

Autonomía y vulnerabilidad en la era del capitalismo de la vigilancia. La perversión de la dimensión humana relacional

Autonomy and vulnerability in the age of surveillance capitalism. The perversion of the relational human dimension

Por CRISTINA MONEREO ATIENZA
Universidad de Málaga

RESUMEN

Nos encontramos en una época complicada que ha acelerado el éxito del denominado capitalismo de la vigilancia. La pandemia ha confirmado la implantación de un nuevo sistema de poder favorecido por la sociedad digital, aunque no identificado con la misma, que combina de forma muy criticable clásicos binomios como libertad-seguridad o individuo-colectividad. Es un sistema que supuestamente ofrece más libertad a los individuos, si bien a la vez utiliza los resultados del ejercicio de esa libertad para guiar las conductas de todos y ofrecer mayor certeza, seguridad y eficacia social. De este modo, se pervierte la dimensión humana relacional y se merma la autonomía individual que necesariamente se construye a parte de la relación con otros (autonomía relacional). En este sistema el individuo se diluye en la masa. El poder no tiene ningún interés en la determinación moral de los individuos en sí, y solo le interesa la deriva del conjunto para conseguir la mayor ganancia económica. El Derecho tiene que actuar para que los individuos no sean instrumentalizados. La normativa europea en relación a la protección de datos es avanzada en muchos aspectos, pero da por hecho lo que es realmente cuestionable: la mercantilización de las conductas humanas y así también la cosificación de las personas mismas. En el contexto post-pandemia se

debe defender otro sentido de la seguridad referente a la desmercantilización de unos bienes básicos (desde luego los relacionados con la salud), pero también de aquello que nos define como humanos y que son las relaciones conformadoras de nuestros juicios morales.

Palabras clave: *capitalismo de la vigilancia, autonomía relacional, protección de datos, seguridad, pandemia.*

ABSTRACT

We are in a difficult time that has accelerated the success of so-called surveillance capitalism. The pandemic has confirmed the implementation of a new power system favoured by the digital society, although not identified with it, which combined in a very criticisable way classical binomials such as freedom-security or individual-mass. It is a system that supposedly offers more freedom to individuals, but at the same time it uses the results of the exercise of that freedom to guide the behaviour of all in order to offer greater certainty, security and social efficiency. In this way, the relational human dimension is perverted and individual autonomy is diminished as it is necessarily built from the relationship with others (relational autonomy). In this system the individual is diluted in the mass. Power has no interest in the moral determination of individuals per se, and it is only interested in the drift of the whole to achieve the greatest economic gain. The Law has to act in this sense so that individuals are not exploited. European regulations in relation to data protection are advanced in many aspects, but it takes for granted what is really questionable: the commodification of human behaviour and thus also the objectification of people themselves. In the post-pandemic context, another sense of security must be defended. It must be referred to the de-commodification of some basic goods (of course those related to health), but also of what defines us as human beings and which are the relationships that shape our moral judgments.

Keywords: *surveillance capitalism, relational autonomy, data protection, security, pandemic.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. LA BATALLA POR LA NOCIÓN DE AUTONOMÍA RELACIONAL Y SUS RIESGOS. – 2. LA PERVERSIÓN DE LA IDEA DE AUTONOMÍA RELACIONAL CON FINES ECONÓMICOS Y DE CONTROL. LA MERCANTILIZACIÓN DE LOS EXCEDENTES CONDUCTUALES A EXPENSAS DE LOS INDIVIDUOS Y SUS USOS EN LA ERA DEL CAPITALISMO DE LA VIGILANCIA. – 3. SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS Y LA INSUFICIENTE LIMITACIÓN JURÍDICA EN EUROPA PARA LA DEFENSA DE LA LIBERTAD Y LA AUTONOMÍA EN LA ERA GLOBAL TECNOLÓGICA. – 4. A MODO DE CONCLUSIÓN: LA CRECIENTE VULNERABILIDAD DE TODOS EN LA SOCIEDAD POST-PANDÉMICA DE SUJETOS NO PARTICIPANTES Y EL PAPEL DEL DERECHO.

SUMMARY: 1. INTRODUCTION. THE BATTLE FOR THE NOTION OF RELATIONAL AUTONOMY AND ITS RISKS. – 2. THE PERVERSION OF THE IDEA OF RELATIONAL AUTONOMY FOR ECONOMIC AND CONTROL PURPOSES. THE COMMODIZATION OF BEHAVIORAL SURPLUSES AT THE EXPENSE OF INDIVIDUALS AND ITS USES IN THE AGE OF SURVEILLANCE CAPITALISM. – 3. ON DATA PROTECTION AND THE INSUFFICIENT LEGAL LIMITATION IN EUROPE FOR THE DEFENSE OF FREEDOM AND AUTONOMY IN THE GLOBAL TECHNOLOGICAL ERA. – 4. CONCLUDING REMARKS: THE GENERAL GROWING OF VULNERABILITY IN THE POST-PANDEMIC SOCIETY OF NON-PARTICIPATING SUBJECTS AND THE ROLE OF LAW.

1. INTRODUCCIÓN. LA BATALLA POR LA NOCIÓN DE AUTONOMÍA RELACIONAL Y SUS RIESGOS

Nuestra tradición filosófica y jurídica acerca del sujeto de derechos se remonta a la época moderna en la que tiene predominancia la ideología liberal y la autonomía como valor fundamental. En su noción clásica, el sujeto se define principalmente por ser un sujeto libre y autónomo, con la capacidad moral de desarrollar el propio concepto del bien y la vida buena. Kant utilizó la noción de autonomía para designar la capacidad humana de darse por sí misma la ley moral sin hacerla derivar de algo inferior (como los deseos o pasiones en general), ni tampoco de algo superior (como puede ser Dios)¹. En la propuesta del filósofo, la libertad se identifica con la autonomía de tal manera que tener libertad significa, por una parte, tener una voluntad que no está influenciada por ninguna fuerza externa al propio individuo (dimensión negativa de la libertad) y, por otra parte, es darse a uno mismo una ley, o lo que es lo mismo, establecer los propios fines y tener un poder causal especial para hacerlos realidad (definición positiva de la libertad, también llamada libertad «reflexiva»²). La autonomía coincide con la noción de libertad en este sentido positivo, que no es más que el imperativo categórico.

En el pensamiento liberal, esta concepción de autonomía acentuadamente individualista se asocia con la autosuficiencia y la capacidad individual de búsqueda del propio concepto del bien y la vida buena sin interferencia alguna de factores externos (es lo que algunos han

¹ Véase, sobre todo, KANT, I.; *Crítica de la razón práctica*, trad. E. Miñana y M. García Morente, Madrid, Espasa-Calpe, 1981 (2.ª ed.) (*Kritik der praktischen Vernunft*, 1788). Como se sabe, en este libro, el filósofo desarrolla las ideas que ya aparecen en *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (trad. M. García Morente, Madrid, Espasa-Calpe, 1980).

² Para una breve pero precisa reconstrucción histórica, véase HONNETH, A.; *El derecho de la libertad. Esbozo de una eticidad democrática*, trad. G. Calderón, Madrid, Katz, 2014, pp. 47 ss.

llamado «autoperfeccionamiento»³). De este modo, la libertad como autonomía se conecta con el reclamo de Justicia, porque Justicia es que el resto de individuos y también el Estado se abstengan o no interfieran en las decisiones morales de los individuos.

Muchas de las críticas posteriores a esta definición no han negado el valor de la autonomía en sí, que sigue siendo la base de nuestra cultura jurídica, pero sí la interpretación excesivamente individualista y también marcadamente masculina de la misma. El inconveniente ha estado siempre en la imposición de un tipo de individualismo: el masculino⁴, posesivo y propietario⁵, que desmiente la diversidad individual, la importancia del individuo como ser social, y la considerable influencia externa en las decisiones sobre el concepto del bien y la vida buena procedentes del propio entorno⁶.

La heterogénea corriente comunitarista rescató antiguos argumentos⁷ y atacó brillantemente el individualismo liberal, por considerar atomísticamente a los individuos y pensarlos erróneamente como seres independientes y autónomos de su propio contexto⁸. La crítica comunitarista se dirigió a las dos tesis liberales por excelencia, referentes a la idea de autonomía como autosuficiencia del sujeto y a la supuesta neutralidad del Estado y del Derecho. Respecto a la primera tesis, se argumenta que difícilmente los individuos pueden elegir una concepción del bien de forma autónoma, esto es, auto-determinarse sin verse influenciados directamente por su contexto social⁹. En cuan-

³ LUKES, A.; *El individualismo*, trad. J. L. Álvarez, Barcelona, Edicions 62, 1975, pp. 87 ss.

⁴ Véase RUBIO CASTRO, A.; *Las innovaciones en la mediación de la desigualdad*, Madrid, Dykinson, 2014, especialmente la primera parte.

⁵ MACPHERSON, C. B.; *La teoría del individualismo posesivo. De Hobbes a Locke*, trad. J. R. Capella, Barcelona, Fontanella, 1970, pp. 225 ss. También BARCELONA, P.; *Postmodernidad y comunidad. El regreso del a vinculación social*, trad. H. C. Silveira, J. A. Estévez y J. R. Capella, Madrid, Trotta, 1992, pp. 103 ss.; *Id.*; *El individualismo propietario*, trad. J. E. García Rodríguez, est. prel. M. Maresca, Madrid, Trotta, 1996.

⁶ HONNETH, A.; *El derecho de la libertad. Esbozo de una eticidad democrática*, *Op. cit.*, p. 35, pp. 64 ss.

⁷ Por citar uno de los más antiguos, ARISTÓTELES; *La política*, trad. M. García Valdés, Madrid, Editorial Gredos, 1988.

⁸ Véase, por ejemplo, TAYLOR, C.; *Sources of self. The Making of Modern Identity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, p. 26. Junto a Charles Taylor, están otros críticos comunitaristas como Michael Sandel o Alasdair MacIntyre que, de diferente forma, son críticos con el liberalismo y, en particular, con las tesis de John Rawls. Véase así SANDEL, M.; *El liberalismo y los límites de la Justicia*, trad. M. Luz Melón, Barcelona, Paidós, 2000; MACINTYRE, A.; *Tras la virtud*, trad. A. Valcárcel, Barcelona, Crítica, 1987, e *Id.*; *Animales racionales y dependientes. Por qué los seres humanos necesitamos virtudes*, trad. B. Martínez de Murguía, Barcelona, Paidós, 2001. Véase igualmente MULHALL S. and SWIFT, A.; *El individuo frente a la comunidad. El debate entre liberales y comunitaristas*, trad. E. López Castellón, Madrid, Temas de Hoy, 1996, pp. 38 ss., 213 ss.

⁹ MACINTYRE, A.; *Animales racionales y dependientes. Por qué los seres humanos necesitamos virtudes*, *Op. cit.*, pp. 89-90, 100, 116.

to a la segunda, se reprocha que el Estado y el Derecho puedan ser neutrales respecto a una concepción del bien determinada y, también, que puedan establecer solamente un marco para una pluralidad de concepciones. De este modo se refuta la tesis de la primacía de los derechos (que recoge el valor de autonomía) sobre una idea del bien común determinada. La perspectiva comunitarista reconoce una idea del bien de la comunidad que se plantea en cualquier construcción individual del bien¹⁰, que lo justo está determinado por lo bueno. Cualquier intento de esconder la relación entre moral y política es falaz y falsamente neutral, como lo es también el intento de separar la esfera pública y la privada. No se puede concebir a los individuos como seres puramente egoístas, ni la política de una manera solo instrumental como un mal necesario para la convivencia. Por eso critican igualmente el acento liberal hacía la libertad negativa, y enfatizan la importancia de la dimensión positiva y participativa a la manera de «los antiguos»¹¹.

Lo interesante de estas críticas de corte comunitarista es que permiten mostrar la existencia de una concepción del bien básica y anterior que incluye el valor de autonomía¹², aunque obviamente no tenga que entenderse de manera hermética ni se agote en él (entre otras cosas, porque ello limitaría las concepciones individuales sobre el bien). Es espinoso pensar en la posibilidad de identificar y justificar los derechos de una manera que no presuponga absolutamente ninguna determinada concepción del bien. La razón que opera en el ámbito político público se impregna necesariamente de deseos y preferencias de la moral del ámbito privado, y la realidad es que no pueden existir dicotomías estrictas entre ambos espacios.

Igualmente, las tesis comunitaristas destapan las limitaciones de ciertas propuestas liberales para entender el valor de autonomía y su relación con otros conceptos como la interdependencia o vulnerabilidad humanas. El sujeto no puede ser entendido de manera autónoma como si estuviera constituido con anterioridad al vínculo social y, además, el Estado posee un importante papel en situaciones de vulnerabilidad y falta de autonomía sin por ello entender que sea paternalista o fomente la pasividad. El acento ha de estar siempre en el reconocimiento y la participación democrática activa de los ciudadanos¹³.

¹⁰ KUKATHAS C. y PETTIT, P.; *La teoría de la Justicia de John Rawls y sus críticos*, trad. y epílogo de Miguel Ángel Rodilla, Madrid, Tecnos, 2004, pp. 98 ss., 116 ss.

¹¹ RIVERA LÓPEZ, E.; «Las paradojas del comunitarismo», *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 17-18, 1995, pp. 95-116. Véase igualmente ÁLVAREZ, S.; «La autonomía personal y la perspectiva comunitarista», *Isegoría*, núm. 21, 1999, pp. 69-99.

¹² NINO, C. S.; «Liberalismo versus Comunitarismo», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 1, sept.-dic. 1988, pp. 363-379, concretamente pp. 372 ss.

¹³ La crítica comunitarista al liberalismo puede servir para corregir ciertas consecuencias indeseables del liberalismo, y no como una reivindicación de la comuni-

En la labor de crítica al concepto de autonomía clásico no puede dejar de citarse tampoco a la teoría feminista. El sistema «sexo-género» ha vertebrado el ordenamiento moderno *subordiscriminando* a las mujeres¹⁴. Los sujetos autónomos eran varones, ellos eran los sujetos racionales e independientes. Toda alusión a lo irracional, afectivo, emotivo o vulnerable fue excluido y desplazado hacia el sujeto femenino pasivo y dependiente. Desde la teoría feminista se ha criticado la noción de sujeto y el concepto de autonomía modernos y se ha buscado introducir la dimensión social y relacional. Al igual que las tesis comunitaristas en general, las tesis feministas son atractivas siempre y cuando no conjeturen la defensa de identidades cerradas¹⁵ y, asimismo, conciban a los sujetos como agentes sociales participantes. Los sujetos oprimidos pueden desarrollar resistencia al poder y capacidad de acción, y tomar conciencia de sí mismos en relación a contextos específicos. Como afirma Judith Butler (basándose en las tesis de Michael Foucault), el sujeto oprimido no es inactivo, tiene agencia y puede modificar y resignificar las estructuras de poder¹⁶.

Gracias al esfuerzo de varias décadas de críticas a la concepción liberal, la noción de autonomía relacional ocupa ahora un lugar esencial en la teoría. Esta noción se basa en la existencia de una dimensión humana básica que entronca con la necesaria socialización y contextualización humanas. Más allá de que el sujeto examine internamente las diversas máximas de Justicia para elaborar su propio concepto del bien¹⁷, se defiende que lo importante es el proceso intersubjetivo de intercambio de argumentos sobre la concepción del bien entre los diversos agentes que interactúan con ese sujeto en su contexto. De este modo, la autonomía se descentraliza y precisa del ejercicio de la

dad como identidad o reivindicación del bien colectivo frente a los derechos de los individuos. WALZER, M.; «The Communitarian Critique of Liberalism», *Political Theory*, vol. 18, n. 1, 1990, pp. 6-23. Véase también THIBAUT, C., *Los límites de la comunidad*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 148-150: «la crítica comunitarista, si no se entiende como crítica antimoderna (...), es, ante todo, una rectificación necesaria en nuestra comprensión del proyecto normativo de la modernidad que ha tenido preocupantes simplificaciones en las propuestas liberales atomistas».

¹⁴ RODRÍGUEZ RUIZ, B.; «¿Identidad o autonomía? La autonomía relacional como pilar de la ciudadanía democrática», *AFDAUM*, 17, 2013, p. 77. El concepto de subordiscriminación lo ha acuñado muy acertadamente de BARRÈRE UNZUETA, M. y MORONDO, D.; «Subordiscriminación y discriminación interseccional: elementos para una Teoría de Derecho antidiscriminatorio», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 45, 2011, pp. 15-42.

¹⁵ Véase MONEREO ATIENZA, C.; *Diversidad de género, minorías sexuales y teorías feministas*, Madrid, Dykinson, 2015, pp. 27 ss., 35 ss.

¹⁶ BUTLER, J.; *Mecanismos psíquicos del poder. Teorías sobre la sujeción*, trad. J. Cruz, Madrid, Cátedra, 2001, por ejemplo, pp. 22 ss. A ello hace alusión también RUBIO CASTRO, A.; *Las innovaciones en la mediación de la desigualdad*, *Op. cit.*, p. 73.

¹⁷ SEN, A.; «Well Being, Agency, and Freedom», *The Journal of Philosophy*, vol. 82, n. 4, 1985, pp. 169-221.

capacidad argumentativa por parte de todos los agentes que intervienen en ese proceso de validación de las distintas demandas de Justicia¹⁸. Esto no conlleva la negación de la autonomía kantiana, pero sí introduce un factor esencial: la idea del diálogo y del intercambio de argumentos para esclarecer la propia concepción del sujeto. Es el sujeto el que decide en última instancia sobre la corrección argumentativa y sobre su propia concepción. Lo que caracteriza a la autonomía es la confluencia entre subjetividad e intersubjetividad, porque la auto-determinación es entendida a raíz del reconocimiento recíproco en el que las visiones de otros agentes influyen directamente en las propias decisiones¹⁹. La concepción individual se enriquece y puede llegar a transformarse a través de concepciones externas que ofrecen diversos argumentos (a veces «mejores argumentos») a favor y en contra de las propias visiones. Entendida así, la autonomía no es auto-suficiencia, pero sí un acto libre, racional y reflexivo.

Esta concepción acierta en la manera en que los sujetos pueden considerarse autónomos a la hora de tomar decisiones sobre su vida. El peligro que comporta es que el sujeto inserto en una sociedad asuma valores y creencias que comprometan su capacidad de actuar libremente. Así, por ejemplo, durante mucho tiempo las mujeres han sido fieles promotoras del sistema patriarcal. La forma de evitar este riesgo es fomentar una participación real del sujeto en el diálogo interpersonal y social, lo que es solamente viable a través del reconocimiento de ese sujeto como agente participativo.

En la actualidad se está negando ese reconocimiento de los sujetos como agentes participativos puesto que la dimensión relacional ha sido pervertida por un sistema que teóricamente defiende la libertad y fomenta la participación, pero que en realidad resta autonomía real a los sujetos aumentando su vulnerabilidad. Causa perplejidad que unos pocos hayan liderado un sistema capitalista en expansión²⁰, readaptado pero fiel a su básico principio, el que ya anunciara Marx en su momento, de *mercantilización* de todas las cosas. Se trata de un sistema que ha encontrado en las conductas humanas un nuevo espacio sin explotar. Haciendo creer que fomenta positivamente la comunicación

¹⁸ PEREIRA, G.; *Elements of a Critical Theory of Justice*, Hampshire (England), Palgrave MacMillan, 2013, p. 62.

¹⁹ ANDERSON J. and HONNETH, A.; «Autonomy, Vulnerability, Recognition, and Justice», in Christman, J. and Anderson, J. (eds.); *Autonomy and the Challenges to Liberalism: New Essays*, New York, Cambridge University Press, 2005, pp. 127-149.

²⁰ Shoshana Zuboff hace un recorrido muy ilustrador y pone al frente de la empresa a Google a la que siguió Facebook. ZUBOFF, S.; *La era del capitalismo de la vigilancia. La lucha por un futuro humano frente a las nuevas fronteras de poder*, trad. A. Santos, Barcelona, Paidós, 2020, pp. 94 ss. La afirmación de que unos pocos crearon el sistema y no se trata de una deriva inevitable de la tecnología digital está en la p. 122 o también en la p. 129. Asimismo resulta de interés el primero de sus libros donde ya aplica las ideas del panóptico a la nueva sociedad de máquinas: *In the Age of the Smart Machine: The Future of Work and Power*, Austin, TX (USA), Basic Books, Perseus Books Group, 1988.

y el intercambio de ideas entre todos, lo que ha hecho es aprovecharse de ello a expensas de los sujetos que ignoran realmente que son objeto de supervisión, control y guía en aras a generar beneficios económicos sin límite.

Los conflictos de este sistema se están percibiendo en la esfera económica y también en otras como la política o la social, por lo que el Derecho tiene que actuar, una vez más, como herramienta que establezca límites decisivos al sistema económico para salvaguardar la libertad, la igualdad y los derechos de los individuos. Estos límites no deben solo *maquillar* el sistema dejando que la humanidad sea mercantilizada, y han de evitar que los bienes básicos que nos definen sean objeto de oferta y demanda.

2. LA PERVERSIÓN DE LA IDEA DE AUTONOMÍA RELACIONAL CON FINES ECONÓMICOS Y DE CONTROL. LA MERCANTILIZACIÓN DE LOS EXCEDENTES CONDUCTUALES A EXPENSAS DE LOS INDIVIDUOS Y SUS USOS EN LA ERA DEL CAPITALISMO DE LA VIGILANCIA

Los seres humanos nos relacionamos entre nosotros en un contexto determinado, y es precisamente esa interacción la que conforma nuestra existencia y nuestras decisiones. La transformación tan profunda que ha sufrido la manera de comunicarnos e interactuar conduce necesariamente a un cambio igualmente intenso en nuestra autonomía. El problema se encuentra cuando esta variación no favorece a la autonomía realmente y, por el contrario, corrompe el necesario sentido crítico y argumentativo de los individuos como sujetos participativos y libres en sus decisiones sobre el bien y la vida buena y, además, permite generar situaciones de desigualdad y vulnerabilidad.

El sistema se define a sí mismo como impulsor de la libertad de los individuales en base al aumento de la información disponible y, asimismo, a la interacción con otras personas que expresan sin reservas sus opiniones en la red. Sin embargo, lo cierto es que este régimen se ha aprovechado de la situación y, haciendo creer que los individuos solo obtienen ventajas a través del mismo, ha generado un orden de control y guía del conjunto de sujetos que afecta a la autonomía real de cada uno de nosotros sin que apenas tengamos conocimiento real de ello. No es de extrañar que se afirme que los primeros proyectos del sueño digital original, basados en que estar conectados es algo inherentemente pro-social o inclusivo por naturaleza o tendente a la

democratización del conocimiento, hayan quedado definitivamente desmentidos²¹.

Como bien se ha explicado en reseñables trabajos²², las nuevas tecnologías han tenido un impacto colosal en la forma de comunicarse e interactuar con otras personas, especialmente con la aparición de la web 2.0 que permite la participación colaborativa de los usuarios²³. Han desaparecido las nociones de espacio y tiempo en la comunicación y son múltiples las posibilidades de inmediatez en la transmisión de toda clase de actos, pensamientos, imágenes o emociones, «cada individuo puede ser emisor y difusor de información a través de las redes sociales, foros, blogs y bitácoras, que será expresada mediante textos, sonidos o imágenes propios y de terceros, acompañadas de valoraciones, descripciones y opiniones»²⁴.

Sin duda, la tecnología actual puede tener un impacto muy positivo en la vida de todos y ser un herramienta crucial para generar agentes participativos en la esfera pública. Lo criticable es que en este contexto se ha optado por una deriva distinta y se ha generalizado la recogida y tratamiento de inmensas cantidades de información que provienen de nuestra actividad voluntaria en la red, pero también del rastro que se deja inconscientemente por ejemplo a través de *cookies* y a partir ahora también de la «Internet de las cosas»²⁵, de otros sistemas como los de geolocalización²⁶, de los

²¹ *Ibid.*; pp. 22 ss.

²² En el ámbito de las nuevas tecnologías fue pionero en el área de Filosofía del Derecho el profesor Antonio Pérez Luño. Véase, por ejemplo, PÉREZ LUÑO, A. E.; *Manual de Informática y Derecho*, Barcelona, Ariel, 1996.

²³ COBO ROMANÍ, C. y PARDO KUKLINSKI, H.; *Planeta Web 2.0. Inteligencia colectiva o medios fast food*, México, Grup de Recerca d'Interaccions Digitals, UVic-Flacso México, 2007, p. 15.

²⁴ GARRIGA DOMÍNGUEZ, A.; *Nuevos retos para la protección de datos personales en la era del Big Data y de la computación ubicua*, Madrid, Dykinson, 2016, p. 21.

²⁵ Se trata de todos los aparatos de uso doméstico o cotidiano que tienen la capacidad de recoger datos del entorno inmediato para su mejor funcionamiento, pero también ahora para otros fines. Véase SWAN, M.; «Sensor Mania! The Internet of Things, Wearable Computing, Objective Metrics, and the Quantified Self 2.0», *J. Sens. Actuator Netw.* 2012, 1(3), pp. 217-253 (Disponible en: <https://www.mdpi.com/2224-2708/1/3/217/htm>, última consulta: 21 de abril de 2021). Como ya se dijo en el *Dictamen 04/2013 sobre el modelo de evaluación del impacto sobre la protección de datos para redes inteligentes y para sistemas de contador inteligente preparado por el Grupo de expertos 2 del Grupo especial sobre redes inteligentes de la Comisión, del Grupo de Trabajo del artículo 29 sobre Protección de Datos*, adoptado el 22 de abril de 2013, la medición inteligente podría permitir el seguimiento de los individuos en la intimidad de su propio hogar, lo cual permitiría elaborar perfiles detallados de todos los individuos.

²⁶ Empresas como Google, Apple o Microsoft cuentan con sus propios sistemas de geolocalización para complementar los datos obtenidos por GPS. ZUBOFF, S.; *La era del capitalismo de la vigilancia*, *Op. cit.*, pp. 328 ss.

dispositivos RFID²⁷, de proyectos como las *Smart Cities*²⁸ o, en general, a través de todos los aparatos de omnisciencia digital dirigidos a fusionar la percepción humana con el mundo digital, los denominados *wereables*.

A través del *Big Data* todos los datos pueden reunirse, correlacionarse y crear perfiles con la finalidad de hacer predicciones y favorecer determinadas decisiones. Esto genera una sociedad de características similares al panóptico desarrollado por Foucault²⁹, aunque más bien el resultado es una inmensa sociedad de control como la llamara Deleuze³⁰ en una nueva etapa del capitalismo que se ha denominado de múltiples maneras, pero que aquí adoptaré la expresión acuñada recientemente por Zuboff: «capitalismo de la vigilancia»³¹.

Aun así, las tesis de esta autora no son del todo originales y opino que coinciden, por ejemplo, con otras realizadas mucho antes por Deleuze, quien describió el cambio de las sociedades disciplinarias donde el control está interiorizado en el sujeto mismo, a la sociedad de control donde las fábricas son reemplazadas por las empresas y las máquinas simples son suplidas por sistemas computarizados de producción y control, y donde los «individuos» son sustituidos por «dividuales» externos, informatizados e informatizables que se mueven en un espacio virtual³².

²⁷ La utilización de etiquetas RDIF es frecuente en el comercio de calzado, prendas de ropa, relojes y muchos otros objetos cotidianos, también en el ámbito sanitario para identificar muestras, para el control de medicamentos o para el seguimiento de pacientes, e igualmente para controlar la participación en eventos deportivos, o el acceso a un determinado lugar, en pasaportes, en tarjetas de transporte, en el pago de peajes, para la identificación de mascotas, en el transporte de mercancías, etc. Véase GARRIGA DOMÍNGUEZ, A.; *Nuevos retos para la protección de datos personales en la era del Big Data y de la computación ubicua*, *Op. cit.*, p. 34.

²⁸ Son las llamadas «ciudades inteligentes» que están pensadas para incorporar tecnología que recoja datos y facilite la vida diaria, por ejemplo, en cuanto a tráfico o aforos. ZUBOFF, S.; *La era del capitalismo de la vigilancia*, *Op. cit.*, pp. 308 ss.

²⁹ Como se sabe la noción de panóptico se refiere a la arquitectura penitenciaria ideada por Jeremy Bentham (BENTHAM, J.; *El Panóptico*, trad. J. F. Valencia, Madrid, La Piqueta, 1979), y que Michel Foucault luego perfeccionó (véase por ejemplo FOUCAULT, M.; *Vigilar y castigar*, trad. A. Garzón del Camino, Buenos Aires, Siglo XXI Editores Argentina, 2002).

³⁰ DELEUZE, G.; «Postscript on the Societies of Control», oct. Vol. 59, 1992, pp. 1-7 (<https://www.jstor.org/stable/778828?seq=1>, última consulta: 21 de abril de 2021), en su versión española puede consultarse «Post-scriptum sobre las sociedades de control», *Polis. Revista latinoamericana*, núm. 13, 2006 (<https://journals.openedition.org/polis/5509>, última consulta: 21 de abril de 2021).

³¹ Se ha hecho alusión a la denominación «capitalismo postfordista» o «tecnocapitalismo» (por ejemplo NIETO MARTÍN, A. Y MAROTO CALATAYUD, M.; «Redes sociales en Internet y “data mining” en la prospección en investigación de comportamientos delictivos», en Rallo Lombarte, A. y Martínez Martínez, R. (coords.); *Derecho y redes sociales*, Madrid, Civitas: Thompson Reuters, 2010, pp. 207-258, en concreto p. 208. Personalmente prefiero la expresión de Shosana Zuboff «capitalismo de la vigilancia» (ZUBOFF, S.; *La era del capitalismo de la vigilancia*, *op. cit.*).

³² DELEUZE, G.; «Post-scriptum sobre las sociedades de control», *Op. cit.*, p. 1.

Como Deleuze, Zuboff piensa que el nuevo sistema de control no es tanto el del *Big Brother* de George Orwell que intenta poseer a los individuos mismos, su objetivo es controlar los medios de guía y modificación de las conductas del conjunto de individuos³³. El poder es ejercido por las empresas privadas poseedoras de la información y de los mecanismos de control de masas. Se sigue manteniendo la idea de que la información es poder, como decía Foucault³⁴, pero se diluye la tesis de que el poder es al mismo tiempo individuante y masificador, es decir que «forma un cuerpo con aquellos sobre los que ejerce al mismo tiempo que moldea la individualidad de cada uno de los miembros»³⁵. Las individualidades no importan en realidad en este sistema.

En esta misma línea, Byung-Chul Han trabajó antes y de manera muy lúcida lo que llamó el gran «panóptico digital»³⁶. Este autor afirma que «La sociedad digital de la vigilancia muestra una especial estructura panóptica. El panóptico de Bentham consta de celdas aisladas entre sí. Los residentes no pueden comunicarse entre ellos. Los muros hacen que los residentes no puedan verse. Con el fin de mejorar, son expuestos a la soledad. En cambio, los habitantes del panóptico digital crean una red y se comunican intensamente entre ellos. Lo que hace posible el control total no es el aislamiento espacial y comunicativo, sino el enlace en red y la hipercomunicación»³⁷. Con todo, lo más característico, afirma, es que el sujeto se vuelve anónimo.

³³ Este sistema también se ha relacionado con la obra distópica de Georges Orwell *1984*, aunque el poder instrumental del sistema es más parecido al sistema de la obra utópica de Walden Dos de Burrhus Frederick Skinner (véase ZUBOFF, S.; *La era del capitalismo de la vigilancia*, *Op. cit.*, pp. 495 ss.)

³⁴ FOUCAULT, M.; *Microfísica del poder*, trad. J. Varela, Madrid, Ediciones de La Piqueta, 1979, p. 177.

³⁵ Deleuze recuerda que, para Foucault, el origen de este doble objetivo estaba en el poder pastoral del sacerdote (DELEUZE, G.; «Post-scriptum sobre las sociedades de control», *Op. cit.*, p. 3).

³⁶ HAN, B.-C.; *En el enjambre*, trad. R. Gabás, Barcelona, Herder, 2014, p. 28. Id.; *La sociedad de la transparencia*, Barcelona, Herder, 2014, p. 89. También se ha llamado un «sistema de vigilancia líquida» (BAUMAN, Z. Y LYON, D.; *Vigilancia líquida*, trad. A. Capel, Barcelona, Paidós, 2013).

Ana Garriga hace referencia a que el panóptico digital tiene versiones como la del «banóptico» que haría referencia a cómo las tecnologías de la elaboración de perfiles, a través de la reconstrucción de las trayectorias individuales o sociales, marcan territorios o fronteras entre las poblaciones en riesgo para analizar y decidir quién es peligroso y por lo tanto quién ha de ser objeto de una vigilancia estricta, o el «superpanóptico», que se centraría en cómo en la sociedad de la computación ubicua, que se encuentra por todas partes, habrá cada vez más información disponible y posibilitará la vigilancia en tiempo real (GARRIGA DOMÍNGUEZ, A.; *Nuevos retos para la protección de datos personales en la era del Big Data y de la computación ubicua*, *Op. cit.*, p. 54).

³⁷ HAN, B.-C.; *En el enjambre*, *Op. cit.*, p. 100.

Ciertamente Zuboff ha sabido conectar muy bien esta nueva situación con la vieja idea encarnada de la denominada Física social³⁸, según la cual se pueden hacer predicciones y transformaciones sobre el comportamiento de grandes colectivos humanos si se utiliza adecuadamente la información que se genera en la interacción de esas personas en ciertos entornos como las redes sociales, móviles, tarjetas de crédito, etc... Es más, se considera que, gracias al factor innato de imitación (o incluso empático) del ser humano, si se introducen cambios en las interconexiones entre personas será más fácil transformar sus decisiones que si se actúa sobre ellas individualmente³⁹.

Todas estas ideas antiguas y nuevas en conjunción muestran una sociedad planificada que se ofrece como la anhelada sociedad eficaz y armónica, pero donde el riesgo es para la privacidad⁴⁰ y especialmente para la libertad y la igualdad de los individuos, cuyas decisiones son guiadas para su mayor predictibilidad y cuyos perfiles configuran sin pudor estereotipos sociales a los que pueden ser atribuidos de hecho privilegios y derechos, o que también pueden producir discriminación o marginación social. La creación de perfiles a través de los datos de la red es un sistema muy cuestionable, que genera una forma de determinismo contrario a la libre elección y que, en la práctica, afecta a los individuos en su vida diaria si encajan en la categoría de delincuente o terrorista o si están buscando obtener, por ejemplo, un crédito, un empleo o un seguro de automóvil⁴¹.

Estamos ante un sistema cuyo poder instrumentario prospera a costa de la naturaleza humana y amenaza con costarnos nuestra humanidad misma.

³⁸ Se trata de la denominación que en siglo XIX utilizó Henri de Saint-Simon, maestro de Auguste Comte, y que luego este renombró como Sociología.

³⁹ Estas son las ideas de Alex Pentland, director del laboratorio de Dinámica del MIT (véase PENTLAND, A.; *Social Physics: How Social Networks Make Us Smarter*, New York, Penguin Press, 2015, p. 69). En España siguen esta misma línea de las Ciencias Sociales Cuantitativas el Grupo Interdisciplinar de Sistemas Complejos (GISC) y el Instituto de Biocomputación y Física de Sistemas Complejos (BIFI, Universidad de Zaragoza).

⁴⁰ Ya en 1999, Reg Whitaker proclamó el fin de la privacidad al entender que este derecho fundamental era incompatible con el desarrollo de la sociedad de la información (WHITAKER, R.; *The End of Privacy*, Nueva York, The New Press, 1999, p.13). El concepto decimonónico de derecho a la intimidad ha quedado desfasado para explicar el nuevo fenómeno con el que nos encontramos (RUIZ MIGUEL, C.; «La nueva frontera del derecho intimidad», *Revista de Derecho y Genoma humano*, núm. 14, 2001, pp. 147-149). Ha surgido ahora un nuevo derecho de «autodeterminación informativa» (GUDIN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F.; *Nuevo Reglamento de protección de datos versus Big Data*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2018, p. 20).

⁴¹ GARRIGA DOMÍNGUEZ, A.; *Nuevos retos para la protección de datos personales en la era del Big Data y de la computación ubicua*, Op. cit., p. 68. Por ejemplo, se ha hablado de los «seguros conductuales» en el área automovilística que pueden activar castigos como subidas de precio, o límites de horarios o bloqueos de motor, o por el contrario dar recompensas como descuentos en la prima o vales y ventajas. Estos seguros están pensando extenderse también a otras áreas como la médica.

Desde mi punto de vista, esta nueva sociedad se ha generado gracias a la actividad humana de los individuos y tomando ventaja de su innata sociabilidad, pero se ha hecho efectivamente a expensas de ellos. Son unos pocos los que deciden quienes tienen acceso a la información y pueden participar o quienes están fuera y son controlados⁴². El problema no es la sociedad digital en sí, de la que por otra parte es ya imposible zafarse, sino las asimetrías extremas de conocimiento y poder que se han generado y que abolen derechos fundamentales al ser las vidas humanas transferidas y expropiadas unilateralmente para su transformación en medios de control social, sin que los individuos tengan conocimiento real de ello o exista mecanismo efectivo para combatirlo.

Cautiva como Zuboff explica con detalle el nacimiento de este sistema. Frente a la promesa digital de democratizar la información, el avance del sistema del capitalismo de la vigilancia fue impulsado por la necesidad de control y seguridad derivados de la situación del 11S, y en un momento en que el que la ideología neoliberal impregnaba todo el aparato político y jurídico a nivel internacional⁴³. Este panorama hizo que, hace un par de décadas, varias empresas y, a la cabeza de ellas, Google, transformaran el campo de minería de datos conductuales de las personas que arroja la red, puesto que esos datos ya no irían dirigidos a mejorar el servicio para los usuarios en sus búsquedas y se venderían con fines publicitarios, utilizándose para predecir los comportamientos individuales y configurando lo que se llamó eufemísticamente «publicidad dirigida». Por entonces, no existía ningún impedimento jurídico para que ello se llevara a cabo, a pesar de que se estaba violando una máxima fundamental: los individuos dejaban de ser fines en sí mismos para convertirse en medios para los fines de otros⁴⁴. Las vidas de los individuos empezaron entonces a ser convertidas en datos conductuales que luego se venden con el objetivo de que otros adquieran un mejor control sobre esos sujetos, y sin que los individuos tengan derecho *real* de decidir sobre la transferencia de esa información y cómo se utiliza.

Estamos ante una auténtica *cosificación* o *reificación* de los individuos⁴⁵. En este sentido, es una pena que Zuboff no se remita directamente a Axel Honneth y a su viejo concepto de reificación para hacer alusión a la tendencia instrumentalizadora o cosificadora en la vida moderna. Para Honneth, la reificación de las relaciones humanas olvida el reconocimiento de los otros y de uno mismo como seres dignos,

⁴² ESSIG, L.; *El código y otras leyes del ciberespacio*, trad. A. Alberola, Madrid, Taurus, 2001, p.67.

⁴³ ZUBOFF, S.; *La era del capitalismo de la vigilancia*, *Op. cit.*, pp. 147 ss.

⁴⁴ *Ibid.*; p. 125.

⁴⁵ El término «reificación» se traduce también por «cosificación», y nace en la Escuela alemana de Frankfurt. Véase HONNETH, A.; *Reification: A New Look at an Old Idea*, Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 17 ss.

y, con ello, la cooperación participativa se vuelve muy instrumental y vacía de emociones y sentimientos humanos⁴⁶. Esto supone una merma en nuestra autonomía, porque la plena autonomía solamente se alcanza a través del establecimiento de relaciones basadas en el reconocimiento mutuo, esto es, a través de un proceso intersubjetivo en el que, antes de la comunicación, el sujeto toma conciencia de sí mismo y de los demás como seres iguales y dignos.

La desposesión a la que estamos siendo sometidos los sujetos en la actualidad está siendo posible porque las empresas pioneras juegan con la inevitabilidad de este fenómeno, que avanza con mucha velocidad, y la habituación y dependencia de los usuarios, quienes ignoran muchas veces el funcionamiento del sistema y quienes creen en la gratuidad y beneficios de los servicios que les ofrecen, e igualmente a pesar de las múltiples demandas de incursión ilegal que pesa sobre estas empresas.

Uno de los mayores peligros es que el sistema no se circunscribe solamente a la publicidad dirigida y se está utilizando con otros fines políticos y sociales de control y modificación de las conductas, incluso ha traspasado las barreras del campo virtual para trasladarse al mundo real⁴⁷.

Se hace difícil una intervención decisiva porque el determinismo tecnológico sigue muy presente en la sociedad y parece que si se ponen límites a la tecnológica la sociedad no avanzará. Además, las empresas están creando todo tipo de artilugios personalizados que se introducen en las vidas de los individuos y que para poder funcionar necesitan del consentimiento para el tratamiento de datos conductuales, de tal manera que el usuario se ve obligado a rendirse para conseguir su óptimo funcionamiento.

Todos los datos voluntariamente cedidos o recogidos a expensas de las personas, luego son analizados y utilizados para influenciar o modificar conductas con técnicas muy sutiles y difíciles de detectar y que, incluso, juegan con aquellos esencias básicas del ser humano entroncados en las emociones y la empatía humanas. De esta manera, crece exponencialmente la vulnerabilidad de los sujetos al realizarse una total expropiación de su propia humanidad.

La solución no es prudente que venga de las propias empresas y sus políticas de privacidad⁴⁸. El Derecho tiene que empezar a regular

⁴⁶ Autoras como Judith Butler entiende más bien la propuesta de Axel Honneth como un deseo o ideal. Véase BUTLER, J.; «Taking Another's View. Ambivalent Implications», in Honneth, A.; *Reification: A New Look at an Old Idea*, Op. cit., pp. 97-119.

⁴⁷ Zuboff pone de ejemplo el juego de *Pokemon Go*. *Íbid.*; pp. 416 ss.

⁴⁸ En la actualidad, la última versión del sistema operativo de IOS de Apple permitirá que los usuarios opten porque las aplicaciones no guarden información alguna de la actividad de los usuarios, lo que sería una grave ofensa al propio sistema del capitalismo de la vigilancia. No obstante, ya se está advirtiendo que quizás la estrategia de Apple sea guardar ellos mismos un registro de esos datos y controlar el mercado de esa información. Véase la noticia: <https://elpais.com/tecnologia/2021-04-27/>

con más fuerza los espacios que hasta ahora están sin legislar y decida poner límites más contundentes en la red digital con el objetivo de *transformar* el capitalismo de la vigilancia. Si no es así, seguramente unos pocos acabarán detentando el poder sobre los individuos y decidirán quién decide y cómo. Se mermará la autonomía y libertad de elección así como la participación real en la vida privada y pública de los sujetos.

3. SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS Y LA INSUFICIENTE LIMITACIÓN JURÍDICA EN EUROPA PARA LA DEFENSA DE LA LIBERTAD Y LA AUTONOMÍA EN LA ERA GLOBAL TECNOLÓGICA

La normativa europea se considera una de las más avanzadas en lo que respecta a la protección de datos, así lo defiende, por ejemplo, la misma Zuboff. Sin embargo, hay ciertos aspectos muy criticables de esta regulación y que al final ofrecen la clave para combatir el sistema.

Esta normativa se ha ido forjando en sede judicial «caso por caso», y ha dado lugar a la positivización del derecho a la protección de datos como derecho fundamental de nueva generación distinto del derecho a la privacidad. Así aparece reconocido en el Convenio 108 del Consejo de Europa para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal (ratificado por España el 27 de enero de 1984), y también en la Carta Europea de Derechos Fundamentales, de 7 de diciembre de 2006. Además, en el ámbito europeo tiene relevancia el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales (RGPD) y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (DPD); la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos (y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo); y la Directiva 2011/24⁴⁹.

[deja-que-esta-aplicacion-le-rastree-las-nuevas-reglas-de-privacidad-de-apple-sacuden-el-mercado-publicitario.html](#) (última consulta: 28 de abril de 2021).

⁴⁹ Aunque no estoy de acuerdo con muchas de sus afirmaciones en el análisis, se puede consultar GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F.; *Nuevo Reglamento de protección de datos versus Big Data*, *Op. cit.*, pp. 27-28.

El objetivo de este trabajo no es realizar un análisis pormenorizado de las normas mencionadas, pero sí advertir de algunas conclusiones que se desprenden de la lectura del conjunto. Detrás de la regulación de los datos personales aparece una controversia importante entre la consideración de los datos personales como bienes intangibles a proteger a través de un derecho fundamental que entronca con la dignidad humana, y su consideración de bienes con valor económico en el mercado que pueden ser objeto de disposición por parte de su titular. Mientras en Estados Unidos los datos personales se han mercantilizado y son considerados *property rights*⁵⁰, en Europa la teoría es que entren en la órbita de un derecho fundamental independiente.

Con todo, en el ámbito europeo siguen existiendo contradicciones significativas, como sucede también en el contexto español con el traslado de esa misma normativa (así la Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía Digitales que entró en vigor el 6 de diciembre de 2018 y que adapta precisamente el Reglamento General de Protección de Datos europeo, vigente desde el 25 de mayo de 2018).

Desde el principio, el derecho a la protección de datos se ha ponderado en los diferentes contextos al comportar de hecho un valor de mercado importantísimo, es decir, que la cuestión ha sido siempre una cuestión de competencia, porque la obtención de datos personales permite a una empresa privada adquirir poder en el mercado. Por eso, el Convenio núm. 108 del Consejo solo supone un refuerzo a las autoridades para ejercer *cierto* control sobre lo que se considera un hecho consolidado, que es la mercantilización de las conductas convertidas en datos. Y por eso también los aspectos troncales del Reglamento de protección de datos de 2016 son la obtención del consentimiento, el deber de información, la obligación de notificar los fallos de seguridad, el registro de las actividades de tratamiento, o los derechos de los interesados que se circunscriben básicamente a los derechos ARCO (acceso, rectificación, cancelación y oposición), o al conocido derecho al olvido asociado a aquellos (TJUE Caso Google *versus* España).

En el mismo sentido se dirige el escudo de privacidad entre Europa y Estados Unidos (*EU-USA Privacy Shield*) para que las transferencias de datos comerciales sean más fáciles y seguras. O las diversas guías que existen de Google, o en España de la Agencia Española de Protección de datos.

La realidad es que el reconocimiento legal paulatino del empoderamiento del titular sobre sus datos personales está siendo la clave para su mercantilización. Una normativa, que se basa en el consentimiento informado o en la información al usuario de la elaboración de perfiles y las consecuencias que pueden tener, no es suficiente, porque se da por hecho lo que en la base es cuestionable: la cosificación a la

⁵⁰ Hay autores que optan por esta perspectiva, véase NAVAS NAVARRO, S.: «Datos personales y mercado», en Navas Navarro, S. (coord.); *Inteligencia artificial, tecnología, Derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 259-278, en concreto p. 264.

que es sometida la vida de los individuos y, por tanto, la cosificación de los individuos mismos.

No se ha resuelto aún la contraposición entre la consideración de los datos personales en clave de derechos fundamentales y la visión de los datos personales como derechos de propiedad y más parece que ambas visiones, aparentemente incompatibles, se han hecho converger, con los problemas que ello genera⁵¹.

El derecho fundamental a la protección de datos difícilmente va a proteger la dignidad de las personas cuando se traslada a ellas, que deben consentir o revocar un consentimiento, un peso imposible de soportar, ya que las empresas están en una situación de ventaja que juega, como he mencionado antes, con la difusión de la inevitabilidad del fenómeno digital, la habituación y la cada vez mayor dependencia de los usuarios a los servicios ofrecidos.

Asimismo, hay que insistir en que la vulnerabilidad de los individuos aumenta exponencialmente porque los datos son rescatados por empresas privadas que los venden sin realmente estar interesados en el fin para los que van a ser utilizados y que puede diferir del meramente comercial y, todo ello, bajo la consigna de guiar con medios sutiles (apenas perceptibles) las conductas de los usuarios en masa, de tal manera que aumente la predictibilidad de las mismas. En este sistema se vende la «personalización», pero la voluntad de los individuos se difumina completamente. Realmente, el dualismo individuo-colectividad se pierde.

El propio Estado está siendo seducido por las posibilidades ofrecidas por este sistema sin realmente ser consciente de la manipulación del nuevo poder, que es quien tiene la información, quien la maneja y guía a su antojo, que es en definitiva quién decide quien gobierna^{52,53}.

Es inquietante observar, además, que la labor de este poder esté únicamente dirigida a generar beneficios económicos y sea completamente indiferente a aspectos tan fundamentales como la dignidad humana, la libertad y la igualdad. Poco importa al sistema que se perpetúen estereotipos que discriminan a colectivos vulnerables o que se generen otros distintos que vuelvan a jerarquizar injustamente a la

⁵¹ En este sentido, véase VÍCTOR, J. M.; «The EU General Data Protection Regulation. Toward a Property Regime for Protecting Data Privacy», in *The Yale Law Journal*, 123:513, 2013 (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2317903, última consulta: 10 de mayo de 2021).

⁵² De hecho, se apela al sistema y los datos que este puede ofrecer para cuestiones penales (terroristas, asesinatos, etc...), aunque se haga con las garantías por ahora previstas por la ley. Véase por ejemplo ORTIZ PRADILLO, J. C.; *La investigación del delito en la era digital*, Castilla La Mancha, Fundación Alternativas, 2013.

⁵³ Por otra parte, la colaboración entre empresas privadas y Estado para el control y moldeamiento de las conductas es evidente en algunos países como China. Se trata del sistema llamado de reputación social que clasifica a las personas y establece premios y castigos. De todos modos, allí parece que el Estado se ha percatado de que el poder lo tienen que tener ellos y no las empresas privadas, creando un auténtico proyecto de Estado.

humanidad. Poco importa, en realidad, cómo se comporten, lo que digan o defiendan los individuos. Todo se instrumentaliza para un mismo fin: la eficiencia del conjunto que se conseguirá a través de la predicción de conductas.

El éxito de este sistema está garantizado porque no utiliza el terror, y esconde secretamente sus auténticas intenciones en un sistema en apariencia defensor de la libertad y la autonomía del sujeto que decide sobre su actividad, y de la comunicación y participación cada vez más fluida de todos dentro de un mundo digital con tremendas posibilidades para facilitar la tarea de las instituciones públicas, hacer más fáciles nuestras complicadas vidas, y permitir la diversión y el ocio que tanto anhela el ser humano en esta estresada sociedad.

Estamos ante una situación compleja en la que reina la incertidumbre en las relaciones sociales humanas, una sociedad aquejada por males cada vez más evidentes sobre el medio ambiente y cuyos instrumentos clásicos de política generan más que nunca desconfianza. Este escenario ha sido aprovechado por el sistema que ha ofrecido una aparente solución (como también, si se recuerda bien, la ofrecieron las ideologías totalitarias en su momento⁵⁴). El objetivo final es perseguir la certeza y la seguridad, es la eficacia social y se hace de manera más inteligente que el totalitarismo histórico en el que los derechos individuales de los sujetos deben ceder violentamente ante ese bien superior.

En la introducción, he hablado de la lucidez de las tesis comunitaristas como crítica al liberalismo clásico, no obstante, sería un despropósito permitir el desarrollo de una sociedad donde los individuos no son agentes participativos en la configuración de ese bien común superior. Se pueda hablar quizás de un nuevo colectivismo⁵⁵, respaldado paradójicamente por el neoliberalismo que conjuga invariablemente la libertad extrema de unos pocos frente a la necesaria subyugación del resto. Además, el bien superior de este nuevo sistema no es realmente una sociedad más armónica, eficiente o segura y ni mucho menos justa, en el sentido material del que hablamos de Justicia con

⁵⁴ No se puede dejar de citar a ARENDT, H.; *Los orígenes del totalitarismo*, trad. G. Solona, Madrid, Taurus, 1998.

⁵⁵ Zuboff cita la suerte de colectivismo de Pentland, pero también a Skinner (ZUBOFF, S.; *La era del capitalismo de la vigilancia*, *Op. cit.*, pp. 581 ss.), autor de la antes nombrada novela *Walden Two* (SKINNER, B. F.; *Beyond Freedom and Dignity*, Alfred A. Knof, Inc., 1971; en este trabajo se ha consultado la traducción española, Skinner, B. F.; *Más allá de la libertad y la dignidad*, trad. J. J. Coy, Barcelona, Martínez Roca, 1986, especialmente el capítulo «¿Qué es el hombre?», pp. 170 ss.).

<https://desarmandolacultura.files.wordpress.com/2018/04/skinner-b-f-mas-alla-de-la-libertad-y-la-dignidad.pdf> (última consulta: 12 de mayo de 2021). Críticas a esta visión: CHOMSKY, N.; «The case against B. F. Skinner», *New York Review of Books*, 30 de diciembre de 1971: <https://www.nybooks.com/articles/1971/12/30/the-case-against-bf-skinner/> (última consulta: 12 de mayo de 2021). Sobre el colectivismo ZUBOFF, S., *La era del capitalismo de la vigilancia*, *op. cit.*, pp. 668 ss.

mayúsculas. El bien superior es, como lo ha sido siempre, la eficiencia para la ganancia económica.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN: LA CRECIENTE VULNERABILIDAD DE TODOS EN LA SOCIEDAD POST-PANDEMICA DE SUJETOS NO PARTICIPANTES Y EL PAPEL DEL DERECHO

La pandemia mundial ha acelerado y garantizado el éxito del sistema del capitalismo de la vigilancia. Por una parte, se apela constantemente a la libertad frente a las restricciones y la sociedad digital es la plataforma por excelencia para ejercer esa libertad; por otra, se ansía con fervor seguridad frente a la incerteza social en todas las esferas de la vida. El nuevo poder a través de la tecnología se presenta como un modelo difuminador de los clásicos binomios y, por tanto, también del eterno dualismo libertad-seguridad al hacer creer erróneamente que concede ambos. Otorga libertad, pero la libertad brindada en la sociedad digital (dentro y también fuera de la red) es una ilusión generada por nuestra ignorancia, ya que es precisamente el ejercicio de esa libertad lo que se utiliza secretamente para nuestra subyugación. Igualmente se ofrece seguridad en un contexto donde la política y el Derecho parecen haber fracasado habiendo generado absoluta desconfianza, y donde la Ciencia ha ganado la batalla. Sin embargo, hay que tener presente el tipo de seguridad de la que se está hablando.

Como explica el profesor Javier de Lucas, la pandemia ha hecho que el valor de seguridad se transforme en una necesidad básica frente a la conciencia de vulnerabilidad humana⁵⁶. En este contexto la Ciencia se rodea «del aura de la necesidad racional, de la objetividad, de la capacidad de superar la limitación de los recursos y, por tanto, se presenta como el campo de conocimiento a posibilitar la realización del sueño proteico del dominio de la naturaleza y la eliminación de la lucha por esos bienes limitados»⁵⁷.

De Lucas se refiere a la Ciencia encaminada a la salud, pero se pueden rescatar esas mismas ideas y aplicarlas al sistema del capitalismo de la vigilancia al que le interesa que sea la Ciencia (en este caso las Ciencias Sociales Cuantitativas y el *Big Data*) y no la política ni el Derecho la que proporcione ideas de sociedades más eficientes, a la vez que respetuosas con el medio ambiente. Esas ideas son bien exhibidas al ser los que dirigen el sistema quienes tienen las informa-

⁵⁶ DE LUCAS, J.; «El Derecho frente a la pandemia. Un introducción», *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento jurídico*, Monográfico sobre Pandemia y Derecho, núm. 28, 2020, pp. 16-37, en concreto pp. 17, 19. En realidad, el objetivo principal del texto De Lucas es incluir la garantía de la vida saludable como contenido de la seguridad jurídica.

⁵⁷ *Ibid.*; p. 20.

ción y, por tanto, la autoridad para crear proyectos donde no hay por qué renunciar al modo de vida al que nos hemos acomodado (al modo de producción, distribución y consumo de bienes). De nuevo, el conocimiento y la información son poder.

No obstante, el mito de la Ciencia es fácilmente desmontable en cuanto no es posible afirmar la existencia de evidencias científicas definitivas. En este caso del que hablamos, las consecuencias de los errores de esa ciencia predictiva podrían ser de gran gravedad, ya que afectan a los seres humanos mismos. La naturaleza humana está juego en un sistema que mercantiliza y guía las conductas humanas y que, incluso, interviene en nuestras emociones y empatía.

Por eso, la pandemia conduce al mismo tiempo a otra reflexión bien distinta que creo que no ha sido suficientemente enfatizada: se debe repensar la seguridad como garantía de los bienes jurídicos que consideramos relevantes. En este caso del que hablamos, la cuestión clave está en la desmercantilización de nuestras conductas convertidas en datos. Si se desposee a los seres humanos de su dignidad, se acrecienta aun más su vulnerabilidad en la dimensión patogénica del concepto⁵⁸. Vuelvo a las palabras de Honneth, la cosificación o reificación de las relaciones humanas relega el reconocimiento de los otros y de uno mismo como seres dignos y la consecuencia es una merma en la autonomía, porque esta solo se alcanza a través de un proceso intersubjetivo de relaciones basadas en el reconocimiento mutuo.

El sistema del capitalismo de la vigilancia cosifica las relaciones humanas y, con ello, impide de entrada ese primer paso esencial para la construcción de las concepciones morales de los individuos sobre el bien y la vida buena. Sin reconocimiento de la dignidad humana, la comunicación se torna una tarea imposible.

Igualmente, el sistema actúa en un segundo paso en las propias relaciones intersubjetivas, utilizando mecanismos de guía de las

⁵⁸ Martha Albertson Fineman distingue tres dimensiones de la vulnerabilidad. En primer lugar, la vulnerabilidad es universal y una condición humana inevitable y constante en el ser humano. En segundo lugar, la vulnerabilidad se experimenta de forma diferente por cada individuo dependiendo de su contexto. Por último, la vulnerabilidad puede ser provocada por la estructura socio-política y económica, y no depender directamente de la condición humana. En suma, existen tres tipos de vulnerabilidades: la inherente, la contextual y la patogénica. Véase FINEMAN, M. A.; «Equality, Autonomy, and the Vulnerable Subject in Law and Politics», in Fineman, M. A. and Grear, A.; *Gender in Law, Culture, and Society: Vulnerability: Reflexions on a New Ethical Foundation for Law and Politics*, (England)/Burlington (USA), Surrey Ashgate Publishing Ltd, 2013, pp. 13-27, pp. 20 ss. Otros autores retoman, aunque con ciertas diferencias, esta división de Martha Albertson Fineman. Véase MACKENZIE, C.; «The Importance of Relational Autonomy and Capabilities for the Ethics of Vulnerability», in Mackenzie, C., Rogers W. and Dodds, S.; *Vulnerability: New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*, Oxford/ New York, Oxford University Press, 2014, pp. 33-59, pp. 33-59.

También *Id.*; «Three Dimensions of Autonomy: A Relational Analysis», in Piper, M. and Veltman, A.; *Autonomy, Oppression and Gender*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2014, pp. 15-41, pp. 15-41.

conductas que hacen que ese intercambio subjetivo de argumentos sobre las distintas concepciones sea mediado, a veces falseado, sin que los individuos sean conscientes de esa intervención y pensando que son realmente libres en sus decisiones. El poder instrumental del capitalismo de la vigilancia actúa de manera muy perspicaz precisamente allí donde la autonomía se despliega, utilizando en su provecho un concepto de libertad y autonomía que se forja en la relación con los otros, pero que todavía no ha calado en las concepciones de los propios individuos que, creyéndose más autosuficientes de lo que son, no son conscientes de la manera en que pueden verse viciadas sus decisiones.

Desde mi punto de vista, la política y, en especial, el Derecho han de ser el instrumento que brinde la seguridad relacionada con ofrecer garantías de derechos, además de certeza⁵⁹. Al fin y al cabo ambos son instrumentos que, a pesar de carecer de objetividad, al menos están basados en el consenso mutuo en torno a unos valores y unos derechos esenciales que quieren *asegurarse*. Es así que el Derecho debe perseguir ese sentido de seguridad, y que los individuos no sean cosificados ni sus conductas sean mediatizadas o guiadas, puesto que el fin del Derecho⁶⁰ es la dignidad de todos. La pandemia nos ha enseñado que somos vulnerables innatamente (vulnerabilidad humana), como cuerpos con necesidad de cuidado y, también, somos vulnerables en contextos en los que se niega nuestra dignidad y se impide nuestra participación (vulnerabilidad contextual y patogénica).

⁵⁹ Ciertamente, la aspiración y la base fundamental de la política y el Derecho ha sido siempre ofrecer certeza, aunque en realidad este anhelo no puede basarse en verdades objetivas, en mucha mayor medida todavía que la Ciencia que tampoco puede hacerlo. En el pensamiento antiguo de Platón la certeza la concedía el soberano a través de las leyes, puesto que era él quien tiene el conocimiento de la Verdad. Esta misma idea hizo triunfar a los sistemas despóticos, donde el gobierno sabe qué es mejor para el pueblo y, asimismo, es la idea que hizo en su momento triunfar a la Ciencia como saber de lo verdadero. No obstante, la certeza del Derecho tiene que ver más con un presupuesto del mismo Derecho y no tanto con un valor a perseguir por este. La seguridad como certeza es una condición *sine qua non* que hace referencia a la necesidad de normas claras, a la ausencia de contradicciones y el conocimiento de las mismas por parte de los sujetos que deben ajustarse a ellas. Según Gregorio Peces-Barba la seguridad actúa en tres dimensiones: en relación al origen del poder (legitimidad jurídica), al ejercicio del poder (procedimientos de decisión jurídica respecto a órganos y reglas) y al mismo poder (principios de organización y de interpretación del Derecho) (PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.; *Curso de derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 1999, p. 246). La seguridad como certeza es un presupuesto del Derecho, y se convierte en un fin (valor a perseguir) del mismo cuando hace referencia a la garantía de los derechos de los individuos.

⁶⁰ Los fines del Derecho a la manera de IHERING, R. VON; *El fin del Derecho*, Granada, Comares, Colección crítica del Derecho, 2011.

