

# La regulación como modalidad genérica de intervención pública. La regulación en la sociedad digital (Transformaciones en el derecho público y privado)

## Regulation as a generic form of public intervention. Regulation in the digital society (Transformations in public and private law)

TOMÁS DE LA QUADRA SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO  
*Catedrático Emérito Derecho Administrativo*  
*Universidad Carlos III*

Recibido:03.08.2023 / Aceptado:13.09.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.8060

**Resumen:** La creciente digitalización de la sociedad actual está dando lugar a problemas nuevos a los que el Derecho tiene que dar respuesta; las técnicas tradicionales silogísticas en las que basta con aplicar una norma clara y precisa a situaciones más o menos simples descritas en la norma no sirven ya. Ello lleva a aplicar técnicas de regulación utilizadas, hasta ahora, básicamente en el ámbito de la economía. Con las mismas se busca proteger los derechos de las personas en las nuevas situaciones en las que las tecnologías digitales hacen más difícil predeterminar en las normas las conductas permitidas o prohibidas. Se busca proteger también la democracia misma y el funcionamiento de un sistema económico en el que la libre y leal competencia es un elemento esencial.

Las primeras respuestas del Derecho de carácter regulatorio al inevitable proceso de digitalización de la sociedad actual las encontramos en el ámbito de la protección de datos; pero a ellas le están siguiendo las relativas a la inteligencia artificial o a los denominados neuro-derechos, entre otras. Esa extensión de técnicas regulatorias en ámbitos distintos del económico implica una transformación del Derecho. Para empezar del Derecho público al encomendar a autoridades administrativas independientes la vigilancia, supervisión y control en primera instancia del respeto a las reglas y principios en materias tales como la libertad de expresión y opinión, la información, la intimidad, etc, sin olvidar las últimas fronteras de una eventual transparencia de nuestros comportamientos y sentimientos a partir del acceso al sistema neuronal del cerebro. Pero ello afecta también al derecho privado y mercantil en la medida en que aspectos como la identidad, el nombre, la herencia, la publicidad o la comercialización de bienes y servicios queda afectada por la posesión monopólica de datos.

La interferencia de las nuevas autoridades administrativas independientes viene determinada especialmente por la apelación y remisión cada vez más intensa - desde las reglas y principios del Derecho - a ciencias, conocimientos o prácticas ajenas (*aliunde*) al Derecho, aunque metabolizadas por él. Esa ajenidad es lo que exige acudir a agencias administrativas no integradas solo por juristas, sino por expertos en otras ciencias o conocimientos, que acabarán abriendo el camino y condicionando las respuestas que jueces y magistrados finalmente darán en los procesos y conflictos entre partes que se sometan a su conocimiento.

**Palabras clave:** Sociedad digital y derechos, sociedad digital y democracia, sociedad digital y competencia, transformaciones del Derecho público y privado, respuestas transnacionales a la sociedad digital, protección de datos, inteligencia artificial, intimidad, derecho al olvido, Carta de derechos digitales.

---

\* Este trabajo es en lo sustancial la aportación realizada por su autor al Libro Homenaje al profesor José Eugenio Soriano.

**Abstract:** The increasing digitalization of today's society is giving rise to new problems to which the law has to provide answers; the traditional syllogistic techniques in which it is sufficient to apply a clear and precise rule to more or less simple situations described in the rule are no longer useful. This leads to the application of regulatory techniques used, until now, basically in the field of economics. The aim is to protect the rights of individuals in new situations in which digital technologies make it more difficult to predetermine in the rules what conduct is permitted or prohibited. It also seeks to protect democracy itself and the functioning of an economic system in which free and fair competition is an essential element.

The first regulatory legal responses to the inevitable process of digitalization of today's society are to be found in the field of data protection; but these are being followed by those relating to artificial intelligence or the so-called neuro-rights, among others. This extension of regulatory techniques into areas other than the economic sphere implies a transformation of the law.

Transformation of public law first of all by entrusting independent administrative authorities with the supervision, monitoring and control of respect for rules and principles in matters such as freedom of expression and opinion, information, privacy, etc., without forgetting the final frontiers of a possible transparency of our behavior and feelings based on access to the brain's neuronal system. But this also affects private and commercial law insofar as aspects such as identity, name, inheritance, advertising or the marketing of goods and services are affected by the monopolistic possession of data.

The interference of the new independent administrative authorities is determined especially by the increasingly intense appeal and referral - from the rules and principles of law - to sciences, knowledge or practices alien (*aliunde*) to the law, although metabolized by it. It is this alienness that requires recourse to administrative agencies made up not only of jurists, but also of experts in other sciences or knowledge, who will end up paving the way and conditioning the answers that judges and magistrates will finally give in the processes and conflicts between parties that are submitted to their knowledge.

**Keywords:** Digital society and democracy, digital society and competition, transformations of public and private law, transnational responses to the digital society, data Protection, artificial intelligence, privacy; right to be forgotten, digital Bill of Rights.

**Sumario:** I. Introducción. II. La regulación de la protección de datos como única reflexión constitucional de relación de la sociedad digital con el Derecho. III. La constatación de una inquietud global y generalizada por llevar a nivel constitucional la regulación de las relaciones producidas en entornos digitales. IV. La carta española derechos digitales y la declaración europea de la regulación de la protección de datos y algunas de sus características. V. La regulación en otros ámbitos de la sociedad digital en reglamentos europeos. VI. La dimensión regulatoria de los mecanismos de solución de conflictos en la sociedad digital y las autoridades interpuestas en muchos casos.

## I. Introducción

1. La reflexión sobre el concepto, alcance y significado de la regulación como un modo de intervención pública característico de nuestro tiempo se viene haciendo en el ámbito jurídico por referencia, sobre todo, a la actividad económica y en relación básicamente con aquellos sectores económicos que han sido objeto de liberalización<sup>1</sup>. Sin embargo, cada vez más se extiende a otros ámbitos

<sup>1</sup> Vid. sobre el Derecho de la Regulación Económica la colección en X tomos dirigida por el profesor MUÑOZ MACHADO de IUSTEL "Derecho de la Regulación económica". Especialmente el tomo I sobre Fundamentos e Instituciones de la Regulación. En el primer capítulo de MUÑOZ MACHADO, Santiago "Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica" el autor califica la regulación económica como una función pública o modo de intervención pública que no consiste tanto en producir normas, como en una actividad continua de seguimiento y supervisión de una actividad, ordenación del sector de que se trate, resolución de controversias y poder sancionador. Pag 111 y ss. También en dicho primer tomo M. DARNACULLETA I GARDILLA, M. MERCÉ RE "Recepción y desarrollo de conceptos y fórmulas de la regulación" distingue entre un concepto estricto de regulación (la regulación económica) y un sentido amplio como toda forma de intervención estatal tendente al cumplimiento de fines públicos. También el artículo de J. E. SORIANO GARCÍA "Regulación e intervención administrativa" en El Cronista del Estado Social y democrático de Derecho" n°19, págs 40 a 53.

del Derecho no conectados directa o exclusivamente con tal actividad económica. Lo relevante es que la ampliación del campo de aplicación de la regulación y de sus técnicas a nuevos ámbitos, así como la remisión cada vez más frecuente e intensa desde la regulación a ciencias, conocimientos o prácticas ajenas al Derecho (*aliunde* al Derecho) -aunque metabolizadas por él – se constata tanto en el plano interno como en el internacional ( o por ósmosis transnacional) por lo que podría considerarse como expresiva de una transformación del método y concepto mismo del Derecho que afecta tanto al Derecho público como al privado.

2. En cierto modo para describir la regulación se tiende a contraponerla con esa otra forma de intervención pública en que consiste la defensa de la competencia. De esa contraposición se concluye que la regulación es una forma de intervención pública *ex ante* en el sentido de que es condición de existencia de que el mercado y la competencia sean posibles en ámbitos de actividad que por ser monopolios naturales (actividades en red y grandes costes hundidos) no pueden existir si no es mediante la regulación previa. En eso se diferenciaría la regulación de un Derecho de la competencia en el que las condiciones de mercado y competencia pre-existen de modo natural o casi espontáneo, aunque ocurra que, en su devenir posterior (*ex post*), pueden darse conductas que alteren y modifiquen las condiciones naturales de mercado y competencia pre-existentes.

Esa diferencia de perspectiva – *ex ante* y *ex post* – conlleva también la de los instrumentos de cada forma de intervención, pues en tanto que en la primera forma de intervención predominan los actos de prefiguración del mercado y competencia estableciendo las condiciones de entrada, funcionamiento y relaciones de los distintos operadores, en la de defensa de la competencia predomina la actividad sancionadora. Formas de predominio que ciertamente no excluyen otras.

3. En todo caso no puede olvidarse que en ambas concurren dos rasgos importantes. El primero el de la presencia de una Administración que es quien, en primera instancia y sin perjuicio del posterior control de los Tribunales va a definir lo que se puede o no hacer. El segundo que esa determinación de lo que se puede o no hacer (ya sea para establecerlo *ex ante* o para determinar *ex post* qué no ha sido respetado y, sin embargo -pese a no estar establecido con precisión previamente- tenía que ser respetado) no resulta inmediatamente de la letra de la Ley, ni siquiera siempre de los principios generales del Derecho. Resulta de la remisión a otros conocimientos, ciencias, prácticas, etc. *aliunde* al Derecho de los que hay que extraer la regla de conducta. Elementos *aliunde* que se juridifican de alguna forma por la remisión expresa o implícita que a ellos se hace desde los instrumentos normativos tradicionales (leyes, reglamentos, principios o doctrina del Tribunal Supremo).

4. Este segundo rasgo cobra toda su importancia cuando se constata que el desvelamiento desde esos ámbitos *aliunde* de lo que se debe hacer – la conducta a imponer a los operadores en el sector de que se trate - no la hace el legislador en sentido amplio (ley o reglamento), sino la Administración pública, aunque se trate, generalmente, de una Administración independiente con determinadas características que la diferencian de la Administración clásica.

Pues bien, es este segundo rasgo el que permitiría focalizar el elemento que a nuestro juicio mejor caracteriza la singularidad de lo que la regulación es o está acabando por ser. Elemento que no es otro que la lábil relación de la actividad reguladora con el principio de legalidad en la medida en que una Administración, generalmente independiente, es la que tiene que determinar los elementos concretos de lo que se puede o no hacer y cómo se ha de hacer por los operadores del sector de que se trate, sin que los instrumentos normativos tradicionales le den más que indicaciones generales con remisión a saberes, prácticas o ciencias no, por sí mismas, jurídicas.

5. El Derecho de la regulación supone, así, en cierto modo una transformación del modelo tradicional de Derecho en la medida en que la determinación precisa de las reglas de conducta sobre lo que se puede y debe hacer no están en el marco normativo tradicional ( o, al menos, no están con la claridad con la que suelen estarlo en otros campos del Derecho, ni siquiera contenidos tampoco en conceptos jurídicos indeterminados) sino que se entregan a una Administración independiente para que - con ayuda

de ciencias, técnicas y conocimientos *aliunde* - precise de forma muy sustancial el incompleto, silente o enigmático marco normativo.

6. Pues bien, este último rasgo de la función regulatoria no solo se da en las actividades económicas propiamente reguladas, sino que se empieza a dar también con frecuencia en otros sectores como es el caso de la protección de datos o las nuevas tecnologías que tienen que ver con los avances tecnológicos que vienen configurando una sociedad digital. Es el caso de la inteligencia artificial, las redes sociales, las nuevas formas de comunicación, los neuro-derechos, etc., que plantean nuevos retos al Derecho que éste parece que en gran medida se apresta a afrontar echando mano de técnicas que podríamos denominar regulatorias al interponer entre el *sistema* normativo clásico y su aplicación nuevas autoridades independientes a lo largo y ancho de los más diversos sectores de actividad<sup>2</sup> con remisión a técnicas y conocimientos *aliunde* en muchos casos al sistema normativo clásico.

7. De eso trata el presente trabajo, de cómo las técnicas regulatorias que en principio parecían acantonadas en el ámbito de la economía y de las actividades económicas liberalizadas, se propagan en cierto modo por otros ámbitos en los que no es ya la preservación de la competencia lo que está en juego, sino el equilibrio y ponderación entre derechos que comienza a verse alterado por el surgimiento de escenarios digitales nuevos que al trastocar los viejos equilibrios en que estábamos acostumbrados a hacer tales ponderaciones se exigen nuevas formas de presencia de la Administración en territorios antes dejado a la reacción individual de los ciudadanos que solo tenían a su disposición los jueces.

8. El porqué de ese trastocamiento de los equilibrios tradicionales y las demandas de presencia administrativa es el objeto de los siguientes apartados si bien se empieza por recordar cómo en nuestra Constitución sólo se afronta en un artículo la eventual dificultad que pudiera presentar la relación de las nuevas tecnologías – especialmente de las digitales - con el Derecho en el artículo 18.4 sobre la limitación por la Ley del uso de la informática (II), siendo en el campo de la protección de datos en el que, junto a las normas de fondo, aparece por primera vez la necesidad de una autoridad independiente que, al interponer una Administración entre los particulares en conflicto, saca el Derecho de los datos del ámbito tradicional en que los tribunales detentan en exclusiva el monopolio de resolver las controversias entre particulares. En otros países no siempre existe en el nivel constitucional tal previsión de protección de datos, pero sí se puede constatar la existencia en los últimos años de una inquietud generalizada a nivel global que provocan las nuevas tecnologías digitales y su aplicación y que llevan a demandar en ocasiones el tratamiento a nivel constitucional de dichas cuestiones (III) y no solamente en el campo de los datos y su protección. A esa inquietud se la han querido dar muchas respuestas de las que merece detenerse en dos: una en el ámbito europeo (la Declaración de principios y derechos de enero de 2022) y otra en España (la Carta de Derechos digitales) que no pretenden todavía llevar a nivel constitucional la respuesta directamente aplicable (IV). La aplicación de técnicas propias de la sociedad digital en muchos otros campos – inteligencia artificial, redes sociales, neuro-derechos, etc. – está propiciando toda una normativa europea que, probablemente en buena parte por la complejidad técnica, tiende a interponer la presencia de nuevas autoridades que tienen que determinar lo que está bien y lo que está mal; es decir lo que se puede o no hacer (V). Y lo hace no solo con base en las reglas y principios recogidos en la legislación convencional (leyes y reglamentos), sino también con remisión a prácticas, técnicas o conocimientos *aliunde* o ajenos en principio al Derecho, aunque este acabe colonizándolos.

9. En definitiva se está ampliando el campo de lo que se venía a llamar regulación, pero ahora no constreñido a sectores económicos para la preservación de la competencia, sino en otros ámbitos distintos para la ponderación de derechos y libertades (VI) lo que lleva a constatar un cierto surgimiento de técnicas (que podrían ser calificadas de regulatorias) en el ámbito de la ordenación de actividades en el mundo digital caracterizadas por confiarse a nuevas administraciones - generalmente independientes

<sup>2</sup> Vid. para una visión general de los distintos sectores y actividades afectados por la digitalización la obra colectiva “Sociedad digital y Derecho” Dir. Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo y Jose Luis Piñar Mañas; Ed. BOE y Red.es

y con fines de ponderación de derechos en juego - la determinación de lo que se puede o debe hacer. Y todo ello sin que las normas clásica (reglas y principios) ofrezcan siempre con el detalle oportuno la determinación de lo permitido y prohibido.

## II. La regulación de la protección de datos como única reflexión constitucional de relación de la sociedad digital con el Derecho

10. Nada hay en nuestra Constitución que nos permita atisbar que la misma concibiera la necesidad de afrontar específicamente la cuestión de la relación del Derecho o los derechos con la tecnología, aunque hay un atisbo de sus complejas relaciones de los derechos con alguna de ellas, al menos, desde la perspectiva de los derechos fundamentales cuando detecta eventuales peligros derivados del uso de la informática en el artículo 18.4 al deferir al legislador la tarea de limitar el uso de la informática para garantizar “*el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos*”. La informática era, pues, el primer catalizador de algunos eventuales riesgos que el constituyente intuía que podían afectar a unos concretos y específicos derechos. Se trata de la primera vez que una norma objetiva como es el artículo 18.4 – de rango constitucional nada menos – se siente impulsada a imponer al legislador la obligación de limitar el uso de la informática<sup>3</sup>.

11. No se menciona a ningún sujeto responsable – a ninguna persona como centro de imputación de responsabilidad – a la que se le impongan límites o responsabilidades. Bien al contrario, la eventual agresión parece objetivarse en el uso de la informática. Nunca hasta ese momento se había considerado que hubiera que imponer al legislador la labor de garantizar el uso de los cuchillos o de las armas de fuego en garantía del derecho a la vida o la integridad física. Bastaba el “*alterum non laedere*” del Derecho romano para saber que no es posible utilizar ningún instrumento para hacer daño a los demás.

Con la informática es cuando por primera vez comienza sentirse de forma intuitiva y casi inconsciente que las nuevas tecnologías empiezan de algún modo a independizarse del hombre que las maneja y a crear, por sí mismas, riesgos que deben ser conjurados; para ello no parece que baste con dar por supuesta la existencia de obligaciones genéricas para toda persona de no hacer daño a los demás, sino que se hace necesario señalar al instrumento mismo que se pone en las manos del hombre. No basta, pues, con el mandato general de no hacer daño a otro.

Parece que se toma conciencia en el siglo XX de que la vieja fantasía del aprendiz de brujo que Goethe inmortalizara<sup>4</sup>, ha dejado de ser tal fantasía y que ahora no se trata de los magos o brujos que inquietan al hombre desde siempre<sup>5</sup>, sino de realidades que, aun no perfectamente perfiladas, se tiene ya la certeza de que pueden perjudicar a la humanidad<sup>6</sup>. No basta con dejar en manos de la persona la determinación de cómo emplea los nuevos instrumentos, es necesario que sea la colectividad la que determine cuáles son los límites del empleo de las nuevas posibilidades del uso de la informática.

---

<sup>3</sup> Vid. sobre la protección de datos y su regulación en España, Piñar Mañas, José Luis en “Protección de Dato” Lección 7 en “Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo” coord. por Tomás Cano Campos, Vol. 7, 2009 pag. 191 y ss. También sobre la primera Ley española el capítulo del autor del presente trabajo sobre “La primera ley española de protección de datos (LORTAD) y el proceso de su elaboración” en la obra “20 años de protección de datos en España” ed. Agencia Española de Protección de datos, 2015, págs. 27 y ss.

<sup>4</sup> En la obra del mismo nombre, “El aprendiz de brujo”

<sup>5</sup> El argumento del aprendiz de brujo aparece ya en Luciano de Samosata (siglo II d.C.) en el “Philopseudés” o “El aficionado a la mentira” con un tema muy parecido al que Goethe reproduce, aunque situado en Egipto (Menfis) y donde al agua que amenaza con inundar todo es la consecuencia de pretender copiar las palabras o conjuros pronunciados por Pánocrates, sacerdote egipcio; palabras que alguien oye o roba a escondidas sin que sepa después cómo parar los efectos que se desencadenan.

<sup>6</sup> En el ámbito internacional existía la misma convicción expresada en documentos internacionales premonitorios pero poco precisos. Así la Recomendación 509/68, del Consejo de Europa recogía esa inquietud con características más bien primitivas y poco elaboradas. En alguna medida lo mismo ocurre con está la Ley del *Land de Hessa* de 1.970, la Ley Federal alemana de 1.977 o la *Privacy Act* de 1.974 americana. El propio Convenio 108 del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal dista de ser muy preciso.

**12.** El tratamiento así objetivado de las nuevas tecnologías – de la informática en este caso – dejando de confiar en la persona misma y en los límites genéricos que a ésta afectan, para centrarse y determinar objetivamente sus usos, marca el cambio que se intuye en la relación del hombre con las máquinas o la tecnologías. Es solo una intuición que se percibe en ese cambio de acento de lo subjetivo a lo objetivo o funcional, pero que se muestra con imprecisión en cuanto a lo que se quiere proteger: todavía los derechos individuales bastante clásicos – intimidad y honor personal y familiar – aunque con una apertura que no dejó de suscitar dudas y vacilaciones en su momento – el pleno ejercicio de sus derechos<sup>7</sup>- aunque siempre referido a la persona.

**13.** En todo caso la evolución y difusión de las tecnologías digitales obligan a una constante reconsideración de los derechos y su alcance y ponderación con otros (derecho a la información, a la salud, a la investigación, etc.) para dar solución a conflictos a los que generalmente el legislador nunca se adelanta. Conflictos cuyo origen está en que la delimitación de los derechos en conflicto – como a la protección de datos y el derecho a la información – merecen soluciones diferentes cuando los contextos son diferentes. Es el caso del “derecho al olvido” de creación jurisprudencial en España y UE - merced a decisiones de la Agencia Española de Protección de Datos, y las sentencias posteriores de los tribunales españoles y de la UE- hasta su consagración en el artículo 17 del Reglamento de Protección de datos<sup>8</sup>.

**14.** El “derecho al olvido”, en realidad, preexistía y por eso fue reconocido, primero jurisprudencial y luego legalmente , aunque no se puedan desconocer rasgos novedosos. Tal derecho tiene la cobertura del derecho a la protección de datos que, al ser concebido como un derecho autónomo, no deja de estar vinculado con otros que incluyen el honor, la imagen, la intimidad y el pleno ejercicio de los derechos. Esa vinculación –incluso dependencia– está presente en el artículo 18.4 de la Constitución española, pero su reconocimiento por el Tribunal de Justicia en la Sentencia del 14 de mayo de 2014, aunque se basa en esos derechos preexistentes, supone ciertamente un paso más en su protección y, en cierto modo, una novedad.

En el equilibrio entre el derecho a la información y el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, la cuestión radica en saber en qué medida una noticia cierta y publicada legítimamente en el pasado, pero que afecta negativamente a una persona (tal fue el concreto caso – *Costeja* – en que se proclamó), le puede perseguir de por vida, merced a que los buscadores la hacen accesible a cualquiera.

**15.** Tradicionalmente esa persona estaba protegida por los elementos de tiempo y espacio, y por la flaqueza de la memoria de los más próximos y contemporáneos, de forma que podía continuar con su vida, y cambiar y mejorar su imagen con el transcurso del tiempo y con su correcto hacer. Y ello, pese

---

<sup>7</sup> La referencia al “pleno ejercicio de los derechos”, no figuraba en el primer borrador de la Constitución sino que se incorpora en virtud de una enmienda que hace el de Grupo Convergencia y Unión, y que apoyan la mayor parte de los grupos. Probablemente no se supiera entonces con toda precisión qué significaba o cuál es su sentido y alcance de esa remisión al Pleno uso de los derechos, pero dejó una ventana abierta al futuro, más allá incluso de lo que pudieran considerar sus promotores y defensores. Roca Junyent, al defender la enmienda hizo una alusión que ayuda a ver por dónde va esa idea del “pleno ejercicio de los derechos” cuando pone el ejemplo del ciudadano que *“deseando constituir una asociación o promocionar una reunión , o bien practicar una actividad económica, encuentre que, por razón de una información de la que él no es conocedor y respecto de la cual no puede incluso ni pronunciarse en muchas ocasiones, se limita de tal manera el ejercicio de los derechos que se ve colocado en una situación de inferioridad y desigualdad frente a los ciudadanos”*. Más clara podía resultar, para conocer la idea y voluntad del constituyente, la intervención del Diputado Martín Toval, que trae a colación algo que había ocurrido un año antes en Francia donde el Ministerio de Interior francés había anunciado su voluntad de hacer un sistema de ficheros – el programa “safari” bien sugerente de cacería -- donde constasen todo tipo de datos e informaciones de los ciudadanos, sus multas, sus sanciones, sus enfermedades, etc.. Aquella iniciativa fue objeto de un debate en la Asamblea francesa y no prosperó. Ese ejemplo lo pone el diputado citado como muestra del alcance de esa referencia al “pleno ejercicio de los derechos” apoyando la enmienda de Minoría catalana, porque considera que además de la intimidad y el honor lo que está en cuestión es el pleno ejercicio de los derechos ante un Estado que puede pretender conocer todo de la vida privada o pública y tomar decisiones que limiten los derechos de los ciudadanos que pueden ignorar todas esas informaciones que tienen los poderes públicos y pueden ser el fundamento de sus decisiones. Solé Tura termina de apoyar la enmienda con argumentos similares y con referencia a la necesidad de controlar a los controladores.

<sup>8</sup> Reglamento (UE) 2016/679 de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos)

a que en las hemerotecas clásicas –basadas en el papel impreso– lo publicado permanecía sin límite de tiempo (con las respectivas rectificaciones) y cualquiera podía acceder a ellas sin mayores impedimentos, aunque con la barrera de la dificultad de su búsqueda manual. En cambio, cuando de la hemeroteca en papel se pasó a los buscadores digitales que permiten rastrear todo lo que ha sido publicado y pasado a soporte electrónico, nos encontramos con el derecho al olvido, pues el derecho a la información no es igual para el soporte (papel o digital) o para el medio (hemeroteca o buscador electrónico) empleado.

Hay, pues, una diferencia en la ponderación de dos derechos: por una parte, el derecho a la información, y por otra, el derecho a la protección de los datos, la intimidad, la imagen, el honor y el libre ejercicio de los derechos. La diferencia radica en que en el mundo tradicional el tiempo, el espacio y la flaqueza de la memoria (más la dificultad de la búsqueda pasado el tiempo) suponían una barrera y una protección suficientes que la sociedad digital abatió, como reconoció la exposición de motivos de la primera Ley Orgánica española 5/1992 de protección de datos. En la decisión de reconocer el derecho al olvido hay una cierta opción –una opción ética, podríamos decir– acerca del mundo que queremos: un mundo en el que determinadas acciones o errores del pasado pueden marcar de por vida a la persona y dificultar la regeneración o redención de sus errores, defectos y actos rechazables o, por el contrario, un mundo en el que el libre desarrollo de la personalidad y la libertad de configuración del futuro –la libertad para ser mejores sin que el pasado constituya una carga que lo impida– siga siendo posible pese a lo ocurrido en otra época.

En la sociedad digital los datos persiguen a las personas durante toda la eternidad y petrifican su imagen, su honor y su intimidad sin que lo puedan cambiar, de lo cual se pueden derivar dificultades para el pleno ejercicio de sus derechos (art. 18.4 Constitución española) y, por tanto, para el pleno desarrollo de la personalidad (art. 10.º Constitución española).

**16.** La opción por el olvido –al margen de determinadas tradiciones religiosas sobre el perdón que la propician– no es completamente nueva, pues ya había sido asumida por el derecho positivo y, en determinados ámbitos, en la legislación de muchos países antes del advenimiento de la sociedad digital. Es el caso de los antecedentes penales de los condenados por delitos –que se pueden exigir para acceder a determinados empleos– para los que, transcurrido un tiempo sin haber vuelto a incurrir en delito alguno, se expiden limpios con la finalidad de favorecer su reinserción y animarlos a permanecer en el respeto a la ley.

**17.** La jurisprudencia de la Corte de Luxemburgo, que reconoció el derecho al olvido en el caso *Costeja*, se basó para hacerlo en los valores y derechos presentes en las normas europeas sobre protección de datos. Pero, tratándose de datos verdaderos e incluso públicos, resolvió la improcedencia de su eterna localización por los buscadores, limitando así el derecho a la información sobre datos verdaderos de una persona que termina cuando, por el tiempo transcurrido, la información deja de ser pertinente y adecuada al motivo original de su difusión y afecta negativamente su imagen, su honor o su intimidad y el libre ejercicio de sus derechos

**18.** Habría que reconocer que hay ciertamente algo de reconstrucción de derechos –y por tanto de novedad– en la acción realizada por un Tribunal de Justicia que, aun aportando algo nuevo, no deja de tener el amparo de derechos fundamentales tradicionales, por más que llegue a soluciones distintas según se trate de soportes tradicionales (papel) o soportes accesibles por buscadores digitales. Sin embargo, el Tribunal no se ha transformado en legislador, sino que, sobre la base de los principios y los valores presentes en las normas, ha dado una respuesta diferente a la articulación de derechos contrapuestos, sobre la base de que los presupuestos de hecho y los datos en presencia son diferentes.

No hay trato desigual al dar soluciones diferentes en función del soporte y los medios de búsqueda de la información; y no hay trato desigual puesto que las situaciones no son las mismas en el mundo del papel que en el mundo digital. Por tanto, para mantener la igualdad en situaciones diferentes se exige brindar soluciones diferentes; soluciones que, al final, igualan la posición de la persona en los dos mundos: una protegida por el tiempo, el espacio y la flaqueza de la memoria, y otra, protegida por el derecho al olvido. Ambas consiguen el mismo efecto.

19. Esa reconstrucción de los derechos tradicionales en los nuevos contextos digitales no deja de ser tarea de los Tribunales, pero las complejidades técnicas involucradas demandan la necesaria o conveniente intervención legislativa. El ordenamiento infra-constitucional será quien vaya reconstruyendo y encajando pretorianamente, caso a caso, la relación del ser humano y la sociedad con las nuevas tecnologías. Sobre todo con la convergencia de todas ellas; sobre cuya conjunción ejerce de catalizador la digitalización de programas de ordenador y de la información y de las redes de comunicaciones electrónicas.

20. Es esa convergencia precisamente lo que lleva en la actualidad a las demandas de constitucionalización de todo lo que tiene que ver con la sociedad digital, una vez que se constata que el desarrollo de la informática acaba convergiendo con otros muchos desarrollos y avances que se producen en otros campos distintos y separados como la biotecnología, la nano-tecnología, las telecomunicaciones o las ciencias cognitivas, por no citar sino las más importantes. Campos separados y distintos pero conectados - íntima o instrumentalmente - mucho más de lo que se podía sospechar. Muchos avances en el campo de la biotecnología, del genoma, de la nanotecnología, de las telecomunicaciones, etc. están basados en el empleo de instrumentos y medios electrónicos de investigación y conexión cuyo funcionamiento sólo es posible al estar construidos a partir de la digitalización y empleo de software capaz de penetrar allí donde los medios o instrumentos analógicos difícilmente podían llegar.

21. Así de la protección de determinados derechos fundamentales del individuo frente al uso de la informática, arribamos a un escenario mucho más amplio en que ya no son solo los derechos individuales los afectados -para bien o para mal - sino la vida colectiva social y política<sup>9</sup>.

### **III. La constatación de una inquietud global y generalizada por llevar a nivel constitucional la regulación de las relaciones producidas en entornos digitales**

22. El punto de partida de la reflexión sobre cómo se aborda la relación del Derecho o los derechos fundamentales con la sociedad digital puede comenzar con la descripción de una corriente de opinión extendida por muchos países a lo largo del planeta sobre la necesidad de llevar a nivel constitucional previsiones en relación con los problemas derivados de la protección de los derechos y libertades frente a las nuevas tecnologías digitales y su empleo generalizado. Se trata en este apartado solo de constatar ese hecho, pero se trata de un hecho que tiene consecuencias en la medida en que la inquietud que suscita - dejando ahora de lado si está justificada o no - no es otra que la sensación de que los derechos y libertades, tal como se han formulado tradicionalmente hasta la fecha, no garantizan de modo suficiente los derechos. Son muchas las iniciativas surgidas de la sociedad civil - especialmente desde asociaciones, foros y ONG's aunque también de individuos - que desde hace más de 20 años vienen reclamando o haciendo directamente Declaraciones de Derechos en Internet o de derechos digitales o de Constituciones digitales. Tales iniciativas han tenido eco en el mundo político y han sido objeto de distintas iniciativas institucionales en forma de Declaraciones o textos legales.

23. Empezando por estos últimos deben recordarse en primer lugar la Declaración de Derechos en Internet de la Cámara de Diputados Italiana de 26 de junio de 2015; la Ley brasileña nº 12.965, de 23 de abril de 2014 sobre establecimiento de principios, garantías, derechos y deberes para el uso de Internet; la Ley orgánica española 3/2018 Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales o la Ley francesa nº 2016-1321 de 7 octubre 2016 para una República digital. También se debe recordar, sin ánimo exhaustivo, la Constitución Mexicana en sus reformas de los años 2013 y 2016 o finalmente la reciente reforma de la Constitución Chilena llevando al número 1º del artículo 19 de la Constitución una redacción que se refiera a la protección de la actividad cerebral (neuro-derechos).

---

<sup>9</sup> Sobre el tema puede verse de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, Tomás "Retos, riesgos y oportunidades de la Sociedad digital" en Sociedad Digital y Derecho, Ed. BOE y Red.es, 2018 (dir. Quadra-Salcedo y Piñar Mañas) págs 21 y ss.



Las declaraciones o normas citadas no agotan los instrumentos normativos o declarativos (constitutivos de soft law en ocasiones) provenientes de instancias oficiales internacionales o de organizaciones o foros que se mueven en su órbita. Es el caso del Consejo de Europa o de Naciones Unidas.

**24.** No pueden olvidarse tampoco iniciativas legislativas o de reforma constitucional que, aunque no han llegado a prosperar por diversas razones, han estado en la agenda de los legislativos de diversos Estados y han suscitado el correspondiente debate en sus parlamentos y en la sociedad. Es el caso de USA, Filipinas o Islandia, entre otros. Así en USA la diputada por California Darrell Issa y el senador por Oregón Ron Wyden presentaron el 11 de junio de 2011 en Nueva York su “Digital Bill of Rights”, como la versión digital de su histórica Convención Constitucional. Lo mismo ocurre con la propuesta en Francia de una Carta digital que finalmente fue rechazada el 11 de julio de 2018. También en Filipinas varios diputados presentaron en abril de 2017 una “Magna Carta for Philippine Internet Freedom” como alternativa a Cybercrime Prevention Act of 2012. En otro aspecto en Islandia se propuso una nueva Constitución, finalmente rechazada, en que lo más novedoso – aparte de contener preceptos relativos a derechos en la sociedad digital - radica en haber sido elaborada a partir de una consulta ciudadana realizada por medios electrónicos, en la que pudo participar y hacer aportaciones cualquier ciudadano.

**25.** Finalmente están los impulsos que desde la sociedad civil y desde distintos foros se han hecho animando a tomar decisiones sobre los derechos en Internet o sobre la posición de los poderes públicos respecto de Internet o de los poderes fácticos y económicos al respecto. Así la temprana y libertaria declaración de independencia de John Perry Barlow “*A Cyberspace Independence Declaration*” de 1996, pasando por las innumerables propuestas y declaraciones de organizaciones internacionales o asociaciones sociales nacionales o internacionales o la posición de Stefano Rodotà expresada en “*Una Costituzione per internet*”.

**26.** El recordatorio que acaba de hacerse sirve para mostrar cómo existe una gran inquietud sobre la conveniencia de fijar en textos constitucionales, legales o declaraciones los derechos fundamentales o derechos a ellos conexos bajo la convicción de que la sociedad digital les afecta e incide de tal forma que es necesario hacerse eco de tal incidencia en alguno de los instrumentos señalados. Da lo mismo que se trate de normas (constituciones o leyes); de declaraciones de poderes legislativos nacionales; de declaraciones y recomendaciones de Organismos Internacionales; de meras propuestas de Cartas de derechos o de reformas constitucionales debatidas en el seno de poderes e instituciones que no hayan llegado a ser aprobadas o, finalmente, de reiteradas reclamaciones o propuestas desde la sociedad civil y sus organizaciones para constitucionalizar o dar carta de naturaleza a los derechos digitales. Lo que se detecta es una creciente sensación de inquietud porque no se lleven a la Constitución o a las leyes previsiones que determinen el papel y función de los recursos, aplicaciones y dispositivos de la sociedad de la información de forma que se sigan garantizando los derechos fundamentales.

**27.** Las primeras iniciativas pueden situarse en la sociedad civil (asociaciones, ONG’s y particulares) que han acabado llegando al legislador. Se trata de múltiples iniciativas que no son siempre muy coherentes en el contenido de lo que piden. Desde la libertaria posición de 1996 de John Perry Barlow hasta la más profunda y reflexiva hecha por Steffano Rodotà que inspiró en buena medida “*Dichiarazione dei diritti in internet*” de la Commissione per i diritti e i doveri in internet” o la Recomendación CM/Rec(2014)6 adoptada por el Consejo de Ministros del Consejo de Europa el 16 de abril de 2014.

La generalización de Internet - vinculada a una creciente digitalización de sistemas, dispositivos, programas, etc. - abre nuevos riesgos al constatarse que los ataques que pueden hacerse a través de las redes no son solo ataques a los derechos de las personas, sino al conjunto de las infraestructuras críticas sobre las que se sostiene la sociedad toda. Los ataques puntuales o sistemáticos - que pueden afectar al suministro eléctrico o de agua, al control del tráfico aéreo o ferroviario, a hospitales, semáforos, coches inteligentes, las comunicaciones electrónicas, acceso a cuentas bancarias, a interferencias en la democracia, la inteligencia artificial, el big data o el perfilado de las personas, etc. - no permiten soste-

ner ya una visión libertaria cuya única respuesta sea la de que Internet o, más ampliamente, la sociedad digital ha de ser un territorio libre de cualquier intervención.

**28.** Desde hace tiempo son los propios usuarios de la sociedad digital, los que reclaman regulaciones que den seguridad. Eso no quita que todavía a veces surja alguna propuesta libertaria que es preciso detectar, como también lo es que la propia asunción de la legitimación para tales intervenciones se legitimará por su objetivo. Eso exige estar muy atentos a la finalidad de las intervenciones y a los mecanismos de control y regulación. En efecto, no puede descartarse que regulaciones muy justificadas por su finalidad, puedan ser utilizadas abusivamente por los poderes públicos para fines distintos de los que legitiman las intervenciones. Puedan también ser utilizadas por particulares en forma que les dote de un poder que no puede ser compatible ni con la competencia en el mercado ni con la democracia, ni con los derechos de las personas.

**29.** Las anteriores reflexiones no se circunscriben solo a Internet - aunque ha sido en relación con la red de redes con las que se levantaron los primeros *caveat* respecto a regulaciones normativas o intervención de los poderes públicos – sino que se dirigen a todos los recursos y realizaciones de la sociedad digital, incluida la Inteligencia Artificial que constituye la más relevante en el momento actual. Hoy día las redes han sido instrumentalizadas por todo lo que circula a través de ellas, aunque siguen siendo unas de las fuentes (además de las plataformas) desde la que se recogen los datos que sirven para otras finalidades y aplicaciones basadas, ellas mismas, en técnicas digitales.

El Internet de las cosas no es solo internet, sino un conjunto de dispositivos e instrumentos dotados ellos mismos de elementos digitales que proporcionan datos y emiten órdenes automáticas que circulan a través de las redes, pero que son algo más que la red. Como también son algo más que la red los programas y algoritmos sobre los que se construye la inteligencia artificial que opera sobre enormes cantidades de datos y que a la vez crea nuevos datos que se almacenan, clasifican o quedan disponibles para nuevas y futuras finalidades.

#### **IV. La carta española derechos digitales y la declaración europea de la regulación de la protección de datos y algunas de sus características**

**30.** La Carta española de Derechos digitales, presentada públicamente por el presidente del Gobierno el 14 de julio de 2021 responde a la misma inquietud. Pero la Carta española frente a otras difundidas, contraídas sólo a Internet, comprende todos los sistemas, dispositivos, entornos y espacios digitales. Por otra parte no pretende limitarse sólo a nuestro país (aunque solo a él se dirige), sino que formula orientaciones y principios con pretensión de que sean válidos por comunes y compartidos por todo el mundo. Es la novedad de los viejos conflictos en nuevos escenarios lo que hace útil y conveniente la Carta, si le damos su justo valor. Útil porque funciona a modo de los faros que nos ayuda a identificar los escollos y dificultades de la navegación en la sociedad digital en la que cada día nos adentramos; faros que alertan de cuáles son los peligros y escollos que tendremos que afrontar y los principios y criterios para hacerlo.

**31.** La Carta relaciona en veintisiete apartados distintos derechos - no en todos los casos nuevos en su denominación, aunque sí en su adjetivación –, que nos da cuenta de los nuevos problemas que el mundo digital provoca, cumpliendo así una misión descriptiva de los concretos problemas que en cada uno de los derechos provoca la presente irrupción de la sociedad digital.

Cumple también una misión prospectiva, al referirse a tecnologías (como las neuro-tecnologías) que todavía no son aplicadas en la actualidad, pero que en pocos años lo van a ser; al recogerlas se adelantan problemas futuros que van a llegar y entre ellos el relativo a los neuro-derechos para regular (prohibir o limitar) el eventual acceso al conocimiento de pensamientos y sentimientos de las persona por parte de terceros a partir del acceso al cerebro y al sistema neuronal. Es también el caso del empleo creciente de la Inteligencia artificial, la robótica, el internet de las cosas, las *smart cities*, etc. con una

amplia difusión ya – con futuros y próximos desarrollos - pero de cuyo empleo y sus consecuencias una parte de la población no es muy consciente; como tampoco de su incidencia en la democracia o en el funcionamiento del mercado y la competencia.

Finalmente cumple una misión prescriptiva al indicar cuáles deben ser las pautas de regulación a aplicar en entornos digitales invocando principios, técnicas y políticas de la cultura tradicional de los derechos fundamentales.

**32.** La Carta no tiene carácter normativo ni debe tenerlo. No es la primera vez que se aprueban instrumentos sin valor normativo. En la UE no solo las Recomendaciones y dictámenes carecen de valor vinculante, sino que las Comunicaciones de la Comisión tampoco lo tienen; lo mismo puede decirse de instrumentos innominados como las directrices, las guías de conducta o los “libros blancos”. Todos ellos sin embargo pueden acabar conformando eso que se ha venido a llamar el *soft law*, que muchas veces ha llegado a tener incidencia en la práctica de los ejecutivos e incluso en la doctrina de los tribunales. En todo caso suministra orientaciones y pautas de conducta en defecto de otro instrumento vinculante, siempre sobre la base de su propio mérito y coherencia y en cuanto sea reflejo de un cierto consenso mayoritario.

**33.** Finalmente conviene insistir en que la persona humana - con su dignidad y los derechos que le son inherentes- es la base de todo. No son los inventos o las nuevas tecnologías los que construyen la dignidad de la persona, aunque pueden ayudar a preservarla y mantenerla. Pueden, en cambio, menos-cabarla si, deslumbrados por los aparatos y tecnologías, dejamos de mirar a la persona a cuyo servicio aquellos han sido establecidos. Con ese deslumbramiento habríamos caído en una dinámica semejante a la que Habermas denuncia<sup>10</sup> y tal vez perdido el mismo norte que Goethe describe en “El aprendiz de brujo” lo que nos llevaría a ser prisioneros de la ciencia y la técnica en lugar de aprovecharnos de ella de forma sostenible.

**34.** Por lo que toca a la “Declaración europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital”<sup>11</sup> la misma trata de dejar claro desde el principio que en el campo del desarrollo de una economía basada en lo digital, a la que se quiere dar la máxima importancia en la UE, la persona y sus derechos son el eje que inspira toda la regulación del empleo de las tecnologías digitales.

La declaración se enfrenta a la cuestión empezando por dedicar su primer capítulo a subrayar precisamente que se trata de abordar una transformación digital centrada en las personas, dedicando los siguientes a destacar distintos aspectos muy vinculados con esa primera afirmación: la solidaridad y la inclusión en sus diversas manifestaciones (cap. 2º), la libertad de elección (cap. 3º), la participación pública en el espacio digital (cap. 4º), la seguridad, protección y empoderamiento (cap. 5º) y, finalmente, la sostenibilidad (cap. 6).

La Declaración supone una toma de posición de la UE sobre la forma cómo deben abordarse los desarrollos en la sociedad digital. Se limita a sentar principios muy generales, sin entrar en muchos detalles, pero deja clara la diferencia de enfoque que la UE tiene respecto a los que se practican en USA y, no hace falta decirlo, en China. Ello supondrá mayores restricciones que las habituales en Estados Unidos al desarrollo de aplicaciones, sistemas y dispositivos. Sin embargo, se ha visto ya en materia de protección de datos, Europa tiende a ser un referente mundial que no pueden desconocer ni siquiera las empresas americanas. El denominado “efecto Bruselas” - ya sea en la evolución regulatoria al otro lado del océano o en las asunción por empresas americanas de las exigencias europeas – se ha dejado sentir hasta ahora y es además un referente para otros países del resto del mundo.

<sup>10</sup> Vid. Habermas, Jürgen “Ciencia y Técnica como ideología”. Tecnos, 1968.

<sup>11</sup> Presentada en enero de 2022 y aprobada el 15 de diciembre de 2022 con su firma por las presidentas de la Comisión y del Parlamento Europeo, Ursula von der Leyen y Roberta Metsola y el presidente de turno del Consejo, el primer ministro checo Petr Fiala.

35. A diferencia de la Declaración europea la Carta española desarrolla más los principios y explicita con más detalle los problemas que se suscitan en distintos ámbitos y apunta principios y criterios para resolver los problemas. En todo caso no pretende tener carácter vinculante. Ello no obstante, sin duda han de tener influencia en el legislador y en la resolución de controversias ante los Tribunales, el tipo de influencia propio del *soft-law* llamado a tener una papel más relevante en el futuro.

## V. La regulación en otros ámbitos de la sociedad digital en reglamentos europeos

36. La “Declaración europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital” se ha inspirado en el enorme esfuerzo que la Comisión viene realizando en los últimos cuatro años por regular<sup>12</sup> distintos sectores y ámbitos de actividad de la sociedad digital aprobando un arsenal imponente de propuestas de reglamentos que afectan transversalmente a muchos sectores de la actividad privada – también pública - vinculada indefectiblemente con el empleo intensivo de técnicas digitales. En el caso de las actividades privadas lo relevante radica en el establecimiento de principios y técnicas que tratan de preservar los derechos de los ciudadanos y asegurar la responsabilidad de quienes emplean tecnologías digitales, así como determinar los límites o restricciones – no siempre fáciles de precisar y detallar en unos ámbitos tan tecnológicos y sofisticados – y cuya última concreción solo cabe teniendo presente los contextos y las cambiantes circunstancias que puedan concurrir en cada caso.

37. Eso conlleva que los Reglamentos – los ya aprobados en la segunda mitad de 2022 y las propuestas pendientes de aprobar - exijan ponderar principios muchas veces contradictorios o en tensión entre sí, que presuponen conocimientos o técnicas no originariamente jurídicas y cuyo alcance varía según cada situación concreta. Se produce así una especie de remisión a técnicas o conocimientos *aliunde*, como decíamos al comienzo del presente trabajo, cuya inobservancia o errónea aplicación puede tener graves consecuencias sancionadoras. De ahí que la regulación introduzca técnicas diversas que van desde la obligación de los operadores que emplean tecnologías digitales de respetar las condiciones y requisitos que se fijan por las normas o por las autoridades, hasta a atender a los ciudadanos que se sientan perturbados o a alertadores o la obligación de establecer códigos de buenas prácticas, o habilitar sistema de protección de los consumidores homologados e independientes de las empresas que actúan en el sector (arts. 16 y 21<sup>13</sup>). Finalmente también la interposición de entidades de supervisión y en cierto modo de regulación – al modo de agencias o autoridades independientes - con distintas potestades de resolver o ser consultadas en controversias. Es el caso, en lo que hace al Reglamento de servicios digitales, de la Junta

<sup>12</sup> Entre todas esas propuestas de reglamentos merecen citarse en primer lugar las ya aprobadas que se han erigido en ejemplo de por donde van a ir las cosas. Es el caso, entre las normas aprobadas, del Reglamento 2022/2065 de Servicios digitales, del Reglamento 2022/1935 de Mercados Digitales, del Reglamento de 2022/868 de Gobernanza de datos. O el caso de las numerosas propuestas de Reglamentos en marcha como el relativo a normas armonizadas sobre inteligencia artificial (Ley de IA) de 21 de abril de 2021 o la Propuesta de Reglamento sobre normas armonizadas para un acceso justo a los datos y su utilización (Ley de Datos). También la Propuesta de Directiva relativa a la adaptación de las normas de responsabilidad civil extracontractual a la inteligencia artificial; o la propuesta de requisitos horizontales de ciberseguridad para los productos con elementos digitales.

<sup>13</sup> Reglamento UE 2022/2065 de servicios digitales: Arts 16.1 y 21.1

“Art. 16.1. “Los prestadores de servicios de alojamiento de datos establecerán mecanismos que permitan que cualquier persona física o entidad les notifique la presencia en su servicio de elementos de información concretos que esa persona física o entidad considere contenidos ilícitos. Dichos mecanismos serán de fácil acceso y manejo, y permitirán el envío de notificaciones exclusivamente por vía electrónica.”

“Art. 21.1 Resolución extrajudicial de litigios

<sup>1</sup>. Los destinatarios del servicio, incluidas las personas físicas o entidades que hayan enviado notificaciones, a quienes vayan destinadas las decisiones a que se refiere el artículo 20, apartado 1, tendrán derecho a elegir cualquier órgano de resolución extrajudicial de litigios que haya sido certificado de conformidad con el apartado 3 del presente artículo para resolver litigios relativos a esas decisiones, incluidas las reclamaciones que no se hayan resuelto a través del sistema interno de tramitación de reclamaciones mencionado en dicho artículo.”

Europea de Servicios Digitales (art. 61) y de los Coordinadores de Servicios digitales (art. 49)<sup>14</sup>. Coordinadores de los que, por otra parte, se establece que deberán actuar con independencia<sup>15</sup>.

**38.** Si tomamos el ejemplo del novísimo reglamento europeo de Servicios digitales en el mismo se mantiene la exoneración de responsabilidad de lo que se llaman prestadores de servicios intermediarios, pero establece para ellos nuevas obligaciones de diligencia para crear un entorno en línea transparente y seguro del que se podrían llegar a derivar, en su caso, eventuales responsabilidades para tales prestadores. Ello aparte de las políticas de moderación de contenidos o de que la exención de responsabilidad presupone que el prestador intermediario desconoce, por ejemplo y en el caso de servicios de alojamiento, el carácter ilícito del contenido<sup>16</sup>. Concepto muy amplio de contenido ilícito según la letra h) del artículo 3 del Reglamento de Servicios digitales<sup>17</sup> que deja abierta muchas posibilidades de responsabilidad.

Debe observarse también que el Reglamento de servicios digitales, cuando habla de ordenes de actuación contra contenidos ilícitos, no restringe tales órdenes a las autoridades judiciales, sino que siempre habla, también, de autoridades administrativas. De ello puede deducirse la importancia que tendrán los criterios que éstas últimas puedan ir sentando a ese respecto.

**39.** Lo mismo ocurre con otro reglamento – en este caso todavía propuesta de Reglamento- sobre normas armonizadas en materia de Inteligencia Artificial (Ley de inteligencia artificial) en el que, además de prohibirse determinadas prácticas de sistemas de IA, se regula un sistema para clasificación de deter-

<sup>14</sup> Reglamento UE 2022/2065 de servicios digitales:

Artº 49.1.º1. Los Estados miembros designarán una o varias autoridades competentes responsables de la supervisión de los prestadores de servicios intermediarios y de la ejecución del presente Reglamento (en lo sucesivo, «autoridades competentes»).

2. Los Estados miembros designarán a una de las autoridades competentes como su coordinador de servicios digitales. El coordinador de servicios digitales será responsable de todas las materias relacionadas con la supervisión y garantía del cumplimiento del presente Reglamento en ese Estado miembro, a menos que el Estado miembro de que se trate haya asignado determinadas funciones o sectores específicos a otras autoridades competentes. En todo caso, el coordinador de servicios digitales será responsable de garantizar la coordinación en el ámbito nacional respecto de tales materias y deimiento efectivas y coherentes del presente Reglamento en toda la Unión.”

“Art. 61.1

Junta Europea de Servicios Digitales

1. Se establece un grupo consultivo independiente integrado por coordinadores de servicios digitales para la supervisión de los prestadores de servicios intermediarios, denominado «Junta Europea de Servicios Digitales» (en lo sucesivo, «Junta»).

2. La Junta asesorará a los coordinadores de servicios digitales y a la Comisión de conformidad con el presente Reglamento para alcanzar los siguientes objetivos:

a) contribuir a la aplicación coherente del presente Reglamento y a la cooperación efectiva de los coordinadores de servicios digitales y la Comisión con respecto a las materias reguladas por el presente Reglamento;

b) coordinar y contribuir a las directrices y los análisis de la Comisión y los coordinadores de servicios digitales y otras autoridades competentes sobre problemas emergentes en el mercado interior con respecto a las materias reguladas por el presente Reglamento;

c) asistir a los coordinadores de servicios digitales y a la Comisión en la supervisión de las plataformas en línea de muy tamaño.”

<sup>15</sup> Reglamento UE 2022/2065 de servicios digitales: “Art. 50.2. En el desempeño de sus funciones y en el ejercicio de sus competencias de conformidad con el presente Reglamento, los coordinadores de servicios digitales actuarán con completa independencia. Permanecerán libres de cualquier influencia externa, ya sea directa o indirecta, y no solicitarán ni aceptarán instrucciones de ninguna otra autoridad pública o particular”.

<sup>16</sup> Reglamento UE 2022/2065 de servicios digitales: Art. 6.1 “Cuando se preste un servicio de la sociedad de la información consistente en almacenar información facilitada por un destinatario del servicio, el prestador de servicios no podrá ser considerado responsable de la información almacenada a petición del destinatario, a condición de que el prestador de servicios:

a) no tenga conocimiento efectivo de una actividad ilícita o de un contenido ilícito y, en lo que se refiere a solicitudes de indemnización por daños y perjuicios, no sea consciente de hechos o circunstancias que pongan de manifiesto la actividad ilícita o el contenido ilícito, o

b) en cuanto tenga conocimiento o sea consciente de ello, el prestador de servicios actúe con prontitud para retirar el contenido ilícito o bloquear el acceso a este.

<sup>17</sup> Artº 3º letra h) «contenido ilícito»: toda información que, por sí sola o en relación con una actividad, incluida la venta de productos o la prestación de servicios, incumpla el Derecho de la Unión o el Derecho de cualquier Estado miembro que cumpla el Derecho de la Unión, sea cual sea el objeto o carácter concreto de ese Derecho;

minados sistemas de IA como de alto riesgo y se establecen los requisitos a cumplir por tales sistemas de alto riesgo, las autoridades certificantes y las evaluaciones de conformidad<sup>18</sup>. También se crean autoridades específicas que han de actuar con objetividad e imparcialidad<sup>19</sup>. De nuevo también tales Autoridades son las que acabarán concretando lo que es conforme o no al Reglamento y lo harán con base no solo en las normas y en los principios que de ellas se desprendan sino con apoyo en los conocimientos y técnicas de los saberes vinculados con la IA lo que tiene gran trascendencia como enseguida se verá.

40. Algo semejante ocurre en los demás ámbitos normativos vinculados con las tecnologías digitales que configuran la sociedad digital actual y futura. Ello nos lleva a las últimas reflexiones sobre las características del Derecho que concierne a esta sociedad digital.

## VI. La dimensión regulatoria de los mecanismos de solución de conflictos en la sociedad digital y las autoridades interpuestas en muchos casos

41. Las Autoridades independientes o los órganos dotados de cierta autonomía en los distintos ámbitos de la sociedad digital tratan de hacer legítimamente que una actividad se desarrolle con arreglo a los criterios más claros, transparentes, estables y controlables posibles; criterios elaborados a partir siempre de normas (leyes y reglamentos con sus reglas y principios) que remiten a otras ciencias, prácticas o técnicas dirigidas a que las actividades digitales respeten los derechos de los afectados por las mismas. Debe notarse que hablamos y enfatizamos la perspectiva de los derechos y no de la garantía de la competencia, aunque no se excluye que en la sociedad digital pueda también quedar comprometida la competencia (al igual que la democracia) como consecuencia de la posición de dominio o de las decisivas ventajas competitivas que puedan derivarse del conocimiento y empleo de datos que unos pocos lleguen a tener, precisamente por la digitalización de actividades, de los hábitos, preferencias o costumbres de los ciudadanos.

42. Pero volviendo al énfasis en los derechos del párrafo anterior, y sin perjuicio de las afecciones a otros bienes o valores (la competencia, el mercado, la democracia), es lo cierto que en actividades impregnadas y traspasadas por el empleo intensivo y masivo de las tecnologías digitales son frecuentemente los derechos de las personas los que pueden quedar comprometidos ya sea en su intimidad, honor, identidad, libertad (neuro-derechos) ya sea en otros derechos subjetivos, bienes o valores. Y las ponderaciones entre derechos que habitualmente se hacen en el espacio convencional o no digital cuando colisionan o se interfieren entre sí, han de hacerse también cuando la interferencia o colisión se produce en el espacio digital.

Lo que ocurre es que el resultado de esas ponderaciones entre derechos difiere en uno y otro espacio por razón de la presencia de dispositivos y sistemas digitales, ya que exige una ponderación distinta. El ejemplo del derecho al olvido de origen jurisprudencial antes analizado es buena prueba de lo que se quiere decir.

43. La peculiaridad y la dificultad presente en la sociedad digital cuando se trata de la ponderación de derechos en conflicto consiste en que las Administraciones llamadas, en primer lugar y antes

<sup>18</sup> Propuesta Reglamento IA COM(2021) 206 final:

“Art. 7.1 Se otorgan a la Comisión los poderes para adoptar actos delegados de conformidad con el artículo 73 al objeto de modificar la lista del anexo III mediante la adición de sistemas de IA de alto riesgo cuando se reúnan las dos condiciones siguientes”.

<sup>19</sup> Propuesta Reglamento IA COM(2021) 206 final:

“Art. 59. 1.Cada Estado miembro establecerá o designará autoridades nacionales competentes con el fin de garantizar la aplicación y ejecución del presente Reglamento. Las autoridades nacionales competentes se organizarán de manera que se preserve la objetividad e imparcialidad de sus actividades y funciones.

<sup>2</sup>.Cada Estado miembro designará una autoridad nacional de supervisión entre las autoridades nacionales competentes. La autoridad nacional de supervisión actuará como autoridad notificante y como autoridad de vigilancia del mercado, salvo que un Estado miembro tenga razones organizativas o administrativas para designar más de una autoridad”.

de que intervengan los tribunales, a dar solución a tales conflictos tienen que ponderar no solo reglas y principios contenidos en las normas tradicionales, sino tener en cuenta para ello objetivos y políticas que pueden parecer contradictorias, así como otros saberes, técnicas o ciencias ajenos al Derecho.

44. En esos supuestos – ya conocidos y frecuentes en la regulación de sectores liberalizados - la legitimación de la actuación de las autoridades independientes ha de enraizarse además de, por supuesto, en el respeto a las reglas y principios contenidos en las normas (a veces escasas o imprecisas), en la transparencia, consistencia y coherencia de sus decisiones que solo puede lograrse con una motivación y un procedimiento para adoptarlas que permitan, en su posterior acceso a los tribunales, posibilidades efectivas de control judicial de la racionalidad y razonabilidad de la ponderación realizada del conjunto de criterios, intereses y valores a que las normas exigen que se atiendan; incluidas las recomendaciones, directrices y otras reglas de los saberes y prácticas a tener en cuenta (*lex artis* y *soft law*). Pero esa coherencia, consistencia y racionalidad está estrechamente vinculada con los tecnicismos (*technicalities*) de las ciencias y saberes relacionados con el mundo digital. Ello obliga a introducir en el discurso jurídico valoraciones y ponderaciones ancladas en lo técnico.

45. Estamos, así, ante un cambio, en cierto modo, cultural o de modo de concebir el Derecho cuando sus reglas y principios se complementan o, tal vez mejor, reintegran con conocimientos, ciencias, técnicas o prácticas ajenas en principio al Derecho. En definitiva, transformación del Derecho cuando el predominio que en su caracterización tenía el hecho de aplicar reglas y principios jurídicos claros no basta, sino que precisa echar mano, en forma decisiva, de conocimientos de otros ámbitos ajenos al Derecho y al lenguaje corriente y asequible; lenguaje este último que describe de forma elemental la naturaleza o las relaciones sociales. Cambio que podría, también, llegar incluso a caracterizarse como mutación cuando el operador jurídico se enfrenta a la necesidad de aplicar principios más o menos contradictorios entre sí y la preferencia entre ellos deriva de una ponderación que solo puede realizarse apelando a ciencias, conocimientos y prácticas ajenas al Derecho, aunque acaben siendo colonizadas o metabolizadas por el Derecho.

Eso supone una transformación del Derecho y de la cultura jurídica donde la cuestión nueva es cómo seguir dando seguridad jurídica en ese nuevo escenario, no desconocido por otra parte en la historia<sup>20</sup>. Cómo mantener la idea de que pese a todo no estamos ante comportamientos puramente discrecionales, sino sujetos a Derecho en cuanto las soluciones tienen que justificarse en una motivación y fundamentación que sea la más sólida, consistente y coherente de entre las varias posibles; lo que significa que, por eso mismo, es controlable judicialmente, aunque siempre pueda existir algún grado de deferencia judicial. Asimismo, verificar en qué medida las normas propiamente dichas ofrecen puntos de apoyo para evitar entrar en el terreno de la discrecionalidad técnica en la que nuestra jurisprudencia evita entrar, salvo en los supuestos de manifiesta irrazonabilidad o ausencia de sentido<sup>21</sup>.

46. Si tomamos como ejemplo el sistema de gestión de riesgos que el artículo 9 de la propuesta de Reglamento de Inteligencia artificial (Propuesta Reglamento IA COM(2021) 206 final) prevé en relación con los sistemas de inteligencia artificial considerados de “alto riesgo”, se comprueba enseguida cómo la remisión a la técnica y a su evolución forma parte esencial del proceso para evaluar las condiciones de su utilización<sup>22</sup>. En ese sentido el apartado 3 del citado artículo 9 es especialmente expresivo

<sup>20</sup> Vid. sobre el tema de la seguridad y los nuevos escenarios que se suscitan en la actualidad Vida Fernández, José “La gobernanza de los riesgos digitales: desafíos y avances en la regulación de la inteligencia artificial” en “Cuadernos de Derecho Transnacional” Vol. 14 nº 1(2022).

<sup>21</sup> Vid STS de 8 de julio de 2020 (Rcso 135/2019) (FD 6º nº 4º) sobre la discrecionalidad técnica.

<sup>22</sup> Artículo 9 Sistema de gestión de riesgos

1 Se establecerá, implantará, documentará y mantendrá un sistema de gestión de riesgos asociado a los sistemas de IA de alto riesgo.

2. El sistema de gestión de riesgos consistirá en un proceso iterativo continuo que se llevará a cabo durante todo el ciclo de vida de un sistema de IA de alto riesgo, el cual requerirá actualizaciones sistemáticas periódicas. Constará de las siguientes etapas:

a) la identificación y el análisis de los riesgos conocidos y previsibles vinculados a cada sistema de IA de alto riesgo;

con su referencia tanto al estado actual de la técnica “generalmente reconocido” y reflejado “entre otras fuentes” en las “normas armonizadas”, sino también en las “especificaciones comunes pertinentes”.

3. Las medidas de gestión de riesgos mencionadas en el apartado 2, letra d), darán la debida consideración a los efectos y las posibles interacciones derivados de la aplicación combinada de los requisitos estipulados en el presente capítulo 2. Asimismo, tendrán en cuenta el estado actual de la técnica generalmente reconocido, que, entre otras fuentes, está reflejado en las normas armonizadas o las especificaciones comunes pertinentes.

47. Como se ve no solo la técnica no es de por sí algo que sea inmediatamente asequible al operador jurídico en su interpretación directa, sino que además se difumina algo con la referencia a que se trata del “estado actual” de la misma, lo que hace que pueda variar en el tiempo y que lo que hoy es admisible deje de serlo en el futuro. Eso, sin embargo, es algo aceptable, pero se difumina también en relación con el presente cuando ese “estado actual” – no el futuro – es el “*generalmente reconocido*”, lo que abre un campo de imprecisión sobre esa generalidad. La forma de cerrar esa eventual imprecisión sobre la generalidad de la técnica actual se hace con remisión a dos instrumentos: las normas armonizadas y las “*especificaciones comunes pertinentes*”. Al margen de la imprecisión sobre la jerarquía entre tales dos *instrumentos* o el carácter subsidiario entre ellos, la misma se aumenta con la referencia a que esa referencia a ambos se hace “entre otras fuentes”, sin aclarar cuáles son tales fuentes.

En definitiva el operador jurídico que tenga que tomar decisiones sobre si el empleo de los sistemas respetan las previsiones del futuro reglamento tendrá un amplio margen de decisión que algunos podrían considerar creación. No significa desde luego que su decisión sea arbitraria, pero sí que, lo que se puede hacer o no, queda remitido a un operador para el que el Reglamento no es la fuente más decisiva, aunque sea el fundamento de su resolución.

Todo ello se agudiza más cuando de conformidad con el número 4 del artículo 9 para determinar cuáles son las medidas de gestión de riesgos más adecuadas “*se procurará*” “*eliminar o reducir los riesgos en la medida en que sea posible*” o “*implantar, cuando proceda, medidas de mitigación*”. Procurar, en la medida de lo posible o cuando proceda son términos elusivos que dejan gran espacio al decisor.

48. La remisión a ciencias, prácticas, técnicas, etc., ajenas (*aliunde*) al Derecho no es algo desconocido. Las referencias de la Jurisprudencia a la *lex artis* son conocidas en el ámbito de la responsabilidad civil o incluso patrimonial de la Administración desde tiempo inmemorial. Lo han sido también en el ámbito del Derecho de la competencia apelando a la economía en muchos casos para determinar

---

b) la estimación y la evaluación de los riesgos que podrían surgir cuando el sistema de IA de alto riesgo en cuestión se utilice conforme a su finalidad prevista y cuando se le dé un uso indebido razonablemente previsible;

c) la evaluación de otros riesgos que podrían surgir a partir del análisis de los datos recogidos con el sistema de seguimiento posterior a la comercialización al que se refiere el artículo 61;

d) la adopción de medidas oportunas de gestión de riesgos con arreglo a lo dispuesto en los apartados siguientes.

3. Las medidas de gestión de riesgos mencionadas en el apartado 2, letra d), darán la debida consideración a los efectos y las posibles interacciones derivados de la aplicación combinada de los requisitos estipulados en el presente capítulo 2. Asimismo, tendrán en cuenta el estado actual de la técnica generalmente reconocido, que, entre otras fuentes, está reflejado en las normas armonizadas o las especificaciones comunes pertinentes.

4. Las medidas de gestión de riesgos mencionadas en el apartado 2, letra d), considerarán aceptables los riesgos residuales asociados a cada peligro, así como el riesgo residual general de los sistemas de IA de alto riesgo, siempre que el sistema de IA de alto riesgo de que se trate se utilice conforme a su finalidad prevista o que se le dé un uso indebido razonablemente previsible. Se informará al usuario de dichos riesgos residuales.

A la hora de determinar cuáles son las medidas de gestión de riesgos más adecuadas, se procurará:

a) eliminar o reducir los riesgos en la medida en que sea posible mediante un diseño y un desarrollo adecuados;

b) implantar, cuando proceda, unas medidas de mitigación y control apropiadas en relación con los riesgos que no puedan eliminarse;

c) proporcionar la información oportuna conforme al artículo 13, en particular en relación con los riesgos mencionados en el apartado 2, letra b), del presente artículo y, cuando proceda, impartir formación a los usuarios.

Cuando se eliminen o reduzcan los riesgos asociados a la utilización del sistema de IA de alto riesgo, se tendrán en la debida consideración los conocimientos técnicos, la experiencia, la educación y la formación que se espera que posea el usuario, así como el entorno en el que está previsto que se utilice el sistema.



los mercados relevantes a los efectos de analizar los efectos sobre el mercado de determinadas medidas de concentración de empresas por ejemplo.

**49.** También se conocen en el ámbito de los sectores regulados y de todos los que han sido objeto de liberalización de los antiguos servicios públicos en monopolio. Ahora se extiende esas remisiones a conocimientos, ciencias, técnicas y prácticas *aliunde* a todas aquellas actividades penetradas por el empleo de las tecnologías digitales, en las que como consecuencia de tal empleo puede afectarse a derechos de las personas que exigen ponderar cómo proteger esos derechos, así como articularlos con los demás derechos en presencia; derechos a los que podría darse preferencia en el proceso de delimitación respectiva.

**50.** Pero, además de los derechos de las personas, pueden ponerse en peligro otros bienes o valores constitucionales como la democracia misma o la competencia entre operadores.

**51.** Sean cuales sean los derechos, bienes o valores que hay que ponderar, es lo cierto que en todas esas actividades penetradas por las tecnologías digitales se está imponiendo normativamente la presencia de autoridades competentes para resolver conflictos o prevenirlos. Autoridades que se interponen con carácter previo entre los derechos de las personas que puedan resultar afectados y los jueces y Tribunales. Tal interposición – y si se quiere, a su través, administrativización del conflicto – pretende que en una sociedad masiva y universalmente transida por las tecnologías digitales no sean los jueces los primeros que, con las respuestas garantistas de un proceso, tengan que dar solución a problemas que pueden afectar a millones de personas, problemas penetrados y condicionados por altos contenido tecnológicos, sino creando unas instancias administrativas de Agencias u organismos dotados de autonomía o independencia y con conocimientos técnicos o científicos para resolver conflictos entre partes. Para resolverlos *ex post* en muchos casos, pero para prevenirlos *ex ante* adelantándose a los problemas estableciendo preventivamente - de acuerdo con la legislación y con referencia a ciencias, conocimientos, prácticas y técnicas *aliunde* – medidas de protección de los derechos. También dando sucesivamente solución provisional a los conflictos, sin perjuicio de posterior control por los Tribunales.

**52.** Tanto en el establecimiento de las medidas preventivas, como en la solución posterior de conflictos por esos organismos el papel de estos no es el clásico de un aplicador de las reglas y principios del Derecho sino, el más característico de nuestro tiempo y perceptible de forma internacional - o, por ósmosis, transnacional - de forma que implica una transformación del método y del concepto mismo del Derecho: el de un regulador que con base en las reglas y principios que se contienen en las normas, pero apoyándose en otras ciencias, técnicas, prácticas, etc., tiene que determinar con carácter preventivo lo que se puede o no hacer y con carácter resolutorio si lo hecho es conforme a Derecho.

Es a ese modo de comportarse las Autoridades competentes en cada ámbito impregnado por las tecnologías digitales a las que les cuadra perfectamente el concepto de regulación que parece extenderse así a la sociedad digital.