pa. L. Rev, 1986-1987.

SCHWARTZ, P. M. & SOLOVE, D. J. “*The PII Problem: Privacy and a New Concept of Personally Identifiable Information*”. En: 86 N.Y.U. L. Rev, 2011.

SCHWARTZ, P. M. “*The EU-U.S. Privacy Collision: a Turn to Institutions and Procedures*”. En: 126 Harv. L. Rev., 2012-2013.

SOLOVE, D. J. “*Introduction: Privacy self-Management and the Consent Dilemma*”. En: Harvard Law Review, vol. 126, 2013.

TEMPLE, H. «*Le droit de la consommation est-il subversif?*», Mélanges en l’honneur de Jean Calais-Auloy. Paris, Dalloz, 2004.

TRUDEL, P. “*Privacy protection on the Internet: risk management and networked normativity*”. En: Reinventing Data Protection?, Gutwirth, S., Poullet, Y., De Hert, P., De Terwange, C., Nouwt, S. (edit.). Heidelberg, Spinger, 2009.

WARREN, S. Y BRANDEIS, L. «*The right to privacy*». En: Harvard Law Review, 14, 1890,

WESTIN, A. F. *Privacy and freedom*, New York, Atheneum, 1967.

Yang, Y. T. y Borg, K.: “*Regulatory Privacy Protection for Biomedical Cloud Computing*”. En: *Beijing Law Review*, 2012- 3.