



UNIVERSIDAD DE ALMERÍA
FACULTAD DE DERECHO
ÁREA DE DERECHO ADMINISTRATIVO

EL ESTADO DE BIENESTAR 4.0
(THE WELFARE STATE 4.0)

TESIS DOCTORAL

Que presenta la Graduada en Derecho ARIANA EXPÓSITO GÁZQUEZ, dentro del Programa de Doctorado en Ciencias Económicas, Empresariales y Jurídicas de la Universidad de Almería, realizado bajo la dirección del Prof. Dr. D. JUAN FRANCISCO PÉREZ GÁLVEZ, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Almería, para la colación del grado de doctor.

Fdo. El Director de la Tesis

Prof. Dr. D. Juan Francisco Pérez Gálvez

Almería, octubre de 2021

«Una mirada retrospectiva se impone, no obstante, porque los hechos sociales y las mutaciones jurídicas no se producen nunca de forma súbita ni de manera espontánea sino que son más bien el resultado de un pausado discurrir cuyos flujos van señalando la dirección o el camino por el que se avanza. Y es que nuestro presente no es sino el resultado de la filtración que la Historia, materia porosa al cabo, va realizando lentamente a través de esa membrana tejida por los grados sucesos o los incidentes menudos».

Francisco SOSA WAGNER, “Las Fronteras del Sector Público”,
Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario, 11, (1993), p. 63.

RESUMEN: Esta tesis doctoral consta de cuatro capítulos interrelacionados entre sí, y que van profundizando paulatinamente en el estudio y análisis del Estado de Bienestar, y los cambios que la Revolución Digital está provocando en este. En el primer capítulo se aborda el proceso evolutivo que ha experimentado la estructura de provisión y protección social desde su nacimiento hasta nuestros días. El segundo capítulo comprende el estudio de los efectos que la Revolución Internet ha tenido en todos los sectores de la sociedad, así como también, las consecuencias que espera que la Revolución Digital dentro del ordenamiento jurídico. El tercer capítulo analiza la evolución electrónica que han experimentado los poderes del Estado, tanto de sus estructuras como de los servicios que prestan. Y, finalmente, el cuarto capítulo se encarga de sentar las bases para la reconstrucción del Estado de Bienestar español que garanticen su sostenibilidad, teniendo en cuenta las características de la sociedad digital que está emergiendo.

ABSTRACT: *This doctoral thesis consists of four interrelated chapters, which gradually deepen about the study and analysis of the Welfare State and the changes that the development of the Digital Revolution is causing in it. The first chapter deals with the evolutionary process undergone by the structure of social provision and protection, from its origin to the present day. The second chapter includes a study of the effects that the Internet Revolution has had on all sectors of society, as well as the consequences that the Digital Revolution is expected to have on the legal system. The third chapter analyses the electronic evolution that the branches of government have undergone, both in terms of their structures and the services they provide. Finally, the fourth chapter sets out the foundations for the reconstruction of the Spanish Welfare State to guarantee its sustainability, taking account into the characteristics of the emerging digital society.*

ÍNDICE

ABREVIATURAS	33
INTRODUCCIÓN. JUSTIFICACIÓN DE LA TESIS DOCTORAL	41
I. Delimitación del objeto de estudio.	41
1. El por qué de esta tesis doctoral.	41
2. Objetivos que se pretenden alcanzar.	44
3. El interés del Derecho Administrativo por esta materia.....	45
II. Estructura.	46
1. Metodología.	46
2. División estructural del contenido de la tesis.	47

CAPÍTULO PRIMERO

GÉNESIS Y DESARROLLO DEL ESTADO DE BIENESTAR ESPAÑOL

I. Consideraciones previas.	53
II. El origen de las primeras políticas de protección social en Europa: los antecedentes que marcaron el crecimiento del Estado de Bienestar español.	55
1. Introducción.	55
2. Las políticas liberales y la I Revolución Industrial: las causas del origen de las primeras medidas de protección social.....	58

2.1.	Los antecedentes que traen causa a las políticas de protección social: especial referencia a la experiencia del gobierno británico.....	58
2.2.	Las primeras medidas de protección social en Europa.	62
2.2.1.	Los cambios económicos y sociales: consecuencias para el Estado.....	62
2.2.2.	El nacimiento de la idea de la cuestión social.	67
3.	Desde el inicio de la Gran Guerra hasta el final de la II Guerra Mundial....	70
3.1.	Consideraciones previas: las consecuencias de la I Guerra Mundial.	70
3.2.	El Estado de Bismarck o socialdemócrata.	72
3.3.	Las primeras políticas de protección en Reino Unido.	75
3.4.	Las políticas de protección social en otros países.....	76
3.5.	El estallido de la II Guerra Mundial.	77
4.	El proceso integrador de los derechos sociales en Europa.	79
4.1.	Introducción.	79
4.2.	Los derechos sociales: concepto y caracteres.	80
4.3.	La internacionalización de los derechos sociales.....	83
4.4.	La Europa constitucionalista.....	87
5.	La consolidación de los Estados de Bienestar a partir de los años 70.....	89
5.1.	Introducción.	89
5.2.	La influencia del neoliberalismo económico y la globalización en el desarrollo de los Estados de Bienestar.	90
5.2.1.	La ruptura con las políticas económicas liberales: la llegada del neoliberalismo.....	90
5.2.2.	La globalización como fenómeno.	92
5.3.	El proceso de positivización comunitario de derechos sociales.	93
5.4.	Los modelos de Estado de Bienestar en Europa.	102
5.4.1.	Introducción.....	102

5.4.2.	El modelo liberal.	104
5.4.3.	El modelo continental o bismarckiano.	105
5.4.4.	El modelo socialdemócrata.	108
5.4.5.	El modelo mediterráneo.	109
6.	Los Estados de Bienestar europeos tras la crisis económica del año 2008.	111
6.1.	La crisis económica de 2008 y sus consecuencias.	111
6.2.	La perspectiva internacional.	113
6.3.	Las políticas comunitarias en materia de protección social.	116
6.4.	El futuro de los Estados de Bienestar Europeos.	119
III.	Análisis del origen y evolución del Estado de Bienestar en España.	121
1.	Las medidas de protección social durante el S. XIX.	121
1.1.	Las políticas liberales y el contexto social que llevaron a la promulgación de la Constitución de Cádiz en 1812.	121
1.2.	Del Trienio Liberal a la Década Ominosa (1820-1833).	127
1.3.	El reinado de Isabel II (1836-1868).	129
1.4.	El sexenio democrático (1868-1874).	133
1.5.	La primera etapa de la restauración borbónica: las medidas de Alfonso XII y la Regencia de María Cristina.	135
2.	Los primeros pasos en la configuración del Estado de Bienestar en el S. XX.	137
2.1.	El final de la restauración borbónica y la dictadura de Primo de Rivera (1900-1931).	137
2.2.	Desde la instauración de la II República hasta el final de la Guerra Civil (1931-1939).	140
2.3.	La dictadura de Francisco Franco (1939-1975).	143
2.3.1.	Introducción.	144
2.3.2.	El sistema educativo.	144

2.3.3. La configuración del régimen de la Seguridad Social en España.....	147
2.3.4. Las políticas sanitarias.....	158
2.3.5. Los planes de asistencia social.	162
3. La Constitución de 1978 y el nacimiento del Estado de Bienestar.	163
3.1. La transición española (1975-1978).	163
3.2. El Estado de Bienestar en la Constitución de 1978.	165
3.2.1. La regulación constitucional del Estado social, democrático y de derecho.....	165
3.2.2. Justificación del nacimiento del Estado de Bienestar.	169
3.3. Las políticas de desarrollo y consolidación del Estado de Bienestar español.....	170
3.3.1. Introducción.....	170
3.3.2. Fase de expansión (1977-1981).....	171
3.3.3. Fase de consolidación (1982-1988).....	172
3.3.4. Fase de contención del gasto (1989-1995).....	175
3.3.5. Fase de declive de derechos (1996-2010).	177
3.3.6. Fase de austeridad (2011-2020).	180
IV. Régimen jurídico del Estado de Bienestar: concepto, figuras afines, fundamentos y objetivos.	188
1. Introducción.	188
2. El Estado de Bienestar y las figuras afines.	188
2.1. Concepto.	189
2.2. Diferencia con figuras afines.	195
2.2.1. El Estado Social.....	195
2.2.2. La política social.	196
2.2.3. La asistencia social.....	197

2.2.4. Los servicios sociales.	198
2.2.5. La acción social.	199
3. Los fundamentos del Estado de Bienestar.	200
4. Los objetivos por conseguir.	202
V. Naturaleza jurídica del Estado de Bienestar.	204
1. El modelo de Estado Social y el reconocimiento de los derechos sociales: la intervención o prestación positiva por parte del Estado.	204
2. El servicio público.	207
2.1. La evolución del servicio público.	207
2.2. Concepto y caracteres.	211
2.3. Los principios que rigen en los servicios públicos.	217
2.4. Elementos.	221
2.5. La influencia de la Unión Europea en los servicios públicos.	224
VI. Elementos que configuran el Estado de Bienestar.	228
1. Introducción.	229
2. Elemento subjetivo.	229
3. Elemento objetivo.	230
4. Elemento conectivo.	230
VII. Los pilares del Estado de Bienestar: configuración, caracteres y desarrollo normativo.	231
1. La educación como el elemento fundamental del sistema.	231
1.1. La regulación jurídica del derecho a la educación.	231
1.1.1. El ordenamiento jurídico internacional.	231
1.1.2. El derecho de la Unión Europea.	235
1.1.3. El texto constitucional.	238
A. La regulación jurídica del derecho a la educación en la Constitución.	239

B. El contenido del derecho.	243
1.2. El Sistema Educativo Español.	245
1.2.1. El sistema Educativo como concepto.	245
1.2.2. Naturaleza jurídica del derecho a la educación.	246
1.2.3. Elementos configuradores del Sistema Educativo.	250
1.2.4. La organización del sistema y el grupo normativo regulador.	251
1.2.5. La financiación del Sistema Educativo Español.	255
1.2.6. Los principales problemas del Sistema Educativo.	256
2. La Seguridad Social como la columna del Estado de Bienestar.	259
2.1. La regulación jurídica del derecho a la seguridad social.	259
2.1.1. Las normas de derecho internacional.	259
2.1.2. El derecho comunitario.	262
2.1.3. La protección de la Seguridad Social en la Constitución.	265
2.2. El régimen de protección de la Seguridad Social en España.	267
2.2.1. La regulación legal del derecho a la Seguridad Social y sus caracteres.	267
2.2.2. La gestión y régimen económico-financiero de la Seguridad Social.	269
2.2.3. La materialización del derecho a través de las prestaciones.	271
2.3. Naturaleza jurídica.	275
2.4. Elementos configuradores del régimen de Seguridad Social.	276
2.5. La financiación de la Seguridad Social.	277
2.6. Las deficiencias evidentes del Sistema.	278
3. La salud como pilar básico de protección.	280
3.1. La regulación jurídica del derecho a la salud.	280
3.1.1. El derecho internacional.	280

3.1.2.	La normativa comunitaria.	285
3.1.3.	El derecho a la salud en la Constitución.....	287
A.	La regulación jurídica del derecho a la salud.....	288
B.	El contenido del derecho.	294
3.2.	El Sistema Nacional de Salud.....	297
3.2.1.	La regulación legal del Sistema Nacional de Salud y sus características.....	297
3.2.2.	Naturaleza jurídica de la protección de la salud.....	300
3.2.3.	Elementos que configuran el régimen de protección del derecho a la salud.	302
3.2.4.	La organización del sistema y el grupo normativo regulador.....	305
3.2.5.	La financiación del Sistema Nacional de Salud.	313
3.2.6.	Los principales problemas del sistema.....	314
4.	La asistencia social como eje vertebrador de políticas.....	317
4.1.	La regulación jurídica del derecho a la asistencia social.	317
4.1.1.	La protección internacional como garantía de las necesidades sociales.....	317
4.1.2.	La normativa comunitaria en materia de prestaciones sociales.....	319
4.1.3.	La Constitución en materia de asistencia social.....	322
4.2.	El Sistema de Asistencia Social en España.	325
4.2.1.	La regulación legal de los derechos de asistencia social.....	325
A.	Concepto.	325
B.	La gestión del servicio público.....	327
C.	Los servicios sociales como actividad prestacional.	328
D.	La estructura de funcionamiento de los servicios sociales.....	329

4.2.2. Naturaleza jurídica del derecho.....	331
4.2.3. Elementos configuradores del derecho a la asistencia social.....	332
4.2.4. La organización del sistema y el grupo normativo regulador.....	333
4.2.5. La financiación del Sistema Asistencial Español.....	334
4.2.6. Los principales problemas asistenciales.....	336
5. Los principales problemas que condicionan la sostenibilidad del Estado de Bienestar.....	338
5.1. La insuficiencia de los recursos financieros.....	338
5.2. El mercado laboral.....	340
5.3. El contexto demográfico y el cambio de mentalidad.....	342
5.4. La inmigración.....	344
5.5. El cambio climático.....	345

CAPÍTULO SEGUNDO

LA REVOLUCIÓN "INTERNET": EL IMPULSOR DE LA SOCIEDAD DIGITAL

I. Introducción.....	349
II. Internet: el descubrimiento que marcó una era.....	352
1. Los orígenes de Internet.....	353
2. Concepto.....	355
3. Naturaleza jurídica.....	358
4. Caracteres.....	364
5. La gobernanza de Internet.....	365
5.1. La batalla doctrinal por someterlo al Derecho.....	365
5.2. El derecho internacional y la gobernanza de Internet.....	373

6.	Las Tecnologías de la Información y la Comunicación.....	375
6.1.	Concepto.....	376
6.2.	Caracteres.....	378
III.	La sociedad de Internet.....	379
1.	La transformación de la sociedad: de la información hacia la digitalización.....	379
1.1.	Introducción.....	379
1.2.	Concepto.....	384
1.3.	Caracteres.....	389
1.4.	Grupo normativo regulador.....	390
1.4.1.	Consideraciones previas.....	390
1.4.2.	El proyecto de sociedad digital en la Unión Europea.....	390
1.4.3.	El proceso de digitalización en España.....	395
	A. Los antecedentes al proyecto de digitalización de la sociedad.....	395
	B. El proyecto de digitalización para el año 2025.....	397
2.	Las consecuencias de la digitalización en las personas.....	403
2.1.	Los cambios de comportamiento.....	403
2.1.1.	La comunicación.....	403
2.1.2.	La transformación del ocio.....	406
2.1.3.	Modificación del alcance y conservación de la información.....	407
2.2.	La ausencia de comportamiento: el silencio digital.....	409
3.	Las consecuencias en el mercado.....	410
3.1.	La reconfiguración de la sostenibilidad del Estado de Bienestar a partir de las nuevas modalidades de negocio y empleo.....	410
3.2.	La automatización y robotización avanzada: el futuro de la industria.....	419

3.2.1. Consideraciones previas.....	419
3.2.2. La industria 4.0.....	422
3.2.3. El futuro de la industria en Europa.....	425
3.3. Los modelos de trabajo: la creación de nuevos empleos.....	427
3.3.1. La economía colaborativa.....	427
A. Concepto.....	427
B. Modalidades.....	428
C. Características.....	430
D. El marco normativo.....	432
3.3.2. Fintech.....	434
A. Tecnologías Fintech: concepto, caracteres y elementos.....	434
B. Los tipos de negocio.....	436
3.3.3. Gig economy.....	439
3.4. El teletrabajo y el trabajo distancia.....	441
3.4.1. Consideraciones previas: la crisis del Covid-19 como gran impulsor del teletrabajo en nuestro país.....	441
3.4.2. La Ley del Teletrabajo.....	443
A. Concepto y caracteres.....	443
B. Ventajas e inconvenientes.....	447
C. Grupo normativo regulador.....	449
D. Algunas reflexiones al régimen jurídico establecido.....	451
3.4.3. El teletrabajo en el Estatuto Básico del Empleado Público.....	454
A. Consideraciones previas: la regulación del teletrabajo antes y durante la crisis del Covid-19 para los empleados públicos.....	454
B. Grupo normativo regulador.....	456
C. Características del régimen jurídico establecido.....	460
IV. Régimen jurídico del Derecho de Internet.....	473

1.	El Derecho de Internet.....	473
1.1.	Concepto.....	473
1.2.	Naturaleza jurídica.....	475
1.3.	Caracteres.....	476
1.4.	Una propuesta de regulación.....	477
2.	El Derecho de Internet: el régimen jurídico como servicio universal de las telecomunicaciones.....	479
2.1.	La evolución normativa del derecho de las telecomunicaciones.....	479
2.1.1.	El desarrollo del régimen jurídico de Internet en la UE.....	479
2.1.2.	El proceso normativo en España.....	485
2.2.	Internet como un servicio universal: el régimen jurídico.....	488
2.2.1.	Las telecomunicaciones: concepto y caracteres.....	488
2.2.2.	El grupo normativo regulador.....	492
2.2.3.	La norma de cabecera: Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de las Telecomunicaciones.....	496
3.	El Derecho de Internet: los servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico.....	502
3.1.	Consideraciones previas.....	502
3.2.	Los servicios de la sociedad de la información: concepto, modalidades y partes intervinientes.....	505
3.2.1.	Los servicios de la sociedad de la información: concepto y caracteres.....	505
3.2.2.	Prestador de servicios.....	506
3.2.3.	Servicios de intermediación.....	507
A.	Proveedores de acceso a Internet.....	507
B.	Proveedores de caching.....	508
C.	Proveedores de alojamiento.....	509

D. Proveedores de búsqueda o enlaces.	511
E. Redes sociales.....	512
F. Proveedores de plataformas web 2.0.....	515
3.2.4. Los destinatarios o consumidores del servicio.....	516
3.3. La evolución regulatoria de los servicios de la sociedad de la información en la Unión Europea.	516
3.4. Grupo normativo regulador.	520
3.5. La Ley 34/2002, de servicios de la sociedad de la información.	525
3.5.1. Introducción.....	525
3.5.2. Los principios generales de la Ley.....	526
3.5.3. Los deberes y obligaciones en la norma.....	531
4. El Derecho de Internet: la protección de la propiedad intelectual y los derechos morales en la red.....	533
4.1. Consideraciones previas.	533
4.2. La evolución de la protección de la propiedad intelectual en Internet en la Unión Europea.....	536
4.3. Grupo normativo regulador.	539
4.4. La protección de la propiedad intelectual en el ordenamiento estatal.....	542
4.4.1. Análisis del desarrollo normativo.....	542
4.4.2. La Ley de propiedad intelectual: especial referencia a la problemática de distribución de contenido digital.....	545
5. El Derecho de Internet sobre la Protección de Datos.....	548
5.1. Los datos: el petróleo del S. XXI.....	548
5.1.1. Las nuevas empresas y su materia prima.	548
5.1.2. Los datos: elemento sobre el que se diseñará el Estado de Bienestar 4.0.	553
5.2. La organización de los datos en la red: Big Data y Blockchain.	557

5.2.1. Introducción.....	557
5.2.2. Big Data.....	557
A. Concepto y caracteres.	557
B. Las recomendaciones europeas y su tratamiento en el ordenamiento español.....	562
C. Usos, retos y riesgos.....	566
5.2.3. El blockchain.....	569
A. Concepto y caracteres.	569
B. Las recomendaciones europeas y su tratamiento en el ordenamiento español.....	572
C. Usos, retos y riesgos.....	573
5.3. El desarrollo del régimen regulatorio de la protección de datos en la Unión Europea.....	576
5.4. El régimen jurídico de la protección de datos en España.	582
5.4.1. Introducción.....	582
5.4.2. Grupo normativo regulador.	586
5.4.3. La ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y de Garantía de los Derechos Digitales.....	591
A. Ámbito de aplicación.....	591
B. Los principios de la norma y el régimen de tratamiento de los datos.....	593
C. La responsabilidad en el tratamiento de los datos.....	597
5.5. La protección de datos en Internet.....	601
5.5.1. Las cookies.....	601
A. Consideraciones generales.	601
B. Las cookies y las Administraciones Públicas.....	606
5.5.2. La información en redes sociales.	608

6.	El Derecho de Internet sobre las relaciones en la red.....	613
6.1.	Consideraciones previas.	613
6.2.	La libertad y seguridad dentro del ciberespacio.	615
6.2.1.	La identidad digital.....	617
6.2.2.	Las nuevas tipificaciones administrativas y penales.	620
6.3.	La ciberseguridad.....	623
6.3.1.	Concepto y caracteres.....	624
6.3.2.	Grupo normativo regulador.	627
A.	La Unión Europea y la ciberseguridad.....	627
B.	La ciberseguridad en el ordenamiento jurídico.	630
6.3.3.	Las infraestructuras críticas.....	633
6.3.4.	La seguridad nacional y la estrategia de ciberseguridad.	636
6.3.5.	Algunos problemas de ciberseguridad: análisis de una posible responsabilidad patrimonial.	643
V.	La revolución Industrial Digital.....	650
1.	Introducción.	650
2.	La IV Revolución Industrial: concepto, caracteres y vectores.....	653
3.	Las innovaciones físicas.....	657
3.1.	Los nuevos materiales y las impresoras 3D.....	657
3.1.1.	Materiales inteligentes, nanomateriales y biomateriales.	658
3.1.2.	Las impresoras 3D: concepto, caracteres y grupo normativo regulador.	660
3.1.3.	La utilización dentro del Sistema Nacional de Salud: la responsabilidad patrimonial por fallos en la impresora 3D.	663
3.2.	Los drones.....	667
3.2.1.	Concepto, caracteres y grupo normativo regulador.....	667

3.2.2. La Administración Pública y el uso de drones para cumplir las funciones de vigilancia del Estado: análisis de la responsabilidad patrimonial.....	670
A. Por daños materiales.	670
B. Por lesión de derechos fundamentales.....	672
4. La revolución intangible.....	674
4.1. Introducción.....	674
4.2. El Internet de las Cosas.....	677
4.2.1. Concepto, características y elementos.....	677
4.2.2. Los usos del Internet de las Cosas en relación con la Administración Pública.....	681
A. Los edificios inteligentes.....	681
B. El transporte autónomo.	682
4.2.3. La responsabilidad patrimonial de la Administración en el uso del Internet de las Cosas: especial referencia al transporte autónomo.....	688
4.2.4. El caso de los asistentes virtuales.....	692
4.3. La inteligencia artificial y la robótica.	697
4.3.1. La inteligencia artificial: análisis de su funcionamiento y caracteres.	697
A. El sistema de funcionamiento de la inteligencia artificial.....	697
B. Concepto.....	701
4.3.2. Los robots: concepto, caracteres y clasificación.	703
A. Concepto y caracteres.	703
B. Clasificación.....	706
4.3.3. Naturaleza jurídica.	707
4.3.4. La evolución reguladora de esta materia.	713

4.3.5. Grupo normativo regulador.....	721
4.3.6. Los principales problemas.....	724
A. El Estado como defensor de los valores sociales y los derechos fundamentales.	724
B. La transparencia algorítmica: especial referencia a la jurisprudencia.	726
C. El Big Data: el sistema de entrenamiento de la inteligencia artificial	739
D. La seguridad de los sistemas.....	741
E. La protección de datos y el derecho a la intimidad.....	742
4.4. Los ordenadores cuánticos.....	743
4.5. Hacia una nueva rama del ordenamiento: el Derecho Artificial.....	746
4.6. Los efectos del uso de estas tecnologías en el Estado de Bienestar..	748
5. Las innovaciones de carácter biológico.....	752
5.1. Los avances en las ciencias biológicas.	752
5.2. El uso en seres humanos.	758
5.3. El grupo normativo regulador.....	764
5.4. La repercusión dentro del Sistema Nacional de Salud: la hipotética responsabilidad patrimonial.	766
5.5. Una propuesta de regulación jurídica.	769

CAPÍTULO TERCERO

EL ESTADO DIGITAL

I. Hacia una democracia “digital”.....	773
1. Introducción.	773
2. La e-democracia.	779
2.1. Concepto y caracteres.	779

2.2.	El sistema electoral y el poder de los datos.	780
2.3.	La regulación de las campañas electorales (virtuales).....	786
2.3.1.	El tratamiento de datos personales con fines electorales.	786
2.3.2.	La utilización de los datos para dirigir la afinidad política de la población.....	790
2.4.	¿Son los datos un nuevo poder del Estado?	794
3.	Las elecciones digitales.....	797
II.	El Gobierno.....	800
1.	Consideraciones previas.....	801
2.	Open Government.....	802
2.1.	Del e-Gobierno al Open Government: concepto y caracteres.	802
2.2.	Grupo normativo regulador.	809
2.2.1.	La base jurídica internacional y supraestatal para el desarrollo del “Open Government”.	809
2.2.2.	El ordenamiento jurídico español.....	812
	A. La Constitución como soporte jurídico del Gobierno Abierto y el desarrollo legislativo.	812
	B. La regulación autonómica.	816
	C. La base normativa en el ámbito local.	818
2.2.3.	Los Planes de Gobierno Abierto en España.....	820
	A. El I Plan de Gobierno Abierto: 2012-2014.....	820
	B. El II Plan de Gobierno Abierto: 2014-2015.	822
	C. El III Plan de Gobierno Abierto: 2017-2019.	824
	D. El IV Plan de Gobierno Abierto: 2020-2024.....	824
2.3.	La transparencia.....	828
2.3.1.	Concepto y caracteres.	828
2.3.2.	La publicidad activa.	831

A.	Ámbito subjetivo.	832
B.	Ámbito objetivo.	833
C.	Caracteres del ejercicio de la actividad de publicidad.	839
D.	Los límites a la publicidad activa.	843
E.	La responsabilidad patrimonial por el desarrollo de la actividad informativa.	846
2.3.3.	El derecho de acceso a la información pública.	848
A.	Ámbito subjetivo.	848
B.	Ámbito objetivo.	849
C.	Límites al ejercicio del derecho y acceso parcial.	854
D.	El procedimiento de acceso a la información pública y el régimen jurídico de impugnaciones.	856
2.4.	El Buen Gobierno.	864
2.4.1.	Concepto y caracteres.	864
A.	El Buen Gobierno y la transparencia.	866
B.	El Buen Gobierno y la buena administración.	867
C.	El Buen Gobierno y la rendición de cuentas.	870
2.4.2.	El régimen jurídico del buen gobierno.	871
2.5.	La participación ciudadana.	874
2.5.1.	El caballo de batalla para construir el “Open Government”...	874
2.5.2.	Régimen jurídico sobre el uso de páginas webs, plataformas y redes sociales por las Administraciones Públicas.	879
2.5.3.	La creación de un ágora digital.	887
2.6.	“Open Data” y la reutilización de la información pública.	890
2.6.1.	Consideraciones previas.	890
2.6.2.	Concepto y caracteres.	891
2.6.3.	Grupo normativo regulador.	895

2.6.4.	La regulación de la reutilización de los datos en el Sector Público: régimen jurídico vigente y el diseño del futuro.....	896
A.	La Directiva (UE) 2019/1024, de 20 de junio, relativa a los datos abiertos y la reutilización de la información del Sector Público.....	896
B.	La reutilización de datos en el Sector Público: la Ley 37/2007, de 16 de noviembre.	899
2.6.5.	La transmisión de datos entre Administraciones Públicas....	905
A.	La cesión de datos y su posterior utilización entre Administraciones.....	905
B.	La reutilización de los sistemas y aplicaciones entre las Administraciones Públicas.	909
III.	La Administración.....	913
1.	La adaptación de la Administración al progreso.....	914
2.	La Administración electrónica.	916
2.1.	Concepto y caracteres.....	916
2.2.	Grupo normativo regulador.	918
2.2.1.	La influencia de la Unión Europea en el desarrollo normativo.....	918
2.2.2.	La regulación en el ordenamiento jurídico español.....	922
2.3.	Análisis de las innovaciones del régimen jurídico en materia de Administración electrónica.	927
2.3.1.	Los principios generales en las actuaciones y relaciones electrónicas.	927
A.	El principio de neutralidad tecnológica.....	928
B.	El principio de accesibilidad.	930
C.	El principio de facilidad.....	930
D.	El principio de interoperabilidad.....	931

E. El principio de proporcionalidad.....	935
F. El principio de personalización y proactividad.	936
2.3.2. La preferencia del medio electrónico en las relaciones.....	937
A. Consideraciones previas.....	937
B. El derecho a relacionarse por el medio electrónico.....	938
C. El deber de relacionarse electrónicamente con las Administraciones Públicas.	941
2.3.3. Los sistemas de identificación y firma electrónica.	947
A. Consideraciones previas: grupo normativo regulador de la Unión Europea.....	947
B. El régimen jurídico de los interesados.	950
C. El régimen jurídico de las relaciones interadministrativas.....	959
2.3.4. Los puntos de acceso: la sede electrónica, el portal de internet, el Punto de Acceso General electrónico, y la carpeta ciudadana.....	962
A. La sede electrónica.....	962
B. Los portales de Internet.	969
C. El Punto de Acceso General electrónico.....	972
D. La Carpeta Ciudadana del Sector Público estatal.	973
2.3.5. Los registros electrónicos.....	975
A. Los registros electrónicos de apoderamiento.	975
B. Los registros generales.	981
C. Los registros de empleados públicos habilitados.	987
D. Las Oficinas de asistencia en materia de registros.....	989
2.3.6. Las modificaciones en el procedimiento administrativo.....	990
A. El expediente administrativo electrónico.....	990

B.	Las modificaciones del procedimiento administrativo en su tramitación electrónica.	995
C.	Las copias electrónicas de documentos en papel.	997
D.	El archivo electrónico	999
2.3.7.	La automatización del procedimiento.	1002
2.3.8.	El régimen de las comunicaciones a los interesados: las notificaciones electrónicas.	1011
3.	La Administración Digital.	1024
3.1.	Consideraciones previas.	1024
3.2.	Concepto y caracteres.	1026
3.3.	Propuesta de regulación.	1028
3.3.1.	La datificación de la actividad.	1029
3.3.2.	Los principios y valores de funcionamiento del sistema.	1033
3.3.3.	La adecuación del procedimiento administrativo.	1035
3.3.4.	La inclusión de las tecnologías propias de la sociedad digital en la Administración.	1036
3.3.5.	La responsabilidad patrimonial en el caso del uso de la inteligencia artificial.	1043
3.3.6.	La modificación e incorporación de derechos (digitales) al ordenamiento jurídico.	1051
IV.	El poder legislativo.	1057
1.	Consideraciones previas.	1057
2.	El Parlamento Abierto: concepto y caracteres.	1058
3.	Grupo normativo regulador.	1060
3.1.	Consideraciones previas.	1060
3.2.	El control de la actividad parlamentaria.	1061
3.2.1.	La base constitucional.	1061

3.2.2. El control de la actividad parlamentaria de las Cámaras: Congreso y Senado.	1062
A. El Congreso.	1063
B. El Senado.....	1065
3.2.3. La situación de las Cortes autonómicas y las entidades locales.....	1066
3.3. La participación ciudadana en los procedimientos normativos.	1067
3.3.1. Consideraciones previas.....	1067
3.3.2. El Parlamento Europeo: las posibilidades de participación.....	1068
3.3.3. El ordenamiento jurídico español: la base legal.....	1072
3.3.4. La reforma del régimen jurídico: better and Smart.	1074
A. La motivación que subyace.	1074
B. Las modificaciones que se incorporan.....	1076
3.3.5. Las modalidades de participación ciudadana en la elaboración de normas y el uso de nuevas tecnologías.	1077
A. La consulta pública.....	1078
B. La audiencia.....	1079
C. El trámite de información pública.	1081
3.3.6. El ejercicio de la participación ciudadana.....	1082
4. Hacia un Parlamento Abierto: el reto español.....	1084
5. ¿El Parlamento Digital?	1087
V. El poder judicial.....	1090
1. La evolución digital del poder judicial en España.	1090
1.1. Consideraciones previas: concepto y caracteres.	1090
1.2. La evolución regulatoria de la e-justicia.	1091
2. Los problemas de la Administración de Justicia ante la digitalización....	1098

3.	La crisis de la Covid-19 y sus efectos en el poder judicial.	1103
4.	La aplicación de algoritmos e inteligencia artificial a las resoluciones judiciales.	1105
V.	El Derecho Digital: régimen jurídico de los derechos digitales en España.	1108
1.	Consideraciones previas.	1108
2.	El régimen jurídico de los derechos digitales: concepto, naturaleza jurídica, caracteres y modalidades.	1112
3.	Los derechos referidos a la actividad en Internet.	1118
3.1.	El derecho a la neutralidad de Internet.	1118
3.1.1.	Concepto, caracteres y elementos.	1118
3.1.2.	La excepción de neutralidad de Internet por el Estado: el Real Decreto-Ley 14/2019 de 31 de octubre.	1123
3.2.	El derecho de acceso universal a Internet.	1129
3.2.1.	Concepto, caracteres y elementos.	1129
3.2.2.	La distribución de competencias.	1136
3.2.3.	Hacia un derecho fundamental a Internet.	1141
3.3.	El derecho a la seguridad digital.	1146
3.3.1.	Consideraciones previas.	1146
3.3.2.	Interpretación del derecho a la luz de la protección del secreto de las telecomunicaciones.	1147
3.3.3.	El derecho a la seguridad de las comunicaciones bajo el prisma de la ciberseguridad.	1150
3.4.	El derecho a la identidad y a no ser perfilado.	1152
3.5.	El derecho a la portabilidad de datos en redes sociales.	1154
4.	Los derechos referidos a la libertad de expresión y la protección de la intimidad del individuo.	1158
4.1.	El derecho a la libertad de expresión y a la rectificación.	1158
4.1.1.	Consideraciones previas.	1158

4.1.2.	La protección de la libertad de expresión en el medio digital.	1159
4.1.3.	El derecho de rectificación.....	1164
4.1.4.	Las fakes news como fenómeno global.	1166
4.1.5.	Las deepfakes: el nuevo fenómeno que pone en riesgo la seguridad del Estado.	1169
4.2.	El derecho de actualización de la información.	1171
4.3.	El derecho al olvido en la red.	1173
4.3.1.	Concepto y caracteres.	1173
4.3.2.	Derecho al olvido en búsquedas de Internet.	1178
4.3.3.	Derecho al olvido en servicios de redes sociales y servicios equivalentes.	1182
4.4.	El derecho al testamento digital.....	1185
4.4.1.	Introducción.	1185
4.4.2.	Los antecedentes a la regulación estatal: la Ley 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales y de modificación de los libros segundo y cuarto del Código Civil de Cataluña.	1187
4.4.3.	La regulación jurídica del derecho: concepto, caracteres y elementos.	1190
5.	Los derechos de los menores en la red.	1194
5.1.	El derecho a la educación digital.	1194
5.1.1.	Concepto, caracteres y elementos.	1194
5.1.2.	La crisis sanitaria del Covid-19 y el caos de los planes educativos digitales.....	1200
5.2.	El derecho de protección de los menores en Internet.	1202
5.2.1.	Concepto, caracteres y elementos.	1202
5.2.2.	El problema de las redes sociales y los menores.....	1205

5.3. El derecho a la protección de los datos de los menores en Internet.....	1207
6. Los derechos digitales en las relaciones laborales y en los empleados públicos.....	1210
6.1. Consideraciones previas.	1210
6.2. El control de los trabajadores y la protección del derecho a la intimidad.....	1215
6.2.1. El derecho a la intimidad y el uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral.	1215
6.2.2. El derecho al control de los trabajadores bajo dispositivos de videovigilancia.....	1218
6.2.3. El derecho al control de los trabajadores bajo sistemas de geolocalización.	1223
6.3. El derecho a la desconexión digital.	1225
6.4. El derecho de garantías adicionales al tratamiento de datos personales y la salvaguarda de los derechos digitales.....	1230
7. Los derechos relacionados con la salud.	1231
I. Introducción.....	1239
II. Las bases para la reconstrucción del Estado de Bienestar español.....	1248
1. El contrato de la sociedad digital.	1248
1.1. La ruptura del contrato social.	1248
1.2. Los avances que impulsan el cambio.....	1252
1.3. El nuevo contrato social: el pacto por la sociedad digital.....	1254
2. La formalización del nuevo compromiso entre clases sociales y grupos de interés.....	1257
2.1. La Constitución de 1978: ¿adaptación o nueva redacción?	1257
2.2. La democracia digital.....	1259
2.3. La protección del Estado de Bienestar y los derechos sociales.	1262

2.3.1. El Estado de Bienestar “constitucionalizado”.....	1262
2.3.2. Los derechos sociales: su carácter (ir)reversible y la intervención del Estado Administrativo.	1266
2.4. Los derechos digitales o de cuarta generación.....	1277
2.4.1. Consideraciones previas.....	1277
2.4.2. Los derechos derivados del acceso a Internet.	1278
A. El derecho de acceso a Internet.	1278
B. El derecho a la ciberseguridad.....	1286
C. El derecho a participar en los asuntos públicos a través de los canales del ciberespacio.	1288
D. Recopilación de derechos.....	1289
2.4.3. Los derechos derivados de la protección de datos.	1289
A. El derecho a la protección de datos.	1290
B. Los derechos sobre la preservación de la identidad.....	1292
C. El derecho al olvido y al recuerdo.	1293
D. Recopilación de derechos.....	1296
2.4.4. El Derecho Artificial y los derechos derivados.....	1296
A. El derecho de acceso a las tecnologías de la Revolución Digital.....	1296
B. El derecho a no ser objeto de actuaciones automatizadas.....	1298
C. El derecho al tratamiento por ser un humano.	1298
D. La obligación de ayudar con el sostenimiento de las cargas del Estado.	1299
E. Derechos relacionados con el funcionamiento de estas tecnologías.....	1300
F. Recopilación de derechos.....	1302
2.4.5. Los derechos derivados de las ciencias biológicas.	1302

A.	El derecho de acceso a estas tecnologías derivadas de los avances en ciencias biológicas.	1303
B.	El derecho a la información genética.....	1304
C.	El derecho al respeto a la diversidad genética.	1305
D.	El derecho a la privacidad mental o de protección de los neurodatos.	1305
E.	El derecho a decidir sobre la utilización de estas tecnologías en sus organismos.....	1306
F.	El derecho a decidir sobre el sometimiento a una intervención de modificación genética o de implantes robóticos.....	1306
G.	El derecho a la responsabilidad por estas actuaciones. ..	1307
H.	Recopilación de derechos.	1307
III.	Rediseñando los pilares del Estado de Bienestar.....	1308
1.	Los servicios públicos digitales.....	1308
1.2.	Concepto y caracteres.	1309
1.3.	Elementos.....	1312
1.4.	La relación entre los algoritmos y el Derecho Público: su incidencia en el desarrollo de los servicios públicos.....	1316
1.4.1.	Consideraciones previas.....	1316
1.4.2.	Análisis de casos: la falta de desarrollo jurisprudencial en el ordenamiento jurídico español.....	1319
1.4.3.	La necesidad de regulación de los algoritmos en el marco del Derecho Administrativo: ¿son los algoritmos una nueva forma de reglamento?.....	1321
2.	La repercusión de la Revolución Digital en el trabajo.	1323
2.1.	Consideraciones previas.	1323
2.2.	La relación entre los nuevos modelos de trabajo y el Estado del Bienestar.....	1325

2.2.1. Las modelos de trabajo y las relaciones laborales en la sociedad digital.....	1325
2.2.2. El nuevo concepto de trabajo: la intervención de las políticas públicas en su configuración.....	1329
2.3. La robotización y los empleos sustituidos: el futuro del trabajo compartido.....	1334
2.3.1. Los efectos de la robotización y automatización en el empleo.....	1334
2.3.2. Las soluciones ante el fenómeno de robotización del empleo.....	1337
A. La tasa a las máquinas.	1337
B. La renta básica.	1338
2.3.3. Algunas consideraciones sobre la protección de los trabajadores.....	1341
2.3.4. Las consecuencias de la robotización en el empleo público.....	1346
3. La digitalización del sistema educativo.	1349
3.1. Introducción.....	1349
3.2. El marco normativo de los proyectos de educación digital.	1350
3.2.1. El marco estratégico para la cooperación europea en el ámbito de la educación y la formación para 2020, y otros planes posteriores.....	1350
3.2.2. Los problemas del sistema educativo español: la aceleración del proceso de digitalización tras la crisis del Covid-19.	1353
A. Las dificultades del sistema educativo antes de la crisis del Covid-19.....	1353
B. La crisis sanitaria que aceleró la digitalización de la educación.....	1356

C. Las medidas en materia de educación del Gobierno tras la crisis sanitaria.....	1358
3.3. La educación (en perspectiva) “digital”.....	1362
3.3.1. Consideraciones previas.....	1362
3.3.2. La educación digital.....	1363
3.3.3. La organización del centro educativo y el uso de la inteligencia artificial como elementos de gestión y administración de la educación.....	1367
3.3.4. La reestructuración de los planes educativos: formar para las profesiones del futuro.....	1371
3.3.5. La formación de los que educan: los profesores deben ser los mejor formados del sistema.....	1375
3.3.6. El papel del Estado y las Comunidades Autónoma en la educación digital.....	1378
4. El Sistema Nacional de salud: hacia la digitalización de la protección de la salud.....	1379
4.1. El derecho a la salud: la importancia de su protección y la necesidad de dotación suficiente para el mantenimiento del sistema.....	1380
4.2. La implantación y el desarrollo de las nuevas tecnologías en el sistema sanitario.....	1382
4.2.1. La salud electrónica.....	1382
A. Concepto y caracteres.....	1382
B. Naturaleza jurídica.....	1385
C. Clasificación.....	1386
D. Grupo normativo regulador.....	1387
4.3. Hacia la protección digital de la salud.....	1393
4.3.1. Consideraciones previas.....	1393
4.3.2. Los datos en salud.....	1394

4.3.3. Los hospitales inteligentes.	1399
4.3.4. Los robots y la salud.	1403
A. Los beneficios e inconvenientes de su incorporación al sistema sanitario.	1403
B. La clasificación de la robótica médico-sanitaria.	1406
C. Los derechos de los pacientes.	1411
D. El régimen de la responsabilidad.	1415
4.4. La asistencia sanitaria como sector productivo estratégico.	1417
CONCLUSIONES	1423
BIBLIOGRAFÍA.....	1515
WEBGRAFÍA	1625

ABREVIATURAS

AEPD- Agencia Española de Protección de Datos

ADR- Alternative Dispute Resolution

ADSL- Asymmetric Digital Subscriber Line

AGE- Administración General del Estado

ANN- Deep artificial neural network

AA. PP.- Administraciones Públicas

ARPA: Agencia de Proyectos de Investigaciones Avanzadas del Departamento de Defensa de los Estados Unidos

BEPS- Base erosion and profit shifting

BOE- Boletín Oficial del Estado

CC.AA.- Comunidades Autónomas

CC.OO.- Comisiones Obreras

CDFUE- Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea

CE- Constitución española de 1978

CEDH- Convenio europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales

CEDRO- Centro Español de Derechos Repográficos

CEPOL- Agencia Europea para la formación Policial

CNMC- Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

ABREVIATURAS

CSE-Carta Social Europea

CSIRT- Computer Security Incident Response Team

DEHu- Dirección electrónica habilitada única

DUDH-Declaración Universal de los Derechos Humanos

ECTC- Agencia Europea de Seguridad Aérea y el Centro Europeo contra el Terrorismo

eIDAS – Sistema europeo de reconocimiento de identidad electrónicas

EE. LL- Entidades Locales

ENI- Esquema Nacional de Interoperabilidad.

ENISA- Agencia de la Seguridad de las Redes y de la información de la Unión Europea

EURATOM- Tratado de la comunidad Europea de la Energía Atómica

EE.UU.- Estados Unidos

FDR-Fondo de desarrollo regional

FTTH- Fibre to the Home

FJ- Fundamento Jurídico

FSE- Fondo Social Europeo

GSM- Sistema Global de Comunicaciones Móviles

HCE- Historia clínica electrónica

I+D+I- Investigación, desarrollo e innovación

IA- Inteligencia Artificial

IGF- Foro para la Gobernanza de Internet

IoT- Internet de las Cosas

INSALUD- Instituto Nacional de Salud

INSS- Instituto Nacional de Seguridad Social

IVA- Impuesto sobre el Valor Añadido

LexNET- Ley en la red

LGS- Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad

LGSS- Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

LGSP- Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública.

LO- Ley orgánica

LOPD- Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y de Garantía de los Derechos Digitales.

LPAC- Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas

LBRL- Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local.

LRJSP- Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

LSS- Ley de Bases de la Seguridad Social

LSSI- Ley 34/2002, de servicios de la sociedad de la información

Mbsp- Megabit por Segundo

MOAD- Modelo de Administración Digital

NCP- Network Control Protocol

NSFNET- National Science Foundation of Net

NTIs- Normas técnicas de interoperabilidad

OCDE- Organización para la cooperación y el desarrollo económico.

ODR- Online Dispute Resolution

OMS- Organización Mundial de la Salud

ONU- Organización de Naciones Unidas

ORECE- Oficina del Organismo de Reguladores Europeos de las Comunidades Electrónicas

OTI- Oficina Técnica de Interoperabilidad

PAe- Portal de Administración electrónica

PAGe- Portal de Acceso General electrónico

PIB- Producto Interior Bruto

ABREVIATURAS

PIDCP- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

PIDESC- Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales

PSOE- Partido Socialista Obrero Español

PTI- Public Technical Identifiers

PYMES- Pequeñas y Medianas Empresas

RAE- Real Academia Española

RD- Real Decreto

RDL- Real Decreto Ley

RGDP- Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de esos datos

SAN- Sentencia de la Audiencia Nacional

SAP- Sentencia de la Audiencia Provincial

SARA- Sistemas de aplicaciones y redes para las Administraciones

SAS- Servicio Andaluz de Salud

SNS- Sistema Nacional de Salud

SOVI- Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez

STC- Sentencia del Tribunal Constitucional

STJUE- Sentencia del Tribunal de Justicia de la unión Europea

STS- Sentencia del Tribunal Supremo

STSJ- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

TC- Tribunal Constitucional

TEDH- Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TFUE- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

TIC- Tecnología de la Información y de la Comunicación

TJCE- Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea

TJUE- Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TRADE- Trabajador Autónomo Económicamente Dependiente

TRAMA- Tramitación de permisos e incidencias de la Secretaría de Estado

TRD- Tecnologías de Registro Distribuido

TS- Tribunal Supremo

TUE- Tratado de la Unión Europea

UE- Unión Europea

UGT- Unión General de Trabajadores

UNICEF- United Nation Children's Fund

VDSL- Very high rate Digital Subscriber Line

WCIT- World Conference on International Telecommunications

INTRODUCCIÓN. JUSTIFICACIÓN DE LA TESIS DOCTORAL

I. Delimitación del objeto de estudio.

1. El por qué de esta tesis doctoral.

Esta tesis doctoral es el resultado del esfuerzo y el trabajo de investigación realizado durante los últimos cuatro años, fruto de la concesión de una beca predoctoral del Plan Propio de Investigación de la Universidad de Almería. Este proyecto se encuadra dentro del programa de Doctorado en *Ciencias Económicas, Empresariales y Jurídicas*, dependiente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Almería, y vinculado a la línea de investigación del grupo SEJ-056, “*Ciencia y Derecho Público en el S. XXI*”, de la misma universidad. El estudio que recoge esta tesis no hubiera sido posible sin la dirección del mentor y profesor Dr. Juan Francisco Pérez Gálvez, a quién no sólo le debo mi interés creciente por esta materia, sino la fascinación y atracción por el Derecho Administrativo. Gracias a su él, y a sus enseñanzas, he podido ejercer mi propio pensar dialéctico, o lo que la doctrina define como:

«Eso que llamamos pensar dialéctico es la obligación de seguir pensando. Porque apenas se ha resuelto un problema que es tanto como alcanzar la tierra firme después de haberse sentido náufrago en un mar de dudas, ya se nos está planteando otro que nace de ese mismo suelo (la solución hallada) que creíamos firme. Que por eso me parece también que el pensar dialéctico es un sistema

lineal, como tal irreversible, en el que cada idea se apoya en la precedente y sirve, a su vez, de fundamento de la siguiente»¹.

La razón fundamental que ha motivado la realización de esta tesis doctoral es el aumento de la preocupación social por todos los cambios que se están produciendo a nuestro alrededor. Las ingentes modificaciones estructurales de las relaciones, y como consecuencia de éstas, la obligación ascendente de los poderes públicos de adecuar el ordenamiento jurídico constantemente, están generando cierta incertidumbre entre los ciudadanos.

En este sentido, en nuestra historia reciente, el Estado de Bienestar ha sido la estructura encargada de dotar de suficiente sosiego y estabilidad a las relaciones de los ciudadanos. Sin embargo, desde finales del siglo pasado, las crisis económicas erosionan y tambalean los pilares que lo configuran, hasta el punto de que, los servicios y las actividades que desarrollan son cada vez más insuficientes para cubrir el bienestar, es decir, ese mínimo indispensable de calidad de vida, de los ciudadanos. El Estado de Bienestar es la conquista social más importante del S. XX, por ello, no se pudo permitir que sus estructuras de protección vayan a la deriva, sin cumplir con los objetivos por los que se erigieron.

Sin embargo, es innegable que la sostenibilidad del Estado de Bienestar está pasando por un momento complicado. En este sentido, la crisis económica del año 2008 devaluó sus estructuras de provisión de bienestar, instaurando la austeridad como principio básico de funcionamiento. Pero, es que, la crisis sanitaria del Covid-19, a la que seguirá una profunda situación de recesión económica, terminará por derribar el Estado de Bienestar. De este modo, la insuficiencia crónica de recursos, junto con los cambios provocados por la Revolución Digital, derrumbarán las estructuras de protección social levantadas; o al menos, si los poderes públicos no hacen nada para evitarlo, el Estado de Bienestar no podrá cumplir con los objetivos para los que fue diseñado.

El régimen jurídico del Estado de Bienestar constituye un sector interdisciplinar amplio y complejo en el que se interrelacionan otras materias, como el ámbito social, económico, político, y muy especialmente, el tecnológico. En este sentido, el régimen

¹ Vide Francisco GONZÁLEZ NAVARRO, *Lo fáctico y lo signico. Una introducción a la semiótica jurídica*, EUNSA, Pamplona, 1995, p. 394.

jurídico de los derechos sociales, que es el elemento formal que permite su configuración, ha sido objeto de regulación tanto en el ámbito internacional y de la Unión Europea, como en el Derecho interno español. Lo que, en consecuencia, ha generado un régimen jurídico variado de normas que inciden en los distintos aspectos y diversas relaciones que se desarrollan, y cuyo objetivo es materializar la consecución de los derechos sociales.

No obstante, el avance de las nuevas tecnologías está transformando la manera en la que se relacionan los ciudadanos, obligando a todos los sectores del Estado (ciudadanos, empresas e instituciones) a adecuar sus actuaciones al ámbito digital. Sin embargo, la implantación de este modelo, altamente dependiente de las nuevas tecnologías, no está exento de generar nuevas problemáticas a las que el Derecho, más pronto que tarde, tendrá que darles una respuesta adecuada.

Por todo ello, esta tesis doctoral centrará su atención en ofrecer un análisis pormenorizado del régimen jurídico del marco normativo regulador del Estado de Bienestar, y de los pilares que lo configuran; del reparto competencial y territorial de las distintas Administraciones; su estructura y sistema de funcionamiento; y las deficiencias e ineficiencias que presenta la provisión del bienestar en nuestro país. Pero, de forma más profunda, este trabajo focalizará su análisis en los cambios que está provocando la Revolución Digital en todos los sectores, y mediante su examen, se propondrán las modificaciones necesarias para adecuar el Estado de Bienestar a las necesidades digitales de la población. Hasta el momento, los poderes públicos están dejando al margen del proceso de conversión digital a la mayor estructura de provisión de bienestar de nuestro país, algo que no puede ser permisible.

En este sentido, clarificar todo el entramado jurídico de regulación de las distintas relaciones ha sido una ardua tarea que, en ocasiones, ha obligado a acotar el estudio en los sectores más representativos, o con mayor trascendencia para el objeto de esta tesis: la construcción del Estado de Bienestar 4.0. En conclusión, se presenta un estudio sistemático que, basándose en los resultados anteriores de la doctrina, me ha permitido ejercer mi propio pensar dialéctico acerca de esta materia, reflexionando sobre la problemática que presenta y proponiendo soluciones a ésta.

2. Objetivos que se pretenden alcanzar.

La configuración y el diseño del modelo de provisión de bienestar social es un fenómeno candente y recurrente, tanto desde el clamor social, como desde el discurso de los poderes públicos. Sin embargo, la nueva amenaza que acecha su viabilidad es la reconfiguración de sus pilares y servicios hacia la digitalización. Por esta razón, el objetivo principal de esta tesis doctoral es comprender los efectos de la Revolución Internet, y analizar cuáles son las consecuencias que tendrá la Revolución Digital en el conjunto global del Estado. En este sentido, se trata de esclarecer cuáles son sus ejes de expansión; cómo afecta su desarrollo a los derechos de los ciudadanos; qué papel tiene el Estado de Bienestar en todos estos cambios que se están produciendo; y cuáles serán los efectos en los pilares que lo sustentan

En consecuencia, para poder extraer estas conclusiones hay que analizar previamente los siguientes aspectos:

- El desarrollo histórico y la concreción del Estado de Bienestar, cuya motivación es consecuencia de las distintas revoluciones sociales que reclaman una mayor intervención del Estado en la provisión del bienestar y calidad de vida de los ciudadanos.
- Con posterioridad, se aborda el análisis del régimen jurídico aplicable a los derechos sociales que dan vida a sus instituciones, y la regulación jurídica que se hace de estas estructuras de provisión de bienestar. En este sentido, es necesario concretar el régimen competencial de las distintas Administraciones en esta materia.
- Desde el descubrimiento de Internet, hasta su expansión generalizada, se han producido diversidad de cambios en los distintos sectores de la sociedad, los cuales, deben ser analizados para comprender la magnitud de sus efectos. En consecuencia, habrá que delimitar el régimen jurídico del Derecho de Internet: las actividades que comprende, las obligaciones que asume, los límites de su ejercicio, y los efectos en la sociedad.
- La Revolución Internet ha obligado a adaptar la estructura y funcionamiento de los poderes del Estado, cuya transformación se encuentra aún en vías de desarrollo. Por esta razón, es necesario comprender cuáles son las modificaciones que ha experimentado su régimen jurídico; las necesidades sociales a las que los poderes públicos deben dar respuesta; las deficiencias

que presenta el régimen actual; y las medidas que se proponen para solventar y avanzar en el desarrollo de sus estructuras.

- El gran objetivo de esta tesis es abordar los efectos y encontrar las soluciones que la Revolución Digital tendrá sobre el Estado de Bienestar. Para ello, tendré que analizar en qué consiste ésta y cuáles son sus características, y cómo encaja el régimen jurídico actual sobre las distintas problemáticas que ésta representa.
- Todos estos cambios van a dar lugar al nacimiento de una nueva generación de derechos sobre los que habrá que delimitar su contenido, y las obligaciones y límites en su ejercicio entre las distintas partes de las relaciones. La nueva “Era” que se atisba va a necesitar de la configuración de un Derecho a la altura que dote al Estado de Bienestar de los medios suficientes para acometer su función.

3. El interés del Derecho Administrativo por esta materia.

La configuración del Estado de Bienestar tiene su fundamentación en el art. 1.1 CE: *“España se constituye como un Estado Social, Democrático y de Derecho”*. El diseño del Estado con un carácter eminentemente social obliga a que sean los poderes públicos los que organicen las estructuras y los servicios que se encargan de expandir esta cualidad entre las actividades que desarrollan.

En este sentido, el interés del Derecho Administrativo por esta materia se justifica por sí mismo, en tanto que, son los poderes públicos, cuya actuación se materializa a través de las distintas Administraciones Públicas, y las relaciones que éstas desarrollan con los ciudadanos. En consecuencia, la materia objeto de estudio de esta tesis doctoral forma parte del Derecho Administrativo por los siguientes motivos. En primer lugar, porque la Administración se erige como el principal sujeto responsable de la provisión del bienestar social a los ciudadanos, debiendo encargarse de regular, organizar, planificar y resolver los problemas que puedan surgir de las relaciones con los ciudadanos. En segundo lugar, porque la intervención pública controla la iniciación y la verificación del contenido de las actividades que lo configuran durante toda la resolución y desarrollo de la actividad. Y, en tercer lugar, es el Derecho Administrativo la rama del ordenamiento jurídico más capacitada para dar respuesta a las disyuntivas que están surgiendo, tanto por el elemento subjetivo, como objetivo, de las relaciones que se están construyendo.

II. Estructura.

1. Metodología.

En lo que se refiere a la metodología utilizada para la consecución de la finalidad que persigue este proyecto destaca, principalmente, el uso del método sistemático o constructivo. Este sistema tiene como uno de sus objetivos primarios servir de puente entre la observación y lo escolástico, a la vez que proporciona la unidad necesaria a la institución jurídica que permita en su aplicación dar satisfacción y cumplimiento a su función social, así como la ordenación e incardinación en un sistema; en tanto que, el derecho forma un todo orgánico y que cualquier institución se ha de poner en relación con ese “todo” en que consiste el ordenamiento jurídico.

En este sentido, sólo desde el más profundo análisis del Estado de Bienestar se puede llegar a comprender la naturaleza de esta estructura de provisión social y cómo se relaciona con el resto de las figuras del ordenamiento jurídico. De este modo, González Navarro llama a los tres planos del saber: “discernir, definir y entender”, o lo que es lo mismo:

«Saber de una cosa, por tanto: 1º saber que cosa es (lo cual implica discurrir o diferenciar lo que parece la cosa, pero no es, de lo que la cosa es); 2º saber qué es la cosa y qué no es (lo que supone fijar los límites de la cosa, saber dónde empieza y dónde termina, perfilarla, fijar su perfil); 3º saber es, por último, saber por qué la cosa es (lo cual quiere decir conocer la posición de la cosa en el sistema: saber dónde está, de dónde viene y a dónde va)»².

Como aliciente, este método aporta el material necesario para llenar las lagunas jurídicas induciendo, mediante la aplicación analógica de la norma escrita, otras más generales no escritas, estableciendo así los principios y las reglas para determinar el contenido de esta rama del Derecho.

Sin embargo, las características de la sociedad actual impiden realizar un estudio aislado del Estado de Bienestar español, puesto que es necesario correlacionarlo con el

² Vide Francisco GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho Administrativo español*, Eunsa, Pamplona, 1994, p. 465.

resto de los sistemas que albergan otros países. De este modo, el método comparativo posibilita conocer las soluciones legislativas que, en otros ordenamientos, se han ofrecido para dar respuesta a los problemas surgidos; soluciones que, en numerosos casos han sido recibidas, o pueden llegar a serlo en el nuestro, por vía, fundamentalmente, de la armonización del Derecho interno al Derecho comunitario.

Junto al sistema comparativo, el método técnico-económico aplicado al análisis económico del Derecho, como consecuencia de la íntima relación que tiene el desarrollo y concreción de los derechos sociales a través de la materialización de prestaciones concretas. Sin perder de vista que el avance tecnológico del Estado de Bienestar va a depender en gran medida de la disponibilidad de recursos públicos para digitalizar tanto la estructura general de funcionamiento como los servicios que presta. De forma que, hay que encontrar el equilibrio para que éste no sólo sea posible, sino que continúe siendo económicamente viable.

En este sentido, se parte de la reflexión de que el Derecho ha de llevar a una eficiente asignación de los recursos, para conseguir una óptima satisfacción de las necesidades, de manera que el concepto de eficiente se engloba en la idea de justicia que debe ser el fin último que persiga el ordenamiento jurídico. De este modo, cualquier norma o institución jurídica será eficiente solo cuando, dada una determinada asignación de los recursos, lleve a una situación en la que nadie pueda mejorar su posición sin perjudicar la de otros, lo que conlleva el empleo socialmente óptimo de los medios con que cuenta.

2. División estructural del contenido de la tesis.

Esta tesis doctoral se articula en cuatro capítulos interrelacionados entre sí que van ahondando de forma paulatina en el estudio de la materia para alcanzar el objetivo propuesto.

En el capítulo primero se aborda el proceso histórico y evolutivo de la estructura de provisión social, para ello se tienen en cuenta las motivaciones sociales que terminan provocando su concreción, y los requisitos necesarios para su nacimiento. El Estado de Bienestar ni nace en un momento temporal homogéneo para todos los países, ni se responde de igual manera a la provisión del bienestar, lo que ha dado lugar al nacimiento de distintos modelos de provisión social. Una vez ubicados históricamente en el momento

de su nacimiento, se profundiza en las distintas políticas y actuaciones que han posibilitado su vertebración, así como también, el crecimiento que han experimentado los distintos pilares que lo configuran: educación, seguridad social, salud y asistencia social. Finalmente, se analizan los distintos conflictos jurídicos, políticos y doctrinales que presenta cada uno de sus ejes en la actualidad, pero también los de un futuro cercano.

El segundo capítulo comprende el inicio de las investigaciones en materia de análisis de los efectos que la Revolución Internet está teniendo en todos los sectores de la sociedad. Así, se estudia cómo ha madurado la sociedad hasta abarcar unas nuevas características que la erigen diferente a las etapas anteriores, y de igual manera, los cambios que está experimentando el mercado. Los datos se han convertido en el gran valor del S. XXI; y a través de los mismos se están configurando relaciones de poder inéditas en nuestra sociedad. Con posterioridad, se aborda el tratamiento del régimen jurídico del Derecho de Internet, en el que confluyen: el Derecho de las Telecomunicaciones, de los servicios de la sociedad de la información, de la protección de la propiedad intelectual, de los datos, y sobre las relaciones que se configuran en el ciberespacio. Y, finalmente, se emprende el estudio de los distintos vectores que constituyen la Revolución Digital, tanto en lo que se refiere al ámbito tangible e intangible, como a los avances en ciencias biológicas.

En el capítulo tercero se analiza la evolución electrónica que han sufrido los poderes del Estado, y cuál es el camino para iniciar la transformación digital de sus estructuras y de los servicios que prestan. Así, en primer lugar, se focaliza el estudio en la determinación de la democracia digital y su vinculación con el sistema electoral. En segundo lugar, se aborda la transformación del Gobierno, avanzando hacia una estructura abierta y más transparente de sus instituciones. De este modo, se han detectado las deficiencias que presenta el sistema actual para alcanzar la estructura organizativa digital de forma sinérgica con el resto de la sociedad. En tercer lugar, se analiza la posición privilegiada que tiene la Administración en esta metamorfosis social para liderar los cambios dentro de las instituciones, pero no sin antes constituirse como íntegramente digital. En cuarto lugar, la transformación experimentada por el poder legislativo que, en menor medida que los supuestos anteriores, también ha sufrido diversas modificaciones. Lo mismo ha sucedido con el poder judicial. Finalmente, el capítulo termina con el análisis del régimen jurídico de los derechos digitales, tanto en lo que se refiere a su

concepto, naturaleza jurídica, caracteres, modalidades, así como también, en lo que hace referencia a sus deficiencias para cubrir las necesidades que experimentan los ciudadanos.

Y, un cuarto capítulo que tiene como objetivo sentar las bases para la reconstrucción del Estado de Bienestar español, abarcando las distintas reformas que son necesarias para dar el vigor y la estabilidad suficiente a las distintas estructuras que lo configuran, y diseñar nuevas infraestructuras que respondan a las necesidades de la Era Digital. Para ello, se concretan distintas medidas que van desde la formalización de un nuevo contrato social, en el que se garantice el núcleo indisponible de los derechos sociales y los límites de intervención del Estado, así como también el conjunto de los derechos digitales; esta vez adecuados para cubrir las necesidades que está implantando la Revolución Digital.

CAPÍTULO PRIMERO

GÉNESIS Y DESARROLLO DEL ESTADO DE BIENESTAR ESPAÑA

CAPÍTULO PRIMERO

GÉNESIS Y DESARROLLO DEL ESTADO DE BIENESTAR ESPAÑOL

I. Consideraciones previas.

El Estado de Bienestar es la conquista social más importante del S. XX. La protección que se brinda al ciudadano permite garantizar un equilibrio en la convivencia entre los intereses de los grandes mercados capitalistas y las necesidades de la generalidad de los trabajadores³. Un sistema que posibilita redistribuir la riqueza del país, de manera que todos los ciudadanos cuenten con unos mínimos comunes de protección, lo que permite preservar y garantizar aquellos derechos inherentes a su condición de ser humano.

Sin embargo, esta figura no surge espontáneamente en nuestro ordenamiento, sino que, es el fruto de un proceso de lucha y conquista paulatina de derechos, como consecuencia de la convergencia de varios factores que han ido modificando las relaciones entre los distintos sectores de la sociedad. Dentro de estos agentes, se pueden distinguir: por un lado, los cambios económicos introducidos durante el S. XVII que implantaron nuevas reglas y parámetros globales en los mercados, y que, consecuentemente, afectaron a las personas gestando nuevas necesidades que implicaban la intervención estatal; y, por otro lado, la positivización de estas nuevas exigencias de los ciudadanos, tanto a nivel internacional, comunitario y nacional, reconociéndolos como derechos sociales.

No obstante, la novedad que representa este fenómeno dentro de los ordenamientos no es la involucración del Estado en la gestión de cuestiones sociales a

³ Vide Eduardo BANDRÉS MOLINÉ, “Democracia y Estado de Bienestar: una perspectiva económica”, en Benigno PENDAS GARCÍA, *España constitucional (1078-2018) trayectorias y perspectivas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, p. 4513.

través de la regulación jurídica. El hecho insólito, hasta ese momento, es aunar el mecanismo de la formalización de los derechos con otros instrumentos de garantía y protección que permitieran el ejercicio idóneo de los mismos.

En consecuencia, el origen de los Estados de Bienestar se produce cuando concurren simultáneamente la intervención estatal formal y material para cumplir con el contenido de esos derechos. Los Estados llevarán a cabo este proceso de forma asimétrica y atendiendo a las peticiones de sus ciudadanos, cuya protección irá progresivamente aumentando. Estas peculiaridades permiten distinguir distintos modelos de Estado de Bienestar, puesto que no existen arquetipos idénticos implantados en los distintos países. En este sentido, cada Estado ha configurado su propio sistema de protección atendiendo a criterios tan variables como su historia, la estructura del mercado financiero, o el montante presupuestario que dispone. Por ello, no se puede fijar su nacimiento en una fecha exacta o día concreto, dado que, estos sistemas son la consecuencia de un proceso evolutivo lento que responde a diversidad de circunstancias⁴.

Además, en los menos de cien años de vida de los Estados de Bienestar (en sentido estricto) han sufrido ingentes transformaciones para intentar adaptarlos a los cambios que experimentaba la sociedad. Se ha llegado hasta el extremo de que, los continuos avatares para adecuarlos han llevado a algunos Gobiernos a cuestionar la necesidad de su existencia, y e inclusive desvirtuar la imprescindibleidad de los mismos en el desarrollo de la sociedad, creando distintas posturas entre los Estados. Así, las reformas de los últimos años han implicado, en algunos casos, la pérdida de la identidad y la finalidad para la que nacieron los Estados de Bienestar.

En el caso del Estado de Bienestar español, la situación en la que se encuentra actualmente no es para nada alentadora. El sistema, como si de una partida de ajedrez se tratara, se encuentra en “jaque” técnico, pidiendo a gritos ayuda al resto de figuras del tablero (Estado, empresas y sociedad civil), para iniciar la reconstrucción de las bases y principios que lo configuran⁵.

⁴ Vide Tomás FERNÁNDEZ GARCÍA y Antonio LÓPEZ PELÁEZ, “El Estado del bienestar orígenes y perspectivas”, en Carmen ALEMÁN BRACHO y Tomás FERNÁNDEZ GARCÍA, *Política Social y Estado de Bienestar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 16.

⁵ Vide Ana M. GUILLÉN RODRÍGUEZ, “Democracia y crisis del Estado del Bienestar en España: procesos de reestructuración y dificultades de apoyo político”, en Berta ÁLVAREZ MIRANDA y otros, *Dilemas del Estado de Bienestar*, Fundación Argenteria, Madrid, 1996, p. 320.

Así, las opciones de futuro para el Estado de Bienestar son limitadas: dejar que muera asfixiado económicamente; parchear las instituciones, a pesar de que prácticamente, ya no se sostienen; o apostar por la reformulación de sus valores, principios y estructuras, de forma acorde a la realidad que estamos experimentando. Esta última opción es la que se va a intentar defender, y la que se aferra con énfasis, la autora de esta tesis.

Por ello, la prioridad absoluta del Gobierno debería ser encontrar un remedio (milagroso) que lo convierta en sostenible para las generaciones futuras, a base de políticas y servicios públicos que posibiliten su financiación. Sin embargo, el ejecutivo debe tener en cuenta en sus reformas la inminente llegada de un nuevo período disruptivo, llamado a cambiar el rumbo global de la sociedad: la Era Digital. Por ello, el Estado español, más que encontrar una “formular mágica” que permita su subsistencia desde las arcaicas infraestructuras que lo conforman, deberá trabajar para reconstruirlo desde su origen, atendiendo a las características, que ya se advierten, de este nuevo período de la humanidad.

II. El origen de las primeras políticas de protección social en Europa: los antecedentes que marcaron el crecimiento del Estado de Bienestar español.

1. Introducción.

Con anterioridad a la configuración de las primeras políticas de protección social, existían en la sociedad una serie de nociones ontológicas que posibilitan la vida en común de los ciudadanos, como seres racionales dentro de los Estados⁶. Por ello, es necesario

⁶ Vide José María SOUVIRÓN MORENILLA, *La actividad de la Administración y el servicio público*, Comares, Granada, 1998: «(...) el Estado puede identificarse como la estructura coercitiva operante sobre la sociedad, y ésta como el conjunto de realidades e instituciones de la vida colectiva distintas del Estado sobre el que la acción del primero se proyecta, siendo la espontaneidad de las relaciones que se desarrollan, frente a la coerción que define el Estado (en su propia conformación, como aparato, y en su proyección sobre la sociedad, como poder) el eje de su diferenciación. A partir de ahí, el problema radica en la determinación de sus relaciones y fronteras».

destacar el pensamiento e ideas de autores como Platón⁷, Aristóteles⁸, Maquiavelo⁹ y Hobbes¹⁰, que han sido determinantes para allanar la senda en la conformación del Estado moderno, y con él, de los sistemas de protección social. De tal manera que, asentando unos fundamentos comunes para todas las sociedades, las preocupaciones tangibles por la consecución de una vida en condiciones dignas serán las que promuevan la asistencia al individuo, una vez que se consolidan los derechos sociales¹¹.

No obstante, los antecedentes que más se asemejan al Estado de Bienestar se encuentran en las medidas de protección social incorporadas por los Estados como consecuencia de las políticas económicas de carácter liberal, a pesar de que existen medidas anteriores¹². Los efectos que estas provocan se manifiestan a través de cambios en los parámetros sociales, los cuales, a su vez, tendrán como consecuencia la generación de nuevas necesidades en la población obrera, o con menos recursos. La situación se convierte en insostenible, y a la población no le queda otra solución que enfrentarse a los Estados reclamando derechos insólitos hasta ese momento.

En consecuencia, a partir de este momento histórico es de dónde parte el análisis de las medidas previas a la construcción de los Estados de Bienestar en el continente europeo. La observación de la transformación experimentada, desde su nacimiento hasta nuestros días, permitirá ayudar a discernir los problemas que configuran nuestro sistema

⁷ Vide Manuel FERNÁNDEZ GALIANO, *Platón: La república*, Alianza Editorial S.A., Madrid, 1988, pp. 105 y ss.: «*La estratificación social se convierte en la base de la convivencia permitiendo la concordia social. Cada clase social va a representar unos intereses y, por tanto, la generación de una serie de conflictos, que serán tratados dentro de la "polis", por sus representantes del ejecutivo o del legislativo.*»

⁸ Vide William David ROSS, *Aristóteles*, Editorial Charcas, Buenos Aires, 1981, pp. 335 y ss.: «*La concepción del ser humano como el animal más capaz de vivir en sociedad, le permite asegurar la necesidad de establecimiento de una organización política. No basta con convivir, sino que es necesario asegurarse la introducción de normas que faciliten la coexistencia.*»

⁹ Vide Eli LEONETTI JUNGL, *Nicolás Maquiavelo: El príncipe*, Austral, Madrid, 2008, pp. 83 y ss.: «*En esta obra se establece una concepción malvada del Estado, como un ente que se sirve de las normas para mantenerse en el gobierno. Así, esta concepción del Estado como autoritario, y que gobierna escondido de las verdaderas necesidades sociales, hará quebrar los principios de la época.*»

¹⁰ Vide Enrique TIERNO GALVÁN y Manuel SÁNCHEZ SARTO, *Del ciudadano y el Leviatán: Thomas Hobbes*, Tecnos, Madrid, 1996, pp. 147 y ss.: «*Su profundo amor ideal por la justicia, se base en la previa desconfianza al ser humano, lo que lleva de forma constante a desconfiar de las disposiciones emanadas del Estado.*»

¹¹ Vide Tomás FERNÁNDEZ GARCÍA y Antonio LÓPEZ PELÁEZ, «El Estado del bienestar orígenes y perspectivas», en Carmen ALEMÁN BRACHO y Tomás FERNÁNDEZ GARCÍA, *Política Social y Estado de Bienestar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 15-40.

¹² Vide Francisco Javier LÓPEZ FERNÁNDEZ, *La acción social en España: centros, servicios y establecimientos de servicios sociales*, ACCI Ediciones, Madrid, 2014, pp. 23 y ss.

en origen, y a encontrar posibles soluciones a las dificultades actuales. Es obvio que no se puede saber a dónde vamos, si desconocemos de dónde venimos.

Dentro del proceso evolutivo que éstos han experimentado se distinguen tradicionalmente cuatro fases que atienden a contextos históricos concretos, y reconocidos ampliamente por la doctrina.

En primer lugar, un período que abarca desde la aparición de las primeras políticas de protección social a partir del S. XVIII hasta la I Guerra Mundial, donde comienzan a gestarse los primeros movimientos asociativos y reivindicativos de derechos que terminarían sentando la base de los derechos sociales¹³.

En segundo lugar, la etapa comprendida entre la Gran Guerra y la II Guerra Mundial. Este período se caracteriza por la instauración y expansión de los Estados de Bienestar por toda Europa. Así, por primera vez en la historia, se pasa del establecimiento de medidas de protección social de carácter individual a implantar un modelo destinado a la colectividad. No obstante, el contexto bélico frenó el afianzamiento de las instituciones, aunque sirvió para infundir el germen revolucionario y reivindicativo de derechos necesarios para construir los Estados de Bienestar, sobre todo, por el centro y este de Europa¹⁴.

En tercer lugar, la fase comprendida entre el final de la II Guerra Mundial y la llegada de las primeras políticas económicas neoliberales a finales de la década de los años setenta. La característica principal de esta etapa es la consolidación de los Estados de Bienestar por toda Europa a través de dos movimientos convergentes en la misma finalidad: por un lado, a través del reconocimiento internacional y comunitario de derechos, generando una serie de obligaciones para los Estados partícipes para alcanzar su consecución¹⁵; y, por otro lado, la implantación de constituciones a lo largo de todo el continente europeo, como norma fundamental de organización del Estado y protección de los derechos de los ciudadanos.

En cuarto, y último lugar, el ciclo que abarca desde la instauración de las políticas neoliberales hasta el momento actual. La característica principal de este período es el

¹³ Vide Carlos FARGE COLLAZOS, “El Estado de Bienestar”, *Enfoques XIX*,1-2, (2007), p. 44.

¹⁴ Vide José María MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, *Políticas de Bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales*, Tecnos, Madrid, 1998, p. 47.

¹⁵ Vide Antonio E. PÉREZ LUÑO, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1991, p.120.

reinado del neoliberalismo y la globalización en la sociedad¹⁶, permitiendo el blindaje a las grandes fortunas, y otorgando el control del crecimiento económico de sus países a los intereses de un mercado, cuyas predilecciones son cada día menos transparentes. No obstante, al unísono se ha producido un importante movimiento asociativo de carácter internacional, aunque también dentro del marco comunitario, con la finalidad de la consecución de una serie de objetivos sociales.

Y, en quinto lugar, yo distinguiría un último período que abarcaría desde la crisis económica del año 2008 hasta nuestros días. Los efectos de la crisis han tenido como resultado, salvo contadas excepciones (como Noruega y algunos países nórdicos), el colapso de las instituciones que lo configuran, obligando a redefinirlos y reestructurarlos. Sin embargo, no debemos ceñirnos a estas circunstancias, sino que hay que pensar en adaptarlos a las nuevas condiciones que están llegando: es necesario ir más allá de las necesidades del momento actual, y actuar de conformidad con el futuro inminente que se presenta.

2. Las políticas liberales y la I Revolución Industrial: las causas del origen de las primeras medidas de protección social.

2.1. Los antecedentes que traen causa a las políticas de protección social: especial referencia a la experiencia del gobierno británico.

Las primeras políticas de pensamiento económico liberal se implantaron a partir del S. XVI en Inglaterra, y se fueron consolidando en los siglos sucesivos. El establecimiento de estas políticas provocó la metamorfosis de la sociedad, auspiciando el ascenso de la burguesía dentro de la escala social¹⁷. Sin embargo, la burguesía no se conformaba con estar simplemente por encima del proletariado, pretendiendo alcanzar una cuota de poder en la toma de decisiones dentro de las instituciones. Esto se tradujo en la consecución de hasta tres guerras civiles (1638-1688) en la defensa de un Parlamento situado jerárquicamente en una posición superior a los intereses que

¹⁶ Vide Alberto RECIO ANDREU, “La crisis del neoliberalismo”, *Revista de Economía Crítica*, 7, (2009), p. 96.

¹⁷ Vide Alonso DE CÁRDENAS SÁNCHEZ, *La revolución inglesa (1638-1656)*, S.XXI Editores, Madrid, 2011, pp. 20 y ss.

representaba la corona. Así, la clase burguesa se libraba de la asfixia y control financiero que ejercía el rey, y le permitía adquirir poder en la toma de decisiones legislativas que tanto anhelaban. De este modo, es como los empresarios se libraron de las limitaciones a la actividad económica impuestas durante años, y de la cesión de derechos de explotación a través de monopolios en sectores estratégicos en esa época, como el aluminio¹⁸.

De este modo, aunque la ruptura entre la Edad Moderna y la Edad Contemporánea está marcada históricamente con el inicio de la revolución francesa en 1789¹⁹, éste no es el primer levantamiento de la burguesía solicitando la mejora de derechos: la revolución inglesa del S. XVII, se adelanta casi un siglo a la petición de una reestructuración del Estado. Con posterioridad, este movimiento será secundado por el resto del continente europeo. Por ello, se puede afirmar que el pensamiento ilustrado que, termina transformando el mundo²⁰, estuvo alentando por los valores y principios que se propugnaron durante la revolución inglesa del S. XVII²¹. Huelga decir que, gracias a la inversión de prevalencia de intereses, es lo que permite asentar el sistema capitalista en la sociedad moderna.

Los cambios sociales y de pensamiento tendrán, a su vez, consecuencias en el plano jurídico, incorporando al ordenamiento el principio de libertad elevado a su máximo esplendor²². En esta época, los valores más defendidos son “la libertad y propiedad” ambas dentro del plano de ser humano. Sin embargo, dependiendo del contexto donde fueran utilizadas tenían un significado diverso: la libertad plena del hombre para disponer sobre sus bienes; la idea de un comercio más libre, o de la expansión de la actividad económica; o, la supremacía de los principios de libertad

¹⁸ Vide Christopher HILL, *El siglo de la revolución: 1603-1714*, S.XXI Editores, Madrid, 2015, pp. 164 y ss.

¹⁹ Vide Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA Y MARTÍNEZ-CARANDE, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Alianza Universitaria, Madrid, 1994, p. 18: «(la revolución francesa) fue un tajo decisivo entre lo que a partir de entonces se llamaría, muy justamente, el Antiguo Régimen y el nuevo orden político y social que pretendió crearse sobre fundamentos enteramente nuevos».

²⁰ Vide Christopher HILL, *El mundo trastornado: el ideario popular extremista de la Revolución inglesa del S. XVII*, S. XXI Ediciones, Madrid, 2015, pp. 350 y ss.

²¹ Vide Ángeles LARIO GONÁLEZ, “Lo contemporáneo y las revoluciones”, en *Historia contemporánea universal: del surgimiento del Estado contemporáneo a la I Guerra Mundial*, Alianza, Madrid, 2014, p. 23.

²² Vide Ernest INRICHES, *Introducción a la historia de la Edad Moderna*, Akal S.A., Madrid, 2001, pp. 179 y ss.

económica frente al control que el Parlamento ejercía sobre la economía²³. De este modo, el poder gubernamental adquiere un papel secundario en el desenvolvimiento de las relaciones: promoviendo el libre mercado y permitiendo que la economía fluctuara según su libre desarrollo. En consecuencia, el gobierno inglés queda desligado de los intereses sociales, únicamente garantizando la libertad plena del individuo en su desarrollo en sociedad. Este pensamiento queda reflejado en los ilustrados de la época, donde destaca especialmente la figura de Locke, como padre del liberalismo económico.

Al unísono de estos movimientos se producen una serie de avances tecnológicos, y la adquisición de nuevos conocimientos, los cuáles, supusieron la revolución de la economía del mundo occidental. Así, la mejora e innovación de las herramientas dentro de las fábricas, y el descubrimiento de nuevas fuentes de energía, promovió un giro en la actividad económica y laboral de los países. El término que se utiliza para referirse y describir este período es el de revolución industrial²⁴, el cual abarca los cambios en la producción y consumo de bienes, y las profundas transformaciones sociales que implica.

Los distintos autores no se ponen de acuerdo en cuanto a su inicio, puesto que algunos la sitúan en la Gran Bretaña de mitad del S. XVII, y alargan su término hasta el final del S. XIX. El problema es fijar la fecha de nacimiento de la misma, puesto que, aunque en Gran Bretaña se desarrollará en este período, en el resto de los países europeos es diversa y consecuencia de un proceso evolutivo lento. Sin embargo, los efectos van a ser generalizadas en todos los países, sólo que, en momentos distintos, y dependiendo del grado de instauración de la misma²⁵.

La transformación en la manera de producir los bienes impulsará otros cambios en la sociedad como el incremento de intercambios de bienes, favoreciendo el crecimiento

²³ Vide Christopher HILL, *El siglo de la revolución: 1603-1714*, S.XXI Editores, Madrid, 2015, pp. 122 y ss.

²⁴ Vide Miguel ARTOLA GALLEGO y Manuel PÉREZ LEDESMA, *Contemporánea: La historia desde 1776*, Alianza Editorial, Madrid, 2005, p. 62: «Desde esta perspectiva, utilizaremos la expresión revolución industrial para referirnos al cambio que se produce en la producción y consumo de bienes por la utilización de instrumentos hábiles, cuyo movimiento exige la aplicación de las energías de la naturaleza. Hasta finales del S. XVIII el hombre sólo había utilizado herramientas, instrumentos inertes cuya eficacia depende por completo de la fuerza y la habilidad del sujeto que los maneja»; Vide David S. LANDES, *Progreso tecnológico y revolución industrial*, Tecnos, Madrid, 1979, p. 15: «(...) al complejo de innovaciones tecnológicas que, al sustituir la habilidad humana por la maquinaria y la fuerza humana y animal por energía mecánica, provoca el paso desde la producción artesana a la fabril, dando así lugar al nacimiento de la economía moderna».

²⁵ Vide Julián CHAVES PALACIONES, “Desarrollo tecnológico en la Primera Revolución Industrial, *Revista de Historia*, 17, (2004), p. 98.

económico de los países. Si bien, a ello contribuyó especialmente la implantación de la teoría del liberalismo económico elaborada por el economista Adam Smith, y su obra “*La riqueza de las naciones*”²⁶. Aunque, también tuvo consecuencias dentro del ámbito social, con especial énfasis, dentro del desarrollo del ser humano en sus relaciones. Las primeras consecuencias están ligadas a los movimientos demográficos, puesto que, la creación de fábricas produce un éxodo de los ciudadanos de las zonas rurales a las urbanas. Además, la falta de recursos mínimos de los trabajadores provocará la creación de barrios obreros en las zonas periféricas al núcleo industrial, trayendo como consecuencia graves problemas de salubridad y hacinamiento de los que comienzan a encargarse los Ayuntamientos competentes²⁷.

No obstante, ésta no será la peor consecuencia para los trabajadores y su forma de relacionarse con el medio. La irrupción del proceso industrializador genera la sustitución de la habilidad humana por la actividad de las máquinas, creando la sensación de alienación y de poca relevancia del ser humano dentro del proceso productivo. En consecuencia, para la mayoría de los trabajadores, el ser humano deja de ser un elemento protagonista en las relaciones de trabajo, para convertirse en un engranaje más de la cadena de producción. Además, a esta situación hay que sumarle la existencia de unas condiciones laborales pésimas, consistentes en: jornadas maratónicas de más de catorce horas diarias, sin protección social o descansos, y a las órdenes de patrones autoritarios, donde mujeres y niños eran especialmente explotados²⁸.

Estos factores económico-sociales aunados a la aplicación de los principios de intervención mínima del Estado llevados a su máximo extremo, dejando que el libre mercado distribuya el orden y posición natural de las cosas, tendrá graves consecuencias en la determinación del problema social. La leve intromisión del ejecutivo se justifica mediante la idea que debía ser la sociedad civil quién instaure, de motu proprio, las medidas de protección necesarias para los trabajadores. Sin embargo, la falta de organización suficiente de los trabajadores, a diferencia de lo que sí ocurría con los

²⁶ Vide Julián CHAVES PALACIONES, “Desarrollo tecnológico en la Primera Revolución Industrial, *Revista de Historia*, 17, (2004), p. 186.

²⁷ Vide Robert CASTELS, *La metamorfosis de la cuestión social*, Paidós, Barcelona, 1997, p. 15.

²⁸ Vide Miguel ARTOLA GALLEGO y Manuel PÉREZ LEDESMA, *Contemporánea: La historia desde 1776*, Alianza Editorial, Madrid, 2005, pp. 68 y ss.

empresarios, llevaba a consolidar salarios insuficientes e indecentes para el coste del nivel de vida de la época²⁹.

La situación de pobreza general promovía la creación de suburbios en las ciudades que, sumado al éxodo de mano de obra procedente de las zonas rurales, se convertirá en un gran problema para el gobierno inglés. El ejecutivo se ve obligado a servirse de las Leyes de Pobres como el instrumento para frenar la expansión de la pobreza en los núcleos urbanos. De forma que, a través de éstas, se promueve el azote y acoso a los vagos que amenazaran la estabilidad social necesaria para la implantación plena del movimiento industrial³⁰. La necesidad de intervención estatal, para promover un clima de estabilidad entre el proletariado y la clase dirigente, será más acusada conforme transcurra el tiempo y, terminará por desembocar en peticiones de derechos sociales.

2.2. Las primeras medidas de protección social en Europa.

2.2.1. Los cambios económicos y sociales: consecuencias para el Estado.

Las teorías económicas y los cambios en la forma de producir bienes se instaurarán con fuerza desmedida por todo el territorio europeo, modificando el pensamiento e ideología de la época, y la concepción de la sociedad que existía hasta el momento. En el ámbito económico, provocaron un crecimiento abrupto en todo el continente, aunque de forma desigual entre las distintas regiones. Los principales beneficiados por el auge económico van a ser Inglaterra, quien adquiere una ventaja competitiva sobre el resto de los países (que conservará hasta cerca de un siglo después) y Francia, cuya principal fuente de ingresos se sitúa en el comercio colonial. Mientras que, en el ámbito social, se produce un ascenso desigual de la burguesía que se enfrenta a la negativa de la nobleza de ceder más cuota del poder que ya representa en el Estado. Y, las clases populares, cada vez más aquejadas por la situación de explotación de su trabajo, comienzan a cuestionar la validez sobre los principios en los que se asienta el

²⁹ Vide Miguel ARTOLA GALLEGO y Manuel PÉREZ LEDESMA, *Contemporánea: La historia desde 1776*, Alianza Editorial, Madrid, 2005, p. 26: «El precio del trigo aumentó seis y veces y el nivel general de los precios cuatro o cinco. Esto favoreció a quienes producían para vender, bien fuera en la industria bien en la agricultura: aquellos de la clase propietaria, (...) mientras los pródigos o infortunados se arruinaban».

³⁰ *Ídem* pp. 36 y ss.

Estado moderno y presentan sus reivindicaciones. Ya no basta con propugnar la libertad como la máxima sobre la que debe asentarse el Estado, sino que, el principio de igualdad se convierte en el valor por conseguir³¹.

Sin embargo, los Estados europeos continuaban mostrando su negativa a la intervención en el problema social que se agudizaba, cada vez más, entre la población. El principal freno a esa intervención eran las teorías políticas que afirmaban que el Estado estaba únicamente destinado a la gestión de las cuestiones primarias, como pudiera ser el mantenimiento del orden público, pero no sobre problemas tan individuales de los ciudadanos³². Como manifestación del pensamiento de esta época, destaca la figura de Stuart Mill³³. Para él, dentro de los cometidos a los Estados, se deben distinguir entre aquellas actividades que son necesarias, y que sólo él puede realizar, y por tanto obligatorias, frente a aquellas facultativas, donde podíamos encuadrar las políticas de protección social y de distribución de la riqueza que se acometen dentro del Estado de Bienestar³⁴.

La redistribución de la riqueza, como un cometido que debe ser asumido por el poder político, es trascendental para la constitución de los Estados del Bienestar. No se puede pretender asentar los principios de libertad e igualdad del ser humano, sin la promoción de un reparto equitativo de la riqueza del pueblo entre el proletariado y las clases más altas. Por ello, los movimientos sociales continuarán produciéndose. La sociedad seguirá sublevándose e intentando imponer los intereses del pueblo frente a otros de cualquier otro tipo por toda Europa.

La primera manifestación de consecución de los valores de libertad e igualdad surge fuera del continente europeo, aunque está relacionado directamente con el poder

³¹ Vide Bartolomé BENNASAR y otros, *Historia moderna*, AKAI, Madrid, 2013, pp. 745 y ss.

³² Vide Carlos FARGE COLLAZOS, "El Estado de Bienestar", *Enfoques XIX*, 1-2, (2007), p. 46.

³³ Vide John STUART MILL, *Principios de Economía Política*, trad. Teodoro Ortiz de la edición inglesa de 1909, preparada por W.J. Ashley, México, FCE, 1996, pp. 191-192: «Las leyes y las condiciones que rigen la producción de la riqueza participan del carácter de realidades físicas. En ellas no hay nada de arbitrario o facultativo. Sea cual fuere lo producido por la humanidad, tiene que producirse en formas y condiciones impuestas por la constitución de las cosas externas, y por las propiedades inherentes a su propia estructura física y espiritual... No sucede lo propio con la distribución de la riqueza. Esta depende tan sólo de las instituciones humanas. La distribución de la riqueza depende, por consiguiente, de las leyes y costumbres de la sociedad. Las reglas que la determinan son el resultado de las opiniones y sentimientos de la parte gobernante de la comunidad y varían mucho según las épocas y los países».

³⁴ Vide Josefa Dolores RUÍZ RESA, "Liberalismo, socialismo y estado de bienestar", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 16-18, (2013-2015), p. 1256.

que éste venía representando: la Declaración Independencia de 1776³⁵, a través de la cual culmina la revolución americana. La declaración promueve el establecimiento del principio de igualdad entre los seres humanos, como un carácter intrínseco al mismo. Al mismo tiempo que, propugna “la libertad y la búsqueda de la felicidad” como los principios a través de los cuales se estructura el desarrollo de la vida moderna. Por ello, el término “felicidad”, en el contexto que es utilizado, permite identificarlo con el “bienestar” que debe conseguir una sociedad³⁶.

No obstante, en Europa, la revolución francesa de 1789 es la que marca el inicio de la ruptura de los estándares de la época, y termina por enfrentar al proletariado contra la monarquía. El pensamiento ilustrado, cuyo máximo reflejo se encuentra en las teorías de Montesquieu y Rousseau, y en el lema “libertad, igualdad y fraternidad”, coloca las bases para la conformación de una nueva realidad social: se pone fin al Estado regio, al feudalismo, y una monarquía unida a la Iglesia que representaba unos intereses propios alejados de la realidad social³⁷. En palabras de la doctrina:

«la revolución francesa y las ideas que implanta, los principios del nuevo constitucionalismo y sus aplicaciones inmediatas suponen, por las razones ya explicadas, un vuelco fundamental en las instituciones del Antiguo Régimen. Unas desaparecen, otras son adaptadas radicalmente, la Administración justifica sus viejas y sus nuevas potestades de otra forma, en habilitaciones constitucionales distintas, los poderes se separan y se les fija un nuevo equilibrio, las relaciones entre la ley, la Administración y la Justicia se orientan de nuevas maneras... Pero la actividad material de la Administración, lo que hace es promover la felicidad y el bienestar de los súbditos, en el marco de la nueva ideología del fomento, si acaso

³⁵ Vide EE. UU., “Declaración de Independencia de los Estados Unidos”, el 2 de julio de 1776.

³⁶ *Ibidem* Preámbulo: «Sostenemos como evidentes en sí mismas estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre éstos, están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados; que cuando quiera que una forma de gobierno se haga destructora de estos principios, el pueblo tiene el derecho a reformarla o abolirla e instituir un nuevo gobierno que se funde en dichos principios, y a organizar sus poderes en la forma que a su juicio ofrecerá las mayores probabilidades de alcanzar su seguridad y felicidad».

³⁷ Vide Carlos FARGE COLLAZOS, “El Estado de Bienestar”, *Enfoques XIX*,1-2, (2007), p. 46.

se intensifica, pero recae prácticamente sobre los mismos asuntos que le habían ocupado durante el último período de la Ilustración»³⁸.

Sin duda, una de las consecuencias jurídicas más ambiciosas, y con mayor relevancia histórica de la revolución, es la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano³⁹:

«Los representantes del pueblo francés, constituidos en Asamblea Nacional, considerando que la ignorancia, el olvido y el menosprecio de los derechos del Hombre son las únicas causas de las calamidades públicas y de la corrupción de los Gobiernos, han resuelto exponer, en una Declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre, para que esta declaración, constantemente presente para todos los miembros del cuerpo social, les recuerde sin cesar sus derechos y sus deberes; para que los actos del poder legislativo y del poder ejecutivo, al poder cotejarse en todo momento con la finalidad de cualquier institución política, sean más respetados y para que las reclamaciones de los ciudadanos, fundadas desde ahora en principios simples e indiscutibles, redunden siempre en beneficio del mantenimiento de la Constitución y de la felicidad de todos».

En este texto es la primera vez que se hace referencia al concepto de “bienestar común”, como una de las finalidades que se persigue y pretende obtener por la sociedad. Se pone así de manifiesto un anhelo del pueblo, mediante el cual se insta al Estado a encontrar un equilibrio entre la libertad económica y el desarrollo de las relaciones entre los seres humanos. De forma que se promueve que éste adquiera un compromiso de intervención que permita garantizar ese confort y ventura, en los distintos ciudadanos, en el que consiste el bienestar común. Sin embargo, la respuesta del Estado francés a la insurrección no fue otra que la represión a todo lo que pudiera suponer la obtención de igualdad de trato para el proletariado. Como ejemplo significativo de la época, destaca la

³⁸ Vide Santiago MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, I, Iustel, Madrid, 2011, p. 52.

³⁹ Vide ASAMBLEA NACIONAL FRANCESA, “Declaración de los Derechos y del Ciudadano”, París, 23 de junio de 1793.

“Ley Chapelier”, mediante la que se suprimieron las corporaciones, se prohibieron los sindicatos y el derecho de asociación⁴⁰.

La Revolución Industrial pone de relieve el conflicto entre el pauperismo y la degradación de las condiciones de vida como consecuencia de los principios liberales económicos. El envilecimiento que había experimentado la sociedad, como consecuencia de la implantación de la revolución científico-técnica que conllevaba la miseria y la pobreza, lleva a plantear que la cuestión del orden social se considerase clave para la supervivencia de la sociedad como institución. Por primera vez lo social es necesario despegarlo del contenido económico, y establecer vínculos que no respondan estrictamente a una lógica de intereses político-económicos⁴¹.

De este modo, y al agudizarse cada vez más los problemas del proletariado, éste termina por enfrentarse a dos realidades distintas. En primer lugar, frente a las máquinas, a las que se culpabilizaba de las deplorables condiciones en las que sobrevivían los trabajadores, así como también, de la cantidad de puestos de trabajo perdidos como consecuencia del paro tecnológico. Este movimiento será conocido como ludismo⁴². En este sentido, la base del problema presenta unas características similares a la disyuntiva actual con la inteligencia artificial y el uso de la robótica como instrumentos de trabajo, que vienen a suplir gran parte de la actividad que realiza el ser humano.

El gobierno inglés será el primero en tener que enfrentarse a las condiciones laborales que había impuesto la Revolución Industrial, adoptando medidas frente a la cuestión de emergencia social que se estaba desatando. Para ello, promulga a lo largo de los años sucesivos una serie de normas para proteger a sectores especialmente vulnerables

⁴⁰ Vide Ley Chapelier, París, 14 de junio de 1791, artículo 1: «Siendo una de las bases fundamentales de la Constitución francés la desaparición de todas las corporaciones de ciudadanos de un mismo estado y profesión queda prohibido establecerlas de hecho, bajo cualquier pretexto o forma que sea».

⁴¹ Vide Robert CASTELS, *La metamorfosis de la cuestión social*, o.c., pp. 19-20.

⁴² Vide Ned LUD, *Declaración de los tejedores ingleses*, 1812, «Y como quiera que nosotros declaramos que la susodicha Carta Real está tan en vigor como si tal Ley no hubiera sido aprobado (...) por la presente declaramos a todos los fabricantes de punto y propietarios de telares que romperemos y destruiremos toda clase de telares que hagan los siguientes artículos falsos y cualesquiera telares que no paguen los precios normales que en lo sucesivo acuerden los Maestros y Oficiales: todos los telares de tul estampada con impresión sencilla que no trabajen por la tarifa y que no paguen el precio regulado en 1810, telares de urdimbre que trabajen con hilo sencillo o agujero de doble grueso, que no trabajen por la tarifa, o no paguen los precios regulados en 1809, cuales quiera telares de seda lesa que no hagan su trabajo con arreglo al ancho de tela establecido, telares que no marquen el trabajo según su calidad, cualesquiera telares de toda clase cuyos trabajadores no sean pagados en moneda corriente del reino, serán invariablemente destruidos».

de la población: la Ley Fabril de 1802 fue la primera en limitar la duración de la jornada en menores de nueve a trece años en hasta ocho horas⁴³; con posterioridad en 1819 se prohíbe el trabajo de menores de nueve años en la industria textil⁴⁴; y no será hasta 1844 cuando se regule una reducción de las horas máximas de trabajo de mujeres (12 horas) y niños mayores de 13 años (7 horas)⁴⁵.

Y, en segundo lugar, el enfrentamiento motivado contra el poder político que se justifica en su prohibición a la existencia de gremios y asociaciones de trabajadores, así como en su inmovilismo ante la cuestión social y la redistribución de la riqueza. Las tensiones y enfrentamientos darán lugar a los primeros sindicatos o “Trade Union”, cuya organización provocará los primeros movimientos de huelga en Inglaterra, y que culminarán con el reconocimiento del derecho de asociación en 1824. Y, de forma simultánea, se produce la organización hacia la lucha y reivindicación de derechos para el proletariado, corriente conocida como “cartismo”, y que tendrá su época de mayor auge entre 1834 y 1848⁴⁶.

2.2.2. El nacimiento de la idea de la cuestión social.

Tal y como ha sido descrito, la situación de la “mano de obra” era deplorable e incompatible con el desarrollo de una vida en condiciones de dignidad, lo que promovió el nacimiento de la ideología social, o socialismo⁴⁷. Estas teorías ponían de manifiesto las desigualdades sociales que experimentaba el proletariado, en comparación con las clases más altas, sobre todo, con la burguesía y la nobleza, e intentaba ofrecer alternativas para paliar los efectos de estos problemas. Así, ante la unión del proletariado en sus protestas, es como surge la idea de que es el Estado quién debe hacer frente a “la cuestión social”, legislando para garantizar la protección de unos estándares mínimos a los ciudadanos.

⁴³ Vide CÁMARA DE LOS COMUNES, Ley de Salud y Moral de los aprendices, 1802.

⁴⁴ Vide CÁMARA DE LOS COMUNES, Ley Fabril, 1819.

⁴⁵ Vide CÁMARA DE LOS COMUNES, Ley Fabril, 1844.

⁴⁶ Vide Siro VILLAS TINOCO, *Las claves de la revolución industrial: 1733-1914*, Planeta, Barcelona, 1990, p. 74 y ss.

⁴⁷ Vide Florentina VIDAL GALACHE, “La revolución industrial”, en Ángeles LARIO GONÁLEZ, *Historia contemporánea universal: del surgimiento del Estado contemporáneo a la I Guerra Mundial*, Alianza Editorial, Madrid, 2015, p. 204, Pierre Leroux es considerado el creador del término “socialismo”.

Estas teorías terminarán materializándose a través de la consecución de unos derechos igualitarios y que promueven la equidad social.

Esta ideología es un pensamiento que comienza a inundar la conciencia del proletariado por toda Europa (Francia, Italia, el Imperio Austrohúngaro o Alemania fueron de los países donde esta ideología caló con mayor profundidad) durante la denominada como “primavera de los pueblos”. A pesar de su dispersión geográfica, esta revolución tenía como elemento común que era promovida por los trabajadores más pobres y con las peores condiciones sociales lo que, en parte, fue la causa de su fracaso⁴⁸. No obstante, esta revolución supuso un gran avance para el asentamiento de la democracia, puesto que sirvió de base para comenzar a tratar la cuestión social. El problema es que estos movimientos también supusieron la semilla que terminó por germinar las teorías nacionalistas que se expandieron por Europa con posterioridad⁴⁹.

La confluencia del socialismo junto con el movimiento obrero hizo que se desarrollara el denominado como socialismo científico de la mano de Karl Marx y Friedrich Engels. Sus tesis defendían que dentro del modelo capitalista confluía una clase dominante y minoritaria, que controlaba los medios de producción, y otro mayoritaria pero dominada, que se limitaba a aportar su trabajo⁵⁰. Esta explotación había provocado durante años las distintas revoluciones y luchas entre clases y, por ello, la forma de acabar con la situación de explotación era la insurrección del proletariado configurando una nueva sociedad: la sociedad comunista⁵¹.

⁴⁸ Vide Eric John HOBSBAWM, *La era del capitalismo de 1848-1875*, Editorial Labor S.A., Barcelona, 1989, p. 19.

⁴⁹ Vide Tomas FERNÁNDEZ GARCÍA y Antonio LÓPEZ PELÁEZ, “El Estado de Bienestar: orígenes y perspectivas”, en Carmen ALEMÁN BRACHO y Tomás FERNÁNDEZ GARCÍA, *Política social y Estado de Bienestar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 25.

⁵⁰ Vide Karl MARX, *Manifiesto comunista*, 1848, «En los tiempos históricos nos encontramos a la sociedad dividida casi por doquier en una serie de estamentos, dentro de cada uno de ellos cuales reina, a su vez, una nueva jerarquía social de grados y posiciones. En la Roma antigua son los patricios, los équites, los plebeyos, los esclavos; en la Edad Media, los señores feudales, los vasallos, los maestros y los oficiales de los gremios, los siervos de la gleba, y dentro de cada una de esas clases todavía nos encontramos con nuevas mataciones y gradaciones. La moderna sociedad burguesa que se alza sobre las ruinas de la sociedad feudal no ha abolida los antagonismos de clase. Lo que ha hecho ha sido crear nuevas clases, nuevas condiciones de opresión, nuevas modalidades de lucha, que han venido a sustituir a las antiguas. Sin embargo, nuestra época, la época de la burguesía, se caracteriza por haber simplificado estos antagonismos de clase. Hoy, toda la sociedad tiende a separarse, cada vez más abiertamente, en dos grandes campos enemigo, en dos grandes clases antagónicas: la burguesía y el proletariado».

⁵¹ Vide Josefina MARTÍNEZ ÁLVAREZ, “Del liberalismo al problema social y nacional: la revolución de 1848 y la construcción de las burguesías nacionales”, en Ángeles LARIO GONÁLEZ, *Historia*

En este contexto, la confluencia entre las elaboraciones teóricas y las organizaciones obreras se aceleró a partir de 1860 teniendo consecuencias de carácter internacional, como fue la configuración de la Asociación Internacional del Trabajo. A través de la misma, tanto los obreros franceses, como los líderes sindicalistas británicos de los “Trade Unions”, y también las ideas nacionalistas polacas e italianas confluyeron en un mismo espacio, hasta que terminaron por enfrentarse⁵².

Sin embargo, la idea de que el proletariado consiguiera representación política tardará más en llegar, y se efectuará de distinta forma por el continente europeo. Por ejemplo, en Alemania, en 1875 se produce la fusión de la “Asociación General de los Trabajadores Alemanes” y el “Partido social demócrata de los trabajadores” que dará lugar al Partido Socialdemócrata Alemán que se convertirá en un referente para el resto de Europa. Mientras que, en Gran Bretaña, al ser los núcleos socialistas minoritarios, la canalización de la vida política del proletariado se efectuó a través del Partido Liberal, y no será hasta 1905, con la creación del Partido laborista, cuando exista una verdadera colaboración de los distintos grupos de pensamiento social⁵³.

En consecuencia, las ideologías conservadora, liberal y socialdemócrata, fueran las tres grandes corrientes ideológicas que iniciaron el debate de la cuestión social, aunque con distinto grado de aportación dependiendo del país que se trate. Así, dependiendo del nivel de intervención de las mismas, éstas van a ayudar a definir los modelos de los Estados asistenciales dentro del continente europeo. A modo de ejemplo, los Estados más conservadores implantaron restricciones legales a los bienes y propiedades privadas; los socialdemócratas llevaron a cabo reformas graduales, promoviendo políticas redistributivas y de fomento de la igualdad; y los liberales, la provisión de un mínimo de asistencia pública⁵⁴.

El grado de implantación de estas ideologías y su relación con la protección social dará lugar a la concreción de las distintas modalidades de Estados de Bienestar en Europa. Así, a modo de conclusión, se puede afirmar que la organización obrera y su paulatina

contemporánea universal: del surgimiento del Estado contemporáneo a la I Guerra Mundial, Alianza Editorial, Madrid, 2015, p. 216.

⁵² Vide Miguel ARTOLA GALLEGO y Manuel PÉREZ LEDESMA, *Contemporánea: La historia desde 1776*, Alianza Editorial, Madrid, 2005, pp. 159 y ss.

⁵³ *Ídem* pp. 162 y ss.

⁵⁴ Vide Luis MORENO FERNÁNDEZ y Sebastià SARASA URDIOLA, “Génesis y desarrollo del Estado de Bienestar en España”, *Instituto de Estudios Sociales Avanzados*, 13, 2, (1992), p. 2.

adquisición de poder político, irá transformando el tratamiento de la cuestión social, permitiendo que adquiera relevancia para los distintos Estados a través de su concreción como derechos sociales.

3. Desde el inicio de la Gran Guerra hasta el final de la II Guerra Mundial.

3.1. Consideraciones previas: las consecuencias de la I Guerra Mundial.

Las primeras políticas de protección social “sui generis”, que pueden identificarse como configuradoras del Estado del Bienestar, se producen a partir de la I Guerra Mundial, tras la debacle económica y social en la que se encuentra el conjunto de la sociedad. La participación de los Estado en la Gran Guerra estaba justificada, tanto por causas sociales y humanitarias, como por motivos económicos de explotación de los mercados y de garantía de la estabilidad del sistema financiero. Sin embargo, la intervención en la guerra avivó el empeoramiento de la situación social y económica de Europa. De forma que, una vez finalizada ésta, el pauperismo comenzó a tratarse como uno de los males que acechaban la estabilidad de la sociedad. Así, los más perjudicados por el conflicto fueron las clases más bajas, quienes comenzaban a advertir que la situación de bonanza económica no dependía de ellos mismos, sino de factores externos y variables.

Los Estados se dan cuenta que deben intervenir en el tratamiento de la cuestión social, dadas las deplorables condiciones en las que se encontraban inmersos la mayor parte de sus ciudadanos. Así, de forma progresiva, a través del uso de la regulación normativa, y el desarrollo de los servicios públicos comienza a intervenir en la reglamentación de las necesidades que la población experimenta. Por ejemplo, se intenta proveer a los ciudadanos de una asistencia médica más adecuada, con la finalidad de intentar controlar las enfermedades infecciones y contagiosas, o suministrando a los núcleos urbanos el abastecimiento de agua y luz.

De este modo, los distintos países se ven a obligados a establecer políticas de planificación y movilización colectiva de los recursos de que disponen, abandonando los

dogmas liberales más extremistas para hacerse cargo de la cuestión social⁵⁵. En lo que se refiere a los orígenes intelectuales de su nacimiento, responde a las inquietudes regulatorias del problema social, el cual confluye en el tiempo con la obra de Keynes, hasta el punto de que se habla de Estado de Bienestar o keynesiano⁵⁶.

La implicación de los Estados en el tratamiento de los problemas sociales supone una ruptura con las políticas efectuadas hasta ese momento. La responsabilidad de paliar los efectos de la pobreza ya no recae sobre las comunidades locales, la Iglesia o los ricos filántropos, sino que es el ejecutivo quién asume parte del compromiso de solventar estos problemas. De este modo, tanto el responsable de dotar de medios, como el destinatario de los mismos van a variar: el Estado se encargará de estructurar las políticas que distribuirán la riqueza, bajo criterios automáticos, a sus potenciales beneficiarios, es decir, a los propios trabajadores⁵⁷.

En consecuencia, el origen de los Estados de Bienestar se encuentra en los cambios estructurales producidos en la sociedad, tras los movimientos reivindicativos de derechos que aspiraban a conseguir la igualdad material de todos los ciudadanos⁵⁸. Tras estos levantamientos se gesta un “pacto social” que garantiza una serie de derechos para los trabajadores, y con ellos, unas obligaciones para los Estados que no pueden obviar en sus políticas.

Por ello, se puede afirmar que el origen del Estado de Bienestar está relacionado con los siguientes factores: en primer lugar, surge como una respuesta a los movimientos sociales y de insurrección de los trabajadores para conseguir mantener el orden público; en segundo lugar, por el desarrollo legislativo y el apoyo político de los nuevos partidos que emergen en la sociedad, como representantes del ideario social, gracias a la configuración del derecho de sufragio universal masculino; en tercer lugar, para moderar las consecuencias del capitalismo, principalmente, en lo relativo a las condiciones de vida

⁵⁵ Vide Armando FERNÁNDEZ STEINKO, *Experiencias participativas en economía y empresa. Tres ciclos para domesticar un siglo, S.XXI Editores*, Madrid, 2002, pp. 56-60.

⁵⁶ Vide Göran THERBORN, “Los retos del Estado del Bienestar”, en Rafael MUÑOZ DEL BUSTILLO, *Crisis y futuro del Estado de Bienestar*, Alianza, Madrid, 1989, p. 84.

⁵⁷ Vide Gabriel RAFART, “Del Bienestar como bien colectivo a su consideración como mercancía privada. Entre el Estado de Bienestar y Estado Neoliberal contemporáneo”, *Apuntes de Cátedra. Gral. Roca. Publifidades*, 53, (2002), p. 4.

⁵⁸ Vide Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, “Derecho Público tras la crisis económica en el Estado social y democrático: Estado de bienestar y servicios de interés general”, ASOCIACIÓN DE LETRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Crisis y constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, pp. 77 y ss.

del proletariado; y, en cuarto lugar, como consecuencia del impulso reformista de las condiciones laborales, sobre todo, de carácter internacional llevado a cabo durante el S. XIX, para mejorar las condiciones de los trabajadores⁵⁹.

3.2. El Estado de Bismarck o socialdemócrata⁶⁰.

El Estado bismarckiano es el término que se utiliza para referirse a la situación que se vivía en la Alemania prusiana a finales del S. XIX. A pesar de haber fracasado la unificación germano-prusiana, así como la instauración de un régimen democrático durante la revolución de 1848, el gobierno implanta un sistema de protección social para los ciudadanos, siendo el primero de la época⁶¹. En palabras de la doctrina:

«La Alemania prusiana fue la primera en llevar a cabo una iniciativa estatal de protección social de “arriba abajo”. La intervención estatal se instrumentalizó mediante la promoción de élites de burócratas y de políticas de racionalización administrativa con el fin de garantizar la estabilidad social y de legitimar el orden constitucional»⁶².

El modelo económico adoptado en Alemania debe ser calificado como altamente eficiente, en términos económicos y en relación con la rápida recuperación que experimentó el país, teniendo en cuenta el atraso industrial que arrastraba. El Gobierno establece una protección totalmente novedosa sobre la clase obrera, la cual se sustenta en tres normas: Ley sobre el Seguro Obligatorio de Enfermedad, el 15 de junio de 1883; la Ley de Seguro de Accidentes de Trabajo, de 16 de julio de 1884, cuya financiación estaba a cargo de los empleadores; y la Ley de Seguro de Vejez o Invalidez total, de 22 de junio

⁵⁹ Vide Gabriel RAFART, “Del Bienestar como bien colectivo a su consideración como mercancía privada. Entre el Estado de Bienestar y Estado Neoliberal contemporáneo”, *Apuntes de Cátedra. Gral. Roca. Publifidades*, 53, (2002), pp. 6-7.

⁶⁰ Vide Ian GOUGH, “Los Estados de bienestar europeos: lecciones para países en desarrollo”, *Papeles*, 99, (2007), p. 13, El término “sozialstat” y “sozialpolitik”, aparecieron en Alemania a mediados del S. XIX, casi un siglo antes de que surgiera el Estado de Bienestar como infraestructura en Gran Bretaña.

⁶¹ Vide Josefina MARTÍNEZ ÁLVAREZ, “Del liberalismo al problema social y nacional: la revolución de 1948 y la construcción de las burguesías nacionales”, en Ángeles LARIO GONÁLEZ, *Historia contemporánea universal: del surgimiento del Estado contemporáneo a la I Guerra Mundial*, o.c, p. 213.

⁶² Vide Luis MORENO FERNÁNDEZ, *Pobreza y exclusión: “la malla de seguridad” en España*, CSIC, Madrid, 2001, p. 18.

de 1889. Todas estas normas serán finalmente recogidas en el Código de los Seguros Sociales promulgado el 19 de julio de 1911⁶³.

Sin embargo, este régimen sufre de un problema evidente en la base que sufraga su funcionamiento: la reducción de las libertades individuales, del propio mercado, y de la sociedad en su conjunto, todo ello dentro de un marco de políticas dirigidas al control de masas, y de asignación de los recursos disponibles, para calmar las ansias reivindicativas. Las medidas sociales se adoptan como una forma de contentar al pueblo, para que obviarán el retraso democrático y las consecuencias negativas del totalitarismo. El gobierno de Bismarck lo que adopta en esta época son coloquialmente denominadas como políticas “antisociales”, y que, por tanto, no casan con la realidad que se pretende aparentar⁶⁴.

La falta de democratización durante el régimen hace que éstas no sean consideradas como las “primeras medidas” sui generis de protección social. Los Estados del Bienestar se organizan en torno a una serie de derechos, primero individuales y después colectivos. Por ello, al no estar garantizados los derechos primigenios al individuo, como el sufragio o la libertad, no puede entenderse que estas normas constituyan el régimen de protección propio de un Estado de Bienestar⁶⁵. Junto a esta crítica, hay autores que defienden que, el modelo económico que se instaura no era sostenible a largo plazo dentro del régimen totalitario. El Estado alemán habría sido incapaz de controlar el modelo dada su complejidad y el futuro desarrollo económico que experimentaría el país⁶⁶.

Con posterioridad, una vez finalizada la I Guerra Mundial, se instaura la República de Weimar⁶⁷. Durante su vigencia, se protegen por primera vez los derechos

⁶³ Vide Álvaro ESPINA MORENO, *Modernización y Estado de Bienestar en España*, S. XXI Editores, Madrid, 2007, p. 9.

⁶⁴ Vide Francisco COLOM GONZÁLEZ, “Actores colectivos y modelos de conflicto en el Estado de Bienestar”, *Reis*, 63, (1993), p. 101.

⁶⁵ Vide Luciano PAREJO ALFONSO, “El Estado social administrativo: algunas reflexiones sobre la crisis de las prestaciones y de los servicios públicos”, *Revista de Administración Pública*, 153, (2000), p. 218.

⁶⁶ Vide Álvaro ESPINA MORENO, *Modernización y Estado de Bienestar en España*, S. XXI Editores, Madrid, 2007, p. 10.

⁶⁷ Vide Miguel ARTOLA GALLEGO y Manuel PÉREZ LEDESMA, *Contemporánea: La historia desde 1776*, Alianza Editorial, Madrid, 2005, p. 304: “La constitución de Weimar ratificó la forma republicana de gobierno, formuló una extensa declaración de derechos, en sistema político bicameral, en el cual los ciudadanos estaban representados en el Reichstag, en tanto los antiguos reinos y principados, convertidos en Länder, enviaban sus representantes al Reichsrat”.

sociales en un texto constitucional⁶⁸. La Constitución de Weimar será la primera en reconocer el derecho a la salud dentro de la seguridad social⁶⁹, el derecho al trabajo⁷⁰, y la necesidad de colaboración entre obreros y patronos para la consecución de las mejoras en las condiciones laborales⁷¹. La base fundamental de esta Constitución era construir un sistema político, económico y de bienestar, cuya base esencial eran las relaciones industriales, copiando el exitoso modelo británico. Sin embargo, se comete el error de configurar un régimen de protección destinado únicamente al proletariado industrial, olvidándose de otras capas de la sociedad que también formaban parte de los trabajadores. Esta situación termina dejando a un amplio sector de la sociedad en manos del ideario totalitarista, y que terminará apoyando al régimen nazi en su ascenso, provocando el fracaso de la República de Weimar⁷².

No obstante, las características que se adoptan durante este régimen son las que, con posterioridad, permiten contraponerlo con el régimen liberal, o de Beveridge. El sistema Beverdiano se estructura en torno a la existencia de unos derechos básicos que

⁶⁸ La Constitución de Weimar fue proclamada el 11 de agosto de 1919, tras unas elecciones y un proceso intenso de debate, tras ser encargada su anteproyecto al demócrata Hugo Preuss.

⁶⁹ *Ibidem* Artículo 161: «Para atender a la conservación de la salud y de la capacidad para el trabajo, a la protección de la maternidad y a la previsión de las consecuencias económicas de la vejez, la enfermedad y las vicisitudes de la vida, el Imperio creará un amplio sistema de seguros, con el concurso efectivo de los interesados».

⁷⁰ *Ibidem* Artículo 163: «Todo alemán tiene el deber moral de emplear sus fuerzas intelectuales y físicas conforme lo exija el bien de la comunidad y sin perjuicio de su libertad personal. A todo alemán debe proporcionársele la posibilidad de ganarse el sustento mediante un trabajo productivo. Cuando no se le puedan ofrecer ocasiones adecuadas de trabajo, se atenderá a su necesario sustento. Leyes especiales del Imperio dictarán las disposiciones complementarias».

⁷¹ *Ibidem* Artículo 165: «Los obreros y empleados serán llamados a colaborar, al lado de los patronos y con igualdad de derechos, en la reglamentación de las condiciones de la retribución y el trabajo, así como en todo el desenvolvimiento económico de las fuerzas productivas. Quedan reconocidas las agrupaciones de ambas clases y sus federaciones. Para defensa de sus intereses sociales y económicos, tendrán los obreros y empleados representaciones legales en Consejos obreros de empresa (*Betriebsarbeiterräten*) así como en Consejos de obreros de distrito agrupados por regiones económicas, y en el Consejo obrero del Imperio (*Reichsarbeiterrat*) (...)».

⁷² Vide Miguel ARTOLA GALLEGO y Manuel PÉREZ LEDESMA, *Contemporánea: La historia desde 1776*, Alianza Editorial, Madrid, 2005, p. 313: «La política económica del partido nazi se ajustó más a principios ideológicos que económicos. La organización de la agricultura se realizó a partir de la institución del *Erbhof*: se dotó a los labradores con parcelas de 125 hectáreas, que constituían patrimonios hereditarios, inalienables y que no podían ser confiscados ni repartidos entre sus herederos. El objetivo era crear una clase de labradores propietarios que asegurase la continuidad y, con ella, la estabilidad social de Alemania. La industria fue empujada hacia la concentración de las empresas. El Gobierno favoreció la creación de cárteles y consorcios al tiempo que tomaba medidas para que no se constituyeran sociedades con un capital inferior al medio millón de marcos. A cambio de ello, el Gobierno se reservó la facultad de fijar los objetivos de las empresas en función de los intereses nacionales. Entre estos objetivos ocupaban un lugar prioritario el rearme y la realización de grandes programas de obras públicas como autopistas y remodelación urbana».

garantizan el bienestar de los ciudadanos a través de las contribuciones económicas que el Estado recibe vía impuestos. Mientras que, el sistema ocupacional o bismarckiano se basa en la necesidad del pleno empleo como vía para colaborar al sostenimiento del Estado de Bienestar⁷³.

3.3. Las primeras políticas de protección en Reino Unido.

A principios del S. XX, el gobierno británico ejecutó las primeras políticas de carácter proteccionista como, por ejemplo, las campañas de provisión de comidas gratuitas dentro de los centros de enseñanza, las pensiones de vejez y el seguro nacional de salud. Estas normas fueron bautizadas como “Leyes de Pobres”, puesto que estaban destinadas a personas que se encontraban en verdaderas situaciones de exclusión social, por la insuficiencia absoluta de medios económicos a su disposición. En sentido estricto, “Las Leyes de Pobres” venían a clasificar a las personas en exclusión en dos grandes grupos: por un lado, aquellos que estaban capacitados para formar parte del engranaje del proletariado, y no desempeñaban ningún oficio y, por tanto, sobre quienes el Estado podía ejercitar medidas coercitivas, o de disciplina, para que desarrollaran una actividad laboral; y, por otro lado, aquellos que carecían de los requisitos mínimos para ser contratados en el mercado⁷⁴.

En consecuencia, lo que se configura es un régimen de responsabilidad pública, sobre aspectos concretos de la cuestión social, provocando que el Estado estuviera obligado a intervenir en la gestión de las consecuencias más extremas que el capitalismo tenía sobre la clase obrera. De este modo, el ejecutivo adopta un doble posicionamiento ante estas situaciones, bien a través de medidas coercitivas para obligar a los “vagos” a trabajar; o bien, mediante apoyo económico sobre aquellos que no se valían por sí mismos. Esta última opción, de ayuda económica directa a los más necesitados, provocó fuertes críticas entre los economistas de la época, para quiénes, éstas reducían el incentivo

⁷³ Vide Miguel ARTOLA GALLEGO y Manuel PÉREZ LEDESMA, *Contemporánea: La historia desde 1776*, Alianza Editorial, Madrid, 2005, p. 313: «(...) En 1935 se había recuperado el nivel de producción de 1929, y el número de parados se había reducido a dos millones. El comercio exterior, aun reducido a la mínima expresión, se mantuvo gracias a un artificio que consistía en pagar con tipo especial de marcos que sólo servían para comprar en Alemania. La introducción del servicio militar obligatorio acabó con el paro que quedaba en 1935».

⁷⁴ Vide César COLINO y Eloísa DEL PINO MATUTE, “Los regímenes de bienestar liberales: Orígenes, resultados y cambios”, en Eloísa DEL PINO MATUTE y María Josefa RUBIO LARA, *Los Estados de Bienestar en la encrucijada: Políticas sociales en perspectiva comparada*, Tecnos, Madrid, 2013, p. 89.

y la posibilidad de trabajar, así como también, favorecía la natalidad en los sectores poblaciones más pobres, empeorando, a la larga, la situación económica en la que se encontraban⁷⁵.

3.4. Las políticas de protección social en otros países.

En el resto de los países del continente europeo no se puede hablar de la determinación de un verdadero sistema de protección. No obstante, comienzan a configurarse las primeras piezas de este complejo entramado, a través del reconocimiento y garantía de derechos individuales con la instauración del modelo parlamentario unitario en países como Austria (1920), Checoslovaquia (1920), o España (1931). Sin embargo, la insuficiencia financiera que sufren la mayor parte de los implicados en el conflicto, durante el período de entreguerras, provoca el acrecentamiento de los problemas relacionados con el hambre y la pobreza extrema. Además, obliga a que el ideario político se centre en encontrar una fórmula maestra que permita estabilizar la situación volátil en la que se encuentra la economía de la época. Todo ello bajo la atenta mirada de los movimientos totalitaristas que se estaban gestando en el centro de Europa. Por ello, este es un período más de expectación que de actuación propiamente dicho⁷⁶.

Sin embargo, de forma paralela al desarrollo de la Gran Guerra en Europa, se estaba produciendo la Revolución Rusa, bajo las teorías comunistas de Lenin. Esta ideología pretendía transformar las bases sobre las que se asentaba el continente europeo, a través del movimiento revolucionario del proletariado. Y, así fue en sus inicios, donde estas ideas se transmitieron rápidamente por toda Europa. Sin embargo, los gobiernos se vieron obligados a intervenir, puesto que se ponía en riesgo la estabilidad de los mercados y el régimen liberal económico impuesto. Para ello se adoptaron reformas sociales, como, por ejemplo, la reducción de la jornada a 8 horas, o reformas agrarias y reparto de tierras entre los campesinos en Rumania, Checoslovaquia o Hungría. No obstante, el éxito de esta revolución se tradujo en el plano internacional a través de la promulgación de la

⁷⁵ Vide Virginia BETANCOURT HARRETCHE, “La política asistencial desde las leyes de pobres a los programas de transferencia de renta condicionada”, *Fronteras*, 8, (2015), pp. 46-47.

⁷⁶ Vide Miguel ARTOLA GALLEGO y Manuel PÉREZ LEDESMA, *Contemporánea: La historia desde 1776*, Alianza Editorial, Madrid, 2005, p. 303.

Internacional Comunista, a la que se sumaron los núcleos radicales de los partidos socialistas y las organizaciones anarcosindicalistas de muchos países europeos⁷⁷.

El ascenso y extensión de estas ideas fuera del continente europeo también preocupaba a nivel internacional, por lo que se adoptan las mismas medidas de concesión de ciertos beneficios sociales para frenar su propagación. A modo de ejemplo, en EE. UU. es Franklin D. Roosevelt el encargado de promover el empleo y encontrar soluciones a la grave crisis económica instaurada en su país. Su plan de reestructuración pasaba por una intervención profunda del Estado en la economía, para intentar solventar la situación de pobreza y miseria que se estaba estableciendo en la sociedad⁷⁸. La materialización de esta intervención se hace a través de la promulgación de la Ley de Seguridad Social de 1935, mediante la cual se establecía una diferenciación entre el régimen de aseguramiento social y los programas de asistencia pública. De este modo, se instauran dos programas diferenciados de seguro social a escala nacional para cubrir los riesgos de la vejez y el desempleo. Además, se incluyen algunos planes específicos para personas que no tenían acceso a las prestaciones como es el caso de las Ayudas a Niños dependientes. Al unísono de estas políticas sociales se promueve el denominado como “New Deal”. El nuevo tratado consistía en una serie de planes de inversión pública, los cuales se fueron desarrollando de manera escalonada, y para intentar afectar en la menor medida posible al equilibrio de la economía⁷⁹.

3.5. El estallido de la II Guerra Mundial.

Y, finalmente estalló la guerra, para la que, la mayoría de los Estados, estaban más que preparados dada su evidente inminencia. En este sentido, los países implicados tenían configurados sus ejércitos y buscaban aliados antes de la invasión de Alemania a Polonia. El contexto general aseguraba las condiciones esenciales para que ésta explotara de forma incontrolada: las políticas económicas del liberalismo no terminaban de despegar

⁷⁷ Vide Miguel ARTOLA GALLEGO y Manuel PÉREZ LEDESMA, *Contemporánea: La historia desde 1776*, Alianza Editorial, Madrid, 2005, p. 292.

⁷⁸ Vide Juan Francisco FUENTES ARAGONÉS y Emilio LA PARRA LÓPEZ, *Historia universal del S.XX: De la primera Guerra Mundial al ataque de las Torres Gemelas*, Editorial Síntesis, Madrid, 2007, pp. 129 y ss.

⁷⁹ Vide César COLINA y Eloísa DEL PINO MATUTE, “Los regímenes de Bienestar liberal: Orígenes, resultados y cambios”, en Eloísa DEL PINO MATUTE y María Josefa RUBIO LARA, *Los Estados de Bienestar en la encrucijada: Políticas sociales en perspectiva comparada*, o.c., p. 89.

levantando la economía; el auge de los nacionalismos en Alemania con Hitler y en Italia con Mussolini; y los movimientos sociales y comunistas que se estaban promoviendo en Rusia, representaban ideas totalmente opuestas que estaban condenadas a enfrentarse, pero que, sin embargo, no estaba previsto que tuvieran unos efectos tan devastadores, como los que finalmente conllevaron.

Finalizada técnicamente la II Guerra Mundial, con la firma del Tratado de París en 1945, la necesidad de intervención de los Estados en el tratamiento de la cuestión social es evidente dadas las funestas condiciones de la sociedad en su conjunto. Sin embargo, la participación de los Estados dependerá de sus posibilidades económicas, las cuales distaban mucho dependiendo de si se hubiere resultado vencedor o vencido en la contienda. Esta realidad, a su vez, derivó en que la recuperación social de unos Estados se realizaría de manera mucho más rápida y efectiva que en otros, consolidando los distintos modelos de Estados de Bienestar.

Tras el conflicto bélico, se instaura de forma definitiva el pacto social, a través del cual, los trabajadores asumen su condición de “clase obrera”, pero a cambio de la consecución de una serie de derechos que facilitan el desarrollo de su vida en sociedad. Las primeras medidas de protección social configuradoras del Estado de Bienestar se producen en Gran Bretaña a partir del informe Beveridge en 1942⁸⁰. William Beveridge publicó la citada memoria analizando los distintos sistemas de protección social que existían hasta ese momento, y realiza una propuesta de desarrollo y gestión sobre el futuro del sistema británico. Entre las medidas adoptadas destacan: la educación gratuita hasta los 15 años, el diseño del Servicio Nacional de Salud, el compromiso del gobierno con el pleno empleo, la vivienda pública en alquiler, y la configuración de varias prestaciones de seguridad social, además de proveer de determinada asistencia social y prestaciones familiares a los más necesitados⁸¹.

Las prestaciones, anteriormente descritas, eran concebidas como derechos de los ciudadanos a los que se accedía por las contribuciones previas que se efectuaban al sistema. Así, a partir del sistema contributivo de cuotas al Estado, se pretendía conseguir

⁸⁰ El plan Beveridge está conformado por dos informes: el primero, de 1942, “*Social Insurance and Allied Services*”, y el segundo, de 1944, “*Full Employment in a Free Society*”.

⁸¹ *Vide* Pette ALCOCK, “The United Kingdom: Constructing a Third Way”, en Pette ALCOCK y Gary CRAIG, *International Social Policy: Welfare Regimes in the Developed World*, Palgrave, Macmillan, 2009, pp. 55 y ss.

una calidad de vida mínima para los ciudadanos, que permitiera la supervivencia de la clase obrera dentro del sistema capitalista, y sobre aquellos que quedaban fuera del proletariado por sus condiciones particulares. A partir de este momento cambia la concepción clásica del tratamiento de la cuestión social y todos los Estados comienzan a imitar el modelo de protección, pero haciéndolo propio, de acuerdo con la historia y características del país.

De este modo, el Estado intervencionista se convierte en la fórmula de organización de las relaciones entre Estado y sociedad en el S. XX, intensificando su función ordenadora de las relaciones económicas, como proveedor de bienes y servicios, incorporando una lista creciente de actividades que habían sido llevadas a cabo, históricamente, por el sector privado⁸². La actividad intervencionista del Estado no dejará de crecer desde el final de la II Guerra Mundial con el proceso de nacionalización del mercado, y su gestión a través de la empresa pública que se produce en toda Europa⁸³. Esta tendencia responde al propósito de lograr la integración social que exige el desarrollo económico para corregir los fallos de un mercado ineficiente que no distribuye las rentas de manera equitativa⁸⁴. En consecuencia, el Estado Social se funda sobre los esquemas liberales, pero también incorpora una visión social, de forma que, éste responde a un equilibrio entre el Estado liberal intervencionista y una sociedad que le insta a mejorar sus condiciones y necesidades.

4. El proceso integrador de los derechos sociales en Europa.

4.1. Introducción.

Las consecuencias de la II Guerra Mundial se traducen en Estados altamente endeudados y cuyo crecimiento queda estancado y, en consecuencia, limitando la inversión en políticas de protección. Para los países europeos, tras la debacle moral y

⁸² Vide José María SOUVIRÓN MORENILLA, *La actividad de la Administración y el servicio público*, Comares Comares, Granada, 1998, p. 27.

⁸³ Vide Marcos KAPLAN, “La empresa pública en los países capitalista avanzados”, en *Crisis y futuro de la empresa pública*, UNAM-Pemex, México, 1994, pp. 130 y ss.

⁸⁴ Vide José BAREA TEJERIO y Antonio GÓMEZ CIRIA, *El problema de la eficiencia del Sector Público en España. Especial consideración de la sanidad*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1994, pp. 23 y ss.

económica de perder la posición de supremacía mundial, la reconstrucción de la vieja Europa se convierte en el objetivo común. El sentimiento de añoranza facilitará la unión y la adopción de distintos acuerdos en el ámbito económico, pero también dentro del plano social para garantizar una serie de derechos con perspectiva supraestatal.

En consecuencia, esta etapa se va a caracterizar por la expansión y consolidación de la provisión social pública a través de dos ejes de actuación que transformarán la sociedad y facilitarán la construcción de los Estados de Bienestar por el continente europeo. En primer lugar, se produce un proceso de internalización de los derechos sociales a través de dos procesos divergentes, pero con un objetivo común: por un lado, la regulación jurídica dentro del ámbito internacional; y, por otro lado, a través de la fundación de la actual Unión Europea, como un ente más de Derecho, el cuál llevará a cabo un proceso de unificación y desarrollo de las políticas sociales. En segundo lugar, se lleva a cabo un movimiento de recogida de los derechos sociales en la norma fundamental del Estado. No obstante, la novedad es la inclusión de la materialización de los derechos a la que se compromete formalmente, dicho Estado, a través de una serie de prestaciones concretas.

4.2. Los derechos sociales: concepto y caracteres.

El proceso de positivización de los derechos sociales se inicia a finales del S. XIX, con algunas de las medidas ya referenciadas, y se alarga hasta mediados del S. XX, una vez concluida la II Guerra Mundial. La concreción de estos derechos surge como respuesta a los conflictos desarrollados por el proletariado frente al poder gubernamental, en sus demandas para que interviniera en el tratamiento de la cuestión social. De este modo, estos movimientos sociales consiguen unas condiciones laborales más justas, así como también, la prestación de determinados servicios, por parte del Estado, siendo considerados ambos como indispensables para el desarrollo de una vida digna. En palabras de Martínez de Pisón, «*los derechos sociales no son sino la encarnación de las viejas reivindicaciones de los movimientos obreros*»⁸⁵.

Pero, la concreción formal de los derechos sociales no hubiera sido posible sin la implementación de los derechos de primera generación, puesto que, estos últimos

⁸⁵ Vide José María MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, *Políticas de Bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales*, Tecnos, Madrid, 1998, p. 47.

permiten el establecimiento de unas bases sociales en condiciones de igualdad para todas las personas. Sin embargo, los derechos sociales irán un paso más allá que sus antecesores, pretendiendo entablar una igualdad material o efectiva entre los ciudadanos⁸⁶. Por ello, algunos autores, entienden que los derechos de segunda generación, o sociales, tienen una naturaleza diversa de los civiles o políticos: los primeros tienen una naturaleza formal que marca los límites de actuación del Estado con sus ciudadanos; mientras que, los segundos implican una naturaleza material, en tanto que, implican la actuación del Estado⁸⁷. No obstante, el sector de la doctrina socialdemócrata defiende que la consecución de los derechos sociales no es posible en todos los Estados, sino que, está limitado a aquellos que defienden una política socialista⁸⁸.

Los derechos sociales asumen la función principal de asegurar la participación en los recursos sociales a los distintos miembros de comunidad. De esta forma, estos pueden ser entendidos, desde el punto de vista objetivo como:

«el conjunto de normas a través de las cuales el Estado lleva a cabo su función equilibradora y moderadora de las desigualdades; mientras que, desde el punto de vista subjetivo, podrían entenderse como las facultades de normas a través de las cuales el Estado lleva a cabo su función equilibradora de grupos a participar de los beneficios de la vida social, lo que se traduce en determinados derechos y prestaciones, directas o indirectas, por parte de los poderes públicos»⁸⁹.

En consecuencia, la concreción de los derechos sociales se apoya en la necesidad de intervención del Estado para asegurar un reparto equitativo de los beneficios y las

⁸⁶ Vide Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, “Derecho Público tras la crisis económica en el Estado social y democrático: Estado de bienestar y servicios de interés general”, ASOCIACIÓN DE LETRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Crisis y constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, pp. 78 y ss.

⁸⁷ Vide Manuel HERRERA GÓMEZ, *El tercer sector y los sistemas de bienestar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 20.

⁸⁸ Vide Kolman KULCSAR, *Social factor in the evolution of civic right*, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1966, p. 122: *«tan solo el sistema social surgido de la revolución del proletariado se halla en condiciones de hacer efectivos para la mayoría de los ciudadanos, antes oprimidos y explotados, los derechos de carácter económico, cultural y social»*.

⁸⁹ Vide Manlio MAZZIOTTI, “Diritti sociali”, *Enciclopedia del Diritto*, vol. XII, Giuffrè, Milano, 1964, p. 804.

cargas de la sociedad, con el único objetivo de proveer a todos los ciudadanos cierto grado de bienestar en sus relaciones⁹⁰. Por ello, estos derechos se van a caracterizar por perder el elemento subjetivo individual, y pasa a considerar al hombre dentro de un contexto de circunstancias reales, concretas y comunitarias. De forma que, los derechos dejan de ser sólo libertades de acción, para convertirse en libertades de participación y prestación⁹¹.

Los derechos sociales han ido evolucionando de sus primigenias concreciones, a la par del desarrollo que han experimentado los Estados de Bienestar, ampliando el catálogo de prestaciones y servicios que se brindan a los ciudadanos. En sus inicios los derechos sociales se concibieron como el límite mínimo indispensable sobre el que deben versar las actuaciones emprendidas por el Estado. Pero, éstos se han transformado en normas que exigen ser gestionadas dentro de la esfera económica, convirtiéndose en garantía de los derechos que se promulgan, pensados de este modo para defender tanto la perspectiva individual como colectiva de la sociedad⁹².

Por ello, atendiendo a la finalidad que persiguen, se pueden distinguir dos tipos de derechos sociales: por un lado, aquellos referenciados a las condiciones laborales de los trabajadores, como puede ser el derecho de representación colectiva, la obligatoriedad de los seguros sociales o la regulación del entramado de la relación laboral que englobaría la duración de la jornada, los tiempos de descanso, las vacaciones o el salario mínimo; y por otro lado, una serie de derechos relacionados con la prestación de servicios como puede ser la sanidad, la educación o la asistencia social en su más amplio sentido, recogiendo todas aquellas condiciones que permitan una vida digna, como por ejemplo, el derecho a la vivienda, o las medidas protectoras y de facilitación de realización de la jornada laboral.

⁹⁰ Vide Guillermo ESCOBAR ROCA, “Presupuestos de teoría y dogmática constitucional”, en *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Aranzadi, Cizur, 2012, pp. 292 y ss.

⁹¹ Vide Antonio E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 114-130; Vide Francisca RUÍZ LÓPEZ, “El derecho a la salud en el Estado social”, en Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, *Reconstrucción y gestión del sistema de salud*, Comares, Granada, 2015, p. 38.

⁹² Vide Nicolás PÉREZ SERRANO, “La evolución de las declaraciones de derechos. Discurso de Apertura del curso académico 1950-51”, Publicaciones de la Universidad de Madrid, Madrid, 1950, pp. 86 y ss.

4.3. La internacionalización de los derechos sociales.

El proceso de internacionalización de los derechos sociales es un fenómeno jurídico de positivización que va a configurar un panorama legal diverso. El reconocimiento de los mismos está ligado a la adquisición de la subjetividad jurídica del individuo por el derecho internacional. De otro modo, dentro del marco jurídico del principio de soberanía estatal, las posibles violaciones de derechos cometidas por los Estados contra sus propios ciudadanos carecerían de relevancia jurídica y, por tanto, no podrían ser objeto de amparo por organismos de carácter internacional⁹³.

El primer instrumento que pretende limitar la soberanía nacional, y entablar un régimen jurídico de protección integral del individuo es el Tratado de Versalles. A través de este instrumento se origina la Sociedad de Naciones como un organismo garante del equilibrio social y la protección de los límites de los Estados soberanos, convirtiéndose en el precedente internacional de protección de estos derechos⁹⁴. Con posterioridad, se promulgará la Carta Atlántica de 1941⁹⁵, y la Carta de San Francisco o de constitución de las Naciones Unidas de 1945⁹⁶. Sin embargo, no será hasta el final de los conflictos bélicos, cuando se promulgue un auténtico texto garantista de los derechos intrínsecos al

⁹³ Vide HERSCH LAUTERPACHT, *International Law and Human Right*, traducción de Antonio E. PÉREZ LUÑOZ, Rialp, Madrid, 1979, pp. 27 y ss.

⁹⁴ Vide SOCIEDAD DE NACIONES, Tratado de Versalles, 1919, Preámbulo, «*Las altas partes contratantes, considerando que a fin de desarrollar la cooperación entre las naciones y garantizarles la paz y la seguridad, importa aceptar ciertas obligaciones de no recurrir a la guerra, mantener a plena luz relaciones internacionales fundadas sobre la justicia y el honor, observar rigurosamente las prescripciones del derecho internacional reconocidas de hoy en adelante como regla de conducta efectiva de los gobiernos, hacer reinar la justicia y respetar escrupulosamente todas las obligaciones de los tratados en las relaciones mutuas de los pueblos organizados. Adoptan el presente pacto que instituye la sociedad de las naciones*».

⁹⁵ Vide EE.UU y REINO UNIDO, *La Carta del Atlántica*, 12 de agosto de 1941, artículo 5: «*Desean realizar entre todas las naciones la colaboración más completa, en el dominio de la economía, con el fin de asegurar a todos las mejoras de las condiciones de trabajo, el progreso económico y la protección social*».

⁹⁶ Vide ONU, *Carta de las Naciones Unidas*, 26 de junio de 1945, San Francisco, Preámbulo, «*Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas resueltos a preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles, a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas, a crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional, a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad, y con tales finalidades a practicar la tolerancia y a convivir en paz como buenos vecinos, a unir nuestras fuerzas para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, a asegurar, mediante la aceptación de principios y la adopción de métodos, que no se usará; la fuerza armada sino en servicio del interés común, y a emplear un mecanismo internacional para promover el progreso económico y social de todas los pueblos, hemos decidido aunar nuestros esfuerzos para realizar estos designios*».

ser humano, a través de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante DUDH)⁹⁷.

La DUDH recoge una serie de derechos, considerados como fundamentales para el desarrollo del individuo en sociedad, distinguiendo entre los derechos personales, civiles y políticos (artículos del 3 al 21), y los económicos, sociales y culturales (artículos del 22 al 27). Las facultades que se integran dentro del texto tienen unos caracteres propios, configurando una serie de derechos genuinos y únicos hasta ese momento: los derechos humanos⁹⁸. De este modo, los distintos Estados se comprometen a participar de forma activa en la consecución de los derechos que se recogen en el texto, a través de la aportación de recursos financieros en base a su capacidad económica⁹⁹.

De la verificación de cumplimiento de las obligaciones de los Estados se encarga el Comité de Derechos Humanos. Este órgano es creado al amparo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁰⁰, configurándose como un organismo independiente que se encarga de controlar el cumplimiento de lo estipulado en la DUDH. Si bien, el principal problema que presenta este órgano es la falta de fuerza coactiva sobre los Estados. Por ello, los instrumentos de garantía y de obligación de los derechos humanos deberían ser mejorados y aspirar a una verdadera consecución de la protección internacional. No obstante, el Comité de Derechos Humanos es un órgano ejemplarizante, pero tanto el procedimiento, como las resoluciones que se dictan, no garantizan una auténtica defensa y protección de estos derechos.

El Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) extiende el contenido de la DUDH, articulando una serie de derechos sociales

⁹⁷ La Declaración Universal de los Derechos Humanos fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. En adelante se usará el término DUDH para referirse a esta declaración.

⁹⁸ Vide Antonio E. PÉREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 46: «el conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional».

⁹⁹ Vide ONU, *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, 1948, artículo 22: «Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad».

¹⁰⁰ Vide ONU, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, 1966, artículo 28: «1. Se establecerá un Comité de Derechos Humanos (en adelante denominado el Comité). Se compondrá de dieciocho miembros, y desempeñará las funciones que se señalan más adelante».

que parten de los siguientes derechos: la configuración y reconocimiento del derecho al trabajo¹⁰¹, las condiciones sobre las que tiene que desarrollarse ese derecho¹⁰², así como también, el derecho de fundar sindicatos, y el derecho de huelga de los trabajadores¹⁰³. Pero, además, reconoce una serie de derechos individuales que implican una intervención directa del Estado mediante la prestación de servicios: como el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado, tanto para sí mismo, como para su familia¹⁰⁴; el disfrute del “nivel más alto de salud física y mental” posible¹⁰⁵, y el derecho a la educación¹⁰⁶.

¹⁰¹ *Vide* ONU, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966, artículo 6.1: «Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho».

¹⁰² *Ibidem* Artículo 7: «Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores: i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual; ii) Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto; b) La seguridad y la higiene en el trabajo; c) Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad; d) El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos».

¹⁰³ *Ibidem* Artículo 8.1: «Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar: a) El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales. No podrán imponerse otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos; b) El derecho de los sindicatos a formar federaciones o confederaciones nacionales y el de éstas a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas; c) El derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos; d) El derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país».

¹⁰⁴ *Ibidem* Artículo 11.1: «Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento».

¹⁰⁵ *Ibidem* Artículo 12: «Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad».

¹⁰⁶ *Ibidem* Artículo 13.1: «Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Conviene en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Conviene asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la

Dentro de Europa el órgano que ha tenido entidad suficiente como para materializar la positivización de los derechos sociales ha sido el Consejo de Europa¹⁰⁷. El resultado se ha plasmado en la Convención para la salvaguarda de los derechos civiles y políticos de la ONU¹⁰⁸, la cual ha sido completada por cinco protocolos elaborados entre 1952 y 1966¹⁰⁹. El Consejo ha diseñado un instrumento específico de salvaguarda de los derechos humanos a través del Convenio (o la Convención) Europea de Derechos Humanos (en adelante CEDH). Con el CEDH, se configura un fuerte sistema de garantía de amparo de estos derechos que ha ido evolucionado, y que tiene al Tribunal Europeo de Derechos Humanos como uno de los principales ejes instrumentales de su acción¹¹⁰. Su éxito está basado en que es un auténtico órgano jurisdiccional que emite sentencias con carácter vinculante.

La Carta Social Europea de 1961¹¹¹, será la primera manifestación de la protección de los derechos sociales, la cual, a su vez, origina un órgano de control e instrumento de garantía del cumplimiento de los derechos que en ella se recogen: el Comité Europeo de Derechos Sociales¹¹². Este Comité se encarga de fomentar la cooperación en materia de protección social, así como también supervisa la evolución de las políticas de protección efectuadas por los Estados miembros. Sin embargo, los efectos de la Carta en materia de protección social disminuirán, en tanto en cuanto, cada Estado que la firma tiene potestad de decidir cuáles de los derechos que va a materializar.

La Carta Social Europea estructura la protección del individuo de una forma prácticamente análoga a la que se produce dentro de la Declaración Universal de Derechos Humanos: en primer lugar, en torno a la configuración del derecho al trabajo, y las condiciones en la que éste debe de desarrollarse (artículos del 1 al 10 de la Carta); y

amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz».

¹⁰⁷ Vide CONSEJO DE EUROPA, Tratado de Londres, 5 de mayo de 1949.

¹⁰⁸ Vide CONSEJO DE EUROPA, Convención Europea de los Derechos Humanos, Roma, 1950

¹⁰⁹ Vide Antonio E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 127-128.

¹¹⁰ Vide Francisco BALAGUER CALLEJÓN, *Manual de Derecho Constitucional*, II, Tecnos, Madrid, 2018, p. 443-448.

¹¹¹ Vide CONSEJO DE EUROPA, *La Carta Social Europea*, Turín, 18 de octubre 1961.

¹¹² *Ibidem* Artículo 25.1: «El Comité de expertos se compondrá de siete miembros como máximo designados por el Comité de Ministros de entre una lista de expertos independientes, de máxima integridad y de competencia reconocida en cuestiones sociales internacionales, propuestos por las partes contratantes».

en segundo lugar, después amplía la protección del individuo en otros aspectos: el derecho de protección de la salud¹¹³, el derecho a la seguridad social¹¹⁴ y el derecho a la asistencia social¹¹⁵.

4.4. La Europa constitucionalista.

En el período que sucede al conflicto bélico, cincuenta Estados procedieron a elaborar nuevas constituciones, las cuales presentan grandes analogías en su estructura y contenido con los textos internacionales citados con anterioridad. Si bien, dentro de esta tendencia se distingue dos ejes de actuación: por un lado, las constituciones de Europa central y del sur; y, por otro lado, las constituciones del este de Europa que vivieron los movimientos socialistas mucho más de cerca.

Dentro del primer grupo, el eje vertebrador del proceso constitucionalista se basa en la fe de la legalidad democrática, y en el reconocimiento de una serie de derechos fundamentales, que ocupan un lugar sin precedentes en la historia moderna. Destacan dentro de este movimiento las Constituciones francesas de 1946 y 1958; la Constitución

¹¹³ Vide CONSEJO DE EUROPA, *La Carta Social Europea*, Turín, 18 de octubre 1961, artículo 11: «Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la protección de la salud, las partes contratantes se comprometen a adoptar, directamente o en cooperación con organizaciones públicas o privadas, medidas adecuadas para entre otros fines: 1. Eliminar, en lo posible, las causas de una salud deficiente. 2. Establecer servicios educacionales y de consulta dirigidos a la mejora de la salud y a estimular el sentido de responsabilidad individual en lo concerniente a la misma. 3. Prevenir, en lo posible, las enfermedades epidérmicas, endémicas y otras».

¹¹⁴ *Ibidem* Artículo 12: «Para garantizar el ejercicio efectivo al derecho a la Seguridad Social, las partes contratantes se comprometen: 1. A establecer o mantener un régimen de Seguridad Social. 2. A mantener el régimen de Seguridad Social en un nivel satisfactorio, equivalente, por lo menos, al exigido para la ratificación del Convenio Internacional del Trabajo (número 102) sobre normas mínimas de Seguridad Social. 3. A esforzarse por elevar progresivamente el nivel del régimen de Seguridad Social. 4. A adoptar medidas, mediante la conclusión de los oportunos acuerdos bilaterales o multilaterales, o por otros medios, sin perjuicio de las condiciones establecidas en esos acuerdos, encaminadas a conseguir: a. La igualdad de trato entre los nacionales de cada una de las partes contratantes y los de las demás partes en lo relativo a los derechos de Seguridad Social, incluida la conservación de las ventajas concedidas por las leyes de Seguridad Social, sean cuales fueren los desplazamientos que las personas protegidas pudieren efectuar entre los territorios de las partes contratantes. b. La concesión, mantenimiento y restablecimiento de los derechos de Seguridad Social, por medios tales como la acumulación de los períodos de seguro o de empleo completados de conformidad con la legislación de cada una de las partes contratantes».

¹¹⁵ *Ibidem* Artículo 14: «Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a beneficiarse de los servicios sociales, las partes contratantes se comprometen: 1. A fomentar u organizar servicios que, utilizando los métodos de un servicio social, contribuyan al bienestar y al desarrollo de los individuos y de los grupos en la comunidad, así como a su adaptación al medio o entorno social. 2. A estimular la participación de los individuos y de las organizaciones benéficas o de otra clase en la creación y mantenimiento de tales servicios».

italiana de 1948; o la Constitución alemana de 1949, herencia del pensamiento que se desarrollaba en la de Weimar.

Dentro del segundo grupo, tras la declaración de la Constitución rusa en 1936, las sucesivas Constituciones han tenido como fuente de inspiración el reconocimiento de derechos que aspiraban al comunismo social. En este grupo se pueden distinguir distintas fases de ejecución de los derechos, si atendemos a la materialización de los mismos. Un primer grupo incluiría las constituciones de Polonia en 1947 y Rumania y Checoslovaquia en 1948, donde se reconoce una gran amplitud de derechos sociales, pero sin hacer efectivas las instituciones que permitan su disfrute. Un segundo grupo que aprobaron sus constituciones tras la instauración de la dictadura del proletariado, donde sí se efectúan garantías para el ejercicio de sus derechos, como es el caso de la Constitución de Hungría en 1949, o la de Rumania y Polonia en 1952. Y, por último, otro grupo donde se incluiría la Constitución de la República Checa y de Yugoslavia en 1963, que incluyen los derechos sociales en las bases socioeconómicas de su sistema jurídico-político, de forma más precisa en su contenido, objeto y protección de estos derechos¹¹⁶.

El proceso de expansión de la Constitución como norma fundamental dentro del marco de Europa, tiene además una serie de rasgos distintos. En primer lugar, la expansión del modelo constitucionalista en este período concreto supone una novedad dentro del panorama jurídico. Son numerosos los países que, en un corto período de tiempo, adoptan la Constitución como norma fundamental del Estado incorporando los derechos individuales y sociales. En segundo lugar, se establece un parlamentarismo y una acción política institucionalizada. Y, en tercer lugar, se reconoce en estos textos legislativos los derechos sociales, y se establecen garantías jurídicas para el efectivo cumplimiento de los mismos¹¹⁷.

¹¹⁶ Vide Antonio E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, o.c. pp. 123-124.

¹¹⁷ Vide Adoración GUAMÁN HERÁNDEZ y Albert NOGUERA FERNÁNDEZ, *Derechos sociales, integración económica y medidas de austeridad: la UE contra el constitucionalismo social*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2014, pp. 227-228.

5. La consolidación de los Estados de Bienestar a partir de los años 70.

5.1. Introducción.

Una vez que finaliza la II Guerra Mundial, y dentro del plano internacional de calma tensa existente, los sistemas de protección social comienzan a configurarse de forma paulatina. Sin embargo, los primeros problemas no tardan demasiado en llegar. La grave crisis económica del petróleo en 1973¹¹⁸, obliga a tomar medidas apresuradas sobre la reestructuración de los mercados económico-financieros para asegurar su viabilidad. Además, a estos problemas económicos, hay que sumarle los acontecimientos de repercusión internacional que se suceden a partir de 1980, y que serán determinantes en la instauración de las nuevas políticas de protección, como fueron: la caída del muro de Berlín, la disolución de la Unión Soviética, la apertura de China al mercado internacional, la democratización y crecimiento económico de América Latina, la llegada de la sociedad de la información, y el ideal de defensa de los derechos humanos y la protección del medio ambiente¹¹⁹.

De este modo, el crecimiento abrupto de los Estados capitalistas no colabora a reducir los problemas económicos y sus consecuencias sociales en la población. Huelga decir que, en esta época, se combinan altas tasas de desocupación, un abultado déficit estatal y, sobre todo, un crecimiento inexistente de la economía, lo que generaba un gran malestar. El Estado Social se encuentra incapacitado para compatibilizar las reglas propias del capitalismo y de corregir sus resultados económicos y sociales. Hasta el punto de que, tanto el Estado, como los propios ciudadanos, comenzaron a imputar la culpabilidad de la situación de colapso social a los Estados de Bienestar. No obstante,

¹¹⁸ Vide Francisco SOSA WAGNER, “Ayuntamientos y ahorro energético”, *Revista de Estudios de la Vida Local*, 210, (1981), p. 309: «La crisis llamada del petróleo, derivada del crecimiento de este producto básico, que se abate sobre el mundo occidental desde 1973, ha provocado una notable convulsión, que constituye la raíz de los serios reajustes de la política económica de los países afectados, que podría desembocar en un replanteamiento, de amplio espectro, de todos los esquemas sobre los que se asienta la civilización que conocemos. Y así, buena parte de las pautas de conducta existentes en nuestro mundo derivadas de una fácil obtención y utilización de las fuentes de energía pueden ser obligatoriamente modificadas, lo que afectará, sin duda a la estrategia científica y tecnología, cuyo punto de partida ha sido el bajo coste de las fuentes energéticas».

¹¹⁹ Vide Nicolás MARISCAL BERAESTEGUI, “Globalización-Unión Europea-Globalización”, *Cuadernos Europeos Deusto*, 54, (2016), p. 30.

aunque el problema fue afrontado desde perspectivas distintas, todos los países se vieron obligados, de alguna manera, a reformular y legislar sobre sus pilares¹²⁰.

En consecuencia, a partir de los años setenta, se producen diversos fenómenos que influyen en el diseño de los Estados de Bienestar actuales, los cuales pueden ser sistematizados de la siguiente manera: por un lado, el cambio de las reglas económicas a partir de la introducción de las teorías neoliberales, y la llegada de la globalización; y, por otro lado, el proceso de conformación y desarrollo de la Unión Europea, que entre el Derecho que crean sus instituciones, se recoge y aumenta la protección internacional de los derechos sociales. Todos estos factores serán determinantes para la configuración de los Estados de Bienestar actual, con unos principios y caracteres propios, hasta la llegada de la crisis económica mundial del año 2008.

5.2. La influencia del neoliberalismo económico y la globalización en el desarrollo de los Estados de Bienestar.

5.2.1. La ruptura con las políticas económicas liberales: la llegada del neoliberalismo.

A partir de mediados de los años setenta comienzan a implantarse las teorías económicas neoliberales¹²¹ que, a priori se presentan como un modelo político-económico, pero que tendrán graves repercusiones sociales y culturales. El principio general de funcionamiento de este sistema es la no participación del Estado en la economía, de manera que, se fomenta la iniciativa privada, o la actividad empresarial, no existiendo posibilidad de crear ayudas o subsidios para mejorar las relaciones¹²². Las características de este sistema económico se pueden delimitar en las siguientes: en primer lugar, mientras que, el modelo liberal tenía como objeto principal la consecución del

¹²⁰ Vide Gabriel RAFART, “Del Bienestar como bien colectivo a su consideración como mercancía privada. Entre el Estado de Bienestar y Estado Neoliberal contemporáneo”, *Apuntes de Cátedra. Gral. Roca. Publicidades*, 53, (2002), p. 22.

¹²¹ Su creador es Milton Friedman, y los principios máximos por los que se rige su teoría es que en el neoliberalismo económico siempre va a primar más dejar fluir el funcionamiento de las empresas y los mercados, renegando la posibilidad de intervención del Estado en su desarrollo.

¹²² Vide Alberto RECIO ANDREU, “La crisis del neoliberalismo”, *Revista de Economía crítica*, 7, (2009), p. 100.

pleno empleo, y cerciorados los Gobiernos de que esto era prácticamente una quimera, se pasa a establecer como objetivo principal la lucha contra la inflación; en segundo lugar, se produce una transformación del sistema financiero, dejando de lado las medidas intervencionistas de los Estados y abriendo los mercados a la globalización; en tercer lugar, se instaura el principio de liberalización de los mercados, permitiendo el intercambio de mercancías y servicios, sin mayores restricciones que el control de cumplimiento de la normativa aplicable; y, en cuarto lugar, se promueve una reforma de las instituciones, a través de la cual, se fortalece el papel protagonista del capital y las grandes fortunas, reduciendo la carga impositiva que éstos venían soportando¹²³.

La consecuencia más grave que tiene el neoliberalismo económico sobre los Estados de Bienestar es que, la base de su funcionamiento, lo convierte en una posibilidad de negocio: una mercancía más con la que comercializar y obtener rendimiento económico. De este modo, lejos parecen quedar las buenas intenciones de la positivización de los derechos sociales, y el establecimiento de garantías para asegurar su cumplimiento, a través de determinadas prestaciones, puesto que, todo queda ahora reducido a los intereses del mercado¹²⁴.

Por esta razón, no es de extrañar que algunos autores, señalan el inicio del declive de los Estados de Bienestar a partir de los años ochenta¹²⁵. Así, como consecuencia de las modificaciones que se incluyen sobre su estructura y concepción, las reglas que se establecen suponen una ruptura total con el régimen socialdemócrata, instaurando un concepto diverso de Estado de Bienestar¹²⁶. No obstante, la proyección del neoliberalismo económico no será acogida de igual forma por todos los modelos de protección.

¹²³ Vide Alberto RECIO ANDREU, “La crisis del neoliberalismo”, *Revista de Economía crítica*, 7, (2009), pp. 97-100.

¹²⁴ Vide Eusebio FERNÁNDEZ GARCÍA, “Mercado, filantropía y estado social de derecho”, en Luciano PAREJO ALFONSO y José VIDA FERNÁNDEZ, *Los retos del Estado y la Administración en el S. XXI, Libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 1214: «el mercado globalizado domina nuestras vidas, nuestros países y a nuestros gobernantes y legisladores y porque un más que aparente mercado desenfrenado lleva por delante a cualquier grupo social que intenta obstaculizar su marcha triunfal e invasora».

¹²⁵ Vide Eloísa DEL PINO MATUTE y María José RUBIO LARA, “El estudio comparado de las transformaciones del Estado de Bienestar y las políticas sociales: definiciones, metodología y temas de investigación”, en Eloísa DEL PINO MATUTE y María José RUBIO LARA, *Los Estados de Bienestar en la encrucijada. Políticas sociales en perspectivas comparada*, Tecnos, Madrid, 2013, p. 24.

¹²⁶ Vide Vicent WRIGHT, *El neoliberalismo en Europa occidental: un balance*, Colección Ensayos, Fundación Juan March, Madrid, 1995, p. 5: «Se extiende una nueva hegemonía económica, tanto intelectual como práctica que ha remplazado progresivamente el consenso keynesiano o socialdemocrático, instaurando el neoliberalismo».

5.2.2. La globalización como fenómeno.

La importancia que adquiere la instauración del neoliberalismo económico como teoría económica y las consecuencias trascendentales que tiene en el cambio de la sociedad se debe en gran parte al fenómeno de la globalización. El término de globalización puede ser definido como *«el ensanchamiento, la profundización y la aceleración de la interconectividad mundial en todos los aspectos de la vida social contemporánea»*. De este modo, los caracteres de la globalización son: la extensión de las actividades; la intensificación de la interconectividad; la aceleración del ritmo de las interacciones y proceso de transformación, los cuales se encuentran asociados a una profundización de la relación entre lo local y lo global¹²⁷.

Asumiendo esta premisa, la globalización supone la intensificación de las relaciones, al mismo tiempo que, de las interacciones sociales en todo el mundo, lo que provoca que acontecimientos distantes en el espacio-tiempo produzcan efectos impactantes. Esta nueva situación implica una reconstrucción de las relaciones sociales, desde distintas perspectivas que van desde la esfera económica, a la de seguridad de los propios países. En este sentido, en la Declaración del Milenio se manifiesta la relevancia que ha adquirido la globalización dentro del desarrollo de las relaciones internacionales:

*«Creemos que la tarea fundamental a que nos enfrentamos hoy es conseguir que la mundialización se convierta en una fuerza positiva para todos los habitantes del mundo, ya que, si bien ofrece grandes posibilidades, en la actualidad sus beneficios se distribuyen de forma muy desigual al igual que sus costos»*¹²⁸.

La globalización ha provocado un cambio en el desarrollo de las sociedades que, junto a la evolución tecnológica, se convertirán en el factor determinante en la construcción del mundo del futuro. Los cambios económicos, transformaciones sociales y los modos de interrelación, no pueden ser analizados de forma aislada, sino que forman parte de un todo global, y no son nada los unos sin los otros. Esta realidad lleva a distintos

¹²⁷ Vide David HELD y otros, *Global transformation: politics, economics and culture*, Polity Press, Cambridge, 1999, pp. 2-4

¹²⁸ Vide ONU, “Declaración del milenio”, 2000, Preámbulo.

autores a afirmar que todos estos fenómenos están dando lugar a la configuración de una nueva estructura social¹²⁹.

En consecuencia, la globalización puede apreciarse desde dos perspectivas: como una amenaza directa sobre los Estado del Bienestar que ataca directamente sobre el pilar económico que lo sostiene, es decir, el mercado; o como un reto que afrontar de forma conjunta. La visualización como un problema o como la solución a otras cuestiones, permitirá afrontar la realidad de una manera distinta. La globalización posibilita la incentivación de políticas sociales comunes para todos los países, de acuerdo con los principios y valores de las sociedades democráticas¹³⁰. De tal manera que, se puede convertir en el eje de evolución de la propia colectividad, a través de la promoción de la solidaridad entre las distintas regiones y la sociedad civil. La globalización es un desafío que, ha supuesto el surgimiento de nuevos problemas, pero que también otorga la posibilidad de solventarlos aplicando las distintas posibilidades que se abren ante nosotros¹³¹.

5.3. El proceso de positivización comunitario de derechos sociales.

El proceso de configuración de la Unión Europea está marcado desde sus inicios por el planteamiento económico liberal, de forma que, las políticas sociales van a quedar en parte supeditadas a la organización socioeconómica¹³². Además, las decisiones que se adoptan están destinadas a igualar las condiciones del mercado de trabajo y a fomentar la libre competencia. Por ello, durante la década de los setenta, se promulgaron determinadas directivas sobre la aplicación del principio de igualdad entre las remuneraciones de hombres y mujeres, o se promulgó una normativa que pretendía dar uniformidad al régimen de despidos colectivos. De igual manera, se crearon organismos consultivos de participación de las fuerzas sociales como el Comité General de la

¹²⁹ Vide Manuel CASTELLS OLIVÁN, *Fin del milenio*, Alianza Editorial, Madrid, 1998, pp. 388 y ss.

¹³⁰ Vide Francisco J. FAJARDO FUENTES, "Globalización y crisis del Estado del Bienestar", *Revista de Estudios jurídicos*, 5, (2004), pp. 44-47.

¹³¹ Vide Miguel ARTOLA GALLEGO y Manuel PÉREZ LEDESMA, *Contemporánea: la historia desde 1776*, Alianza Editorial, Madrid, 2005, p. 534 y ss.

¹³² Los primeros acuerdos que promoverán el proceso de unificación se hacen en el plano económico: la Comunidad Europea de la Energía Atómica (Euratom), y el Tratado de Constitución de la Comunidad Económica Europea. Estos acuerdos tienen como finalidad fomentar la libertad de mercancías, pero también de personas impulsando el empleo entre los distintos Estados miembros.

Seguridad del Trabajo, la Fundación Europea para la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, y el Centro Europeo para el desarrollo de la Formación Profesional. Además, se constituyeron los Fondos comunitarios de financiación social, como el Fondo Social Europeo y el Fondo de Desarrollo Regional¹³³.

A partir de los años ochenta, de forma coetánea a los problemas originados a por el neoliberalismo económico y la globalización, el proceso de unificación tiene que enfrentarse a estos retos: la introducción de las nuevas tecnologías y los problemas comunes al mercado de trabajo. El Tratado de Roma de 1957 será reformado por primera vez mediante el Acta Única Europea¹³⁴, la cual plasma las expectativas de desarrollo de esta época cimentando las bases para el futuro desarrollo de la política social comunitaria. En el preámbulo del texto se habla directamente del tratamiento de la cuestión social comunitaria y del desarrollo de derechos considerados como fundamentales para los Estados partícipes en ese momento:

«A promover conjuntamente la democracia, basándose en los derechos fundamentales reconocidos en las constituciones y leyes de los Estados miembros, en el Convenio europeo para la protección de los humanos y de las libertades fundamentales y en la Carta social europea, en particular la libertad, la igualdad y la justicia social»¹³⁵.

Con anterioridad, se había planteado la necesidad de homogenizar el mercado, por ello se introdujeron reformas puntuales en materia de política arancelaria, la libre prestación de servicios y circulación de capitales y la política de transportes. Pero, también sobre las condiciones en las que se debía desarrollar la actividad laboral, como un mecanismo para garantizar un tratamiento homogéneo en toda Europa¹³⁶. Las modificaciones en materia de protección social que se introducen versan sobre la imposición de la regla de la unanimidad de la mayoría cualificada para actuar en materia

¹³³ Vide Miguel COLINA ROBLEDÓ y otros, *Derecho social comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, p. 52.

¹³⁴ Vide CONSEJO EUROPEO, *Acta Única Europea*, Luxemburgo, 1986.

¹³⁵ *Ibidem* Preámbulo.

¹³⁶ *Ibidem* Artículo 21: «El Tratado CEE será completado con las disposiciones siguientes: artículo 118 A1. Los Estados miembros procurarán promover la mejora, en particular, del medio de trabajo, para proteger la seguridad y la salud de los trabajadores, y se fijarán como objetivo la armonización dentro del progreso, de las condiciones existentes en ese ámbito».

de protección social¹³⁷, y el reconocimiento formal del diálogo social europeo¹³⁸. Además, incorpora dentro del Tratado el Título V relativo a la cohesión económica y social, con el objetivo de reducir las diferencias entre regiones¹³⁹, apoyándose sobre los tres fondos con finalidad social (Fondo Europeo de Orientación y Garantía Agrícola, el Fondo Social Europeo y el Fondo de Desarrollo Regional), del Banco Europeo de Inversiones y de los demás instrumentos financieros existentes¹⁴⁰.

Con posterioridad, se firmará la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores¹⁴¹. A través de este texto se pretendía la adopción de una serie de derechos mínimos comunes a todos los trabajadores en materia social y, entre los cuales se distinguían: derechos individuales, derechos de seguridad social y derechos

¹³⁷ Vide CONSEJO EUROPEO, *Acta Única Europea*, Luxemburgo, 1986, artículo 18: «El Tratado CEE será completado con las disposiciones siguientes: Artículo 100 A 1. No obstante, lo dispuesto en el artículo 100 y salvo que el presente Tratado disponga otra cosa, se aplicarán las disposiciones siguientes para la consecución de los objetivos enunciados en el artículo 8 A. El Consejo, por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión y en cooperación con el Parlamento Europeo y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptará las medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior. 2. El apartado 1 no se aplicará a las disposiciones fiscales, a las disposiciones relativas a la libre circulación de personas ni a las relativas a los derechos e intereses de los trabajadores por cuenta ajena. 3. La Comisión, en sus propuestas previstas en el apartado 1 referentes a la aproximación de las legislaciones en materia de salud, seguridad, protección del medio ambiente y protección de los consumidores, se basará en un nivel de protección elevado. 4. Si, tras la adopción por el Consejo, por mayoría cualificada, de una medida de armonización, un Estado miembro estimare necesario aplicar disposiciones nacionales, justificadas por alguna de las razones importantes contempladas en el artículo 36 o relacionadas con la protección del medio de trabajo o del medio ambiente, dicho Estado miembro lo notificará a la Comisión. La Comisión confirmará las disposiciones mencionadas después de haber comprobado que no se trata de un medio de discriminación arbitraria o de una restricción encubierta del comercio entre Estados miembros. No obstante, el procedimiento previsto en los artículos 169 y 170, la Comisión o cualquier Estado miembro podrá recurrir directamente al Tribunal de Justicia si considera que otro Estado miembro abusa de las facultades previstas en el presente artículo».

¹³⁸ *Ibidem* Artículo 22: «El Tratado CEE será completado con las disposiciones siguientes: Artículo 118 B: La Comisión procurará desarrollar el diálogo entre las partes sociales a nivel europeo, que podrá dar lugar, si éstas lo consideraren deseable, al establecimiento de relaciones basadas en un acuerdo entre dichas partes».

¹³⁹ *Ibidem* Artículo 23: «En la Tercera Parte del Tratado CEE se añadirá un Título V redactado como sigue: Artículo 130 A: A fin de promover un desarrollo armónico del conjunto de la Comunidad, ésta desarrollará y proseguirá su acción encaminada a reforzar su cohesión económica y social. La Comunidad se propondrá, en particular, reducir las diferencias entre las diversas regiones y el retraso de las regiones menos favorecidas (...)».

¹⁴⁰ *Ibidem* Artículo 130 B: «Los Estados miembros conducirán su política económica y la coordinarán con miras a alcanzar también los objetivos enunciados en el Artículo 130 A. Al desarrollar las políticas comunes y el mercado interior se tendrán en cuenta los objetivos enunciados en el artículo 130 A y en el artículo 130 C, participando en su consecución. La Comunidad apoyará dicha consecución con la acción que lleve a cabo por medio de los Fondos con finalidad estructural del Banco de Inversiones y de los otros instrumentos financieros existentes».

¹⁴¹ Vide CONSEJO EUROPEO, *Carta comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores*, Estrasburgo, 1989.

colectivos. Entre otras medidas, acordaba el derecho a la protección de la salud y la seguridad del puesto de trabajo¹⁴², el derecho a la formación profesional¹⁴³ o el derecho a la igualdad de trato entre hombres y mujeres¹⁴⁴. La Carta parecía evidenciar un gran compromiso para avanzar hacia la Europa social, pero, al no conformarse como un documento jurídico vinculante, supuso un estancamiento de la del ideario político del momento¹⁴⁵. Junto con la Carta Social, el Consejo Europeo presentó el II Programa de Acción social, con cuarenta y siete medidas concretas de desarrollo social. En este documento se preveían medidas tan dispares como la protección de la maternidad, la promoción del empleo juvenil o directrices sobre el procedimiento de despidos colectivos¹⁴⁶.

En 1992 se adopta el Tratado de Maastricht¹⁴⁷. El tratamiento de la cuestión social será el motivo de la falta de acuerdo entre los distintos gobiernos, hasta el punto de que se desarrolla un Protocolo adicional en lo referente al tratamiento de las políticas sociales. De forma generalizada, la finalidad de este acuerdo era introducir mejoras en las condiciones laborales y vitales de los trabajadores, de forma que, se proyectara una seguridad social adecuada y el desarrollo de los recursos humanos para conseguir una

¹⁴² Vide CONSEJO EUROPEO, *Carta comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores*, Estrasburgo, 1989, artículo 19: «Todo trabajador debe disfrutar en su lugar de trabajo de condiciones satisfactorias de protección de su salud y de su seguridad. Deben adoptarse medidas adecuadas para proseguir la armonización en el proceso de las condiciones existentes en este campo. Estas medidas deberán tener en cuenta, en particular, la necesidad de formación, información consulta y participación equilibrada de los trabajadores en lo que se refiere a los riesgos a los que estén expuestos y a las medidas que se adopten para eliminar o reducir esos riesgos. Las disposiciones relativas a la realización del mercado interior deben contribuir a dicha protección».

¹⁴³ *Ibidem* Artículo 15: «Todo trabajador de la Comunidad Europea debe poder tener acceso a la formación profesional y poder beneficiarse de la misma a lo largo de su vida activa. En las condiciones de acceso a dicha formación no podrá darse ninguna discriminación basada en la nacionalidad. Las autoridades competentes, las empresas o los interlocutores sociales, cada uno en el ámbito de su competencia, deberían establecer los mecanismos de formación continuada y permanente que permitan a toda persona reciclarse, en particular mediante permisos de formación, perfeccionamiento y adquisición de nuevos conocimientos, teniendo en cuenta, particularmente, la evolución técnica».

¹⁴⁴ *Ibidem* Artículo 16: «Debe garantizarse la igualdad de trato entre hombres y mujeres. Debe desarrollarse la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. A tal fin, conviene intensificar, dondequiera que ello sea necesario, las acciones destinadas a garantizar la realización de la igualdad entre hombres y mujeres, en particular para el acceso al empleo, la retribución, las condiciones de trabajo, la protección social, la educación, la formación profesional y la evolución de la carrera profesional. Conviene, asimismo, desarrollar medidas que permitan a hombres y mujeres compaginar más fácilmente sus obligaciones profesionales y familiares».

¹⁴⁵ Vide Silvia QUESADA DÍEZ, “La acción social en la Unión Europea: Evolución histórica”, *Alternativas. Cuadernos de trabajo*, 6, (1998), pp. 224-225.

¹⁴⁶ Vide COMISIÓN EUROPEA, *II Programa de Acción Social*, Bruselas, 1989.

¹⁴⁷ Vide CONSEJO EUROPEO, *Tratado de Maastricht*, Maastricht, 1992.

tasa de ocupación elevada. Dentro de las novedades que se introducen mediante este tratado se encuentra la ampliación de los objetivos de la Unión Europea que pasan de ser exclusivamente económicos, a incorporan metas sociales¹⁴⁸. Además, también se acuerda emprender determinadas acciones de contenido social como, la protección de la salud, o el desarrollo de la enseñanza y la formación¹⁴⁹.

Con posterioridad, se produce el Acuerdo sobre política social de 1992 que sí introdujo importantes novedades en el ámbito social, las cuáles, pasarán con posterioridad al derecho originario de la Unión¹⁵⁰. El texto incluye, como nuevos objetivos sociales compartidos entre la Unión y los Estados miembros, los siguientes: fomento del empleo; mejora de las condiciones de vida y trabajo; protección social adecuada; diálogo social; desarrollo de los recursos humanos; y la lucha contra las exclusiones. No obstante, el art. 2.6 del Acuerdo deja excluidas determinadas materias del ámbito competencial de la Comunidad como “*las remuneraciones, el derecho de asociación y sindicación, el derecho de huelga y el derecho de cierre patronal*”.

En consonancia con estas políticas, en 1993 la Comisión publicó el Libro Verde¹⁵¹ sobre el futuro de la política social de Europa que reúne una serie de propuestas: en materia de mercado de trabajo, los Estados se comprometen a ofertar puestos de trabajo y a formar a aquellos que buscan empleo¹⁵²; en materia de protección social y de exclusión, se establece el asentimiento de la necesidad de un nivel mínimo de ingresos¹⁵³; en el ámbito de promoción de igualdad de oportunidades, cobra especial relevancia la

¹⁴⁸ Vide CONSEJO EUROPEO, *Tratado de Maastricht*, Maastricht, 1992, artículo G. B. 2): «*La Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y de una unión económica y monetaria y mediante la realización de las políticas o acciones comunes contempladas en los artículos 3 y 3 A, un desarrollo armonioso y equilibrado de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, un crecimiento sostenible y no inflacionista que respete el medio ambiente, un alto grado de convergencia de los resultados económicos, un alto nivel de empleo y de protección social, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros*».

¹⁴⁹ *Ibidem* Artículo G. B. 3): «*Para alcanzar los fines enunciados en el artículo 2, la acción de la Comunidad implicará, en las condiciones y según el ritmo previstos en el presente Tratado: o) una contribución al logro de un alto nivel de protección de la salud; p) una contribución a una enseñanza y a una formación de calidad, así como al desarrollo de las culturas de los Estados miembros*».

¹⁵⁰ Vide María PONS CARMENA, *Modelo social europeo y protección de los derechos sociales fundamentales*, Reus, Madrid, 2015, pp. 38-39.

¹⁵¹ Vide COMISIÓN EUROPEA, *Libro Verde: sobre la política social europea*, Bruselas, 1993.

¹⁵² *Ibidem* pp. 21 y ss.

¹⁵³ *Ibidem* pp. 26 y ss.

situación de la mujer y los jóvenes¹⁵⁴; y, en materia de formación, se defiende la supresión de obstáculos jurídicos a la libre circulación de trabajadores¹⁵⁵, o la ampliación de la población cubierta por los regímenes de seguridad social, así como la coordinación entre los distintos sistemas¹⁵⁶. Sólo un año después se promoverá el Libro Blanco sobre la política social de la Unión¹⁵⁷, el cual se centra en desarrollar la posibilidad de que la competitividad y el progreso social sean tratados de forma conjunta¹⁵⁸. Al mismo tiempo que se fijan grandes objetivos como la necesidad de promover el empleo, o una sociedad que exija la colaboración de todos¹⁵⁹.

La Unión Europea promoverá el III Programa de Acción social¹⁶⁰ en 1995 a través del cual se pretende conseguir fines tan diversos como la asistencia para los pobres, los discapacitados y los ancianos, la profundización del diálogo social, la actuación conjunta para luchar contra el racismo y la xenofobia, o la creación de una estructura de normas mínimas de protección social¹⁶¹. Estos objetivos tardarán más en materializarse a través de la inclusión dentro del derecho originario o de conformación de la Unión, por medio de los distintos textos normativos.

En 1997, se adopta el Tratado de Ámsterdam que supuso la continuación de las reformas en materia social. La principal modificación que introduce dentro del ordenamiento es el mecanismo de la cooperación reforzada el cual permite que los

¹⁵⁴ Vide COMISIÓN EUROPEA, *Libro Verde: sobre la política social europea*, Bruselas, 1993, pp. 28 y ss.

¹⁵⁵ Vide Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “Reflexiones en torno a la organización de los servicios sanitarios y el ejercicio profesional en la Unión Europea”, en Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ y Rafael BARRANCO VELA (Dir), *Derecho y salud en la Unión Europea*, Comares, Granada, 2013, p. 4.

¹⁵⁶ Vide COMISIÓN EUROPEA, *Libro Verde: sobre la política social europea*, Bruselas, 1993, pp. 30 y ss.

¹⁵⁷ Vide COMISIÓN EUROPEA, *Libro Blanco sobre la Política Social Europea: Un paso adelante para la Unión*, Bruselas, 1994.

¹⁵⁸ *Ibidem* Introducción: «El Libro Blanco se basa en el principio de que Europa necesita una política social de amplia base, innovadora y progresista para hacer frente a los retos que le esperan. En este sentido, la Comisión pretende estimular una nueva relación de cooperación dentro del proceso de cambio entre los Estados miembros, los interlocutores sociales, las organizaciones ciudadanas y de voluntarios, ¡los ciudadanos europeos y los organismos internacionales. No obstante, se subraya el papel de los interlocutores sociales: a partir de ahora la normativa social europea puede basarse en la iniciativa legislativa de las instituciones de la Unión y en los convenios colectivos suscritos por los interlocutores sociales».

¹⁵⁹ Vide Rosario PEDROSA SANZ, “El desarrollo histórico de la Política Social de la Unión Europea y su estado actual”, *Estudios de Economía aplicada*, 27, 3, (2009), p. 625.

¹⁶⁰ Vide COMISIÓN EUROPEA, *Programa de Acción Social a medio plazo (1995-1997)*, Bruselas, 1995.

¹⁶¹ Vide Silvia QUESADA DÍEZ, “La acción social en la Unión Europea: Evolución histórica”, o.c. p. 231.

Estados miembros disfruten a ritmos distintos, de conformidad con su situación y crecimiento, en la participación de las políticas o cooperaciones comunes¹⁶².

Con posterioridad, se promulgará la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión¹⁶³. Este texto recogerá cincuenta y cuatro artículos, y será el Título IV el que se refiere a los derechos sociales y económicos. Se reiteran derechos reconocidos con anterioridad, como el derecho de negociación y de acción colectiva¹⁶⁴, el derecho a la seguridad y ayuda social¹⁶⁵, o el derecho de protección a la salud¹⁶⁶. Junto con la elaboración de la Carta, se convocó una Conferencia Intergubernamental para abordar las cuestiones que habían quedado fuera del Tratado de Ámsterdam, y se elaboró el Tratado de Niza¹⁶⁷. El texto se limita a extender el marco de actuación de la Unión en materia de seguridad y protección social de los trabajadores, la representación colectiva de éstos, o la modernización de los sistemas de protección social, entre otras cuestiones¹⁶⁸. De forma

¹⁶² Vide CONSEJO EUROPEO, *Tratado de Ámsterdam*, Ámsterdam, 1997, artículo 12.

¹⁶³ Vide PARLAMENTO EUROPEO, CONSEJO Y COMISIÓN EUROPA, *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión*, Niza, 2000. No será hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en el año 2007, que la Carta adquiere el mismo valor jurídico que los tratados (art. 6.1. TUE).

¹⁶⁴ *Ibidem* Artículo 28: «Los trabajadores y los empresarios, o sus organizaciones respectivas, de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales, tienen derecho a negociar y celebrar convenios colectivos, en los niveles adecuados, y a emprender, en caso de conflicto de intereses, acciones colectivas para la defensa de sus intereses, incluida la huelga».

¹⁶⁵ *Ibidem* Artículo 34: «1. La Unión reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales que garantizan una protección en casos como la maternidad, la enfermedad, los accidentes laborales, la dependencia o la vejez, así como en caso de pérdida de empleo, según las modalidades establecidas por el Derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales. 2. Toda persona que resida y se desplace legalmente dentro de la Unión tiene derecho a las prestaciones de seguridad social y a las ventajas sociales con arreglo al Derecho comunitario y a las legislaciones y prácticas nacionales. 3. Con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales».

¹⁶⁶ *Ibidem* Artículo 35: «Toda persona tiene derecho a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana».

¹⁶⁷ Vide CONSEJO EUROPEO, *Tratado de Niza*, Niza, 2001.

¹⁶⁸ *Ibidem* Artículo 9: «El artículo 137 se sustituye por el texto siguiente: Artículo 137 1. Para la consecución de los objetivos del artículo 136, la Comunidad apoyará y completará la acción de los Estados miembros en los siguientes ámbitos: a) la mejora, en concreto, del entorno de trabajo, para proteger la salud y la seguridad de los trabajadores; b) las condiciones de trabajo; c) la seguridad social y la protección social de los trabajadores; d) la protección de los trabajadores en caso de rescisión del contrato laboral; e) la información y la consulta a los trabajadores; f) la representación y la defensa colectiva de los intereses de los trabajadores y de los empresarios, incluida la cogestión, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 5; g) las condiciones de empleo de los nacionales de terceros países que residen legalmente en el territorio de la Comunidad; h) la integración de las personas excluidas del mercado laboral, sin perjuicio del artículo 150; i) la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades

coetánea, se promulga la “Agenda de Política Social para los años 2000-2005”. Los objetivos fundamentales pivotaban en el aumento de la oferta de empleo, y mejorar la calidad del existente; luchar contra las formas de exclusión y discriminación; o de la modernización de las estructuras de protección social, mediante seguros que permitieran garantizar las pensiones de los trabajadores y ofrecer una asistencia sanitaria de calidad y sostenible¹⁶⁹.

No obstante, no será hasta la elaboración del Tratado de Lisboa¹⁷⁰ cuando se produzca un auténtico reforzamiento y reconocimiento de los derechos sociales, así como la construcción de una verdadera política social europea. Este Tratado aboga por una economía social de mercado que busca el pleno empleo y el progreso social¹⁷¹; defiende la no exclusión social y protege de la discriminación, fomentando la justicia y la protección social, la igualdad entre mujeres y hombres, y la solidaridad entre generaciones¹⁷²; así como también, reitera los derechos, principios y libertades enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión. Además, mediante este tratado se adhiere al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales¹⁷³.

en el mercado laboral y al trato en el trabajo; j) la lucha contra la exclusión social; k) la modernización de los sistemas de protección social, sin perjuicio de la letra c)».

¹⁶⁹ Vide COMISIÓN EUROPEA, *Agenda de política social (2000-2005)*, Bruselas, 2000.

¹⁷⁰ Vide UNIÓN EUROPEA, *Tratado de Lisboa* por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, Lisboa, 2007.

¹⁷¹ *Ibidem* Artículo 3.3, paf. 1º: «La Unión establecerá un mercado interior. Obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. Asimismo, promoverá el progreso científico y técnico».

¹⁷² *Ibidem* Artículo 3.3 paf. 2º: «La Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño. La Unión fomentará la cohesión económica, social y territorial y la solidaridad entre los Estados miembros».

¹⁷³ *Ibidem* Artículo 6: «1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados. Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados. Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones. 2. La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados. 3. Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las

El Tratado de Lisboa también genera cambios sustanciales en lo que respecta al tratamiento de las políticas sociales. Por un lado, diferencia claramente entre: competencias compartidas que se refieren a la cohesión económica, social y territorial, y las acciones de la Unión Europea para coordinar o complementar las políticas sociales de los Estados miembros, de aquellas que son exclusivas de los Estados¹⁷⁴. Y, por otro lado, incorpora como elemento imprescindible para el desarrollo de la Unión la promoción de un nivel de empleo elevado, la garantía de una protección social adecuada, la lucha contra la exclusión social, la necesidad de un nivel de educación y formación en la ciudadanía, y la protección de la salud¹⁷⁵.

Junto con la promulgación del Tratado de Lisboa se produce la segunda fase de la “Agenda Política Social” entre 2006 y 2010, que tiene por título “una Europa social en la economía mundial: empleos y nuevas oportunidades para todos”. Por lo general, van a defender dos prioridades: la modernización del modelo social europeo, y la promoción del desarrollo sostenible a través de la creación de puestos de trabajo y, junto con, la igualdad de oportunidades, con especial referencia a hombres y mujeres¹⁷⁶.

La Europa social pretendía afrontar de forma conjunta y coordinada los cambios que se avecinaban, como el desarrollo de las nuevas tecnologías, los problemas relacionados con el empleo o la formación de la sociedad. El problema es que, en medio de este entusiasmo por cohesionar las distintas políticas sociales de los Estados miembros, llega la crisis del año 2008, y todos estos objetivos que eran prioritarios pasan a un segundo plano.

tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales».

¹⁷⁴ Vide María PONS CARMENA, *Modelo social europeo y protección de los derechos sociales fundamentales*, Reus, Madrid, 2015, pp. 98 y ss.

¹⁷⁵ Vide UNIÓN EUROPEA, *Tratado de Lisboa* por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, Lisboa, 2007, artículo 4: «El artículo 2 se sustituye por el texto siguiente: 3. La Unión establecerá un mercado interior. Obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. Asimismo, promoverá el progreso científico y técnico. La Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño. La Unión fomentará la cohesión económica, social y territorial y la solidaridad entre los Estados miembros. La Unión respetará la riqueza de su diversidad cultural y lingüística y velará por la conservación y el desarrollo del patrimonio cultural europeo».

¹⁷⁶ Vide COMISIÓN EUROPEA, *Agenda de política social (2006-2010): una Europa social en la economía mundial: empleos y nuevas oportunidades para todos*, Bruselas, 2005.

5.4. Los modelos de Estado de Bienestar en Europa.

5.4.1. Introducción.

Una vez que han sido señalados los diversos antecedentes históricos que marcan el rumbo de la construcción de los Estados de Bienestar en Europa, se observa cómo la influencia de los diversos agentes señalados se manifiesta de forma diferente en cada país, creando modelos de protección distintos. Si bien, no son iguales las políticas de Reino Unido, cuyo origen es totalmente proteccionista, que las medidas socialdemócratas que se adoptan en Alemania. En consecuencia, cada país adoptará un modelo de protección auténtico, y con él los elementos y características que configuran el Estado de Bienestar.

Sin embargo, a pesar de las singularidades que puedan definir el sistema de protección social que cada país decida establecer, los Estados de Bienestar en Europa presentan una serie de características comunes que permiten aglutinarlos en categorías generales de estudio. De tal manera que, atendiendo al fundamento ideológico, y las particularidades que los distintos agentes modificadores desarrollan en los mismos, se pueden agrupar los distintos modelos de Estados de Bienestar en una serie de arquetipos de protección social.

La clasificación general por excelencia de los regímenes de protección social es la que realiza Esping-Andersen. Según sus estudios, se distinguen tres modalidades de Estados de Bienestar: el corporativista, el liberal y el socialdemócrata. La diferenciación de los distintos sistemas se halla en el grado de implicación de las relaciones que existen entre los distintos elementos que estructuran el Estado del Bienestar: Estado, mercado y familia. En primer lugar, el elemento definitorio es cómo interacciona el Estado con el mercado y los regímenes de protección social. La materialización de esta relación se manifiesta a través del grado de mercantilización o desmercantilización de las estructuras sociales. En segundo lugar, es necesario contemplar la calidad del sistema, pero también, como se ha proyectado la consecución de los derechos sociales, es decir, cuáles son los derechos y mecanismos de protección que se articulan para su protección y garantía Y,

en tercer lugar, cómo se organiza el régimen de forma interna, es decir, cómo se va a estructurar el sistema según el orden de las relaciones o estratificación social¹⁷⁷.

No obstante, a esta clasificación general se sumará un modelo que, hasta ese momento, era considerado como una subcategoría del régimen corporativista o continental: el sistema mediterráneo. Sin embargo, al confluir una serie de caracteres en un conjunto de países, hace que este se eleve a la categoría de modelo propiamente dicho, y no como una especialidad dentro de los sistemas de protección. Esto sucederá a partir de los años noventa con las teorías y fundamentos que desarrolla Leibfried¹⁷⁸.

Con posterioridad, y una vez finalizada la guerra fría, se conformará un quinto modelo de protección asentado en los países postcomunistas. El problema es que, tanto su implantación, como los caracteres que definen el sistema, están en fase de terminar de definirse¹⁷⁹. Y, de igual manera, ocurre en el panorama internacional, donde se están gestando otros modelos de bienestar, con una historia y caracteres propios, en los países más desarrollados de África y América Latina¹⁸⁰. Sin embargo, dentro de esta tesis, el estudio de estas figuras va a quedar desligado, puesto que su falta de implantación plena y consolidación impide realizar un análisis en profundidad de las características de estos regímenes. Además, la carencia de suficiente afianzamiento de las estructuras que lo conforman lleva a relativizar su importancia para la consecución de los objetivos fijados mediante este proyecto.

Además, para el análisis de los modelos de Estado de Bienestar, es necesario traer a colación el desarrollo evolutivo que éstos han experimentado, puesto que, no es igual el arquetipo que se origina a principios del S. XIX que su posterior evolución a finales del mismo siglo. Así, el perfeccionamiento y consolidación de los sistemas ha promovido que, a través de políticas sociales tan diferentes entre unos países y otros, se muestren

¹⁷⁷ Vide Gosta ESPING-ANDERSEN, *The three worlds of welfare capitalism*, Trad. de Begoña ARREGUI LUCO, *Los tres mundos del Estado de Bienestar*, Edicions Alfons el Magnànim, Valencia, 1993, pp. 47 y ss.

¹⁷⁸ Vide Scott LEIBFRIED, "Towards a European Welfare State? Integrating Poverty Regimes into the European Community", en Z. FERGE y J.E. KOLVER, *Social Policy in a changing Europe*, Campus Verlag, Frankfurt, 1992, pp. 35 y ss.

¹⁷⁹ Vide Mariño COUCEIRO y José ADELANTADO, "Los nuevos regímenes de bienestar en la Europa Postcomunistas. Más allá de las tipologías occidentales", en Eloísa DEL PINO MATUTE y M^a Josefa RUBIO LARA, *Los Estados de Bienestar en la encrucijada*, Tecnos, Madrid, 2017, p. 161.

¹⁸⁰ Vide Juliana MARTÍNEZ FRANZONI y Diego SÁNCHEZ-ANCOCHEA, "Regímenes de Bienestar en América Latino: tensiones entre universalización y segmentación", en Eloísa DEL PINO MATUTE y M^a Josefa RUBIO LARA, *Los Estados de Bienestar en la encrucijada*, Tecnos, Madrid, 2017, p. 220.

regímenes completamente transformados, aunque algunos valores y fundamentos se mantengan.

5.4.2. El modelo liberal.

El modelo liberal está representado principalmente por Reino Unido e Irlanda, dentro de Europa, y EE. UU., Canadá, Australia o Nueva Zelanda, como referentes internacionales. El sistema de protección de estos países parte del ideario liberal, de tal manera que los trabajadores dependen de su posición en el mercado y, por tanto, el resto de los actores, el Estado y la familia, tienen una posición marginal en la protección social. A modo de recordatorio, el régimen liberal está caracterizado por la desmercantilización mínima de la economía, de forma que, la base de su funcionamiento se encuentra en el mercado, que es el encargado de resolver los problemas sociales. De este modo, el Estado se limita a promover y fomentar el empleo, de tal manera que la materialización y la consecución de los derechos sociales se ha visto ampliamente limitada. Y, consecuentemente, el gasto social en estos países es bajo en comparación con el resto de las modalidades de protección del bienestar¹⁸¹.

En consecuencia, el Estado, únicamente, fuerza a los actores sociales individuales y colectivos específicos a desarrollar iniciativas y responsabilidades propias en el campo de la protección de la social, quedándose para él un papel residual en esta materia. Este modelo entiende el problema de la pobreza como propio del individuo, y no como un obstáculo estructural de la sociedad, por lo que la intervención en asistencia social será mínima. Y, por ello, los subsidios que se configuran están dirigidos hacia la población en edad de trabajar y los jóvenes y, en menor medida, hacia las pensiones. El acceso a las prestaciones está condicionado en la mayoría de los casos por el criterio de empleabilidad y la búsqueda activa de empleo por parte de los ciudadanos¹⁸².

¹⁸¹ Vide Gotsa ESPING-ANDERSEN, *The three worlds of welfare capitalism*, Trad. de Begoña ARREGUI LUCO, *Los tres mundos del Estado de Bienestar*, Edicions Alfons el Magnànim, Valencia, 1993, pp. 47-48.

¹⁸² Vide Eloísa DEL PINO MATUTE, "Reformas multidimensionales y nuevos cometidos de los Estados de Bienestar europeos (1995-2013)", *Tiempo de paz*, 109, (2013), p. 17: «El grado de mercantilización ha servido para medir la generosidad de los Estados de Bienestar. En los últimos años, individuos y hogar han sufrido un proceso de re-mercantilización, de mayor dependencia del mercado, en la medida en que la percepción de sus prestaciones depende de su participación en el mercado laboral en mayor porción que antes».

El hecho de concebir la pobreza social como un problema impropio de las preocupaciones del Estado influye en las reformas que se introducen a partir de la década de los años setenta, intentando evitar la creación de la “cultura de la dependencia social”. El Estado no quiere crear personas dependientes de sus arcas, sino que busca educarlas para que se valgan por sí mismas, en la prospección y consecución del bienestar. Para ello, el Estado les alienta a ahorrar para su futuro, bien bajo la contratación de seguros sanitarios; o bien, de pensiones. Además, de forma paralela, los distintos gobiernos comenzaron a contar con proveedores privados en la prestación determinados servicios que se venían prestando con carácter público, pensando que esto haría más eficiente el sistema. Todo esto supuso prácticamente la desaparición de los agentes sociales en la adopción de las decisiones. De esta forma, se introducen nuevas fórmulas de gestión y organización, como la descentralización, la flexibilización y la desregularización: creando un mercado de proveedores de los servicios públicos como la educación o la sanidad¹⁸³.

5.4.3. El modelo continental o bismarckiano.

El Estado de Bienestar continental o corporativista surge a comienzos del S. XX, gestándose de manera originaria en Alemania, en plena evolución de los problemas de la revolución industrial. Con posterioridad, otros países como, Francia, Bélgica, Austria y Países Bajos, irán adoptando este modelo de protección. El modelo se denomina como “corporativista” porque lo que prima en su regulación es la consolidación y conservación de las diferencias de estatus, de forma que, los derechos que se promueven están vinculados a la clase social a la que se pertenece. Además, en general, están altamente asociados con la Iglesia y los valores tradicionales de familia que ésta promueve¹⁸⁴.

La primera de las consideraciones que se ha de manifestar sobre su origen es que su nacimiento no se debe a la iniciativa pública, sino que, por el contrario, es consecuencia del desarrollo proteccionista que los propios trabajadores y empleados entablaban. Si bien, a la vista de las necesidades comunes que estaban experimentando, los trabajadores

¹⁸³ Vide César COLINO y Eloísa DEL PINO MATUTE, “Los regímenes de bienestar liberales: orígenes, resultados y cambios”, en Eloísa DEL PINO MATUTE y M^a Josefa RUBIO LARA, *Los Estados de Bienestar en la encrucijada*, Tecnos, Madrid, 2017, p. 107.

¹⁸⁴ Vide Gotsa ESPING-ANDERSEN, *The three worlds of welfare capitalism*, Trad. de Begoña ARREGUI LUCO, *Los tres mundos del Estado de Bienestar*, Edicions Alfons el Magnànim, Valencia, 1993, pp. 47-48.

deciden organizarse atendiendo al sistema gremial de la Edad Media, conformando una especie de clubs sociales, donde los miembros debían pertenecer a la misma profesión y pagar una contribución para beneficiarse del régimen protector y garantista que éste ofrecía¹⁸⁵. En consecuencia, no es el Estado quién decide imponer unos medios de protección a los trabajadores para los casos de accidente o jubilación, sino que son los propios miembros del mercado de trabajo, quienes entienden de su necesidad. Sin embargo, con el desarrollo del sistema proteccionistas, éstos han terminado por convertirse en obligatorios.

A partir del nacimiento de la cuestión social, y la implicación del Estado en determinadas cuestiones privadas, la reacción general de los ciudadanos fue la desconfianza en las actuaciones del ejecutivo. La situación de inseguridad irá aumentando a medida que el Estado se hace cargo de determinadas actividades (como la beneficencia o la salud) que habían sido históricamente realizadas por la Iglesia, atentando contra el pensamiento social católico. Los ciudadanos no eran capaces de concebir que fuera el Estado quien se hiciera cargo de determinadas prestaciones, antes que la familia o las instituciones de caridad. Y, es por ello, por lo que las mutualidades se van a convertir en los elementos protagonistas del sistema de protección, a través de los cuales, se va a articular la cobertura de protección sobre los ciudadanos, intentando dejar fuera al Estado.

Los mecanismos de protección del régimen corporativista se estructuran en torno al aseguramiento social, de manera que la financiación de las prestaciones sociales proviene directamente de las cotizaciones de los asegurados. De igual modo, ocurre con las pensiones, que son a cargo de fondos privados, y no directamente de las arcas del Estado. A consecuencia de esto, el principal problema de este sistema es su incapacidad para adaptarse a los cambios abruptos del entorno global, y de responder a las situaciones de pobreza que se crean en los ciudadanos por parte de las instituciones propias del Estado.

Por tanto, las características del régimen proteccionista se pueden sistematizar de la siguiente forma: la organización en torno a la estructura profesional, que agrupa a los trabajadores en función del gremio profesional y actividad que desempeñan; y una desmercantilización de la economía de grado medio, puesto que el Estado continúa

¹⁸⁵ *Vide* Bruno PALIER, “El régimen de bienestar continental: de un sistema congelado a las reformas estructurales”, en Eloisa DEL PINO MATUTE Y M^a Josefa RUBIO LARA, *Los Estados del Bienestar en la encrucijada: Políticas sociales en perspectiva comparada*, Tecnos, II Edición, Madrid, 2017, pp. 69-71.

interviniendo en el desarrollo de la prestación y promoción de ciertas prestaciones sociales a través de sus presupuestos. No obstante, el mayor peso del mantenimiento del sistema recae sobre los propios trabajadores¹⁸⁶.

La base ideológica de este modelo de Estado de Bienestar es la consecución del pleno empleo para posibilitar el sostenimiento del sistema. Así, el hombre, como cabeza visible de la unidad familiar, es quién se encarga de llevar el sustento a casa, por ello, toda la protección de la familia se estructura a partir de las cotizaciones con las que éste contribuye a la seguridad social. Sin embargo, tras la crisis del petróleo y los problemas derivados del desempleo, el ejecutivo se vio obligado a reformar sus estructuras y base de sustento.

En este sentido, al darse cuenta de que la consecución del pleno empleo era una fantasía prácticamente inalcanzable, tuvieron que diversificar sus esfuerzos apostando por el apoyo social a ciertos grupos poblaciones desfavorecidos. Por ello, las reformas que se iniciaron estaban centradas en el mantenimiento del empleo cualificado y destinado al sustento de la familia, excluyendo del mercado a aquellos que no lo eran: como mujeres, jóvenes o varones sin cualificación. Las cotizaciones a la seguridad de este sector, cuyos empleos se caracterizan por contratos a tiempo completo, y que, por las condiciones de los trabajadores suponían, conseguir un salario más elevado, han sido siempre la prioridad del gobierno.

De igual forma, han continuado las reformas del Estado de Bienestar, una vez entrados los años 90', puesto que, se han centrado en recortes tímidos y negociados, reduciendo los niveles de protección social, a través del cambio en el cálculo de las prestaciones; y también mediante cambios institucionales, sobre todo relacionados con los mecanismos de financiación¹⁸⁷. De entre las reformas introducidas, se puede hablar de la reducción de la cuantía de las pensiones en Alemania, el copago en la asistencia sanitaria, y la modificación de los sistemas de financiación a través de impuestos.

¹⁸⁶ Vide Bruno PALIER, "El régimen de bienestar continental: de un sistema congelado a las reformas estructurales", en Eloisa DEL PINO MATUTE Y M^a Josefa RUBIO LARA, *Los Estados del Bienestar en la encrucijada: Políticas sociales en perspectiva comparada*, Tecnos, Madrid, 2017, pp. 74-75.

¹⁸⁷ *Ibidem* pp. 78-79.

Mientras que, en Francia, el mayor recorte se ha desarrollado en el Sector Público, aunque se está fomentando el ahorro a través de los planes de pensión y seguros privados¹⁸⁸.

5.4.4. El modelo socialdemócrata.

El modelo socialdemócrata de Estado de Bienestar tiene como referentes a los países escandinavos como Dinamarca, Finlandia, Noruega y Suecia. La base ideológica de su funcionamiento es mantener bajos niveles de desigualdad social, en lugar de garantizar unos mínimos recursos para los más necesitados. Este modelo se encuentra vinculado directamente con los postulados de Keynes, llegando a denominarse por algunos sectores como “política activa del mercado laboral”. Este sistema de bienestar identifica los riesgos que son consecuencia del normal funcionamiento del mercado y, por ello, asume en sus principios la protección de los ciudadanos como una cuestión social y de responsabilidad colectiva y solidaria. De este modo, el régimen persigue la consecución de la socialdemocracia hasta el punto más elevado de protección de los derechos sociales, de manera que las características del sistema son las siguientes: la universalidad, dotando a todos los ciudadanos de las mismas prestaciones y servicios, con independencia de su posición en el mercado; y una política de pleno empleo promovida por el Estado, persiguiendo la consecución de su ideal igualitario¹⁸⁹.

El modelo nórdico proporciona unos ingresos mínimos más altos que el resto de los sistemas y, aunque hasta el momento, las prestaciones mínimas universales nunca han llegado a constituirse como una alternativa al trabajo, es una posibilidad que no se descarta. Al mismo tiempo, se promueve la inclusión de todos los ciudadanos en los programas de bienestar que, junto con la calidad y generosidad de las prestaciones, han permitido aumentar las posibilidades de la clase media. Además, se promueven diversidad de políticas sociales de conciliación de la vida laboral y familiar, bastante generosas. De forma que se mantiene el equilibrio del principio de igualdad entre la

¹⁸⁸ Vide Karl Hinrichs, “A Social Insurance State Withers Away. Welfare State Reforms in Germany”, en Bruno PALIER, *A long goodbye to Bismarck? The politics of Welfare reforms in continental Europe*, Amsterdam University Press, Amsterdam, 2010, pp. 46.

¹⁸⁹ Vide Stephan LESSENICH, “España y los regímenes del Estado del bienestar”, *Revista internacional de sociología*, 14, (1996), p. 150.

ciudadanía a través de la redistribución de la riqueza de forma muy eficiente, lo que, además, ha dado lugar a la concreción de servicios públicos de lo más especializados¹⁹⁰.

La prestación de unos servicios públicos de calidad conlleva a un gran número de funcionarios, como uno de los costes que el Estado asume de motu proprio para la prestación de los derechos sociales. Además, se apuesta por un gasto elevado en políticas de reinserción al mercado laboral de las personas desocupadas y, de esta manera, conseguir altas tasas de empleo. Además, en este sistema juegan un papel protagonista los sindicatos en la negociación de las laborales a través de convenios colectivos, por lo que existe una menor disparidad entre los salarios. La financiación de todas estas medidas sociales se produce vía impositiva, tanto del empleado como del empleador, pero también con una partida destinada a estas medidas a través de los presupuestos generales¹⁹¹.

Estos países iniciaron una serie de reformas, a partir de los años 90', las cuales se pueden desgranar de la siguiente manera: apuesta por las políticas activas de empleo y su repercusión en las políticas sociales; la revisión de la universalidad de las pensiones de jubilación, incorporando el criterio de la comprobación de recursos; y la tendencia de la provisión de los servicios de gestión mixta, dando a elegir a los ciudadanos entre la prestación de los servicios públicos o de gestión privada¹⁹². Estas modificaciones en el sistema les sirvieron para afrontar la crisis económica del año 2008 con mayor capacidad de actuación, hasta el punto de que no se puede considerar que éste llegó a afectarles directamente.

5.4.5. El modelo mediterráneo.

Tal y como se advertía al inicio, este modelo no es contemplado dentro de la clasificación general que realiza Esping-Andersen, puesto que, para el autor, éste representa un subtipo dentro del sistema corporativista. Sin embargo, lo que autor describe son tipos ideales y no reales de los modelos de Estados de Bienestar, y es por

¹⁹⁰ Vide María Josefa RUBIO LARA, "Las transformaciones del Estado de bienestar socialdemócrata. Continuidad y cambios de sus señas de identidad", en Eloísa DEL PINO MATUTE y M^a Josefa RUBIO LARA, *Los Estados del Bienestar en la encrucijada*, Tecnos, Madrid, 2017, pp. 119-120.

¹⁹¹ Vide María de la O BARROSO GONZÁLEZ y Nelly J. CASTRO VADILLO, "El Estado de Bienestar y crisis económica: una revisión bibliográfica", *Revista de la Universidad de Huelva*, (2011), p. 32.

¹⁹² Vide María Josefa RUBIO LARA, "Las transformaciones del Estado de bienestar socialdemócrata. Continuidad y cambios de sus señas de identidad", en Eloísa DEL PINO MATUTE y M^a Josefa RUBIO LARA, *Los Estados del Bienestar en la encrucijada*, Tecnos, Madrid, 2017, pp. 123-132.

ello, que en la práctica surjan nuevos arquetipos de protección sociales. Los países que han desarrollado el modelo mediterráneo como un régimen auténtico son España, Grecia, Portugal e Italia¹⁹³. Todos son países que han estado fuertemente influenciados por el catolicismo y, en los que la figura de la familia representa el eje transversal a través del cual se ejecuta la asistencia y la protección social.

El modelo mediterráneo se caracteriza por estructurarse siguiendo el régimen corporativista de seguros de protección social. Sin embargo, lo que lo diferencia de ese arquetipo es que el Estado asume un papel más intervencionista en la protección social, comprometiéndose a prestar determinados servicios y ayudas, a partir de las redes familiares que se conforman. A modo de ejemplo, estos países financian determinadas prestaciones de servicios como la educación, la sanidad o la propia asistencia social que tienen un importante peso en los presupuestos generales. Además, los trabajadores están protegidos por las instituciones, y los sindicatos tienen fuerza negociadora, aunque no son del todo determinantes, lo que va a incidir en el nivel de renta que, por lo general, será inferior al modelo corporativista. No obstante, en lo que respecta a los programas asistenciales, estos Estados se van a caracterizar por su falta de coordinación y la fragmentación en la prestación de estos servicios. En este sentido, el sistema se basa en que la última red de seguridad, ante las situaciones de necesidad, son los programas de protección, pero antes ha tenido que actuar la familia como red de seguridad. Y, su principal problema se encuentra en la falta de capacidad para innovar y adaptación, como consecuencia de una estratificación social jerarquizada, obsoleta y clientelar, que ha impedido su desarrollo hacia la socialdemocracia¹⁹⁴.

No obstante, durante la década de los años 90' los Estados se vieron obligados a realizar determinadas reformas, sobre todo, como consecuencia de las altas tasas de desempleo, la llegada de inmigrantes, y la incorporación efectiva de la mujer al mundo laboral. El modelo mediterráneo no se sostenía económicamente, y por ello, se iniciaron

¹⁹³ Vide Gregorio RODRÍGUEZ CABRERO, *El Estado de bienestar en España: debates, desarrollo y retos*, Editorial Fundamentos, Madrid, 2004, p. 80: «No es sólo el caso de España, ocurre con los países del sur de Europa, entre los cuales hay diferencias institucionales, pero que reúnen una serie de características comunes como: el papel protagonista que adquiere la familia en la protección social, la poca o falta industrialización, la transición por periodos de dictadura, el hecho de que hubieran sido hasta el momento instituciones religiosas las que se encargaban de la protección y asistencia social».

¹⁹⁴ Vide Luis MORENO FERNÁNDEZ y Pau MARI-KLOSE, “Bienestar mediterráneo: trayectorias y retos de un régimen en transición”, en Eloísa DEL PINO MATUTE y M^a Josefa RUBIO LARA, *Los Estados de Bienestar en la encrucijada*, Tecnos, Madrid, 2013, pp. 140-143.

modificaciones en la regulación de las prestaciones contributivas, como el desempleo y las pensiones de jubilación, así como también, en la revisión y control del gasto público¹⁹⁵. De este modo, las técnicas de control del gasto público, y la implantación de medidas sociales austeras son las únicas soluciones que han encontrado los Estados para solventar los problemas económicos, obviando los principios generales de economía.

La evolución de estos regímenes de protección, en los distintos Estados, estará marcada por su acercamiento más hacia la socialdemocracia o al corporativismo. El Estado de Bienestar español se debe encuadrar dentro de este modelo de protección, como una mezcla de dos modelos históricos que combinan sus fundamentos e instituciones. No obstante, sus características y posterior desarrollo deben de enmarcarse dentro de los siguientes aspectos: a) el contexto institucional tradicional, donde la familia y la posición en el mercado de trabajo son los elementos fundamentales para la proporción del bienestar; b) una estructura social que se encuentra sumida en profundos cambios, como consecuencia de las transformaciones estructurales relacionadas con los impactos sociales y económicos derivados del envejecimiento de la población, o la inmigración; c) todo ello dentro de un contexto europeo, que no sólo va a marcar las directrices de actuación de desarrollo del Estado de Bienestar, sino también la inversión y la contención de las políticas por desarrollar¹⁹⁶.

6. Los Estados de Bienestar europeos tras la crisis económica del año 2008.

6.1. La crisis económica de 2008 y sus consecuencias.

La crisis mundial del año 2008 ha tenido gran repercusión en el panorama internacional, dejando consecuencias catastróficas en los ámbitos económico, social y cultural. Las causas que la provocaron son diversas, por lo que no es achacable a un solo factor, pero principalmente ésta fue consecuencia de la implantación del neoliberalismo económico más puro que, junto con la globalización y la inexistencia de una política

¹⁹⁵ Vide Luis MORENO FERNÁNDEZ y Pau MARI-KLOSE, “Bienestar mediterráneo: trayectorias y retos de un régimen en transición”, en Eloísa DEL PINO MATUTE y M^a Josefa RUBIO LARA, *Los Estados de Bienestar en la encrucijada*, Tecnos, Madrid, 2013, pp. 145-150.

¹⁹⁶ Vide Ana M. GUILLÉN RODRÍGUEZ y Gregorio RODRÍGUEZ CABRERO, “Evolución del Estado de Bienestar en España”, en Cristóbal TORRES ALBERO, *España 2015: situación social*, CIS, Madrid, 2015, pp. 1020-1021.

mercantil internacional eficaz, provocaron la peor crisis de nuestra historia reciente. Si bien, aunque las crisis son una parte más del funcionamiento de la economía capitalista, la magnitud de sus consecuencias eran imprevisibles para la mayoría de los Estados, por lo que han sido incapaces de controlar la propagación de sus resultados. Así, como un efecto dominó sin precedentes, estos se extendieron por todos los mercados financieros instaurando unas nuevas reglas de juego¹⁹⁷.

La situación de depresión económica produce la destrucción de millones de empleos, siendo esta la base a través de la cual se estructura la fiscalidad de los Estados, mediante las cotizaciones e impuestos que se recaudan de la actividad económica. Solamente en Europa se destruyeron cerca de cuatro millones de empleos durante los años que duró la crisis¹⁹⁸. La desaparición de todos estos puestos de trabajo puso en riesgo la recaudación y el sostenimiento de las instituciones del Estado. Así, al reducir los ingresos y aumentar la necesidad de intervención estatal, aumentando el gasto público en cuestiones sociales, conlleva, en muchos casos, a la quiebra técnica del Estado, por la falta de recursos económicos. En consecuencia, los economistas y politólogos aconsejaron que la única manera de promover la recuperación económica era mediante el endeudamiento y la reducción del gasto público, tanto como fuere posible, llevando en algunos casos, a imponer políticas sociales austeras y de menor protección. En otras palabras, los Estados, en lugar de asumir la responsabilidad por no contar con los mecanismos suficientes para frenar el problema encuentran al culpable perfecto en los Estados de Bienestar, y frenan las políticas expansivas de gasto público, cuando los ciudadanos más lo necesitaban¹⁹⁹.

¹⁹⁷ Vide Eduardo BANDRÉS MOLINÉ, “El estado de Bienestar en España: entre los logros del pasado y la oportunidad de las reformas”, *Cuadernos Económicos: Escuela y despensa*, Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad de Zaragoza, (1998), p. 26: «la internalización de los movimientos de capital ha alcanzado tales dimensiones que cualquier crisis financiar regional termina transmitiéndose, a través de los mercados de capitales y de los intercambios exteriores, a las posibilidad de crecimiento y estabilidad de las demás economías», y añade, de manera consecuente que “la situación en Europa ha sido aún peor por el hecho de existir una moneda única (el euro), que ha dejado a los Estados sin posibilidad de devaluar la moneda, ni aplicar políticas monetarias y fiscales».

¹⁹⁸ Vide ERNST & YOUNG, “Empleos perdidos durante la crisis de 2008 en Europa”, *Die Welt*, (2015), Según el estudio de la consultora Ernst & Young (EY), en la Eurozona había a fecha de 2014, 3,8 millones de puestos de trabajo menos que en 2007.

¹⁹⁹ Vide Andrew SCHOTTER, *La economía del libre mercado. Una valoración crítica*, Traducción de Gonzalo HERNÁNDEZ ORTEGA, Ariel, Barcelona, 1987, p. 9: «El mundo parece dividirse entre quienes ven el mercado como el remedio de todos nuestros problemas y quienes lo responsabilizan de todos los males».

Esta fue la postura de la UE que, en contraposición a los programas sociales que pretendía llevar a cabo antes de la crisis, decide limitar la actuación de los países más perjudicados por la crisis como España, Grecia, Italia o Portugal²⁰⁰. Si bien, para estos países el pago de la deuda pública a los acreedores europeos se convierte en la prioridad absoluta, obligándoles a ajustar sus presupuestos con este objetivo. En consecuencia, se puede afirmar que las políticas sociales ejecutadas por la UE, en el momento de la historia reciente dónde más se han necesitado, han sido pocas e ineficientes. Y, de igual manera, esta postura ha sido acogida, sin mayores protestas por los Estados que, durante los años de recesión económica, han estado destinadas a eliminar los obstáculos que impedían la participación de los ciudadanos en el mercado de trabajo, y reestructurar el gasto público, en lugar de centrarse en gestionar políticas de protección social con mayor eficacia.

6.2. La perspectiva internacional.

La crisis ha afectado a todos los países globalizados en mayor o menor medida, acrecentando los problemas sociales y las situaciones de precariedad y marginalidad. Por ello, la ONU en la Agenda para el año 2030 ha incluido diecisiete objetivos de desarrollo sostenible²⁰¹, así como ciento setenta y nueve metas conexas. De esta forma, tanto los

²⁰⁰ Vide Ángel Manuel MORENO MOLINA, “La Administración local desde la perspectiva europea: autonomía y reformas locales”, *El Cronista del Estado social y Democrático de Derecho*, 27, (2012), p. 85.

²⁰¹ Vide ONU, “Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible”, de 25 de septiembre de 2015, Los diecisiete objetivos son los siguientes: «1) Erradicar la pobreza en todas sus formas en todo el mundo; 2) Poner fin al hambre, lograr la seguridad alimentaria y la mejora de la nutrición y promover la agricultura sostenible; 3) Garantizar una vida sana y promover el bienestar para todas las edades; 4) Garantizar una educación inclusiva, equitativa y de calidad y promover las oportunidades aprendizaje permanente para todos; 5) Lograr la igualdad de género y empoderar a todas las mujeres y las niñas; 6) Garantizar la disponibilidad y la gestión sostenible del agua y el saneamiento para todos; 7) Garantizar el acceso a una energía asequible, segura, sostenible y moderna para todos; 8) Promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos; 9) Construir infraestructuras resilientes, promover una industrialización inclusiva y sostenible y fomentar la innovación; 10) Reducir las desigualdades entre países, y dentro de ellos; 11) Lograr que las ciudades y los asentamientos humanos sean inclusivos, seguros, resilientes y sostenibles; 12) Garantizar las pautas de consumo y de producción sostenible; 13) Adoptar medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus efectos; 14) Conservar y utilizar en forma sostenible los océanos, los mares y los recursos marinos para el desarrollo sostenible; 15) Proteger, restablecer y promover el uso sostenible de los ecosistemas terrestres, gestionar los bosques de forma sostenible, luchar contra la desertificación, detener e invertir la degradación de las tierras y poner freno a la pérdida de la diversidad biológica; 16) Promover sociedad pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos y crear instituciones eficaces, responsables e inclusivas a todos los niveles; 17) Fortalecer los medios de ejecución y revitalizar la Alianza Mundial para el Desarrollo Sostenible».

países desarrollados, como aquellos que se encuentran en vías de su consecución²⁰², se han comprometido a compartir responsabilidades para un desarrollo sostenible²⁰³ en el ámbito económico, social y medioambiental²⁰⁴.

Dentro de la Agenda para el año 2030, encontramos cuatro metas directamente relacionadas con los objetivos que deben cumplir los Estados del Bienestar. El primero de ellos consiste en la “*erradicación de la pobreza en todas sus formas, y en todo el mundo*”. La primera de las consideraciones que llama la atención es el hecho de que se usen términos tan explícitos. “*Erradicar*” supone extirpar, aniquilar o eliminar para siempre la pobreza. Y no sólo esto, sino en todas sus formas posibles, y la que se experimenta en todo el mundo. El término pobreza engloba realidades ampliamente desiguales que se extienden sobre diversas magnitudes dependiendo del avance de las sociedades sobre las que hablemos.

El segundo de los objetivos consiste en “*garantizar una vida saludable y promover el bienestar para todos y en todas las edades*”. Al menos, en esta ocasión, en cuanto a los términos utilizados parece que es menos alentador en su consecución. No habla de garantizar el bienestar de todos los ciudadanos, sino de promoverlo. Aunque si se pretende garantizar una vida saludable para todos los seres humanos. El bienestar²⁰⁵ es un término tan amplio y que difiere tanto de unas sociedades a otras que, pretender que todos alcance esa sensación de compromiso que les permita la satisfacción del medio que

²⁰² Vide Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, El potencial de la salud electrónica en Iberoamérica”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 271, (2018), pp. 850 y ss.

²⁰³ Vide Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “El sueño de “hacer las Américas” y “hacer las Españas”: un viaje de ida y vuelta que ha propiciado el legado de una natural afinidad cultural y académica, y la existencia de una profunda relación fraternal”, en Jorge FERNÁNDEZ RUÍZ y Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, *Homenaje de AIDA al profesor D. Jesús González Pérez*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 78: «*El desarrollo sostenible es un concepto configurado hacia el fin del S. XX. Es una alternativa de reestructuración del concepto de desarrollo y procura la reconciliación entre el crecimiento económico, los recursos naturales y la sociedad. Es necesario no comprometer a largo plazo la vida en el planeta, ni la calidad de vida de todos los seres humanos (...)*».

²⁰⁴ Vide ONU, “Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible”, de 25 de septiembre de 2015, Preámbulo, «*De esta manera, establecieron su firme compromiso «a poner fin a la pobreza y el hambre en todo el mundo de aquí a 2030, a combatir las desigualdades dentro de los países y entre ellos, a construir sociedades pacíficas, justas e inclusivas, a proteger los derechos humanos, y promover la igualdad entre los géneros y el empoderamiento de las mujeres y niñas, y a garantizar una protección duradera del planeta y sus recursos naturales, y a crear las condiciones necesarios para un crecimiento económico sostenible, inclusivo y sostenido, una prosperidad compartida y el trabajo decente para todos*».

²⁰⁵ Vide Carlos BERZOSA ALONSO-MARTÍNEZ, “El bienestar en la economía mundial”, en Emilio FONTELA MONTES y Joaquín GUZMÁN CUEVA, *Economía ética y bienestar social*, Pirámide, Madrid, 2003, pp. 125: «*se identifica el bienestar de una colectividad dependiendo del grado de desarrollo que ostenta un país en un momento circunstancial*».

les rodea, es inviable. Por otro lado, el hecho de que, entre los objetivos, se fije asegurar un nivel de vida saludable, cuando la mayoría de los Estados no tienen recogido el derecho a la salud como derecho fundamental se convierte en un absurdo.

En tercer lugar, “*promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos*”. Este objetivo tiene sentido, más aún dentro de la sociedad global en la que vivimos, puesto que la consecución de un crecimiento económico que permita el desarrollo de las próximas generaciones, así como de unas condiciones de trabajo dignas para todos, es indispensable en la sociedad del futuro que queremos. Y, en cuarto lugar, “*garantizar una educación de calidad inclusiva y equitativa, y promover las oportunidades de aprendizaje permanente para todos*”. La educación se convierte de este modo en el eje transversal a través del cual articular un régimen de igualdad y evolución entre los ciudadanos.

El lenguaje y los términos que se utilizan para fijar los objetivos hacen pensar que es posible su consecución. Pretende exhibir una realidad que no es una utopía, sino que está al alcance de la voluntad de los gobiernos acabar con las desigualdades y la pobreza extrema en el mundo²⁰⁶. El problema es que la Agenda 2030 omite términos concretos acerca de la aportación de recursos financieros o planes de financiación sobre los que puedan comprometerse los Estados y, de igual manera, tampoco se establecen mecanismos específicos de evaluación y medición de los progresos experimentados²⁰⁷.

No obstante, pese a los problemas señalados no se pueden desmerecer los resultados conseguidos hasta el momento. Entre otros destaca la disminución de la pobreza extrema en el mundo a alrededor del 11%, el aumento generalizado de la calidad de vida de la población mundial, la disminución de la mortalidad en niños menores de 5 años hasta en casi un 50% el aumento de la esperanza de vida en todo y la lucha sostenida contra determinadas enfermedades infecciosas²⁰⁸.

²⁰⁶ Vide Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “El sueño de “hacer las Américas” y “hacer las Españas”: un viaje de ida y vuelta que ha propiciado el legado de una natural afinidad cultural y académica, y la existencia de una profunda relación fraternal”, en Jorge FERNÁNDEZ RUÍZ y Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, *Homenaje de AIDA al profesor D. Jesús González Pérez*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 79.

²⁰⁷ Vide Jaime ATIENZA AZCONA, “Los ODS y la Agenda de la desigualdad extrema”, en FUNDACIÓN SEMINARIO DE INVESTIGACIÓN PARA LA PAZ, *El mundo que queremos. La Agenda 2030*, Mira Editores, Zaragoza, 2016, p. 420.

²⁰⁸ Vide ONU, “*Informe de los Objetivos de Desarrollo Sostenible 2018*”, Nueva York, 2018, pp. 6 y ss.

Las TICs están jugando un papel trascendental en el alcance de estos objetivos, y en gran medida, la consecución en un futuro próximo de los mismos pasa por una mayor implantación y desarrollo de las nuevas tecnologías. La evolución de las comunidades inteligentes, la reducción de las desigualdades sociales, así como la realización de un trabajo en condiciones de dignidad estarán promovidos por la inteligencia artificial y la robótica. Así, la revolución que las nuevas tecnologías están suponiendo en nuestra sociedad podrá marcar el antes y el después en la disminución de las desigualdades sociales. Por ejemplo, un hecho hasta el momento impensable era el uso de la tecnología móvil para combatir el hambre, conectando de manera inmediata los excedentes alimentarios con las ONG o comunidades que se encargan de combatir el hambre. Dentro de estos proyectos destaca especialmente el “No Food Waste” en la India o “Food Cloud” en Reino Unido²⁰⁹. Las TICs están cambiando el mundo, sólo hace falta usarlas de la forma correcta para transformar en la sociedad que anhelamos.

6.3. Las políticas comunitarias en materia de protección social.

Pese a lo manifestado con anterioridad, la UE se ve obligada a lidiar con las consecuencias de la crisis económica el año 2008 y, para ello, reestructura su plan de actuación alrededor de dos objetivos prioritarios: crear mayores oportunidades de puestos de trabajo y facilitar la movilidad laboral; y apostar por la solidaridad entre regiones y generaciones. A través de esta nueva reconfiguración la Unión instaura como elementos para la consecución de estos fines el diálogo social, la coordinación de políticas a través de los distintos textos legislativos, los instrumentos financieros y la participación de la sociedad civil²¹⁰. Dentro de los instrumentos financieros hay que destacar el Fondo Social Europeo²¹¹, el Programa Comunitario para el Empleo y la Solidaridad²¹², el Fondo

²⁰⁹ Vide Lucy SPENCER, “Comida para todos: como la tecnología móvil puede ayudar a combatir el hambre”, *ITU Newmagazing: Cómo las TIC están acelerando la consecución de los ODS*, 3, (2017), pp. 8 y ss.

²¹⁰ Vide Rosario PEDROSA SANZ, “El desarrollo histórico de la Política Social de la Unión Europea y su estado actual”, *Estudios de Economía aplicada*, 27, 3, (2009), pp. 629-630.

²¹¹ Vide PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, Reglamento (CE) nº1081/2006, de 5 de julio, del Parlamento Europeo y del Consejo, Estrasburgo.

²¹² Vide PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, Decisión 1672/2006/CE, 24 de octubre, del Parlamento Europeo y del Consejo, Estrasburgo.

Europeo de Adaptación a la Globalización²¹³ y el Fondo Europeo para la Integración de los Nacionales de Terceros países²¹⁴, integrado dentro del Programa General de Solidaridad y Gestión de los Flujos Migratorios.

En plena crisis económica, la Comisión ideó la “*Estrategia de Europa para el año 2020*”. Un programa que condiciona la trayectoria de desarrollo de los ámbitos económicos, institucional y normativo. El plan es promover un crecimiento de Europa basados en tres características principales: inteligente, en relación con la economía del conocimiento y la innovación; sostenible, es decir, haciendo un uso más eficiente de los recursos; e integrado de la sociedad europea, promoviendo la cohesión social y territorial²¹⁵. La base de este crecimiento se estructura en la consecución de objetivos concretos.

En primer lugar, en “*conseguir una tasa de empleo del 75% de la población de entre 20 y 64 años*”. Para la consecución de ese alto porcentaje de empleabilidad, la Unión debe incrementar la participación de las personas jóvenes y aquellas cercanas a la edad de jubilación en el mercado laboral, al igual que ocurre con los trabajadores sin una alta cualificación, y los inmigrantes²¹⁶.

En segundo lugar, “*invertir en investigación y desarrollo un porcentaje del 3% del PIB*”. Para la consecución de este objetivo la Comisión ha presentado el Programa I+D+I, Horizonte 2020, dotado con 80.000 millones de euros. Este programa proporcionará financiación para todas las etapas del proceso de innovación, desde la investigación básica hasta su inserción en el mercado. Además, estas medidas se complementarán con nuevas iniciativas que conformen el Espacio Europeo de Investigación para crear un mercado único del conocimiento, la investigación y la innovación²¹⁷.

²¹³ Vide PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, Reglamento (CE) N°192/2006, 20 de diciembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, Estrasburgo.

²¹⁴ Vide PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, Reglamento (CE) N°546/2009, 18 de junio, del Parlamento Europeo y del Consejo, Estrasburgo.

²¹⁵ Vide COMISIÓN EUROPEA, “*Europa 2020: Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrado*”, Bruselas, 2010, p. 10.

²¹⁶ Vide José Manuel FRESNO y Andreas TSLAKIS, “Inclusión, Estrategia Europa 2020 y programa nacional de reformas”, *Humanismo y trabajo social*, 9, (2010), p. 57.

²¹⁷ Vide Mercedes CARIDAD SEBASTIÁN, y otras, “La estrategia Europa 2020 y la Sociedad de la información como instrumentos de cohesión e integración en época de crisis. ¿Utopía o realidad?”, *Investigación bibliotecológica*, 28, 64, (2014) p. 110.

En tercer lugar, en el ámbito educativo, se fija como objetivo “*reducir al 10% la tasa de abandono escolar y aumentar al 40% la población entre 20 y 34 años con estudios superiores*”. Apostar por la educación y, sobre todo, por una educación superior, marcará la diferencia de una sociedad plenamente desarrollada y en consonancia con el nuevo mercado que se abra como consecuencia de la irrupción de las TICs y la inteligencia artificial.

En cuarto lugar, “*reducir a 20 millones la población europea en riesgo de pobreza o exclusión social*”. La Unión Europea se ha marcado un objetivo claro, una cifra por conseguir. Para alcanzar esta meta se ha configurado la Plataforma Europea contra la Pobreza y la Exclusión Social que, pese a las buenas intenciones, no tiene un respaldo financiero firme, a través del cual se materialicen las políticas activas de inclusión²¹⁸.

Y, en quinto lugar, “*reducir las emisiones de gases de efecto invernadero un 20%, incrementando en el mismo porcentaje la eficacia energética y la promoción de energías renovables en el consumo final de la energía*”. Este es un problema en su base relacionado con la protección y conservación del medio ambiente, pero que puede revolucionar el mercado, tras la obligación de producción a través de sectores diferentes sectores de energía, abriendo así un nuevo ámbito de negocio.

El problema de estos objetivos es que los plazos que se establecieron se han agotado. Y, ahora más que nunca, debido a la crisis del Covid-19, los objetivos de Europa para 2020 están lejos de cumplirse en su totalidad, lo que preocupa dentro del entorno europeo, e incluso incita a cuestionar la eficacia y la voluntad de Europa por conseguirlos.

El escenario sobre el futuro de la Unión Europea es relativamente incierto, y así lo manifiesta el Libro Blanco sobre el futuro de Europa²¹⁹, puesto que, el papel comunitario se ha visto fuertemente debilitado, aún más si cabe con el Brexit²²⁰. No

²¹⁸ Vide Olga GARCÍA LUQUE y otras, “Objetivo Europa 2020: La reducción de la pobreza y la exclusión social en España”, *Papers*, 101, 4, (2016), p. 507.

²¹⁹ Vide COMISIÓN EUROPEA, *Libro Blanco sobre el futuro de Europa: reflexiones y escenarios para la Europa de los veintisiete*, Bruselas, 2017, p. 26: «El presente Libro Blanco debe marcar el comienzo de un debate franco y amplio con los ciudadanos sobre cómo debería evolucionar Europa en los próximos años. Hay que escuchar a todos. La Comisión Europea, junto con el Parlamento Europeo y los Estados miembros interesados, organizará una serie de “Debates sobre el futuro de Europa” en los parlamentos nacionales, las ciudades y las regiones de Europa. Las ideas y la determinación de los cientos de millones de europeos serán el catalizador de nuestro progreso».

²²⁰ Vide Patrizia MAGARÒ, “Only devolution can save the Union: unità e separatismo nel Regno Unito all’indomani del referendum sull’indipendenza scozzese”, in P. VIPIANA (a cura di), *Tendenze centripete e centrifughe negli ordinamenti statali dell’Europa in crisi*, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 45 y ss.

obstante, ahora es más necesario que nunca proyectar una política conciliadora que haga creer a la sociedad en la necesidad de la Unión para combatir las desigualdades que genera la globalización y los retos inmediatos, como la inteligencia artificial y las nuevas tecnologías, que vamos a tener que afrontar.

Sin embargo, el futuro de la UE tiene dos direcciones contrapuestas de evolución: bien, apostar por una mayor unificación, aunando los objetivos sociales y los esfuerzos por conseguirlos²²¹, conformando los Estados Unidos de Europa²²²; o bien, la reversión de las competencias cedidas y el retorno a las políticas unilaterales de los Estados. Pese a lo que me gustaría defender, la situación que padece ahora mismo la Unión Europea evidencia la tendencia hacia la disgregación y el estancamiento en la cesión de competencias y en el desarrollo de políticas sociales comunes.

6.4. El futuro de los Estados de Bienestar Europeos.

Los Estados de Bienestar nacen como consecuencia del “contrato social” que se instaura en la sociedad tras la imposición del sistema capitalista y de economía liberal. La finalidad que pretende acometer, en origen, es paliar los efectos adversos que se producen sobre los más desfavorecidos, o con menores recursos, pero, en la actualidad, su ámbito de actuación ha aumentado para intentar dar cobertura a todos los individuos que en él convergen. De esta forma, las primeras políticas de cobertura social que se desarrollaban han quedado ampliamente sobrepasadas, puesto que, la participación de las clases medias-altas dentro sistema hace que se promueva un Estado de Bienestar que tiende a la universalidad y no a la protección de unos pocos. Por ello, los problemas que los Estados del Bienestar presentan están relacionados con la insuficiencia financiera y la incapacidad para gestionar las distintas prestaciones que se implementan²²³.

²²¹ Vide Francisco GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho Administrativo español*, Eunsa, Pamplona, 1995, p. 838: «No hay forma de entender Europa sino se toma conciencia de que estamos, no sólo ante una organización política in fieri, o ante un proceso de integración todavía no terminado, sino ante un ordenamiento jurídico complejo, un suprasistema, en el que se integran como elementos o subsistemas los diversos ordenamientos de los Estados miembros».

²²² *Ibidem* p. 869.

²²³ Vide Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, “Derecho Público tras la crisis económica en el Estado social y democrático: Estado de bienestar y servicios de interés general”, ASOCIACIÓN DE LETRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Crisis y constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, p. 84.

El incremento del gasto público en determinados sectores, como salud o pensiones, preocupa demasiado, y por razones obvias, a los distintos Estados. La tendencia hacia una cobertura universal de las necesidades sociales está obligando al sistema a incrementar las prestaciones que debe proveer a la población. El problema es que todos quieren recibir en la misma proporción que aportan al sistema, demandando servicios de mayor calidad y que implican derechos más amplios y concretos. De forma que, introducir valores de comprobación de la calidad, eficacia y eficiencia del sistema, es una de las herramientas que debemos utilizar para perfeccionar el Estado de Bienestar.

De este modo, la evolución positiva del sistema de protección actual, estableciendo un modelo que se adapte a la nueva realidad social que se está implantando, estará relacionado sobre aquellos que hagamos partícipes del sistema. En consecuencia, la ampliación, o tendencia a la cobertura global, de todos los estratos sociales permitirá aumentar, tanto la calidad como la cantidad de las prestaciones, pues así lo exigirán al Estado.

La crisis del año 2008 ha marcado un antes y un después en los Estados de Bienestar, pero éstos llevan desde su constitución reformándose para adaptarse a la sociedad con la que conviven. La supervivencia de los Estados del Bienestar se basa en la reforma continúa de sus bases estructurales para hacerlas sólidas y firmes frente a las adversidades que se presente. Sin embargo, desde el inicio de los Estados de Bienestar se ha intentado buscar un modelo ideal de protección social que acabe con el cuestionamiento constante de si éste es o no imprescindible para el desarrollo de la sociedad: un modelo estático que aglutine a todos los estratos sociales y que no necesite de constantes modificaciones. Quizá, el problema es que no existe un sistema perfecto que subsista ante las inclemencias del paso del tiempo o, simplemente, que las reformas efectuadas hasta el momento han sido meros parches para tapar las grietas de un sistema que necesita una reconfiguración de sus bases.

La reconstrucción de los Estados de Bienestar debe tener como base la sociedad que las nuevas tecnologías están configurando. La revolución del mercado de trabajo que es la base estructural de todos los sistemas fiscales no puede pasar inadvertida para los distintos Estados. En mi opinión, Europa, asumiendo el papel de líder que le corresponde, debe guiar a los distintos Estados para la consecución de ese bienestar y protección esperados en el nuevo marco social que se está instaurando. Pero claro, el camino hasta la consecución no será fácil, y en medio de la andadura, ya acecha el inicio de una nueva

crisis económica, sin habernos si quiera repuesto de la debacle experimentada en estos últimos años. ¿Están los Estados del Bienestar preparados para sobrevivir a este nuevo ataque a sus instituciones?

III. Análisis del origen y evolución del Estado de Bienestar en España.

1. Las medidas de protección social durante el S. XIX.

1.1. Las políticas liberales y el contexto social que llevaron a la promulgación de la Constitución de Cádiz en 1812.

El modelo de Estado existente en España, al iniciar el S. XIX, corresponde a la estructura clásica de monarquía absoluta, donde un monarca y los poderes estamentales (nobleza e iglesia) se encargan de gestionar el poder²²⁴. Así, a diferencia de lo que ocurre en el resto de Europa, donde la burguesía, de manera paulatina, estaba adquiriendo mayor fuerza y representación en la sociedad, en España este movimiento sólo era representativo en ciudades comerciales como Cádiz o Barcelona²²⁵. No obstante, España vivió de cerca los movimientos sociales y reivindicativos de derechos que estaban sacudiendo las bases de la sociedad en Europa, con la implantación de las políticas económicas liberales.

Tras el estallido de la revolución francesa, y los ecos que ésta supuso en la sociedad española, se trasladó un entusiasmo generalizado de conquista de derechos frente al Estado. Carlos IV, apoyado en la nobleza y el clero, intentó frenar el crecimiento de estos movimientos revolucionarios a través de medidas de prohibición (como por ejemplo leer la obra de Cervantes, Rousseau o Montesquieu), pero también de premio, a través de las prácticas del regalismo. Sin embargo, faltó una auténtica reforma económica que permitiera un despliegue similar al que se estaba desarrollando en el resto de Europa de protección a los más desamparados²²⁶.

²²⁴ Vide Miguel ARTOLA GALLEGO y Manuel PÉREZ LEDESMA, *Contemporánea: la historia desde 1776*, Alianza Editorial, Madrid, 2005, p. 23.

²²⁵ Vide Jordi SOLÉ TURA y Eliseo AJA FERNÁNDEZ, *Constituciones y periodos constituyentes en España (1808-1936)*, S.XXI Editores, Madrid, 1985, pp. 7-8.

²²⁶ *Ibidem* p. 9.

El carácter inmovilista que mostró la monarquía española le llevó a sufrir las contradicciones de una estructura política desfasada ante las nuevas necesidades sociales. De forma que, durante el S. XIX en España predominaba el Estado asistencial residual que, a través del sistema de beneficencia pública²²⁷, atendía, única y exclusivamente, a indigentes. La beneficencia pública era suministrada por instituciones locales que, a penas sin recursos, afrontaban la gestión de estas prestaciones, más como una salvaguarda de la conservación del orden público, que como auténtico derecho de protección social. Los destinatarios de estas ayudas debían demostrar que carecían de recursos ya fuere por: la inexistencia de los mismos; porque los medios a su disposición eran insuficientes para mantener un nivel de vida adecuado²²⁸; o bien por ser una persona incapaz de proveerse por sí misma de los recursos necesarios para el desarrollo de la vida²²⁹.

Por tanto, el Estado únicamente había adquirido competencias en la gestión de los problemas sociales sobre los más necesitados, pobres, indigentes, o incapaces, obviando las necesidades del proletariado. El Estado español dejaba la protección y cobertura de los mismos en los seguros sociales gestionados por las mutuas obreras, el ahorro privado y la caridad²³⁰. Si bien, el tratamiento de la cuestión social no ayudó a mejorar la situación de conflictividad en España, e incluso coadyuvará a que se produzca la Guerra de la Independencia en 1808.

Sin embargo, los ciudadanos tardaron poco en mostrar su rechazo a las instituciones francesas: el pueblo se alzó frente al Gobierno, organizándose a través de las Juntas Supremas Provinciales, una institución de carácter popular y alternativo al gobierno francés. Al inicio de la contienda éstas solamente tenían representación provincial, pero la constitución de una Junta Central²³¹ que, asumió la soberanía nacional,

²²⁷ Vide Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, *La organización nacional de ciegos españoles*, Fundación ONCE, Madrid, 2006, pp. 75-76, define la beneficencia como «el conjunto de prestaciones que, reconociendo normalmente como causa que la justifica una contraprestación compensadora, son dispensadas, no obstante, por un motivo de necesidad de la realización efectiva de esa contraprestación».

²²⁸ Vide Amartya SEN, *Desarrollo y Libertad*, Editorial Planeta, España, 2000, p. 37, la autora premio nobel de economía define la pobreza como «la privación de capacidades básica y no sólo de una renta baja».

²²⁹ Vide Francisco COMÍN, “Las formas históricas del Estado de Bienestar: el caso español”, en Berta ÁLVAREZ MIRANDA y otras, *Dilemas del Estado de Bienestar*, Fundación Argenteria, Madrid, 1996, p. 36.

²³⁰ Vide Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, *La organización nacional de ciegos españoles*, Fundación ONCE, Madrid, 2006, pp. 77-78, la caridad se define como «la compasión Cristina que acude al menesteroso por amor de Dios y al prójimo».

²³¹ Vide Ángeles LARIO GONZÁLEZ, “España en el contexto revolucionario”, *Historia contemporánea universal: del surgimiento del Estado contemporáneo a la Primera Guerra Mundial*, Alianza, Madrid,

permitió la organización y convocatoria de unas Cortes en Cádiz para elegir representación gubernamental. En este proceso participaron representantes de todas las provincias tanto peninsulares como coloniales, y se eligieron a los representantes mediante sufragio universal²³². El resultado fue la aprobación de la Constitución de Cádiz en 1812²³³. Este texto, no sólo representa una auténtica revolución en lo que a derechos sociales se refiere, sino que marcará los objetivos a conseguir en los años venideros. Esta es la primera Constitución en la cual se reconocen tanto derechos individuales como sociales, hasta el punto de que las expectativas de la época se ven ampliamente satisfechas²³⁴.

La Constitución de 1812 representaba la unificación entre la tradición española y los movimientos que se promulgaban en la Revolución Francesa. Por ello, se instaura una monarquía²³⁵, pero también incorporaba los principios democráticos promovidos en Francia, como la soberanía nacional²³⁶ y la separación de poderes²³⁷. La Constitución no incorporó una tabla de derechos, pero sí que hacía valer en su regulación un cambio de valores sociales. Por ejemplo, en su regulación promovía un sistema de asistencia social basado en la extensión de los programas de educación y salud, ya existentes, a implantar principalmente por los entes locales²³⁸. También, se amplía la preocupación por dar cobertura a instituciones como la beneficencia, hospicios y otros centros benéficos²³⁹. La

2014, p. 116: «Se organizaron trece Juntas Supremas Provinciales, más los dos Capitanes Generales, Palafox y Cuestas, que fueron surgiendo en cascada y tomando contacto unas con otras siguiendo la cercanía geográfica; en cuatro meses se consiguió una organización central, formándose el 25 de septiembre de 1808 en Aranjuez la Junta Suprema Central Gubernativa del Reino».

²³² Vide Miguel ARTOLA GALLEGO y Manuel PÉREZ LEDESMA, *Contemporánea: la historia desde 1776*, Alianza Editorial, Madrid, 2005, p. 47.

²³³ Vide CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, 19 de marzo de 1812.

²³⁴ Vide Jordi SOLÉ TURA y Eliseo AJA FERNÁNDEZ, *Constituciones y periodos constituyentes en España (1808-1936)*, S.XXI Editores, Madrid, 1985, p. 12.

²³⁵ Vide CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, de 19 de marzo de 1812, artículo 14: «El Gobierno de la Nación española es una Monarquía moderada hereditaria».

²³⁶ *Ibidem* Artículo 3: «La soberanía reside esencialmente en la Nación, y por lo mismo pertenece a ésta exclusivamente el derecho de establecer sus leyes fundamentales».

²³⁷ *Ibidem* Artículo 15: «La potestad de hacer las leyes reside en las Cortes con el Rey»; Artículo 16: «La potestad de hacer ejecutar las leyes reside en el Rey»; Artículo 17: «La potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales reside en los Tribunales establecidos por la ley».

²³⁸ *Ibidem* Artículo 321: «Estará a cargo de los Ayuntamientos: Primero. La policía de salubridad y comodidad; y Quinto. Cuidar de todas las escuelas de primeras letras y de los demás establecimientos de educación que se paguen de los fondos del común».

²³⁹ Vide Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, *La organización nacional de ciegos*, Fundación ONCE, Madrid, 2006, p. 80, define los hospicios como «la casa destinada albergar y recibir peregrinos pobres»; y las casas de misericordia como «aquellas destinadas para morada o asilo de alguna clase pobre que, por su

norma también proyectaba un cuidado especial en la protección de los presos en los centros penitenciarios y el tratamiento de enfermos mentales²⁴⁰.

Además, de que va a ser el primer texto normativo en recoger una figura semejante al Estado de Bienestar actual, así el artículo 13 de la misma dispone:

«El objeto del Gobierno es la felicidad de la Nación, puesto que, el fin de toda sociedad política no es otro que el bienestar de los individuos que lo componen».

Por primera vez en nuestra historia, se utiliza el término “bienestar” como una de las finalidades que el Estado debe promover. La expresión de “bienestar” es utilizado como símil a la felicidad, o estado de bonanza del que deben disfrutar los ciudadanos, y que se identifica con los intereses propios de esta época. De este modo, el “bienestar” se representa a través de los objetivos propios de este contexto como son la consecución de la libertad y la igualdad. Además, la materialización de este propósito llevaba aparejado, indirectamente, una asunción de responsabilidad por parte del Estado que debía encargarse de proveer y garantizar las mismas²⁴¹.

En materia de servicios asistenciales, la Constitución de 1812 convierte la asistencia social o beneficencia en una responsabilidad de los poderes públicos, asumiendo su gestión en sustitución de la iglesia y otras instituciones. Inmediatamente después, el Decreto CCXXIX de 23 de junio de 1813 sobre la Instrucción para el gobierno económico político de las provincias, artículo 7, precisará las obligaciones de los Ayuntamientos en lo que concierne a lo previsto en el artículo 321 de la Constitución:

corta o crecida edad, o por cualquier otra circunstancia están inválidos o convengan a la causa pública y particular vivan reunidos por algún tiempo».

²⁴⁰ Vide Luis MORENO FERNÁNDEZ y Sebastià SARASA URDIOLA, “Génesis y desarrollo del Estado de Bienestar en España”, *Instituto de Estudios Sociales Avanzados*, 13, 2, (1992), pp. 1-3.

²⁴¹ Vide Santiago MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, I, Iustel, Madrid, 2011, p. 44: *«El bienestar puede obtenerse con muchas clases de acciones política, pero es una insisten todas las instrucciones manifiesto y exposiciones de motivos de las normas: la realización de obras públicas de grandes pretensiones. No es nueva, desde luego, en relación con las preocupaciones del anterior período ilustrado (...). Pero, en el S. XIX aparece la novísima política de ferrocarriles, se reactiva la construcción de carreteras (...), se reparan o construyen más de treinta puertos y se inicia la importante realización de redes de abastecimiento a poblaciones»*

«cuidará el Ayuntamiento de los hospitales y casas de expósitos o de beneficencia, que se mantengan de los fondos del común del pueblo, bajo las reglas que para ello estuvieron dadas o se dieran por el Gobierno».

Mientras que, por otro lado, las Diputaciones asumían la responsabilidad de vigilar las correctas actuaciones de los Ayuntamientos. De este modo, comienzan a sentarse las bases para resolver la cuestión de emergencia social en la que se encontraban algunos sectores de la población, ante la indisponibilidad de recursos, para promover su integración social.

Y, en materia sanitaria, el Decreto CCXXIX de 23 de junio de 1813 desarrolla las competencias recogidas en el artículo 321 de la Constitución, en cuyo artículo primero establece:

«Estando a cargo de los Ayuntamientos de los pueblos la policía de salubridad y comodidad, deberán cuidar de la limpieza de las calles, mercados, plazas públicas y la de hospitales, cárceles y casas de caridad o beneficencia; velar sobre la calidad de los alimentos de toda clase; cuidar de que en cada pueblo haya un cementerio convenientemente situado; cuidar asimismo de la desecación o bien de dar curso a las aguas estancadas o insalubres, y, por último, de remover todo lo que en el pueblo o en los términos pueda alterar la salud pública o de los ganados».

De este modo, se reconoce a los Ayuntamientos las competencias de lo que, en ese momento, se conocía como sanidad pública, de conformidad con las actividades que se venían desarrollando durante el Antiguo Régimen. Además, la Instrucción mantiene las Juntas de Sanidad, cuya principal finalidad era la acción contras las enfermedades colectivas. En consecuencia, si se desataba una epidemia el Ayuntamiento debía dar cuentas al Jefe político correspondiente para que tomar las medidas organizativas oportunas, así como también disponer sobre la dispensa y el suministro de medicamentos²⁴².

²⁴² Vide Decreto CCXXIX de 23 de junio de 1813 sobre la Instrucción para el gobierno económico político de las provincias, artículo 11.

Por lo que se refiere a la enseñanza, ésta comienza a transformarse en un servicio público, de manera que, paulatinamente las Administraciones Públicas comienzan a asumir las funciones ejercidas por la Iglesia durante el todo el Antiguo Régimen. Su regulación se encuentra recogida en la Constitución gaditana en los artículos 366 y siguientes. Si bien, inmediatamente después el Decreto CCXXIX de 23 de junio de 1813 aprobó que el servicio público de instrucción primaria estará a cargo de los Ayuntamientos. Además, serán las Diputaciones las encargadas de velar por el cumplimiento de las obligaciones establecidas para los Ayuntamientos²⁴³. Al unísono se encargó un informe a la Junta de Instrucción Pública sobre los problemas existentes y las reformas necesarias en el ámbito de la educación. Manuel José de Quintana fue el autor del famoso informe para proponer los medios de proceder al arreglo de las diversas ramas de instrucción pública que se presentó el 9 de septiembre de 1814. Este informe defiende que la reestructuración del sistema educativo debía basarse en la igualdad²⁴⁴, universalidad, uniformidad, libertad, en la publicación de la actividad, y gratuidad²⁴⁵.

De este modo, y en pleno conflicto bélico, el mecanismo de corrección social que se prevé por parte de las instituciones es el plan de Beneficencia de 1816. Este plan estaba enfocado a aspectos diversos, pero orientados a la consecución de figuras concretas, como fue la escuela de primeras letras y la hospitalidad domiciliaria. El problema es que su puesta en práctica estaba limitada a la capital del reino, dejando desatendido al resto de la población, en iguales o peores situaciones de necesidad. Además, los hospitales y hospicios continuaron funcionando de forma precaria. En Madrid, solamente se encontraban como hospitales públicos: el Hospital General para hombres; el de la Pasión para mujeres; el Hospicio que recogía a los pobres a partir de siete años; y la Inclusa y Colegio de Paz para atender a los recién nacidos. En su época estos eran altamente impopulares, puesto que estaban caracterizados por la suciedad, el desorden y la mala atención²⁴⁶.

²⁴³ *Vide* Decreto CCXXIX de 23 de junio de 1813 sobre la Instrucción para el gobierno económico político de las provincias, artículo 12.

²⁴⁴ No obstante, en esta época no existe la posibilidad de igualdad entre hombres y mujeres y se realizan claras diferencias entre ambos regímenes. Así, por ejemplo, se reconoce que: «*al contrario de la instrucción de los hombres que conviene que sea pública, la de las mujeres debe ser privada y doméstica*».

²⁴⁵ *Vide* Santiago MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, I, Iustel, Madrid, 2011, p. 198.

²⁴⁶ *Vide* Florentina VIDAL GALACHE, “El impacto de la Ley General de Beneficencia de 1822 en Madrid”, *Revista de la Facultad de Geografía e Historia*, 1, (1987), pp. 45-47.

1.2. Del Trienio Liberal a la Década Ominosa (1820-1833).

La Constitución de 1812 es anulada en cuanto Fernando VII sube al poder, quién incluso pretende borrarla de la memoria colectiva:

«(...) aquellas Constitución y tales decretos, nulos y de ningún valor ni efecto, ahora ni en tiempo alguno, como si no hubiesen pasado jamás tales actos, y se quitasen del medio del tiempo»²⁴⁷.

Durante esta época, la convergencia de las políticas liberales y la imposición del pensamiento absolutista terminan provocando una crisis de subsistencia y el empobrecimiento generalizado de la sociedad. Asimismo, en esta época retornan las políticas restrictivas de posibilidad de corporación o federación. De manera que, se proscriben las asociaciones, considerándose ilícita cualquier posibilidad de asociación. El texto fundamental será la ley de 27 de septiembre de 1820, cuyo primer artículo suprime los mayorazgos, fidecomisos, patronatos y cualesquiera otra clase de vinculaciones²⁴⁸.

No obstante, durante esta época se llevan a cabo dos importantes proyectos en materia de protección social. En primer lugar, se inicia un proyecto de ley para crear el primer código sanitario, en sentido estricto, en España. Sin embargo, la inestabilidad del trienio liberal y la recuperación del poder de Fernando VII imposibilitaron su desarrollo. No obstante, el proyecto fracasó porque se limitó a realizar una recopilación y regulación de las técnicas sanitarias al uso, y la tendencia hacia la centralización de la gestión sanitaria mediante la creación de la Dirección General de la Sanidad. Sin embargo, el rechazo al proyecto no supuso un impedimento para crear una Administración sanitaria especializada²⁴⁹.

Y, en segundo lugar, para intentar paliar la situación de pobreza, en 1820 se establecieron las Juntas Provinciales, dependientes del Ministerio de la Gobernación, para administrar la asistencia benéfica. Con posterioridad, para regular la actividad que venía desarrollando esta institución supuso la promulgación de la Ley de Beneficencia de

²⁴⁷ Vide Ramón SAINZ DE VARANDA, *Colección de leyes fundamentales*, Acribia, Zaragoza, 1957, p. 123.

²⁴⁸ Vide Santiago MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, I, Iustel, Madrid, 2011, p. 159.

²⁴⁹ *Ibidem* p. 186.

1822²⁵⁰. A través de este texto normativo se transfieren las competencias sobre asistencia social a los Ayuntamientos, lo que va a configurar un nuevo régimen en el tratamiento del pauperismo. Y, será la Instrucción para el gobierno económico político de las provincias de 3 de febrero de 1823, la encargada de complementar esta regulación, concretando las competencias de Ayuntamientos y Diputaciones.

La Ley distingue previamente los establecimientos que iban a ser objeto de regulación, como maternidades, asilos, hospitales, o el socorro domiciliario. Además, de regular la creación de órganos municipales y provinciales para ejecutar una administración centralizada de los mismos, y cuya financiación estaba prevista en los presupuestos estatales. Las medidas principalmente acordadas eran: la centralización de los hospitales; la creación de un sistema de recogida de limosnas en las diputaciones y juntas parroquiales; la creación de los socorros y beneficencia domiciliaria; y la puesta en marcha de reparto de panes por los Ayuntamientos. Las Diputaciones adquieren una mayor relevancia en la gestión de la asistencia social, puesto que se les encomienda la inspección de las cuentas presentadas por los Ayuntamientos, antes de que éstas pasen al gobierno, así como también, se les otorga la capacidad de proponer planes de beneficencia en sus provincias²⁵¹.

En consecuencia, desde la promulgación de esta ley, la actividad prestacional del Estado sobre la cuestión social cambia por dos cuestiones radicales. En primer lugar, por primera vez la gestión de estos servicios es competencias de las Administraciones Públicas. Si bien, el proceso de traslado de la totalidad de los bienes disponibles será paulatino, primero se adquieren todos los inmuebles de beneficencia, dividiéndose entre municipales o generales, y después se producirá la conversión de los establecimientos privados a públicos. Y, en segundo lugar, los municipios adquirirán un papel protagonista en la prestación de los servicios de beneficencia. El municipio se convierte así, en la estructura elemental de participación y asistencia ciudadana²⁵².

Sin embargo, la relevancia jurídica que habría podido adquirir esta norma se vio mermada por la permisividad del propio texto a la continuidad de asociaciones caritativas

²⁵⁰ Vide Ley General de Beneficencia, *Gaceta de Madrid*, 25 de julio de 1822.

²⁵¹ Vide Francisco COMÍN COMÍN, “Las formas históricas del Estado de Bienestar: el caso español, en Berta ÁLVAREZ MIRANDA y otros, *Dilemas del Estado de Bienestar*, o.c., pp. 37-38.

²⁵² Vide Santiago MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, I, Iustel, Madrid, 2011, p. 178.

y religiosas. Así, la falta de inversión del Estado, y la carencia de infraestructuras eficaces, terminó por dejar a la Iglesia Católica como la única provisor de las prestaciones relacionadas con la asistencia social²⁵³. Esto, a su vez, provocó poca evolución en el desarrollo de las prestaciones. La ideología conservadora de la iglesia, imperante en este contexto histórico, frenó la evolución del sistema.

1.3. El reinado de Isabel II (1836-1868).

Durante el reinado de la regente María Cristina se promulga el denominado como Estatuto Real en 1834²⁵⁴, si bien este no tiene validez constitucional²⁵⁵. La insuficiencia de su contenido, en cuanto derechos y libertades, no frenó los impulsos revolucionarios, y promovió la reivindicación de elaboración de una nueva Constitución²⁵⁶. De este modo, surge la Constitución de 1837²⁵⁷ cuya principal importancia radica en la consolidación del régimen de monarquía constitucional en España. En un primer momento, la intención de las Cortes era la de reformar la Constitución de 1812 para adaptarla a los intereses de la Corona. Por ello, el concepto de soberanía nacional queda limitado al preámbulo²⁵⁸ y desaparece la declaración de derechos sociales, limitándose al reconocimiento de alguno individual, como es el derecho de imprenta²⁵⁹. El texto constitucional representaba un gran retroceso en la conquista de derechos sociales reconocidas en la anterior norma fundamental.

En el plano económico, mientras el resto de Europa se encuentra inmerso en la revolución industrial, en España, apenas había comenzado a implantarse²⁶⁰. Como

²⁵³ Vide Florentina VIDAL GALACHE, “El impacto de la Ley General de Beneficencia de 1822 en Madrid”, *Revista de la Facultad de Geografía e Historia*, 1, (1987), p. 49.

²⁵⁴ Vide ESTATUTO REAL, 10 de abril de 1834.

²⁵⁵ Vide Joaquín TOMÁS VILLARROYA, *El sistema político del Estatuto Real 1834-1836*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, p. 95; Vide Luis DÍEZ DEL CORRAL, *El liberalismo doctrinario*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956, p. 449.

²⁵⁶ Vide Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, *Las constituciones históricas españolas*, Civitas, Madrid, 1986, pp. 130-149.

²⁵⁷ Vide CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, 17 de junio de 1837.

²⁵⁸ *Ibidem* Preámbulo, «Siendo la voluntad de la Nación revisar, en uso de su soberanía, la Constitución política promulgada en Cádiz el 19 de marzo de 1812, las Cortes generales, congregadas a este fin (...)».

²⁵⁹ *Ibidem* Artículo 2: «Todos los españoles pueden imprimir y publicar libremente sus ideas sin previa censura, con sujeción a las leyes. La calificación de los delitos de imprenta corresponde exclusivamente a los jurados».

²⁶⁰ Vide Manuel TUÑÓN DE LARA, *La España del S. XXI*, Laia, Barcelona, 1975, p. 149: «(...) el panorama señalado solo representaba los balbuceos de una sociedad capitalista. Las inversiones eran

consecuencia, las organizaciones obreras estaban orientadas hacia las reivindicaciones salariales y la conformación de sociedades de socorro mutuo, más que a una actividad sindical organizada. La primera organización obrera con fines reivindicaciones no se crea en España hasta 1840: la Sociedad Mutua de Protección de Tejedores del Algodón²⁶¹.

La inestabilidad del gobierno provocará que en 1844 la Regente María Cristina abdique en su hija Isabel II. Durante esta época, se promueve la reforma de la Constitución de 1837, pero terminará proclamando una Constitución diversa en 1845²⁶². El texto constitucional no difiere mucho del anterior, sobre todo, en lo que respecta a la configuración de derechos sociales, puesto que, aboga por la soberanía compartida²⁶³ y la confesionalidad del Estado español²⁶⁴. A través de este texto constitucional se establecieron unas prácticas y juegos políticos que, aparentando legalidad y democratización, instauraban un sistema viciado y abusivo que impregnaron la vida española durante cuatro lustros²⁶⁵.

En materia sanitaria, una de las primeras medidas que se adopta es la supresión de la Junta Suprema de Sanidad, mediante el Real Decreto de 17 de marzo de 1847, lo que llevó a la integración total en los diferentes ministerios, integrado bajo el mando de la Dirección General de Sanidad. Mientras que, las funciones consultivas fueron encomendadas al Consejo de Sanidad, quedando integrados en el Ministerio de la Gobernación. Con posterioridad, se inician una serie de reformas legislativas que quedan

poca cuantiosas; el mercado nacional sumamente débil. Y si en Cataluña y el País Vasco surge el espíritu de empresa industrial, en el centro, se orientan hacia la especulación, el crédito o la concesión gubernamental, y no hacia el desarrollo de las fuerzas productivas del país».

²⁶¹ Vide Florentina VIDAL GALACHE, “El cambio social: del liberalismo a la democracia”, en Ángeles LARIO GONZÁLEZ, *Historia contemporánea universal: del surgimiento del Estado contemporáneo a la Primera Guerra Mundial*, Alianza, Madrid, 2014, p. 300

²⁶² Vide CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, 23 de mayo 1845.

²⁶³ *Ibidem* Preámbulo «Doña Isabel II, por la gracia de Dios y la Constitución de la Monarquía Española, Reina de las Españas; a todos los que las presentes vieren y entendieren, sabed: Que siendo nuestra voluntad y la de las Cortes del Reino regularizar y poner en consonancia con las necesidades actuales del Estado los antiguos fueros y libertades de estos Reinos, y la intervención que sus Cortes han tenido en todos tiempos en los negocios graves de la Monarquía, modificando al efecto la Constitución promulgada en 18 de Junio de 1837, hemos venido, en unión y de acuerdo con las Cortes actualmente reunidas(..)».

²⁶⁴ *Ibidem* Artículo 11: «La Religión de la Nación española es la católica, apostólica, romana. El Estado se obliga a mantener el culto y sus ministros».

²⁶⁵ Vide Luis SÁNCHEZ AGESTA, *Historia del constitucionalismo español*, Instituto de Estudios políticos, Madrid, 1964, p. 260.

recogidas en la Ley de Sanidad, promulgada el 28 de noviembre de 1855²⁶⁶, que extendió el modelo napoleónico de Administración Pública en el ámbito sanitario²⁶⁷. Así, mediante esta ley, la Dirección General de Sanidad recaía sobre el Ministerio de la Gobernación. Sin embargo, el aspecto más relevante de la ley es su intento por extender la cobertura sanitaria a una población mayor, con la obligatoriedad de asistencia a las personas con menores recursos, así como también a los núcleos rurales²⁶⁸. Para dar cobertura a esta obligación, la Ley de Sanidad de 1855, desarrolló los regímenes de la contratación de facultativos por los Ayuntamientos²⁶⁹.

En lo que respecta a la asistencia y prestaciones sociales, se promueve la Ley de Beneficencia de 1849²⁷⁰. Mediante este texto se consolida la normativa anterior que asentaba la organización y coordinación del sistema²⁷¹. Y, además, se produce la especialización de las diputaciones en el trato asilar²⁷², y de los municipios en la prestación de los servicios de asistencia sanitaria²⁷³.

²⁶⁶ Vide Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “Prólogo” en Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ (Dir), *Reconstrucción y gestión del sistema de salud*, Comares, Granada, 2015.

²⁶⁷ Vide Diego José FERIA LORENZO, “La primera regulación sanitaria española: la ley orgánica de 1855”, *Revista de Historia das ideias*, 33, (2012), pp. 217 y ss.

²⁶⁸ Vide Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, 9 de noviembre de 1855, p. 4538: «*La salud pública de los pobres queda a cubierto de la exposición a que pudiera verse reducida si estuviera a merced de la riqueza egoísta o de la indiferencia mundana. Sin atender en nada a los derechos de las Municipalidades, se prescribe la existencia de facultativos titulares para las familias indigentes de todas las poblaciones, dejando en libertad a los vecinos acomodados de ponerse en manos de los profesores que más confianza les inspiren y cuya remuneración les incumbe*».

²⁶⁹ Vide Santiago MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, I, Iustel, Madrid, 2011, p. 190.

²⁷⁰ Vide Ley de Beneficencia, de 24 de junio de 1849.

²⁷¹ *Ibidem* Artículo 2: «*Los establecimientos públicos se clasificarán en generales, provinciales y municipales. El Gobierno procederá a esta clasificación teniendo presentes la naturaleza de los servicios que presten, y la procedencia de sus fondos, y oyendo previamente a las Juntas que se crean en la presente ley*».

²⁷² Vide Ley de Beneficencia, de 24 de junio de 1849, artículo 12: «*Las Juntas provinciales establecerán, donde sea posible, Juntas de señoras que, en concepto de delegadas, cuiden de las casas de expósitos; procurando que la lactancia de estos se verifique en el domicilio de las amas, de las de maternidad, de las de párvulos o de cualquier otro establecimiento de beneficencia que se considere análogo a las condiciones de su sexo. Queda autorizado el establecimiento de casas subalternas de maternidad*».

²⁷³ *Ibidem* Artículo 13: «*Las Juntas municipales organizarán y fomentarán todo género de socorros domiciliarios, y muy particularmente los socorros en especie. Las Juntas municipales determinarán el número de las subalternas de socorros domiciliarios que haya de haber, y que podrán ser tantas cuantos sean los barrios de la población. Al frente de cada Junta subalterna de socorros domiciliarios habrá, por regla general, un eclesiástico que nombrará el Alcalde a propuesta de la Junta municipal. Los curas párrocos lo están por razón de su ministerio al de las Juntas parroquiales de beneficencia domiciliaria. (...)*»

El Reglamento de la Ley aprobado el 14 de mayo de 1852, diseña la beneficencia como un auténtico servicio público, aunque permite los establecimientos privados. En este sentido, la organización del sistema de beneficencia se centraliza y se atribuyen facultades decisorias a las Administraciones competentes, como la supresión o modificación de establecimientos, el control de las cuentas, y la supervisión de los empleados y gestores. De este modo, se configura un sistema jerárquico completamente organizado que distingue entre la Junta General, las Juntas provincias, y las Juntas municipales²⁷⁴.

Mientras que, en lo que respecta al plano educativo, se promovió la Ley General de Instrucción Pública en 1857²⁷⁵, comúnmente conocido como “Ley Moyano”, que será la base legislativa de la educación en España hasta 1970²⁷⁶. En este sentido, es a partir de este momento, cuando la educación se convierte en un auténtico servicio público. La Ley Moyano sistematiza qué se entienden por escuelas públicas y también provee sobre su financiación, convirtiéndolas en una actividad cuya prestación asume los municipios. El artículo 97 reconoce que:

«son escuelas públicas de primera enseñanza las que las que se sostienen en todo o parte con fondos públicos, obras pías u otras fundaciones destinadas al efecto».

Además, el artículo garantiza que *«estas escuelas estarán a cargo de los respectivos pueblos que incluirán en los presupuestos municipales como gasto obligatorio, la cantidad necesaria para atender a ellas, teniendo en su abono los productos de las referidas fundaciones»*. No obstante, se prevé que en los presupuestos del Estado se incluya una cantidad auxiliar para los pueblos que no puedan sostener estos gastos.

Sin embargo, la Ley Moyano también dispone sobre la enseñanza privada, fijando los requisitos necesarios para crear esta clase de establecimientos, ejercer la docencia y la validez académica de los títulos que se impartiesen. De este modo, es cómo se reconoce explícita el servicio público virtual o impropio de la educación en nuestro país. Una

²⁷⁴ Vide Santiago MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, I, Iustel, Madrid, 2011, pp. 178 y ss.

²⁷⁵ Vide Ley General de Instrucción Pública en 1857, 9 de septiembre de 1857.

²⁷⁶ Vide Juan DÍEZ GARCÍA, *Sobre historia de la educación española y regulación social*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 2010, pp. 160-165.

modalidad que se ha perpetuado hasta nuestros días. No obstante, en lo que se refiere a la administración de los establecimientos públicos, la Ley Moyano no establecía una regulación específica, por lo que se mantuvo la institución clásica de las Juntas locales y Provinciales²⁷⁷.

1.4. El sexenio democrático (1868-1874).

La profunda crisis de 1866, a la que se le sumó un gran escándalo bursátil, provocando una crisis de subsistencia, dará lugar a distintos movimientos revolucionarios que llevaron al pronunciamiento del General Prim en 1868²⁷⁸. El gobierno provisional instaurado sancionó una nueva Constitución²⁷⁹ de radical ideología democrática, defendiendo la soberanía nacional, el sufragio universal masculino²⁸⁰, la concepción de los derechos humanos como derechos naturales, y el anticlericalismo y la libertad religiosa²⁸¹.

Es la primera vez que, tras la Constitución de Cádiz, una Constitución española tiene una relación de derechos a la altura de las expectativas de la época: inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia²⁸²; derechos de sufragio, reunión, asociación y

²⁷⁷ Vide Santiago MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, I, Iustel, Madrid, 2011, pp. 201 y ss.

²⁷⁸ Vide Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, *Las constituciones históricas españolas*, Civitas, Madrid, 1986, pp. 266-268.

²⁷⁹ Vide CONSTITUCIÓN DEMOCRÁTICA DE LA NACIÓN DE ESPAÑA, 6 de junio de 1869.

²⁸⁰ *Ibidem* Preámbulo: «La Nación española, y en su nombre las Cortes Constituyentes elegidas por sufragio universal, deseando afianzar la justicia, la libertad y la seguridad, y proveer al bien de cuantos vivan en España, decretan y sancionan la siguiente (...)».

²⁸¹ *Ibidem* Artículo 21: «La Nación se obliga a mantener el culto y los ministros de la religión católica. El ejercicio público o privado de cualquier otro culto queda garantido a todos los extranjeros residentes en España, sin más limitaciones que las reglas universales de la moral y del derecho. Si algunos españoles profesaren otra religión que la católica, es aplicable a los mismos todo lo dispuesto en el párrafo anterior».

²⁸² Vide CONSTITUCIÓN DEMOCRÁTICA DE LA NACIÓN DE ESPAÑA, 6 de junio de 1869, artículo 5: «Nadie podrá entrar en el domicilio de un español, o extranjero residente en España, sin su consentimiento, excepto en los casos urgentes de incendio, inundación u otro peligro análogo, o de agresión ilegítima procedente de dentro, o para auxiliar a persona que desde allí pida socorro. Fuera de estos casos, la entrada en el domicilio de un español, o extranjero residente en España, y el registro de sus papeles o efectos, sólo podrán decretarse por el Juez competente y ejecutarse de día. El registro de papeles y efectos tendrá siempre lugar a presencia del interesado o de un individuo de su familia, y, en su defecto, de dos testigos vecinos del mismo pueblo. Sin embargo, cuando un delincuente, hallado in fraganti y perseguido por la Autoridad o sus agentes, se refugiare en su domicilio, podrán éstos penetrar en él, sólo para el acto de la aprehensión. Si se refugiare en domicilio ajeno, procederá requerimiento al dueño de éste».

libertad de expresión²⁸³; de circulación y de residencia²⁸⁴, o libertad de enseñanza²⁸⁵, entre otros. Además, los límites, excepciones y garantías del ejercicio de estos derechos y libertades son regulados con precisión²⁸⁶.

Sin embargo, este gobierno no llegó a buen fin, y terminó proclamándose la I República, constituyendo uno de los períodos más confusos de nuestra historia. Sueños utópicos, luchas de facciones, disgregaciones, rebeliones y guerras civiles que terminaron por estrangular el país. Una revolución sin rumbo, ni mando, que tuvo como única consecuencia la reorganización y el robustecimiento de las fuerzas de la reacción²⁸⁷. En palabras del propio Pi y Margal «*la República llegó por donde incluso los mismos republicanos menos esperaban*»²⁸⁸. Si bien, las circunstancias que rodeaban al país eran tan amargas que última preocupación que tenían los monárquicos era la constitución de la República²⁸⁹.

En comparación con el resto de Europa, España vive en una realidad muy alejada de la revolución industrial, apenas estaban surgiendo los primeros núcleos industriales y, por tanto, los movimientos sociales eran prácticamente inexistentes, como ya se ha hecho referencia. Además, la influencia que la Iglesia católica ejercía sobre la sociedad impedía el asentamiento y protección de los derechos sociales. Los servicios sociales como la

²⁸³ *Ibidem* Artículo 17: «*Tampoco podrá ser privado ningún español: 3 Del derecho de emitir libremente sus ideas y opiniones, ya de palabra, ya por escrito, valiéndose de la imprenta o de otro procedimiento semejante. Del derecho de reunirse pacíficamente. Del derecho de asociarse para todos los fines de la vida humana que no sean contrarios a la moral pública. Y, por último, del derecho de dirigir peticiones individual o colectivamente a las Cortes, al Rey y a las Autoridades*».

²⁸⁴ *Ibidem* Artículo 6: «*Ningún español podrá ser compelido a mudar de domicilio o de residencia sino en virtud de sentencia ejecutoria*».

²⁸⁵ *Ibidem* Artículo 24: «*Todo español podrá fundar y mantener establecimientos de instrucción o de educación, sin previa licencia, salva la inspección de la Autoridad competente por razones de higiene y moralidad*».

²⁸⁶ *Vide* Dámaso DE LARIO RAMÍREZ y Enrique LINDE PANIAGUA, *Las constituciones españolas*, Anaya, Madrid, 1994, pp. 51-53; *Vide* Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, *Las constituciones históricas españolas*, Civitas, Madrid, 1986, pp. 278-287.

²⁸⁷ *Vide* Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, *Las constituciones históricas españolas*, Civitas, Madrid, 1986, p. 329.

²⁸⁸ *Vide* Francisco PI Y MARGALL, *El reinado de Amadeo de Saboya y la República de 1873*, Hora H, Barcelona, 1970, p. 119.

²⁸⁹ *Vide* Juan Antonio LACOMBA AVELLÁN, *La I República: El trasfondo de una revolución fallida*, Guadiana, Madrid, 1973, p. 25.

educación, la sanidad o la asistencia social estaban directamente bajo su mando discrecional²⁹⁰.

1.5. La primera etapa de la restauración borbónica: las medidas de Alfonso XII y la Regencia de María Cristina.

Durante la Restauración, el cometido principal del ejecutivo es la recuperación de la estabilidad y el equilibrio social del país. Si bien, la situación de continua excepción que había vivido España durante los últimos años, la dejaba sin perspectiva de avance económico. Europa crecía económica y socialmente a un ritmo acelerado, mientras que España miraba atónita la senda del camino a seguir²⁹¹. La restauración borbónica suele dividirse en tres grandes etapas: el reinado de Alfonso XII y la Regencia de María Cristina, a finales del S. XIX, y el reinado de Alfonso XIII a comienzos del S. XX.

Durante el reinado de Alfonso XII, uno de los actores principales de la época es Antonio Cánovas del Castillo, el instigador intelectual de las políticas que se llevan a cabo en este período. La política “canovista” tuvo éxito, en base a dos elementos fundamentales: por un lado, la instauración de una Constitución doctrinaria²⁹², que incluye una serie de derechos cuyo contenido queda relegado al plano teórico, y que, además, son suspendidos de manera constante; y, por otro lado, el uso de prácticas corruptas, como puede ser el falseamiento de los datos de toda consulta electoral. De esta manera, se configura un régimen oligárquico y caciquil que controlaba a un campesinado, en su mayoría analfabeto, excluido de los sistemas de protección y sin representación en las instituciones²⁹³. En consecuencia, los derechos sociales no podían ser reivindicados en las instituciones, puesto que, no existían voces que lo representaran.

Alfonso XII muere de forma repentina, y su esposa María Cristina encarnará la figura más importante de la época, continuando con el régimen instaurado, aunque llevó a cabo una serie de reformas trascendentales para el desarrollo social del país como, la

²⁹⁰ Vide Luis MORENO FERNÁNDEZ y Sebastià SARASA URDIOLA, “Génesis y desarrollo del Estado de Bienestar en España”, *Instituto de Estudios sociales Avanzados*, 13, 2, (1992), p.3.

²⁹¹ Vide Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, *Las constituciones históricas españolas*, Civitas, Madrid, 1986, pp. 360-363.

²⁹² Vide CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, 30 de junio de 1876.

²⁹³ Vide Jordi SOLÉ TURA y Eliseo AJA FERNÁNDEZ, *Constituciones y periodos constituyentes en España (1808-1936)*, o.c., p. 77.

Ley de Asociaciones²⁹⁴, la recuperación de la libertad de prensa y la reforma del derecho de sufragio en 1890²⁹⁵.

Además, se crea la Comisión de Reformas Sociales que, imitando el modelo corporativista alemán, acomete la finalidad de recopilar información sobre los problemas emergentes y las condiciones de vida en las que se encontraba la clase obrera. De forma que, a través de los datos obtenidos, se conformara un conjunto de normas que terminara por solventarlas, y cuya inspiración está asentando en el sistema de protección de Bismarck²⁹⁶. Por primera vez en España, se desarrolla la idea de establecer un sistema de protección que vaya más allá de la beneficencia, para recoger también los problemas del proletariado.

Sin embargo, la iniciativa de la Comisión no llegó a buen puerto, puesto que no contó con los apoyos legislativos necesarios, y sus propuestas quedaron olvidadas²⁹⁷. No obstante, en contrapartida, se configura la Instrucción General de Beneficencia en 1889. Mediante este instrumento se desarrolla un sistema estable de asistencia pública que permitía la acción conjunta entre particulares y religiosos, dejando la gestión estatal como una forma subsidiaria, y únicamente con fines estimulantes de la acción particular²⁹⁸.

En consecuencia, como el Estado se mostraba reticente a la prestación de determinados sociales, y tampoco desarrolló un régimen de protección de seguridad

²⁹⁴ Vide Ley de Asociaciones, de 12 de julio de 1887, artículo 1: «El derecho de asociación que reconoce el art. 13 de la Constitución podrá ejercitarse libremente, conforme a lo que preceptúa esta ley. En su consecuencia, quedan sometidas a las disposiciones de la misma las Asociaciones para fines religiosos, políticos, científicos, artísticos, benéficos y de recreo o cualesquiera otros lícitos que no tengan por único y exclusivo objeto el lucro o la ganancia. Se regirán también por esta ley los gremios, las Sociedades de socorros mutuos, de previsión, de patronato y las cooperativas de producción de crédito o de consumo».

²⁹⁵ Vide Ley de Reforma Electoral, *Gaceta de Madrid*, 30 de junio de 1890, artículo 1: «Son electores para Diputados a Cortes todos los españoles varones, mayores de veinticinco años, que se hallen en él pleno goce de sus derechos civiles y sean vecinos de un Municipio en el que cuenten dos años al menos de residencia».

²⁹⁶ Vide Real Decreto de 5 de diciembre de 1883, Preámbulo: «En ésta se deposita total y absoluta confianza en los legisladores para transformar la sociedad económica, concretamente se señala que se encomienda el estudio de todas las cuestiones que directamente interesan a la mejora o bienestar de las clases obreras, tanto agrícolas como industriales, y que afectan a las relaciones entre el capital y el trabajo en orden de diseñar un programa legislativo en materia de política social».

²⁹⁷ Vide José ALVÁREZ JUNCO, “La comisión de reformas sociales intentos y realizaciones”, en CONSEJO GENERAL DE COLEGIOS OFICIALES DE DIPLOMADOS EN TRABAJO SOCIAL Y ASISTENTE SOCIALES, *De la beneficencia al Estado de Bienestar: cuatro siglos de acción social*, S. XXI Editores, Madrid, 1986, pp. 148-150.

²⁹⁸ Vide Francisco COMÍN COMÍN, “Las formas históricas del Estado de Bienestar: el caso español”, en Berta ÁLVAREZ MIRANDA y otros, *Dilemas del Estado de Bienestar*, Fundación Argentaria, Madrid, 1996, pp. 38-39.

social a los trabajadores, serán los propios obreros quienes terminen organizándose en mutuas para gestionar estos servicios. No obstante, las primeras mutuas que surgen en regiones industriales como Cataluña, disponían de recursos escasos, además de presentar una gestión poco eficiente y profesional²⁹⁹.

2. Los primeros pasos en la configuración del Estado de Bienestar en el S. XX.

2.1. El final de la restauración borbónica y la dictadura de Primo de Rivera (1900-1931).

La situación de declive en España, tanto en términos económicos como políticos, a principios de siglo era alarmante. Sin embargo, la verdadera preocupación para el Estado está representada por los movimientos sociales que atentan contra la estabilidad del gobierno. La situación de descontrol vivida durante los últimos años influencia el origen de los movimientos separatistas y regionalistas de Cataluña y País Vasco quienes, cansados de las políticas centralistas del Estado, se organizan contra el gobierno. Junto a éstos, se produce el auge de los movimientos sociales, representados, por ejemplo, en la fundación de Unión General de Trabajadores en 1888, y la Confederación Nacional del Trabajo; los movimientos de terrorismo anarquistas³⁰⁰; y los movimientos de las juntas militares para regresar a la vida política.

Y, por si todo esto resultara insuficiente, hay que sumarle el pesimismo generalizado de la población y la protesta intelectual por el desastre del 98', por la pérdida de las colonias de Cuba, Puerto Rico y Filipinas, que supone tanto el quebranto de la

²⁹⁹ Vide Francisco COMÍN COMÍN, "Las formas históricas del Estado de Bienestar: el caso español", en Berta ÁLVAREZ MIRANDA y otros, *Dilemas del Estado de Bienestar*, Fundación Argentaria, Madrid, 1996, p. 39.

³⁰⁰ Vide Florentina VIDAL GALACHE, "El cambio social: del liberalismo a la democracia", en Ángeles LARIO GONZÁLEZ, *Historia contemporánea: del surgimiento del Estado contemporáneo a la Primera Guerra Mundial*, Alianza, Madrid, 2014, p. 301: «El anarquismo tuvo mayor aceptación en Cataluña y en Andalucía, mientras que en el centro y en el norte fueron los socialistas los que encontraron un mayor eco. En el seno del anarquismo existían varias tendencias, una revolucionaria e individualista, que se organizaba en pequeños grupos y pretendía despertar al pueblo a través de acciones violentas, y otra, de carácter sindicalista, comunitaria y obrera, con base ideológica socialista, que proponía la concienciación de los obreros mediante la cultura y la educación».

relevancia internacional, así como, el sueño de conformar el poder de la España integral del pasado³⁰¹.

Las tensiones del pueblo que acechan contra la viabilidad del país obligan a Alfonso XIII a iniciar las reformas oportunas para construir un sistema de protección social coherente de los trabajadores, tras los intentos fallidos de los regímenes anteriores³⁰². A modo de contextualización, en esta época, las mutualidades eran incapaces de cubrir más de tres meses sin trabajar en caso de enfermedad, según un informe de la Comisión de Servicios Sociales de la época. Además, el ahorro privado era prácticamente inexistente, y la protección de los trabajadores más desamparados terminaba por recaer en las estructuras de la beneficencia. Por ello, la principal reivindicación del movimiento obrero se traslada a la necesidad de que el Estado intervenga asegurando la cobertura de las prestaciones de la mutualidad a través de subvenciones, o bien mediante la financiación directa a través de los presupuestos generales³⁰³.

La configuración del régimen de seguridad social, imitando el modelo alemán, pivotará sobre los siguientes ejes: el Seguro de Accidentes de Trabajo de 1900³⁰⁴, el Instituto Nacional de la Previsión³⁰⁵, y el Retiro Obrero en 1919³⁰⁶. Pero, además, se adoptan otra serie de medidas concretas como: en 1919 se legisla que la duración de la jornada laboral no debe exceder de ocho horas; y se convalida el Plan de Seguros Sociales, donde se estructura un sistema organizado de previsión de financiación de las

³⁰¹ Vide Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, *Las constituciones históricas españolas*, Civitas, Madrid, 1986, pp. 414-418.

³⁰² Vide Francisco SOSA WAGNER, "Las fronteras del sector público", *Anuario de derecho constitucional y parlamentario*, 11, 1999, p. 66: «El comienzo del siglo conocerá una nueva preocupación de tan significada importancia que acabará traduciéndose en el aspecto organizativo en la creación de nuevas personas jurídicas : me refiero a la cuestión social y sus implicaciones en el compromiso del Estado de proteger a aquellos sectores más desfavorecidos por la rueda de feria del capitalismo decimonónico».

³⁰³ Vide Francisco COMÍN COMÍN, "Las formas históricas del Estado de Bienestar: el caso español", en Berta ÁLVAREZ MIRANDA, *Dilemas del Estado de Bienestar*, Fundación Argentaria, Madrid, 1996, p. 40.

³⁰⁴ Vide Ley de Accidentes de Trabajo, *Gaceta de Madrid*, 31 de enero de 1900.

³⁰⁵ Vide Ley del Instituto Nacional de la Previsión, *Gaceta de Madrid*, 29 de febrero de 1908, artículo 1: «Se organizará por el Estado un Instituto Nacional de Previsión para los siguientes fines: primero, difundir e inculcar la previsión popular, especialmente la realizada en forma de pensiones de retiro; segundo, administrar la mutualidad de asociados que al efecto y voluntariamente se constituya bajo este patronato, en las condiciones más benéficas para los mismos; tercero, estimular y favorecer dicha práctica de pensiones de retiro, procurando su bonificación con carácter general o especial, por entidades oficiales o particulares».

³⁰⁶ Vide Reglamento General del Régimen Obligatorio de Retiro Obrero, 21 de enero de 1921.

mutualidades, a través del cual se pretende asegurar la prestación por desempleo a los trabajadores en caso de enfermedad³⁰⁷.

Los seguros sociales contributivos han constituido la forma histórica de la Seguridad Social en España. La evolución que éstos han presentado nos permite definirlos como un conjunto de seguros profesionales que pasan de ser voluntarios para los trabajadores a obligatorios. De forma que, son los propios trabajadores quienes, a través del desempeño de su trabajo, financian sus cuotas al sistema.

Ahora bien, dentro de los seguros sociales contributivos existen dos formas históricas de desarrollo: por un lado, los sistemas de capitalización, y, por otro lado, los que suponen un sistema de reparto. Los primeros se caracterizan porque las cuotas que los trabajadores aportan se destinan a financiar las prestaciones de los trabajadores. El principal problema de este sistema es que las reservas se pueden ver afectadas por diversos factores como la inversión política de sus fondos, la inflación, o por crisis del mercado. Mientras que, en el segundo grupo o sistema de reparto, las cotizaciones se financian por las aportaciones del ejercicio correspondiente, con la peculiaridad de que exigen una transferencia y sacrificio intergeneracional. Este sistema presenta la cualidad de ser mucho más dinámico para su gestión económica, resultando ser a la larga más beneficiario³⁰⁸. El principal problema del sistema español de prestaciones contributivas estaba en superar el primer modelo e implantar el segundo. Sin embargo, y a pese a la “buena voluntad inicial”, el montante de dinero destinado a financiar la beneficencia siempre será superior, respecto de los presupuestos que se invertían las Sociedades de Socorro Mutuo. En consecuencia, no se produce un verdadero cambio de tendencia en la protección de los trabajadores³⁰⁹.

No obstante, además, durante este período, el Estado se enfrentaba a las continuas críticas por el control de la iglesia católica del sistema educativo, lo que lleva a promover una serie de reformas: por ejemplo, en 1901 se produce la escolaridad obligatoria hasta los 12 años; y, a partir de 1902, es el Estado quien asume la responsabilidad de pagar a los maestros, acabando así con los problemas derivados de la imposición de la Ley

³⁰⁷ Vide Francisco COMÍN COMÍN, “Las formas históricas del Estado de Bienestar: el caso español”, en Berta ÁLVAREZ MIRANDA y otros, *Dilemas del Estado de Bienestar*, Fundación Argentaria, Madrid, 1996, pp. 40-41.

³⁰⁸ *Ídem* pp. 45-46.

³⁰⁹ En los presupuestos generales del Estado entre 1885 y 1887, únicamente se consignó una cantidad única para cubrir las enfermedades por accidente de las Sociedades de Socorro Mutuo.

Moyano³¹⁰. Y, además, en materia sanitaria se adopta el Real Decreto de Instrucción General de Sanidad Pública el 12 de enero de 1904. Sin embargo, esta norma no representó una innovación organizativa respecto del régimen anterior³¹¹.

No obstante, todas estas reformas no frenaban la situación de declive del país, siendo el argumento que lleva a Miguel Primo de Rivera a dar un golpe de Estado instaurando una dictadura. Si bien, en esta época se adoptaron algunas medidas que ayudaron a la consolidación del Estado social en España, más como consecuencia de la imposición internacional que de la voluntad estatal como, por ejemplo, la elaboración de seguros sociales para los casos de situación de desempleo³¹² y de maternidad³¹³.

2.2. Desde la instauración de la II República hasta el final de la Guerra Civil (1931-1939).

La II República española se proclama el 14 de abril de 1931, y con ella, el inicio de la consolidación de las políticas de protección y previsión social. A finales de 1931 se aprueba la Constitución republicana, caracterizada por la soberanía popular, el sufragio universal (tanto masculino como femenino), y una amplia declaración de derechos y libertades. La propia Constitución abarca la posibilidad de creación de un régimen autonómico³¹⁴, y no sólo eso, sino que estructura un procedimiento para su consecución,

³¹⁰ Vide Demetrio CASADO PÉREZ, *Leyes de servicios sociales del S. XXI*, FOESSA, Madrid, 2010, p. 189.

³¹¹ Vide Real Decreto de Instrucción General de Sanidad Pública, 12 de enero de 1904, artículo 1: «Los servicios de Sanidad e Higiene pública continuarán bajo la vigilancia del Ministerio de la Gobernación, con las delegaciones necesarias en los Gobernadores civiles, Alcaldes, funcionarios, Juntas y Corporaciones especiales que más adelante se detallarán».

³¹² Vide Ley del subsidio de desempleo, *Gaceta de Madrid*, 5 de abril de 1928.

³¹³ Vide Ley del seguro de Maternidad, *Gaceta de Madrid*, 24 de marzo de 1929, Preámbulo: «El seguro obligatorio de Maternidad es necesario para cumplir un compromiso internacional; para acabar con la inconsecuencia de imponer un descanso y, por lo tanto, la pérdida de salario, sin la indemnización correspondiente; para velar por la vida y la salud de la madre obrera y de sus hijos y, por consiguiente, aumentar el valor biológico de la raza».

³¹⁴ Vide CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, 9 de diciembre de 1931, artículo 11: «Si una o varias provincias limítrofes, con características históricas, culturales y económicas, comunes, acordaran organizarse en región autónoma para formar un núcleo político administrativo, dentro del Estado español, presentarán su Estatuto con arreglo a lo establecido en el art. 12. En ese Estatuto podrán recabar para sí, en su totalidad o parcialmente, las atribuciones que se determinen en los artículos 15, 16 y 18 de esta Constitución, sin perjuicio, en el segundo caso, de que puedan recabar todas o parte de las restantes por el mismo procedimiento establecido en este Código fundamental. La condición de limítrofe no es exigible a los territorios insulares entre sí. Una vez aprobado el Estatuto, será la ley básica de la organización político-administrativa de la región autónoma, y el Estado español la reconocerá y amparará como parte integrante de su ordenamiento jurídico».

por lo que, no es una autonomía formal, sino que se pretende desarrollar una autonomía material de las Comunidades Autónomas³¹⁵.

Esta Constitución estructurará las primeras bases para la construcción del Estado del Bienestar español, tal y como lo conocemos en la actualidad. Por primera vez, se señala en un texto la obligación de prestar asistencia sanitaria a enfermos y ancianos, así como de ejercer la protección sobre la maternidad y la infancia³¹⁶. Además, también hace referencia a la obligación de protección de la clase obrera, generando en el Estado la obligación de asistencia ante diversas necesidades como los accidentes, enfermedades, muertes o seguros de vejez³¹⁷. Y, en los términos relacionados con el sistema educativo se legisla acerca de la educación primaria obligatoria y gratuita, así como el laicismo que debe regir en las políticas educativas³¹⁸.

En consecuencia, durante la II República los derechos no eran meras contemplaciones formales, sino que, para materializar su consecución se llevaron a cabo diversas reformas. En lo referente a la protección de los trabajadores, entre 1931 y 1935

³¹⁵ Vide CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, 9 de diciembre de 1931, artículo 12: «Para la aprobación del Estatuto de la región autónoma, se requieren las siguientes condiciones: a) Que lo proponga la mayoría de sus Ayuntamientos o, cuando menos, aquellos cuyos Municipios comprendan las dos terceras partes del Censo electoral de la región. b) Que lo acepten, por el procedimiento que señale la ley Electoral, por lo menos las dos terceras partes de los electores inscritos en el Censo de la región. Si el plebiscito fuere negativo, no podrá renovarse la propuesta de autonomía hasta transcurridos cinco años. c) Que lo aprueben las Cortes. Los Estatutos regionales serán aprobados por el Congreso siempre que se ajusten al presente Título y no contengan, en caso alguno, preceptos contrarios a la Constitución, y tampoco a las leyes orgánicas del Estado en las materias no transmisibles al poder regional, sin perjuicio de la facultad que a las Cortes reconocen los artículos 15 y 16».

³¹⁶ *Ibidem* Artículo 45: «El Estado prestará asistencia a los enfermos y ancianos, y protección a la maternidad y a la infancia, haciendo suya la “Declaración de Ginebra” o tabla de los derechos del niño».

³¹⁷ *Ibidem* Artículo 46: «El trabajo, en sus diversas formas, es una obligación social, y gozará de la protección de las leyes. La República asegurará a todo trabajador las condiciones necesarias de una existencia digna. Su legislación social regulará: los casos de seguro de enfermedad, accidente, paro forzoso, vejez, invalidez y muerte; el trabajo de las mujeres y de los jóvenes y especialmente la protección a la maternidad; la jornada de trabajo y el salario mínimo y familiar; las vacaciones anuales remuneradas; las condiciones del obrero español en el Extranjero; las instituciones de cooperación; la relación económico jurídica de los factores que integran la producción; la participación de los obreros en la dirección, la administración y los beneficios de las empresas, y todo cuanto afecte a la defensa de los trabajadores».

³¹⁸ *Ibidem* Artículo 48: «El servicio de la cultura es atribución esencial del Estado, y lo prestará mediante instituciones educativas enlazadas por el sistema de la escuela unificada. La enseñanza primaria será gratuita y obligatoria. Los maestros, profesores y catedráticos de la enseñanza oficial son funcionarios públicos. La libertad de cátedra queda reconocida y garantizada. La República legislará en el sentido de facilitar a los españoles económicamente necesitados el acceso a todos los grados de enseñanza, a fin de que no se halle condicionado más que por la aptitud y la votación. La enseñanza será laica, hará del trabajo el eje de su actividad metodológica y se inspirará en ideales de solidaridad humana. Se reconoce a las Iglesias el derecho, sujeto a inspección del Estado, de enseñar sus respectivas doctrinas en sus propios establecimientos».

se promovió la constitución del modelo profesional de seguros sociales obligatorios. Los instrumentos que se utilizaron fueron de lo más variados, y tendentes a solventar los problemas que iban surgiendo. Por ejemplo, en 1931 se creó la Caja Nacional contra el paro forzoso³¹⁹, a través de la cual, el Estado se comprometía a subvencionar las prestaciones a las empresas que pactaban seguros por desempleo de sus trabajadores.

Posteriormente, en 1932 se establece por decisión estatal la obligación de que todos los trabajadores posean un seguro obligatorio de accidentes de trabajo. El Estado acordaba tres modalidades diversas para su formalización, bien por la mutua patronal, bien a través de las empresas mercantiles de seguros, o mediante el sistema creado por la Caja de Accidentes de Trabajos. Y, finalmente, en 1936 se configura la Ley de Bases del seguro por enfermedad profesional, la cual establecía un régimen claro sobre las personas aseguradas, así como, de las enfermedades y prestaciones a las que se tenía derecho³²⁰. Sin embargo, ésta no llegará a ponerse en funcionamiento, a consecuencia del inicio de la Guerra Civil³²¹.

De esta forma, se pueden sistematizar las características del régimen de seguros sociales en España durante la II República de la siguiente forma: en primer lugar, de su gestión se va a encargar una institución distinta a la de la Hacienda pública estatal, salvo por el apoyo en situaciones concretas a través de subvenciones para ayudar al crecimiento del sistema; en segundo lugar, se estructura un sistema de protección que otorga diferentes opciones a los obreros, ya sea a través de la mutua, el contrato de seguro, o formar parte del sistema estatal; y, en tercer lugar, el sistema no tiene carácter universalista de

³¹⁹ Vide Ley de Seguros, de 27 de mayo de 1931, Base decimotercera: «Los recursos de la Caja Nacional contra el Paro forzoso estará formada: a) Por los créditos consignados en los Presupuestos del Estado para bonificar los subsidios del paro forzoso a que la base sexta alude, incrementando en el tanto por ciento que se determine para el sostenimiento de la Caja; b) Por los donativos y subvenciones que se entreguen a la Caja por personas privadas o públicas; y c) Por las aportaciones que las entidades subvencionadas entreguen para el Fondo de solidaridad, de acuerdo con lo dispuesto en la base octava».

³²⁰ Vide Ley de Bases del seguro por enfermedad profesional, 15 de julio de 1936, Base II: «Para tener derecho a indemnización el obrero víctima de una de las enfermedades profesionales a que se refiere esta Ley, es necesario que haya trabajado en una de las industrias mencionadas en la misma, con anterioridad a la declaración facultativa de enfermedad profesional, el tiempo que para cada categoría de éstas señalen las disposiciones reglamentarias».

³²¹ Vide Francisco COMÍN COMÍN, “Las formas históricas del Estado de Bienestar: el caso español”, en Berta ÁLVAREZ MIRANDA, *Dilemas del Estado de Bienestar*, Fundación Argentaria, Madrid, 1996, pp. 41-42.

protección, puesto que está dirigido únicamente a los obreros, y el resto de los trabajadores quedan fuera de su marco de acción³²².

Sin embargo, la idea del Gobierno era asumir plenamente la gestión de los seguros sociales, pero no se atreve a dar el paso porque carece de los mecanismos y apoyos sociales necesarios para sufragarlos mediante impuestos. Si bien, las clases medias republicanas desarrollaron posicionamientos distintos respecto a las reformas efectuadas, puesto que no se oponían a las reformas sociales, pero sí que se negaban a sufragarlas mediante impuestos, aunque sí se aumentó la presión fiscal sobre las grandes fortunas.

No obstante, durante la corta vigencia de la II República se invirtió un 25% del gasto público para combatir el desempleo y, en el desarrollo de infraestructuras y formación en educación³²³. Y, además, en lo que respecta a medidas sociales se promovieron las siguientes normas: la ley de contrato de trabajo y de jurados mixtos³²⁴; el establecimiento de una jornada laboral de cuarenta horas semanales; se impulsaron los seguros sociales; se promovió la baja por maternidad; y se amplía y potencia el sistema sanitario³²⁵.

Las perspectivas de activación de las políticas sociales que se pretendían llevar a cabo durante la II República se vieron frenadas con el inicio de la Guerra Civil. La miseria, el hambre y la pobreza se adueñaron de una sociedad que ya arrastraba un pesimismo exacerbado, por una economía asfixiante y por los conflictos políticos y sociales.

2.3. La dictadura de Francisco Franco (1939-1975).

³²² Vide Luis MORENO FERNÁNDEZ y Sebastià SARASA URDIOLA, “Génesis y desarrollo del Estado de Bienestar en España”, *Instituto de Estudios Sociales Avanzados*, 13, 2, (1992), p. 9.

³²³ Vide REDACCIÓN LA INFORMACIÓN, “La Segunda República: una radiografía económica-social en su 86 cumpleaños”, *La información*, (2017), https://www.lainformacion.com/espana/Segunda-Republica-economico-social-cumpleanos-radiografia_0_1017498443.html. «El objetivo principal de sus políticas estaba centrado en la educación primaria, hasta el punto de que levantaron 10.000 nuevas escuelas y se contrataron 7.000 maestros»

³²⁴ Vide Ley de Contratos de Trabajo y Jurados Mixtos, de 28 de noviembre de 1931.

³²⁵ Vide Francisco COMÍN COMÍN, “Las formas históricas del Estado de Bienestar: el caso español”, en Berta ÁLVAREZ MIRANDA, *Dilemas del Estado de Bienestar*, Fundación Argenteria, Madrid, 1996, p. 43.

2.3.1. Introducción.

El precedente que más asemeja a la configuración de nuestro actual Estado de Bienestar se desarrolla bajo el régimen franquista. Las principales instituciones de protección que se erigen durante esta época servirán de base para su consolidación posterior. No obstante, hay dos factores determinantes que van a impedir afirmar que es en este período histórico cuando se constituye el primer Estado de Bienestar en España, en sentido estricto.

En primer lugar, la ausencia de garantías y protección de los derechos individuales relacionados con la libertad, o de primera generación. Así, a pesar de que se desarrollan determinadas políticas de protección destinadas a resolver la cuestión social, no se puede afirmar su existencia, dado que, carece de un requisito imprescindible: el asentamiento de la democracia.

Y, en segundo lugar, la acción del ejecutivo, a través de la configuración de estas estructuras, no estaba destinada al establecimiento de un verdadero sistema de protección social universal y garantista. Para el Gobierno la constitución de estas estructuras de bienestar de la sociedad “*se hacía imprescindible para la fortaleza de España*”³²⁶. La idea de España como un ente superior, por encima de los intereses sociales, va a estar presente durante todo el régimen franquista.

En consecuencia, la carencia de reconocimiento de los derechos individuales y la falta de motivación adecuada de las reformas que se desarrollan, imposibilitan afirmar la existencia de un auténtico Estado de Bienestar. Sin embargo, esto no desmerece que se adoptaran importantes medidas para la configuración ulterior del Estado de Bienestar tras la Constitución de 1978.

2.3.2. El sistema educativo.

El régimen franquista utilizó el sistema educativo para exaltar los valores patrióticos del Estado, sirviéndose de los principios religiosos y morales como base para el adoctrinamiento ideológico de las nuevas generaciones³²⁷. Para el Gobierno, la

³²⁶ Vide Carmen MOLINERO RUIZ, *La captación de las masas. Política social y propaganda en el régimen franquista*, Cátedra, Madrid, 2005, p. 166.

³²⁷ Vide Juan Manuel FERNÁNDEZ SORIA, *La educación en la España republicana durante la guerra civil (1936-1939)*, Bordón, Madrid, 1984, p. 215.

educación no debía ser responsabilidad exclusiva del Estado, sino más bien de la sociedad en su conjunto³²⁸.

Sin embargo, la única institución con capacidad suficiente para hacer frente a la gestión del sistema educativo fue la Iglesia Católica. El pilar básico del sistema educativo franquista era la segregación entre niños y niñas en las aulas, quienes recibían una educación adecuada, o conforme a las aspiraciones e ideología del régimen. De este modo, crearon su propio prototipo de mujer, siguiendo el canon burgués católico decimonónico, y que, además, negaba su autonomía fuera de la familia y recluía su actividad a la esfera doméstica, de manera que, sus funciones principales eran las de ser madres y esposas. Esta forma de entendimiento de la mujer se propagó e inculcó durante años en las aulas, a través de asignaturas específicas como las Enseñanzas en el Hogar³²⁹.

En plena Guerra Civil, se promulgó la Ley de Reforma de la Enseñanza Media de 1938³³⁰. La finalidad que se persigue, iniciando las reformas en las enseñanzas medias, era la de cambiar el régimen educativo para favorecer la formación para el trabajo industrial que tan buenos resultados había dado en el resto de Europa³³¹. Con posterioridad, se aprobó la Ley sobre la ordenación de la Universidad española³³². La principal modificación que se introduce está relacionada con el control intelectual de los profesores: éstos necesitaban la certificación de la Secretaría General del Movimiento, la

³²⁸ Vide Juan Antonio LORENZO VICENTE, “La enseñanza media en España (1938-1953): El modelo establecido en la ley de 20 de septiembre de 1938 y la alternativa del anteproyecto de 1947”, *Historia Educativa*, 17, (1998), pp. 72-73.

³²⁹ Vide Decreto de 28 de diciembre de 1939, sobre funciones de la Sección Femenina de la Falange Española Tradicionalista y de la JONS, artículo segundo: «A la Delegación Nacional de la Sección Femenina se le encomienda con carácter exclusivo: a) la movilización, encuadramiento y formación de las afiliadas pertenecientes a la Sección Femenina de la Falange Española y Tradicionalista y de la J.O.N.S.; b) la formación política y educativa profesional de las mujeres encuadradas en la restantes secciones del Movimiento. La preparación específica para los distintos servicios se hará bajo la disciplina de la Sección Femenina y la intervención de éstos; c) la disciplina de formación para el hogar de las mujeres pertenecientes a los Centros de Educación, Trabajo, etc. Dependientes del Estado, de acuerdo con los respectivos Ministerios».

³³⁰ Vide Ley de Reforma de la Enseñanza Media, de 23 de septiembre de 1938.

³³¹ *Ibidem* Preámbulo: «Iniciase con la reforma de la parte más importante de la Enseñanza Media (el Bachillerato Universitario) porque el criterio que en ella se aplique ha de ser noma y módulo de toda reforma, eficaz para, una modificación de este grado de Enseñanza es el instrumento más eficaz para, rápidamente influir en la transformación de una Sociedad y en la formación intelectual y moral de sus futuras clases directoras».

³³² Vide Ley de 29 de julio de 1943, sobre ordenación de la Universidad española.

cual acreditaba su solidaridad con el régimen, así como también, la inculcación de los valores y principios del mismo para poder impartir docencia³³³.

Y, no será hasta el año 1945 cuando se reforme la enseñanza primaria³³⁴, dividiendo los procesos de enseñanza en dos etapas diferenciadas: una general, que iría desde 6 a los 10 años, y otra de carácter especial que transcurriría desde los 10 a los 12 años. De esta forma, a partir de los 10 años se produce una diversificación entre el alumnado, aquellos que se marchan a estudiar el bachillerato, y, por ende, después la carrera universitaria; y aquellos otros que no tenían acceso a la educación especializada, y directamente se incorporaban en el mercado laboral, sin mayor formación que la lecto-escritura. Y, por último, se entró en vigor la Ley de Formación Profesional³³⁵, que venía a introducir parámetros similares a los regulados en la época de Primo de Rivera. Como era de esperar, y en aras de atender las necesidades del mercado, lo que se hacía era ensalzar las profesiones dedicadas a la industria, y las históricamente relacionadas con los oficios tradicionales.

No obstante, a lo largo de la vigencia del régimen, las normas básicas sufrirán modificaciones parciales. Por ejemplo, la Ley de Enseñanzas Media³³⁶, mediante la que se pretende una mejor formación del alumnado y se genera una obligación de formación hasta los 14 años. Sin embargo, no será hasta la Ley General de Educación de 1970³³⁷, llevado a cabo por el Ministro Villar Palasí, cuando se generalice la obligación de enseñanza a los menores. La redacción de la misma está directamente relacionada con el decaimiento del régimen franquista, buscando mayores apoyos sociales, y los problemas relacionados con la formación de los futuros trabajadores y los cambios del mercado laboral. Esta norma será la base del Sistema Educativo Español una vez entrada la democracia.

³³³ *Ibidem* Artículo cincuenta y ocho: «El ingreso en el Cuerpo de Catedráticos numerario de Facultad de las Universidades se hará mediante oposición, cuyo procedimiento será objeto de un Reglamento, de acuerdo con los siguientes principios: Cuarto. La firme adhesión a los principios fundamentales del Estado, acreditada mediante certificación de la Secretaría General del Movimiento».

³³⁴ *Vide* Ley de 17 de julio de 1945, sobre educación primaria.

³³⁵ *Vide* Ley de 16 de julio de 1949, de Bases de Enseñanza Media y Profesional.

³³⁶ *Vide* Ley de 26 de febrero de 1953 sobre ordenación de la Enseñanza Media

³³⁷ *Vide* Ley 14/1970, de 4 de agosto, General de Educación y Financiamiento de la reforma educativa.

2.3.3. La configuración del régimen de la Seguridad Social en España.

La norma base sobre la que se articula el régimen franquista en materia de seguridad social es el Fuero del Trabajo³³⁸, dentro de su ámbito de asistencia y protección³³⁹, se incluye a los distintos sectores de trabajadores: artesanos³⁴⁰, agricultores³⁴¹, pescadores³⁴² o al proletariado en sí mismo, a diferencia de lo que ocurría en la norma anterior. Para algunos autores, esta norma no tiene como finalidad la de regular las condiciones laborales y el régimen de protección de los trabajadores, sino que, como ocurre en Europa en ese momento en los regímenes totalitarios, se pretendía conectar con los ciudadanos implantando medidas de “captación de masas”, para convertirlos en colaboradores y defensores de la dictadura³⁴³.

Por ello, la protección que se ofrecía era escasa, tanto en calidad como en cantidad, e ineficiente, puesto que su principal objetivo era generar una conciencia ideológica de apoyo al régimen dictatorial. Además, no se puede obviar que su establecimiento supone un retroceso en el régimen de seguros sociales, dado que, se elimina toda nota de obligatoriedad. No obstante, se implantan algunas modificaciones en el régimen de

³³⁸ Vide Ley de 10 de marzo de 1938, por la que se publica el Fuero del Trabajo, Preámbulo: «*Renovando la Tradición Católica, de justicia social y alto sentido humano que informó nuestra legislación del Imperio, el Estado Nacional en cuanto es instrumento totalitario al servicio de la integridad patria y Sindicalistas con cuento representa una reacción contra el capitalismo liberal y el materialismo marxista, emprende la tarea de realizar (con aire militar, constructivo y gravemente religioso) la Revolución que España tiene pendiente y que ha de devolver a los españoles, de una vez para siempre, la Patria, el Pan y la Justicia. Para conseguirlo (atendiendo por otra parte a cumplir las consignas de Unidad, Libertad y Grandeza de España) acude al plano de lo social con la voluntad de poner la riqueza al servicio del pueblo español, subordinando la economía a su política*».

³³⁹ *Ibidem* Título X: «1. La previsión proporcionará al trabajador la seguridad de su amparo en el infortunio. 2. Se incrementarán los seguros sociales de: vejez, invalidez, maternidad, accidentes de trabajo, enfermedades profesionales, tuberculosis y paro forzoso, tendiéndose a la implantación de un seguro total. De modo primordial se atenderá a dotar a los trabajadores ancianos de un retiro suficiente».

³⁴⁰ *Ibidem* Título IV: «*El artesano (herencia viva de un glorioso pasado gremial será fomentado y eficazmente protegido por ser proyección completa de la persona humana en su trabajo y suponer una forma de producción igualmente apartada de la concentración capitalista y del gregario marxista*».

³⁴¹ *Ibidem* Título V: «*Las normas de trabajo en la empresa agrícola se ajustarán a sus especiales características y a las variaciones estacionales impuestos por la naturaleza*».

³⁴² *Ibidem* Título VI: «*El Estado atenderá con máxima solicitud a los trabajadores del mar, dotándoles de instituciones adecuadas para impedir la depreciación de la mercancía y facilitarle el acceso a la propiedad de los elementos necesarios para el desempeño de su profesión*».

³⁴³ Vide Manuel ORTIZ HERAS y Damián GONZÁLEZ MADRID, “Las políticas sociales en la España del S. XX. De la dictadura franquista a la transición”, en María Isabel PORRAS GALLO, *La erradicación y el control de las enfermedades infecciosas*, La Catarata, Madrid, 2016, p. 132.

protección social que, sin embargo, no entran en vigor hasta el inicio de la Dictadura, como el Régimen Obligatorio de Subsidios Familiares³⁴⁴.

Una vez terminada la Guerra Civil, el régimen de seguros sociales se asienta sobre la figura del Instituto Nacional de Previsión, creado durante el reinado de Alfonso XIII. El sistema de prestaciones sociales se limitaba a las aportaciones que realizaban trabajadores y empresarios a la Seguridad Social, basándose en el principio de solidaridad intergeneracional de las clases activas. Y, en lo que respecta a la gestión de los mismos, se elimina la posibilidad de que las compañías privadas pudieran prestar servicios de aseguramientos sociales. Como consecuencia, las mutuas asumirán la gestión de las prestaciones sociales, pero bajo una regulación conjunta promovida por el Estado³⁴⁵, cuya dirección queda en manos de la Dirección General de Previsión del Ministerio de Trabajo³⁴⁶ que será la encargada de controlar y gestionar las mutualidades y Montespíos³⁴⁷.

³⁴⁴ Vide Ley de Bases creando el Régimen Obligatorio de subsidios familiares, 18 de julio de 1938, Primera: «Se crea por la presente Ley un Régimen Obligatorio de Subsidios Familiares, cuyo fin es proporcionar a los trabajadores por cuenta ajena, un auxilio económico en relación con el número de hijos o asimilados a ellos que tengan a su cargo y vivan en su hogar, mediante el reparto equitativo de estas cargas familiares entre todos los que han de contribuir a costearlas. 2. Tendrán derecho al subsidio los trabajadores por cuenta ajena, cualquiera que sea su estado civil, edad, sexo, forma y cuantía de la remuneración y clase de trabajo, que tengan hijos o asimilados a ellos que vivan a su cargo y en su hogar, y que sean menores de catorce años. Esta edad podrá ser ampliada en los casos que el Reglamento especifique. 3. El Reglamento determinará los patronos, trabajadores, hijos o asimilados que deban quedar exceptuados del régimen definitiva o transitoriamente».

³⁴⁵ Vide Dolores DE LA CALLE VELASCO, “Mutualidades laborales en el régimen de Franco”, en *Congreso de la Asociación Española de Historia Económica*, Murcia, 2008, pp. 3-4.

³⁴⁶ Vide Ley de 6 de diciembre de 1941, de Mutualidades, Preámbulo, «La concurrencia de tales circunstancias obliga al Nuevo Estado a intervenir en el campo de la previsión del seguro social de carácter privado, reglamentando y vigilando, tanto en su desenvolvimiento administrativo como técnico, a las entidades dedicadas al expresado género de actividades, que fueron exceptuadas de la expresada Ley de catorce de mayo de mil novecientos ocho, y disponiendo que sean tuteladas por el Ministerio de Trabajo, por medio de la Dirección General de Previsión, en la cual se creó, por Orden de cuatro de diciembre de mil novecientos cuarenta, una Sección destinada a tal fin».

³⁴⁷ *Ibidem* Artículo 1: «Se considerarán mutualidades o montepíos, a los efectos de la presente Ley, las asociaciones que con aquella denominación o con cualquiera otra, y sin ánimo de lucro, ejercen una modalidad de previsión de carácter social o benéfico, encaminada a proteger a sus asociados o a sus bienes contra circunstancias o acontecimientos de carácter fortuito y previsible a los que están expuestos mediante aportaciones directas de los asociados o procedentes de otras entidades o personas protectoras. Quedan excluidas de los preceptos de la presente Ley las entidades de tipo mutualista que ejerzan el seguro de carácter distinto al de previsión social, las cuales continuarán sometidas al Ministerio de Hacienda en los términos de la Ley reguladora de las sociedades de seguros de catorce de mayo de mil novecientos ocho y disposiciones complementarias. Las entidades que se denominen mutualidades y estén comprendidas en la presente Ley, deberán incluir en su denominación la palabra «previsión» o cualesquiera otras expresivas de la finalidad benéfica o social que las caracteriza. Las mutualidades aseguradoras de accidentes del trabajo seguirán sometidas a su legislación especial».

Las mutualidades promovían un sistema de protección individual de la persona, basado en la concepción feudal de los gremios, imitando el modelo corporativista, y no en la unión de la clase trabajadora, como surge en el resto de Europa. No obstante, la norma recoge la posibilidad de una organización sindical de los trabajadores, pero a través de los sindicatos verticales³⁴⁸. De este modo, y pese al control del Gobierno, los movimientos sindicales, que no querían perder poder, montaron sus propias mutualidades obreras, configurando organizaciones independientes por sectores y tipos de industria. Sin embargo, en España los sindicatos no tuvieron el éxito europeo, debido principalmente a su desorganización y el espíritu propagandística de la ideología de sus acciones³⁴⁹.

Las acciones en materia de seguros sociales ejecutadas por el régimen eran retrógradas e insuficientes, si se comparan con el modelo seguridad social universal y redistributivo, sustentando sobre un Estado democrático. Así, mientras en la mayor parte de Europa los obreros se habían sublevado solicitando sus derechos y garantías para su consecución, implantando un nuevo contrato social como una medida de conformar a las masas, en España no fue necesario. La imposición de la dictadura era suficiente para la mantener el orden, por lo que, los derechos sociales y las políticas de protección como garantía, no eran vistas como necesarias para el control y contenido social. De forma que, cualquier medida que se adoptaran por el Gobierno, aún siendo migajas de las consecuencias de los países vecinos, eran bien recibidas.

El régimen de seguros sociales se ampliará durante la dictadura a través de distintas normas. En 1942 se constituyó el seguro Plus Familiar³⁵⁰, por el que se amplía

³⁴⁸ *Vide* Ley de 10 de marzo de 1938, por la que se publica el Fuero del Trabajo, Título XIII: «1. La Organización Nacional sindicalista del Estado se inspirará en los principios de Unidad, Totalidad y Jerarquía. 2. Todos los factores de la economía serán encuadrados por ramas de la producción o servicios, en sindicatos verticales. Las profesiones liberales y técnicas se organizarán de modo similar, conforme determinen las leyes. 3. El sindicato vertical es una Cooperación de derecho público que se constituye por la integración en un organismo unitario de todos los elementos que consagran sus actividades al cumplimiento del proceso económico, dentro de un determinado servicio o rama de la producción, ordenado jerárquicamente bajo la dirección del Estado. 4. Las jerarquías del sindicato recaerán necesariamente en militantes de la F.E.T. y de las J.O.N.S. 5. El sindicato vertical es el instrumento al servicio del Estado, a través del cual realizará principalmente su política económica. Al sindicato corresponde conocer los problemas de la producción y proponer sus soluciones, subordinándolas al interés nacional. El sindicato vertical podrá intervenir por intermedio de órganos especializados en la reglamentación, vigilancia y cumplimiento de las condiciones de trabajo».

³⁴⁹ *Vide* Francisco COMÍN COMÍN, “Las formas históricas del Estado de Bienestar: el caso español”, en Berta ÁLVAREZ MIRANDA y otros, *Dilemas del Estado de Bienestar*, Fundación Argentaria, Madrid, 1996, p. 43.

³⁵⁰ *Vide* Ley de 18 de junio de 1942, del régimen de subsidios familiares, Preámbulo: «En el desarrollo de la política nacional de protección familiar, destaca por su importancia la legislación relativa al Régimen

el régimen de ayuda familiar hasta abarcar a todos los trabajadores de la industria y el sector servicios. Sin embargo, esta institución no recibía financiación externa, por lo que seguía siendo sufragado por las empresas y los trabajadores³⁵¹. Además, esta metodología de seguros descartaba incentivar el trabajo femenino, fomentando el modelo tradicional de familia, donde el hombre era la cabeza visible para ejercer la protección familiar³⁵².

Con posterioridad, el seguro del Retiro Obrero Obligatorio es sustituido por el Subsidio de Vejez e Invalidez³⁵³, gestionado por el Instituto Nacional de Previsión. Este subsidio se caracterizaba por cubrir solo los gastos de los asalariados con ingresos reducidos³⁵⁴. Y, entre sus funciones, también tenía encomendado valorar los grados de invalidez que presentaba cada persona, cuyos requisitos para su consecución estaban ampliamente restringidos. En consecuencia, sólo los casos más extremos terminaban por reunir las condiciones para conseguir la percepción de la prestación³⁵⁵.

obligatorio de Subsidios Familiares. Merced a su aplicación resultan mejoradas las condiciones económicas del hogar en atención a los hijos de los trabajadores, se favorece la constitución de nuevos núcleos familiares en el régimen de Préstamos Nupciales, se premian como actos de ciudadanía ejemplar los casos de fecundidad en el matrimonio, y finalmente, se atiende al fallecimiento de sus asegurados, a sus viudas y huérfanos. Pero la existencia de cantidades excedentes en el desenvolvimiento del Régimen de Subsidios Familiares permite ampliar en su nuevo aspecto la protección y tutela que a su amparo alcanzan los trabajadores, facilitándoseles el ingreso en el Seguro de Maternidad de las esposas de los asegurados en el Régimen de Subsidios Familiares, sin que por este importante servicio hayan de satisfacer cantidad alguna las Empresas ni las interesadas. Por otra parte, el imperfeccionamiento de la asistencia sanitaria del Seguro de Maternidad justifica la inversión de fondos de reserva de la Caja Nacional de Subsidios Familiares, en cuantía prudencial, en la construcción de inmuebles destinados a Establecimientos de Maternología y de Prevención Infantil».

³⁵¹ Vide Francisco COMÍN COMÍN, “Las formas históricas del Estado de Bienestar: el caso español”, en Berta ÁLVAREZ MIRANDA y otros, *Dilemas del Estado de Bienestar*, Fundación Argentaria, Madrid, 1996., p. 44.

³⁵² Vide Carmen MOLINERO RUIZ, *La captación de las masas. Política social y propaganda en el régimen franquista*, Cátedra, Madrid, 2005, pp. 113-115: «Más que una protección contra el riesgo de miseria de las familias por el aumento de hijos sirvió para apuntar la institución familiar, pilar de la sociedad y responsable de poblar la nación de españoles sanos para su defensa y prosperidad».

³⁵³ Vide Ley de 1 de septiembre de 1939, sustituyendo el régimen de capitalización en el Retiro Obrero por el de pensión fija, aumentado la pensión actual y convirtiendo las Cajas Colaboradores en Delegaciones del Instituto Nacional de Previsión, Preámbulo: «Las orientaciones fundamentales contenidas en la Declaración X del Fuero del Trabajo, deben concretarse en normas legales que sean fiel exponente del alto espíritu que las informa. Entre estos postulados esenciales destaca el Fuero la necesidad de amparar al trabajador en su infortunio, incrementando el seguro de vejez y atendiendo de modo primordial a dotar a los trabajadores ancianos de un retiro suficiente».

³⁵⁴ *Ibidem* Artículo primero: «El régimen actual de capitalización para el percibo de pensiones por retiro obrero, se sustituye por el pago de pensiones fijas, en concepto de subsidio de vejez, y en cuanto al procedimiento de cobro, por cuotas patronales en proporción a los salarios. Esta sustitución quedará ultimada el primero de enero de mil novecientos cuarenta, en cuya fecha empezará a funcionar el nuevo régimen».; y Artículo tercero: «El subsidio de vejez será de tres pesetas diarias».

³⁵⁵ Vide Ley de 1 de septiembre de 1939, sustituyendo el régimen de capitalización en el Retiro Obrero por el de pensión fija, aumentado la pensión actual y convirtiendo las Cajas Colaboradores en Delegaciones del Instituto Nacional de Previsión, artículo sexto: «Tendrán derecho a cobrar este subsidio los obreros que

Una vez consolidado el régimen franquista en el poder, se comienzan a tomar decisiones sobre el mercado económico y los sectores estratégicos que favorecían el crecimiento del país. Por ello, la configuración del régimen de seguridad social tiene en su génesis el intento de configurar el modelo industrial económico que tan buenos resultados estaba dando en el resto del continente. De este modo, lo que se pretendía con la norma era crear un régimen de seguridad social que premiara la estabilidad del trabajo y las jornadas de máxima duración.

El problema es que, con estos parámetros, muchos otros trabajadores quedaban excluidos del sistema de protección general. No obstante, aunque el objeto era apostar por una fuerte industrialización de la actividad económica, esta no llegó a conseguirse. En España, en esta época el 70% de la población se dedicaba al sector agrario. Por ello, a partir de 1942³⁵⁶ se promueve la ampliación del seguro de enfermedad³⁵⁷ y se configura el régimen especial agrario³⁵⁸, para dar cabida dentro del sistema a una gran parte de la población.

No obstante, con posterioridad, se promulgará el Fuero de los Españoles, que viene a recoger unas indicaciones concretas en materia de seguros sociales en España:

«El Estado Español garantiza a los trabajadores la seguridad de amparo en el infortunio y le reconoce el derecho a la asistencia en los casos de vejez,

hayan cumplido sesenta y cinco años de edad y los mayores de sesenta que padezcan invalidez laboral producida por causas independientes de accidentes del trabajo».

³⁵⁶ Vide Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, *Incidencia del Estatuto Básico del Empleado Público en el acceso al empleo del personal de los servicios de salud*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2011, pp. 27 y ss.

³⁵⁷ Vide Ley de 14 de diciembre de 1942, por la que se crea el seguro obligatorio de enfermedad, Preámbulo: *«El seguro de enfermedad, establecido en muchos países de Europa, no se había implantado en España como consecuencia de las luchas imperantes entre los diversos partidos políticos, en los que los intereses particulares en juego impedían esta realización. Superadas estas luchas y promulgado el Fuero del Trabajo, en cuya declaración décima se ordena el establecimiento de un seguro total, se dispuso por el Ministerio de Trabajo el estudio y redacción de esta Ley, en que, recogiendo las experiencias necesarias, se plasmase en una realidad este seguro, con carácter obligatorio para los productores económicamente débiles y con la amplitud y generosidad propia de nuestra Revolución Nacional Sindicalista».*

³⁵⁸ Vide Ley de 10 de febrero de 1943 sobre el régimen especial de los seguros sociales en Agricultura, artículo primero: *«Los Regímenes obligatorios de subsidios familiares y de vejez quedarán organizados, en cuanto a los trabajadores agrícolas, forestales y pecuarios, con arreglo a las normas contenidas en esta Ley y a las de su Reglamento. Las cuotas para los indicados subsidios serán proporcionadas a la contribución territorial rústica y recaudadas simultáneamente con ella. Los beneficios se liquidarán a partir de la fecha de la publicación del Reglamento de esta Ley, a medida que se haga la afiliación por los trabajadores beneficiarios».*

muerte, enfermedad, maternidad, accidentes del trabajo, invalidez, paro forzoso y demás riesgos que pueden ser objeto de seguro social»³⁵⁹.

Con la finalidad de dar contenido a este artículo, en 1947, el Subsidio de Vejez e Invalidez se transformó en el Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI)³⁶⁰. Este seguro concedió prestaciones económicas de cuantía fija, cuyas cuotas corrían a cargo exclusivo del empresario salvo que, a veces, eran complementadas con subvenciones estatales³⁶¹. Tras la implantación del SOVI, se configuró un sistema de reparto, a través del cual, las prestaciones de las pensiones se financiaban por las cotizaciones ingresadas en el ejercicio. Las aportaciones al sistema se calculaban a través de un porcentaje de la nómina de los trabajadores: 1% de la misma con la que contribuía el trabajador, y un 5% que era sufragado por el empleador. Sin embargo, la cuantía que recibía el pensionista era francamente incompatible con el desarrollo de una vida digna³⁶².

Pero, además, tras abandonarse los principios de actualización, y ser sustituidas por un sistema intergeneracional de recursos, el SOVI se vio en una situación límite: la continua revalorización de las pensiones terminó por descapitalizar el sistema³⁶³. De esta forma, la descapitalización, junto con un sistema donde el Estado no aportaba una cuantía significativa para su sostenimiento, tenía como consecuencia una relación directa entre

³⁵⁹ *Vide* FUERO DE LOS ESPAÑOLES, 18 de julio de 1945. Se considera una de las ocho normas básicas sobre las que se asentaba el sistema dictatorial franquista.

³⁶⁰ *Vide* Decreto de 18 de abril de 1947 por el que se crea la Caja Nacional del Seguro de Vejez e Invalidez, y preparando un sistema de protección para este último riesgo, Preámbulo: «*La experiencia acreditada que el sistema de Cajas Nacionales dotadas de la necesaria autonomía ha hecho posible la organización, puesta en marcha y gestión de los seguros sociales con características de agilidad y eficacia que aconsejan la creación de un órgano semejante para el perfeccionamiento del Régimen de Vejez y la implantación y gestión del nuevo seguro de invalidez, con el fin de que queden debidamente servidos los cometidos que en el presente Decreto se le encomiendan y que deben relacionarse también con lo previsto en el artículo 22 de la Orden de 2 de febrero de 1940, para iniciar la transformación del sistema financiero, que, después de quedar debidamente consolidado, puede pasar del actual reparto simple a otro más técnico de base actual que puedan ofrecer a las generaciones afiliadas más jóvenes el estímulo de alcanzar una mayor pensión incrementada en proporción a las cotizaciones realizadas*».

³⁶¹ *Vide* Diego GRACIA GUILLÉN, “Salud y protección de la salud en la España Constitucional (1978-2018)”, en Benigno PENDAS GARCÍA, *España constitucional (1078-2018) trayectorias y perspectivas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, p. 1167.

³⁶² *Vide* Francisco COMÍN COMÍN, “Las fases históricas de la Seguridad Social en la España del S. XX”, en José Luis TORTUERO PLAZA, *Cien años de protección social en España*, Ministerio de Trabajo, Madrid, 2007, p. 670.

³⁶³ *Vide* Francisco COMÍN COMÍN “Las formas históricas del Estado de Bienestar: el caso español”, en Berta ÁLVAREZ MIRANDA y otros, *Dilemas del Estado de Bienestar*, Fundación Argentaria, Madrid, 1996, pp. 43-44.

ancianidad y pobreza. A lo que, si sumamos un Sistema Nacional de Salud que, continuaba siendo más una institución de caridad que un instrumento de protección de la salud, tenemos una generación condenada al hambre y a la miseria.

Durante la segunda etapa del régimen se tomaron algunas medidas paliativas para intentar frenar la pobreza y las situaciones de necesidad en ciertos sectores poblacionales. Entre 1953³⁶⁴ y 1962 se desarrollaron los Seguros Sociales de base profesional, que eran conocidos coloquialmente como los de “régimen especiales”. Entre ellos se encuentra el de estudiantes, de empleados de hogar, el agropecuario y el de mar. Además, en 1954 se crea la Caja Nacional de Paro Tecnológico, para ayudar a aquellos que se encontrasen desempleados a causa de las innovaciones tecnológicas. Sin embargo, para poder acceder a la prestación era necesario que previamente éstas hubieran sido aprobadas por el régimen, en relación con los puestos de trabajo y empresas que eran eliminados, por lo que había que cumplir una serie de condiciones difíciles para la mayoría de los trabajadores³⁶⁵.

A partir de 1955 se reconoció a las viudas de los asegurados acceder a una prestación, pero para ello había que cumplir con una serie de requisitos (prácticamente inalcanzables en la época): debían de tener más de 65 años, no tener derecho a pensión contributiva por haber desempeñado un trabajo, y haber contraído matrimonio con el asegurado al menos diez años antes de la fecha de su fallecimiento³⁶⁶. Más que paliar las adversidades de este sector poblacional, se convertían en un cebo de creencia en el funcionamiento del sistema. No sólo por los requisitos que había que cumplir, sino que, además, la cuantía que recibían era la mitad de las que se tenía acceso por la prestación de

³⁶⁴ Vide Pedro GONZÁLEZ MURILLO, “El control del desempleo durante el primer franquismo a través del Servicio Nacional de Encuadramiento y Colocación y la Obra sindical de Lucha contra el Paro”, *Aportes*, 36, (1998), pp. 115: «en 1953, el seguro obligatorio no llegaba a cubrir las necesidades ni a 1 de cada 5 agricultores».

³⁶⁵ Vide Francisco COMÍN COMÍN “Las formas históricas del Estado de Bienestar: el caso español”, en Berta ÁLVAREZ MIRANDA y otros, *Dilemas del Estado de Bienestar*, Fundación Argentaria, Madrid, 1996, p. 45.

³⁶⁶ Vide Decreto-Ley de 2 de septiembre de 1955, que eleva la presentación del seguro de vejez e invalidez, artículo 3: «Caja Nacional del Seguro de Vejez e Invalidez del Instituto Nacional de Previsión concederá con cargo a sus fondos una prestación a las viudas de los trabajadores beneficiarios del expresado Seguro, o de aquellos que hubieren tenido derecho a él que fallezcan con posterioridad a la fecha de entrada en vigor del presente Decreto-Ley, siempre que reúnan las condiciones siguientes: a) Haber cumplido 65 años de edad o encontrarse totalmente incapacitado para todo trabajo; b) Que no tenga derecho al Seguro de Vejez o de Invalidez; c) Que hubiese contraído matrimonio, por lo menos, con diez años de antelación a la fecha del fallecimiento del causante; d) Que hasta la fecha del fallecimiento del esposo hubiera convivido en matrimonio y, en caso de separación, sólo se concederá la prestación cuando no se hubiese producido por culpa de la mujer».

jubilación³⁶⁷. Así, estas prestaciones fomentaban la mayor vulnerabilidad de las mujeres, que aún demostrando que carecían de recursos para su supervivencia, recibían una cuantía mísera que terminaba condenándolas a vivir en la pobreza.

Con posterioridad, se pondrá en marcha el Seguro Nacional de Desempleo en 1961, en el que llama especialmente la atención la justificación que se realiza sobre la constitución del mismo:

«(...) La tarea de transformar progresivamente a la nación produce inevitables situaciones del paro llamado friccional, signo de una economía en evolución, que tienen que ser atendidas, aun cuando por su número no afecten gravemente a la vida pública, porque son catastróficas para las débiles economías a quienes afecta, y por ello exigen se implante un Seguro que atienda a estas situaciones transitorias, pero muchas veces fatales para los que las sufren. Por otra parte, un Seguro de esta índole que no se apoyase en una política de creación de riquezas y trabajo llegaría a pesar ruinosamente e incluso a paralizar las energías vitales de aquel Estado que pretendiese con el establecimiento de unas pensiones sustituir para masas de ciudadanos el medio digno y auténtico de obtener un sustento»³⁶⁸.

Solamente con leer el preámbulo ya queda identificada la intencionalidad y el fin con que se constituye el Seguro Nacional de Desempleo. El primer objetivo es dejar claro que no es un instrumento de carácter permanente, y de cuyos recursos puedan vivir las familias de forma ilimitada. Más bien, todo lo contrario: es una institución temporal, ya que su constitución parece transitoria a la producción de una recuperación económica. Además, las condiciones para beneficiarse del mismo son prácticamente inalcanzables para la sociedad de la época.

Por ello, entender este sistema como uno de los ejes de actuación del Gobierno para la protección social resulta, al menos, cuestionable. En este momento España necesita abrir la frontera ideológica con Europa, y entrar a formar parte de la que será

³⁶⁷ Vide Decreto-Ley de 2 de septiembre de 1955, que eleva la presentación del seguro de vejez e invalidez, artículo 4: «la cuantía de la prestación de viudedad será el 50 por 100 del importe del subsidio que tuviere reconocido o hubiese correspondido al causante, y su percepción será compatible con las prestaciones que a las viudas otorga el Régimen Obligatorio de Subsidios Familiares».

³⁶⁸ Vide Ley 62/1961, de 22 de julio, por la que se implanta el Seguro Nacional de Desempleo, Preámbulo.

posteriormente la Unión Europea. Lo que hace pensar que esta es una medida propagandística para hacer creer desde el plano exterior de la configuración de un régimen social, y no de la existencia de una dictadura.

Y, no será hasta 1963, cuando se eliminen los cánones de rentas máximas para afiliarse a los Seguros Sociales, a excepción del Seguro de Enfermedad, mediante la promulgación de la Ley de Bases de la Seguridad Social³⁶⁹. Se inicia así la transición hacia un sistema de Seguridad Social universal que no culminará hasta las políticas desarrolladas tras finalizar la dictadura. Hay un sector de la doctrina que defiende el carácter novedoso de implantación de este régimen en el ámbito internacional, al unificar el entramado de protección social en un solo sistema. Sin embargo, esta idea no es del todo cierta, ya que, únicamente, trata de ampliar y consolidar las estructuras diseñadas por los regímenes anteriores³⁷⁰.

En consecuencia, la Ley de Bases de la Seguridad Social busca la unificación tanto en: los seguros sociales dentro del ordenamiento jurídico³⁷¹; en la financiación de las prestaciones; en la cuantía de las mismas, y en la propia gestión del sistema³⁷². La necesidad de modificación del régimen era más que evidente, puesto que, en 1962 las pensiones habituales eran de 400 pesetas, mientras que el primer salario mínimo interprofesional en España en el año 1963 era de 1.800 pesetas³⁷³.

³⁶⁹ Vide Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social.

³⁷⁰ Vide Ana M. GUILLÉN RODRÍGUEZ, *La construcción política del sistema sanitario español: de la postguerra a la democracia*, Exlibris, Madrid, 2000, pp. 77 y ss.

³⁷¹ Vide Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social, Preámbulo II. Acción protectora de la seguridad social, Uno: «Al estructurar un sistema de Seguridad Social, la Ley amplía su campo de aplicación en el que quedarán encuadrados todos los españoles que reúnan las condiciones previstas en la Base segunda, cualquiera que sea su actividad profesional. Por otra parte, la convicción de que la pertenencia a una determinada comunidad política no impide de ninguna manera el ser miembro de la familia humana, hace que se adopten criterios flexibles para extender también sus beneficios a los extranjeros».

³⁷² *Ibidem* Base decimosexta, artículo sesenta y nueve: «La gestión de la Seguridad Social se efectuará bajo la dirección, vigilancia y tutela del Ministerio de Trabajo, por Entidades gestoras, con plena capacidad jurídica y patrimonial para el cumplimiento de sus fines. Dichas Entidades gozarán del beneficio de pobreza a efectos jurisdiccionales, así como de exención tributaria absoluta, incluidas las tasas y exacciones parafiscales. Las Entidades gestoras de la Seguridad Social a que se refiere el párrafo anterior serán, en cuanto al régimen general, el Instituto Nacional de Previsión y las Mutualidades Laborales, y para los regímenes especiales mencionados en la Base tercera, los creados en las disposiciones que los regulen, sin perjuicio de lo dispuesto en los restantes números de esta Base. En la gestión de la Seguridad Social, y con los beneficios señalados en el párrafo primero, colaborará la Organización Sindical en la medida y condiciones que se establezcan».

³⁷³ Vide Begoña CAMPOS EGOZCUE, «La construcción de una política social de vejez en España: del franquismo a la normalización democrática», *Reis*, 73, 1996, pp. 244-244.

Además, la promulgación de esta norma debe ser contextualizada en una etapa de crecimiento económico, gracias al abandono del régimen de autoabastecimiento. Sin embargo, se va a tener que enfrentar a la necesidad de una gran reforma fiscal que ayudara a financiar el abastecimiento de las prestaciones de servicios. Pero, el miedo a una revolución social, o un nuevo alzamiento, pero esta vez por parte de los adeptos más liberales, frenaba y bloqueaba el margen de actuación del régimen³⁷⁴.

En consecuencia, la Ley de Bases adolecía de cierta problemática, tanto estructural como económica, desde su promulgación. En primer lugar, los ingresos que recibían estaban basados en cotizaciones tarifadas, fijadas por el gobierno de forma anual, y éstas no se asemejaban con la cuantía de los salarios siendo muy inferiores. El segundo de los problemas es que la unificación del sistema que se pretendía no terminó de alcanzarse. En tercer lugar, los problemas financieros del propio sistema van a influir en su configuración y, además, ésta estaba más dirigida a favorecer la financiación bancaria y de empresas públicas que a la rentabilidad del sistema para los trabajadores³⁷⁵. En cuarto lugar, se configura como un sistema de protección no homogéneo, es decir, de base profesional que permitía la continuidad de las mutualidades. Y, en quinto lugar, en lo que atiene a su financiación, continúan siendo los trabajadores, a través de sus aportaciones a la Seguridad Social, la base del sistema. Si bien, las aportaciones que se realizaban vía presupuestos generales eran claramente escasas e insuficientes. Así, ni siquiera en las situaciones donde existió un superávit de recursos, como consecuencia de un despunte de la economía apoyada por el crecimiento agrario, se usó para favorecer y ampliar las contingencias cubiertas del sistema³⁷⁶.

No obstante, este último problema de la proveniencia de la dotación económica del sistema intentó resolverse con la Ley de Financiación y Perfeccionamiento de 1972³⁷⁷.

³⁷⁴ Vide Damián GONZÁLEZ MADRID y Manuel ORTIZ HERAS, “El franquismo y la construcción del Estado de Bienestar en España”, en María Isabel PORRAS GALLO, *La erradicación y el control de las enfermedades infecciosas*, La Catarata, Madrid, 2016, pp. 375.

³⁷⁵ Vide Francisco COMÍN COMÍN, “Las formas históricas del Estado de Bienestar: el caso español”, en Berta ÁLVAREZ MIRANDA y otros, *Dilemas del Estado de Bienestar*, Fundación Argentaria, Madrid, 1996, pp. 45-46.

³⁷⁶ Vide Damián GONZÁLEZ MADRID y Manuel ORTIZ HERAS, “El franquismo y la construcción del Estado de Bienestar en España”, o.c., pp. 376 y ss.

³⁷⁷ Vide Ley 24/1972, de 21 de junio, de financiación y perfeccionamiento de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social, Preámbulo, «*En el propósito innovador de la nueva Ley destaca, ante todo, la adaptación de las cotizaciones a las retribuciones reales de los trabajadores, en forma análoga a la que se observa en materia de accidentes de trabajo, unificando y simplificando, por tanto, la cotización y sustituyendo el actual sistema de bases tarifadas según categorías profesionales, tan*

Así entre 1972 y 1974 se multiplicaron los servicios sociales complementarios, que estaban integrados en el sistema de prestaciones de la Seguridad Social. Además, en 1975 el Presupuesto de la Seguridad Social se convirtió en un anexo de los Presupuestos Generales del Estado, por tanto, debía de ser aprobado por las Cortes, y su ejecución se encontraba supervisada por la Intervención General de la Administración del Estado y el Tribunal de Cuentas³⁷⁸.

A pesar de esta reforma, el bajo presupuesto que se invertía en gasto social no contribuyó a la consolidación del sistema. Por ejemplo, en 1977 la financiación de España, vía presupuestos generales, era del 4%, cuando la media de Europa apuntaba al 30%. Y el umbral de crecimiento de gasto en protección social se mantuvo en el subdesarrollo en niveles comparativos: mientras en España se 1970 invertía el 9,5% del PIB o el 12,1 % en 1975, Alemania gastaba el 21,5 y el 28% respectivamente, situándose la media europea entre el 17,2% y el 20,1%. Con todo, España ya destinaba en 1980 el 56% del presupuesto a gasto social. Todavía en 1990 España ostentaba el gasto de protección social más bajo de Europa, un 18% frente a una media del 25,6% en Europa³⁷⁹.

De tal manera que, el modelo de protección social durante el régimen franquista se va a caracterizar por la insuficiencia del gasto público en la cobertura de la prestación, dejando la financiación del sistema, casi en su totalidad, a las aportaciones de patronos y asalariados. El sistema no preveía medidas para los ciudadanos más desprotegidos y que, sumado a un insuficiente desarrollo de los servicios sociales, provocaba acudir a la gestión privada de determinados servicios. Al final lo que termina por imponer es un sistema de seguridad social obligatorio, pero que incitaba al ahorro de los trabajadores.

distanciado de la realidad y causa de serias dificultades por las implicaciones entre categorías, salarios y bases de cotización, singularmente agravadas por la progresiva desigualdad entre las retribuciones de cada categoría y la creciente primacía del puesto de trabajo como elemento determinante del salario. Con esta medida se pretende alcanzar, ponderada y gradualmente, la suficiencia de las prestaciones económicas de cuantía variable, sustitutivas del salario, en especial de las pensiones y prestaciones por desempleo, al propio tiempo que se reajusta la estructura financiera de la Seguridad Social en función de las nuevas cotizaciones, lo que permitirá reducir sensiblemente los tipos y además de traducirse en una más equitativa redistribución de las rentas y aportaciones; supondrá un mayor acercamiento a los criterios generalmente adoptados por los sistemas de Seguridad Social de los países integrados en la Comunidad Económica Europea».

³⁷⁸ Vide Damián GONZÁLEZ MADRID y Manuel ORTIZ HERAS, “El franquismo y la construcción del Estado de Bienestar en España”, en María Isabel PORRAS GALLO, *La erradicación y el control de las enfermedades infecciosas*, La Catarata, Madrid, 2016, p. 47.

³⁷⁹ Vide Damián GONZÁLEZ MADRID y Manuel ORTIZ HERAS, “El franquismo y la construcción del Estado de Bienestar en España”, o.c., p. 374.

2.3.4. Las políticas sanitarias.

Durante el régimen, también se desarrollarán políticas de carácter sanitario. Sin embargo, éstas no son fácilmente identificables, puesto que dependen, en su mayoría, de lo dispuesto en la legislación del régimen de protección de la seguridad social. No obstante, si que se pueden diferenciar algunas normas estrictamente relacionadas con la protección de la salud. En este sentido, el propio Fuero de los Españoles señalaba:

«El Estado Español garantiza a los trabajadores la seguridad de amparo en el Infortunio y le reconoce el derecho a la asistencia en los casos de vejez, muerte, enfermedad, maternidad, accidentes de trabajo, invalidez, paro forzoso y demás, riesgos que pueden ser objeto de seguro social»³⁸⁰.

El contenido que se desprende de este artículo no se puede distinguir un verdadero derecho de protección de la salud, desligado del régimen de la seguridad social. Si bien, se reconoce el derecho a la asistencia en casos de enfermedad y maternidad, pero no concreta un auténtico derecho de protección a la salud semejante a los existentes en el resto de Europa. La principal diferencia se halla en la finalidad que persigue este artículo, puesto que, su objetivo es que los trabajadores retornaran cuánto antes a desempeñar su actividad laboral³⁸¹.

De este modo, siendo la norma suficiente para la reconstrucción de “*una España fuerte*” comienzan a reformarse las coberturas sanitarias de determinados sectores poblacionales, como la maternidad y la salud de los infantes, a través de la Ley de Sanidad maternal e infantil de 1941. Sin embargo, la norma no pretende acometer la finalidad de brindar la protección de un auténtico derecho a la salud, sino que, esta norma está ligada a la necesidad de crecimiento económico que pretendía el Gobierno, para salir de la asfixia económica propiciada por el sistema autárquico³⁸².

³⁸⁰ Vide FUERO DE LOS ESPAÑOLES, de 18 de julio de 1945, artículo 28.

³⁸¹ Vide Ana M. GUILLÉN RODRÍGUEZ, *La construcción política del sistema sanitario español: de la postguerra a la democracia*, Exlibris, Madrid, 2000, pp. 375 y ss.

³⁸² Vide Ley de 12 de julio de 1941, de Sanidad Infantil y Maternal, Preámbulo: «*La mortalidad materna e infantil ha mejorado notablemente en España en los últimos cuarenta años. No obstante, deseoso el Gobierno de mejorar en lo posible los factores demográficos positivos, estimulando la nupcialidad y natalidad, y combatir eficazmente los factores negativos del problema de población, aspira a reducir al*

Con posterioridad, se configura el seguro de enfermedad³⁸³ que será la base estructural de la asistencia sanitaria pública en España, los beneficiarios del sistema serán los asegurados y los miembros de la familia que con él convivan³⁸⁴, y para ello, resulta imprescindible formar parte del sistema productivo³⁸⁵. Dentro de las prestaciones del seguro se habla de una asistencia médica completa, tanto en los servicios de medicina general como dentro de las especialidades³⁸⁶, aunque luego se configura un régimen de limitaciones frente a la asistencia farmacéutica y de hospitalización³⁸⁷. Además, la prestación de la prestación de los servicios médicos del seguro se gestiona a través de la “Obra dieciocho de julio”, exceptuando las situaciones en las que existiera concierto con el Instituto Nacional de Previsión con cajas de empresas, o mutualidades³⁸⁸. Mientras que los médicos que prestan los servicios tendrán asignado una zona concreta de prestación,

mínimo la mortalidad materna e infantil, intensificando las obras de asistencia médica a ello encaminadas, encuadrándolas en el marco de los Servicios de Sanidad Nacional (...)».

³⁸³ *Vide* Ley de 14 de diciembre de 1942, por la que se crea el seguro obligatorio de enfermedad.

³⁸⁴ *Ibidem* Artículo octavo: «Serán beneficiarios del Seguro obligatorio de enfermedad los asegurados y sus familiares que vivan con ellos a sus expensas. A estos efectos, sólo se considerarán como familiares los cónyuges, ascendientes, descendientes y hermanos menores de dieciocho años o incapacitados de una manera permanente para el trabajo».

³⁸⁵ *Ibidem* Artículo tercero: «La presente Ley se aplicará con carácter obligatorio a todos los productores económicamente débiles, sin otras excepciones que las establecidas en el artículo noveno. En su día, oídos el Instituto Nacional de Previsión, la Dirección General de Sanidad y los organismos sindicales pertinentes, podrá establecerse, mediante Decreto del Ministerio de Trabajo acordado en Consejo de Ministros, el régimen de afiliación voluntaria de este seguro»; Artículo cuarto: «A los efectos de esta Ley, serán considerados productores todos aquellos que con su trabajo intervengan en España en un ciclo cualquiera de la producción, bien sea por su cuenta o por cuenta ajena, así como los que trabajan en su domicilio y los colocados en servicios domésticos»; Artículo quinto: «Se entenderán económicamente débiles los productores cuyas rentas de trabajo por todos los conceptos no excedan de los límites reglamentarios fijados. Asimismo, el Reglamento establecerá la manera de computar estas rentas, a los efectos de determinar la obligatoriedad de afiliación en el seguro».

³⁸⁶ *Ibidem* Artículo diez: «El Seguro prestará a sus beneficiarios una asistencia médica completa, tanto en los servicios de medicina general como en los de especialidades. El nivel mínimo de estos servicios constará en el Reglamento de esta Ley, de acuerdo con la Dirección General de Sanidad».

³⁸⁷ *Ibidem* Artículo doce: «El Seguro proporcionará a sus beneficiarios la asistencia farmacéutica necesaria hasta un plazo máximo de veintiséis semanas por año para los asegurados y de trece para sus familiares, mientras se presta la asistencia médica y sin otras restricciones que las dé no servir otros específicos que los incluidos en un petitorio revisable periódicamente»; Artículo trece: «El Seguro prestará el servicio de hospitalización hasta un límite de doce semanas por año para los asegurados y de seis para sus familiares beneficiarios del Seguro. Estos plazos podrán prorrogarse cuando las circunstancias lo aconsejen y el Instituto Nacional de Previsión lo acuerde. Esta prestación sólo será obligatoria, tanto para el Seguro como para el asegurado cuando así lo disponga el Servicio Médico del Seguro».

³⁸⁸ *Vide* Ley de 14 de diciembre de 1942, por la que se crea el seguro obligatorio de enfermedad, artículo 27: «La prestación de los Servicios médicos del Seguro se realizará a través de la “Obra Dieciocho de Julio”, excepto cuando en virtud de concierto directo con el Instituto Nacional de Previsión corra a cargo de instituciones dependientes del Estado, Provincia o Municipio, o, en su caso, instituciones públicas o privadas. En este último supuesto deberá preceder informe favorable de la Obra Dieciocho de Julio».

así como una remuneración en función de las familias que, previamente, se les haya fijado³⁸⁹.

No obstante, paralelamente a estas reformas, se desarrolla la Ley de Bases de Sanidad Nacional³⁹⁰. Esta norma consolida el sistema de gestión de disgregación de las instituciones, al mismo tiempo que, se habla de la lucha contra enfermedades concretas, la organización jerárquica del sistema, o del personal sanitario, técnico y administrativo³⁹¹. Sin embargo, es de destacar la organización y distribución de competencias, siempre dependiente del Ministerio de la Gobernación, a través de la Dirección General de Sanidad, que se hace del sistema en los siguientes grupos: servicios generales; inspección de centros y servicios; luchas sanitarias; servicios farmacéuticos³⁹²; sanidad veterinaria; y servicios especiales³⁹³.

Además, en lo que respecta a la prestación de servicios sanitarios, se distingue entre la organización provincial, donde se detallan las autoridades correspondientes y las funciones sanitarias de las que se provee a los ciudadanos³⁹⁴. En las que, también se puede

³⁸⁹ *Ibidem* Artículo treinta: «Cada Médico del Seguro tendrá a su cargo la asistencia de los beneficiarios que determinadamente se le asignen, residentes todos en una zona prefijada y cuyo número no excederá del que reglamentariamente se fije. Cuando haya varios Médicos que presten sus servicios en la misma zona, cada asegurado que en ella resida o a ella vaya a residir, tendrá derecho a elegir entre aquéllos, pero una vez elegido sólo podrá variar con autorización del Seguro; Artículo treinta y uno: La remuneración de los Médicos del Seguro estará constituida por una cantidad fija por cada familia que le hubiera sido designada».

³⁹⁰ *Vide* Ley de 25 de noviembre de 1944 de Bases de Sanidad Nacional, Preámbulo: «Puede afirmarse que los Servicios Sanitarios alcanzan ya tal extensión e influyen de una manera tan decisiva en la vida y desarrollo del país que no sólo justifican, sino que exigen, la existencia de una Ley de Sanidad que unifique servicios, reconozca organizaciones y costumbres sanitarias que sólo existen de hecho, modifique, modernizando, los Centros que por efecto de las nuevas conquistas van dejando de tener eficacia, que fomente la Sanidad en el medio rural, estimule el trabajo del personal en su doble misión profesional e investigadora y afronte, en fin, con la idea de perpetuidad de un Código y la flexibilidad propia de la Ley moderna, el encaje de los avances sanitarios futuros».

³⁹¹ *Vide* Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “El personal al servicio de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social”, en AAVV, *Estudios sobre Seguridad Social (60 años de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social)*, Organización Iberoamericana de Seguridad Social, Madrid, 2014, pp. 389 y ss.

³⁹² *Vide* Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “Crecimiento competencial compartido de las profesiones sanitarias”, en Jorge FERNÁNDEZ RUIZ y Teresita Rendón HUERTA BARRERA (Coordinadores), *El derecho administrativo ante la crisis actual del Estado liberal*, Porrúa, Guanajuato, 2018, pp. 968 y ss.

³⁹³ *Vide* Ley de 25 de noviembre de 1944 de Bases de Sanidad Nacional, Base primera.

³⁹⁴ *Ibidem* Base décima novena.

distinguir entre los centros secundarios³⁹⁵ y primarios de sanidad rural³⁹⁶. Y, la sanidad municipal, que corresponde a los alcaldes, o por su delegación a los jefes locales de sanidad, el cumplimiento de las disposiciones sanitarias de su propio Ayuntamiento³⁹⁷.

Con posterioridad, será la Ley de Bases de la Seguridad Social la que recoja la organización del sistema sanitario español³⁹⁸. Dentro de los servicios que se van a contemplar se incluye la medicina general, especialidades, el internamiento quirúrgico, así como el suministro de productos farmacéuticos y de prótesis³⁹⁹. Los beneficiarios del sistema público sanitario continuarán siendo los trabajadores y su núcleo familiar, de forma que, aquellos que estaban fueran del entramado social de producción, estaban

³⁹⁵ Vide Ley de 25 de noviembre de 1944 de Bases de Sanidad Nacional, Base vigésima primera: «los centros secundarios: son organizaciones intermedias entre los Institutos de Higiene de las capitales de provincia y los Centros primarios en los pueblos de escasa importancia sanitaria. Su misión será semejante a la de los primeros, aunque con un radio de acción mucho más reducido. Tendrán la finalidad de estudiar los problemas sanitarios del distrito en que estén enclavados y, muy especialmente, los de higiene mental e infantil en toda su extensión, epidemiología general, lucha contra la tuberculosis, dermatología e higiene social, saneamiento e higiene de la vivienda. Estarán enclavados en poblaciones de cierta importancia que, a ser posible, constituyan núcleos de comunicación o centros geográficos de regiones con problemas sanitarios semejantes».

³⁹⁶ *Ibidem* «los centros primarios: último escalón de los servicios sanitarios nacionales, su misión será la de contribuir a la profilaxis de enfermedades infecciosas mediante campañas de vacunación, y la de cooperar en las iniciativas de las organizaciones sanitarias superiores en los problemas de higiene infantil, vivienda, tuberculosis y paludismo en las zonas endemiadas».

³⁹⁷ *Ibidem* Base vigésima cuarta: «Los Ayuntamientos tendrá noma obligaciones mínima, en el orden sanitario, las siguientes: a) proporcionar aguas potables de pureza bacteriológica garantizada o, por lo menos, sanitariamente tolerable. Poseer un buen servicio de vigilancia y examen de alimento y bebidas; b) formación del padrón de viviendas. Formación de estadísticas de viviendas, su inspección y mejora en el grado más completo posible, señalando especialmente las insalubres a derribar y las insalubres reformables, así como los planes para extinción de las primeras y corrección de las segundas; c) ejercicio de una policía sanitaria en vías públicas, mercados, mataderos, lavaderos y cementerios; d) profilaxis de las enfermedades evitables, epidemiología, estudio y planes de mejoramiento de las características deficitarias de la población, desde el punto de vista sanitario; e) higiene de las escuelas y reconocimiento periódico de los escolares allí donde no alcance la red dispensarios de la organización provincial; f) evaluación de aguas negras y residuales, clausura de pozos negros y antihigénicos, supresión de aguas estancadas. Instalación de red de alcantarillado donde sea posible con carácter urgente o en etapas sucesivas; g) inspección de fábricas de embutidos, salazones, comercio de la rama de la alimentación, lecherías y establos; h) habilitación de locales adecuados para enfermos de carácter epidemiológico y de material para la práctica de desinfecciones y desinsectaciones; i) vacunaciones preventivas; j) sostenimiento de centros sanitarios locales».

³⁹⁸ Vide Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social, Veinte: «La asistencia sanitaria se organizará de modo que garantice, a través de un sistema coordinado, la recta aplicación de los medios conducentes a la recuperación y defensa de la salud, a la prevención de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, y al tratamiento que en tales casos haya de dispensarse. En su gestión colaborarán las Organizaciones Colegiales sanitarias en la forma que reglamentariamente se determine».

³⁹⁹ *Ibidem* Veintiuno: «En la asistencia sanitaria que garantiza la Seguridad Social quedan comprendidos: a) Los servicios de Medicina General, Especialidades, Internamiento Quirúrgico y Medicina de Urgencia, así como los de tratamiento y estancia en Centros y Establecimientos Sanitarios. b) El suministro: a') De fórmulas magistrales, especialidades y efectos o accesorios farmacéuticos. b') De prótesis de aparatos ortopédicos y su renovación, así como vehículos para inválidos».

fueran también de sus beneficios. Así sobre aquellos que no se garantizaba la prestación quedaban en manos de las antiguas instituciones como las casas de socorro. No obstante, años más tarde, se complementa este régimen a través del Estatuto de personal no sanitario al servicio de las instituciones sanitarias de la seguridad social, que viene a sustituir al Reglamento de Personal de Servicios Especiales de Oficio y Sulbalternos de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social. En este sentido, a través de este texto queda organizado las profesiones que se recogen dentro del estatuto y las funciones que tienen que llevar a cabo, así como también, sus derechos e incompatibilidades, y el régimen disciplinario⁴⁰⁰.

2.3.5. Los planes de asistencia social.

La protección de la asistencia social se sufraga mediante el Fuero de los Españoles, que viene a señalar que: «*El Estado mantendrá Instituciones de asistencia y amparará y propulsará las creadas por la Iglesia, las Corporaciones y los particulares*»⁴⁰¹.

La regulación jurídica del derecho deja en manos de la Iglesia Católica la promoción y el cuidado de la protección social, ya que el Estado sólo se compromete a mantener estas instituciones y propulsar las previamente configuradas. De este modo, las políticas de asistencia quedaban en manos de los religiosos, y no de una institución propia del Estado. En consecuencia, no se puede afirmar que la asistencia social fuese un verdadero eje de actuación sobre el que el Estado tenía la obligación de actuar, en la búsqueda y consecución del bienestar social. El Estado estaba convencido de que no era conveniente para la sociedad invertir gran parte de su presupuesto en acciones sociales, puesto que lo entendía que «*un exceso de generosidad estimularía conductas sociales incompatibles con el esfuerzo y la responsabilidad individual*»⁴⁰².

El Gobierno no había comprendido lo que en toda Europa ya era un hecho: apostar por las políticas sociales suponía indirectamente aumentar el desarrollo económico del

⁴⁰⁰ Vide Orden de 5 de julio de 1971, por la que se aprueba el Estatuto de Personal no Sanitario al Servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social.

⁴⁰¹ Vide FUERO DE LOS ESPAÑOLES, de 18 de julio 1945, artículo 29.

⁴⁰² Vide Damián GONZÁLEZ MADRID y Manuel ORTIZ HERAS, “El franquismo y la construcción del Estado de Bienestar en España: la protección social del Estado (1939-1986)”, *Pasado y memoria. Revista de Historia Contemporánea*, 17, (2018), p. 371.

país. Por ello el gasto social en esta época era insuficiente para cubrir las necesidades sociales. No obstante, se llevó a cabo una labor de propulsión de las instituciones de asistencia mediante la creación de un conjunto de obras asistenciales: la Obra Sindical del Hogar, Educación y Descanso; la Obra sindical del 18 de Julio; colonización; o lucha contra el paro. Sin embargo, estas se convirtieron en los «vehículos para la propaganda, el proselitismo, disciplinamiento y la fidelización política de sus beneficiarios, más que en eficaces sistemas para la igualdad y la justicia social»⁴⁰³.

Con posterioridad, será la Ley de Bases de la Seguridad Social la que se encargue de regular la asistencia social en España. El régimen y las disposiciones en el texto son muy abstractas, hasta el punto de que no permiten hablar de un auténtico derecho de asistencia y garantía de las necesidades sociales⁴⁰⁴.

3. La Constitución de 1978 y el nacimiento del Estado de Bienestar.

3.1. La transición española (1975-1978).

El período que transcurre desde la muerte del general Franco hasta la proclamación de la Constitución es un momento de expectación, en el que no se sabe

⁴⁰³ Vide Carmen MOLINERO RUÍZ, *La captación de las masas. Política social y propagando en el régimen fascista*, Cátedra, Madrid, 2005, p.135.

⁴⁰⁴ Vide Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social, artículo sesenta y seis: «Como complemento de las prestaciones correspondientes a las situaciones específicamente protegidas por la Seguridad Social, ésta podrá extender su acción a los servicios sociales que a continuación se mencionan, estableciendo para ello la oportuna colaboración con las Obras e Instituciones sindicales especializadas en los mismos: A) Higiene y Seguridad del Trabajo.—En conexión con los Servicios Generales de Seguridad e Higiene del Trabajo, corresponde a la Seguridad Social: a) La prevención de riesgos profesionales derivados de los ambientes de trabajo y del trabajador. b) Las medidas sanitarias y de tutela conducentes a lograr, individual o colectivamente, un óptimo estado sanitario. B) Medicina preventiva.—La Seguridad Social, en la extensión y términos previstos en la Base sexta, y previa la coordinación con la Sanidad Nacional, a los efectos de respetar las normas técnicas establecidas por aquélla con carácter general, podrá efectuar campañas de medicina preventiva. Asimismo, le corresponderá la preparación y desarrollo de los programas que se formulen al efecto. C) Reeducación y rehabilitación de inválidos.—El régimen de Seguridad Social organizará, con la amplitud necesaria, los Centros y Servicios de recuperación fisiológica, reeducación, readaptación y rehabilitación profesional de los trabajadores inválidos. D) Acción formativa.—La Seguridad Social contribuirá: a) A la elevación cultural de los trabajadores y familiares a su cargo, mediante las aportaciones que, en forma de beca o bajo cualquier otra modalidad, efectúe con destino a las enseñanzas que se cursen en las Universidades Laborales, Centros sindicales de Formación Profesional y demás Centros o Instituciones docentes creados o que se creen a los fines indicados. b) Al fomento y desarrollo de los estudios de carácter social en conexión con la Organización Sindical, con la Universidad y demás centros de investigación y docencia».

cómo se van a suceder los hechos⁴⁰⁵. Juan Carlos I⁴⁰⁶ opta por intentar promover el desarrollo de una democracia en nuestro país que será la base sobre la que se construya el Estado de Bienestar. El ansía de democracia inundan las expectativas de regeneración de las instituciones españolas, pero la figura de Arias Navarro, a quien se había encomendado gestionar este importante proceso, no inspiraba ningún tipo de confianza⁴⁰⁷. Por ello, su dimisión fue vista más como alivio que como un problema. De igual modo que la designación pocos días después de Adolfo Suárez como presidente del Gobierno⁴⁰⁸ “provocó un terremoto social”⁴⁰⁹.

La primera de sus medidas revoluciona el panorama jurídico y asienta las bases para el desarrollo del régimen electoral español⁴¹⁰: Ley para la Reforma Política de 1977⁴¹¹. Y, similar importancia, en la consolidación de la democracia, tuvieron los Pactos

⁴⁰⁵ Vide Ramón COTARELO GARCÍA, “De la democracia convencional a la digital”, en Benigno PENDAS GARCÍA, *España constitucional (1078-2018) trayectorias y perspectivas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, p. 1687: «Trátase de un proceso por el cual se dio un cambio radical de legitimidad del sistema político, que dejó de ser la del 18 de julio para adoptar forma democrática. Ha sido copiosamente estudiado desde todas las perspectivas y hasta llegó a formular, quizá con cierta precipitación, como objeto de una disciplina propia de “transitología”».

⁴⁰⁶ Vide Ley 62/1969, de 22 de julio, por la que se provee lo concerniente a la sucesión en la Jefatura del Estado.

⁴⁰⁷ Vide Carlos ELORDI CUÉ, “El largo invierno del 76”, en Santos JULIÁ DÍAZ, Javier PRADERA CORTÁZAR y Joaquín PRIETO PÉREZ, *Memoria de la transición*, Taurus, Madrid, 1996, p. 121: «Los siete meses del Gobierno de Carlos Arias Navarro fueron los más largos de la transición. Fue un tiempo perdido en el camino hacia la democracia, una prolongación extenuante del pasado, con las mismas caras, las mismas angustias, la misma incertidumbre. Pero una diferencia: ya no estaba Franco. Eso, simplemente eso, determinó que esos siete meses se produjeran algunos hechos que iban a ser decisivos para trazar el futuro».

⁴⁰⁸ Vide Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, “Estado del Bienestar y derecho sociales en un mundo transnacional”, en Benigno PENDAS GARCÍA, *España constitucional (1078-2018) trayectorias y perspectivas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, p. 734: «La Constitución se hizo en libertad y desde la libertad más plena. Cuando en algún momento el presidente Suárez, después de articular los mecanismos que permitieran desmontar el régimen de la dictadura, trató de enviar al parlamento, una vez celebradas las primeras elecciones democráticas, un borrador de Constitución para que los debates se hicieran a partir del mismo, la reacción unánime de todas las nuevas fuerzas políticas surgidas de las primeras elecciones democráticas le convenció de la imposibilidad de hacerlo de aquella forma reconociendo que la nueva Carta Magna, debía ser escrito en un hoja en blanco de la cruz a la raya. Ese fue su primer valor y la garantía de su perdurabilidad».

⁴⁰⁹ Vide Javier PRADERA CORTÁZAR, “El despegue de la reforma”, en Santos JULIÁ DÍAZ, Javier PRADERA CORTÁZAR y Joaquín PRIETO PÉREZ, *Memoria de la transición*, Taurus, Madrid, 1996, p. 149.

⁴¹⁰ Vide Francisco GONZÁLEZ NAVARRO, *La nueva Ley Fundamental para la reforma política*, Servicio Central Publicaciones, Madrid, 1977, pp. 22-25: «La Ley para la Reforma Política se caracteriza por ser una ley fundamental que modifica sustancialmente el sistema constitucional en que se inserta y que tiene un cierto carácter instrumental, pues abre la puerta a las más profundas modificaciones de la realidad legal».

⁴¹¹ Vide Ley 1/1977, de 4 de enero, para la Reforma Política, artículo primero: «Uno. La democracia, en el Estado español, se basa en la supremacía de la Ley, expresión de la voluntad soberana del pueblo. Los

de la Moncloa⁴¹². Estos pactos estaban compuestos por el Acuerdo sobre el programa de saneamiento y reforma de la economía y el Acuerdo sobre el programa de actuación jurídico y político. Las condiciones económicas sobre las que se adoptan eran desastrosas e intenta buscar el mayor consenso social en su formulación⁴¹³.

3.2. El Estado de Bienestar en la Constitución de 1978.

3.2.1. La regulación constitucional del Estado social, democrático y de derecho.

La Constitución de 1978 es la consecución de un gran pacto entre los españoles que, tras las elecciones de 1977, permitió que el contenido plasmado fuese admitido por todos los sectores sociales. Esta Constitución, además, fue aprobada por la mayoría del pueblo, convirtiéndose en la primera vez que todos los españoles votaban una Constitución⁴¹⁴. La base de la Constitución se encuentra en la proclamación de los derechos fundamentales y las libertades públicas, la división de poderes y la soberanía popular⁴¹⁵. En este sentido, el art. 1.1. de la Constitución establece que España se constituye como:

derechos fundamentales de la persona son inviolables y vinculan a todos los órganos del Estado. Dos. La potestad de elaborar y aprobar las leyes reside en las Cortes. El Rey sanciona y promulga las leyes».

⁴¹² Vide José Luis GARCÍA DELGADO, “Los Pactos de la Moncloa”, en Santos JULIÁ DÍAZ, Javier PRADERA CORTÁZAR y Joaquín PRIETO PÉREZ, *Memoria de la transición*, Taurus, Madrid, 1996p. 268: «En cierto sentido, con estos acuerdos se cierra definitivamente el corte trágico que en la convivencia entre españoles fue la guerra civil, un incendio cuyas brasas tardaron en enfriarse decenios enteros. Quizá sólo, en efecto, con los Pactos de la Moncloa las dos Españas machadianas dejaron de retarse, imponiéndose el pragmatismo al radicalismo, la tolerancia a la intransigencia, el deseo del cambio a la mera inercia de la conservación. Un pasaje luminoso, pues en la historia de nuestro tiempo».

⁴¹³ Vide Mercedes CABRERA CALVO-SOTELO, “Los pactos de la Moncloa: acuerdos políticos frente a la crisis”, *Historia y Política*, 26, (2011), p. 82: «La democracia española se estrenaba en un contexto de crisis económica profunda, grave y mundial. Una crisis que había venido a poner fin a la época dorada de los años 50 y 60. En Europa, la tasa media de crecimiento había estado cercana al 5% anual, la del paro en torno al 2,7 y la inflación fue del 3,7. Los avances salariales habían sido importantes. El peso del sector público había aumentado considerablemente: el gasto pasó del 26% sobre el PIB a comienzos de los 50 al 38% al concluir los 60, y el empleo público aumentó a un ritmo de un 2,4% anual frente al 0,28 del empleo total. Las políticas de pleno empleo y el desarrollo del Estado del bienestar se habían visto acompañadas de una creciente organización de intereses y de la adopción de políticas de rentas».

⁴¹⁴ Vide Dámaso DE LARIO RAMÍREZ y Enrique LINDE PANIAGUA, *Las constituciones españolas*, Anaya, Madrid, 1994, pp. 82 y ss.

⁴¹⁵ Vide CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, 29 de diciembre de 1978, Preámbulo: «La Nación española, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran, en uso de su soberanía, proclama su voluntad de: Garantizar la convivencia democrática dentro de la

«un Estado social y democrático de derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político».

Del análisis de este artículo se extraen dos postulados: por un lado, cada uno de los caracteres que se señalan se van a instaurar como principios y valores independientes dentro del propio ordenamiento estatal; y, por otro lado, que el Estado sea social, democrático y de derecho, se presenta una unidad léxica con su propio contenido.

En primer lugar, que el Estado sea social, como primer adjetivo calificativo que lo define, permite determinar que éste es uno de los principios que deben inspirar y promover las políticas y la configuración del Estado. De este modo, la necesidad de superación de los excesos del capitalismo liberal se convierte en la razón de gran parte de su articulado normativo que, a través de los derechos y libertades que recoge, se materializará en una serie de prestaciones, con la finalidad de cumplir con ese nuevo contrato social instaurado.

Para ello promoverá un régimen de garantías de cumplimiento que debe regirse por los principios enmarcados en el propio artículo 1.1. CE. De acuerdo con este postulado, el Estado Social y Democrático de Derecho es fruto de un compromiso entre la libertad y la igualdad. El problema es que, la libertad en el ámbito económico conduce a la desigualdad y, en consecuencia, lo que el Estado asume es la responsabilidad de que esos sean los principios rectores de la política social y económica, garantizando el cumplimiento de los mismos⁴¹⁶.

No obstante, la determinación genérica que se hace en el art. 1.1. CE, es ampliada y concretada en el art. 9.2. de nuestra norma fundamental. Este artículo obliga a los

Constitución y de las leyes conforme a un orden económico y social justo; Consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular; Proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones; Promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida; Establecer una sociedad democrática avanzada; y colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la Tierra».

⁴¹⁶ Vide Rafael GÓMEZ-FERRER MORAT, “Sobre la confluencia de valores, derechos e intereses en el estado social”, en Luciano PAREJO ALFONSO y José VIDA FERNÁNDEZ, *Los retos del Estado y la Administración en el S.XXI. Libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo*, Tirant, Valencia, 2017, pp. 1176-1177.

poderes públicos a adoptar esa posición de “acción” para realizar todas las actividades tendentes a garantizar la igualdad del individuo en sociedad:

«Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social».

El derecho a la igualdad y la propugnación de la libertad son las bases estructurales de nuestro sistema democrático, hasta el punto de que, si éstas no están garantizadas para la colectividad en su conjunto, el sistema se ve abocado al fracaso absoluto. El motivo fundamental es que de no ser así:

«se convertirían en auténticos privilegios de unos grupos sociales concretos, ya que no hay libertad sino en igualdad, y los derechos fundamentales son tales si en términos reales son derechos de todos, por lo que la interpretación de los derechos que la Constitución proclama habrá de ajustarse a esta idea de aspiración a la igualdad»⁴¹⁷.

En consecuencia, las obligaciones formales del Estado Social que se constituyen en el texto constitucional deben de materializarse en prestaciones determinadas. El Estado, asumiendo un papel activo, debe organizar mediante las instituciones que dispone la prestación o cumplimiento de ese efectivo derecho social. No obstante, el Estado tiene a su elección la modalidad que, a su parecer, resulte más eficiente para alcanzar el objetivo propuesto de cobertura de las necesidades sociales, y cuyo único fundamento debe ser siempre la garantía de los derechos y libertades que se formulan en el texto constitucional⁴¹⁸.

De esta forma, serán las Administraciones Públicas las que se encarguen de la ejecución de las prestaciones que garanticen la cobertura de las necesidades sociales.

⁴¹⁷ Vide Carmen CHINCHILLA MARÍN, *La radio como servicio público esencial*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 76.

⁴¹⁸ Vide Julián VALERO TORRIJO, “El concepto de servicio público a la luz de la Constitución”, *Revista Universidad de Murcia*, (2016), pp. 1-3.

Consecuentemente, dado el carácter instrumental que adquieren las Administraciones Públicas respecto de las sociedades a las que sirven, la definición de cuáles deben ser los encargos que tienen que materializar van a depender de circunstancias de carácter temporal, cultural o económicas. Pero, siempre será el Estado el encargado de determinar, cuáles son las necesidades sociales que, en ese momento concreto, van a cumplir, así como las fórmulas que elige para la consecución de éstas, a través de los servicios públicos y políticas sociales que se ejecuten.

Ahora bien, dado que la Constitución no establece ni el grado de intervención ni los modos de gestión de estos servicios, es evidente que éstos van a ir variando, dependiendo de los intereses sociales y políticos. No obstante, el mandato del art. 9.2. CE no ha supuesto la redacción de los derechos sociales como derechos fundamentales dentro del texto constitucional (salvo el derecho a la educación), limitando las garantías de amparo ante los Tribunales de Justicia.

En segundo lugar, que el Estado sea democrático, hace referencia al poder de decisión que recae sobre la soberanía nacional⁴¹⁹. Pero que, además se añada que éste sea “de Derecho” añade valor al sintagma al referirse a los procesos de separación de poderes y democratización de las instituciones que deben ajustarse a los principios y valores instaurados por las normas del ordenamiento jurídico.

Y, por último, la expresión unitaria “Estado Social y Democrático de Derecho” abarca una dimensión diversa de lo que cada término por separado significa, este hecho nos permite diseccionarlo en torno a tres perspectivas. En un primer punto, para que exista un Estado de Derecho éste debe de tener como orden de primacía la Ley, al mismo tiempo que se establece la división de los poderes, el reconocimiento de las libertades y derechos subjetivos y el otorgamiento de medios jurisdiccionales para su defensa, así como también el sometimiento de la Administración a la Ley. Sin embargo, esto ha evolucionado hasta ser entendido, no sólo como un esquema integrador, sino que debe garantizar el bienestar general de la sociedad. Por ello, la consecución del Estado Social está marcada por los principios y valores del Estado de Derecho. En segundo lugar, la Constitución de 1978 asume la necesidad de incorporar el socialismo, y la protección de lo social como fin político inexcusable. Y, en tercer lugar, respecto al Estado

⁴¹⁹ Vide CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, 29 de diciembre de 1978, artículo 1: «2. *La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado*».

Democrático, como ya se ha hecho referencia, la Constitución tiene en su germen la necesidad de ser democrática. No obstante, que sea constituido como el principio político legitimador, obliga a garantizar y reinventar las continuas exigencias en la vida política, siendo la democracia un sistema en constante desarrollo⁴²⁰.

3.2.2. Justificación del nacimiento del Estado de Bienestar.

El Estado de Bienestar español es el fruto de la instauración de la democracia en nuestro país, a través de la Constitución de 1978 y la consolidación de ésta por medio de las políticas sociales desarrolladas desde las últimas décadas del S. XX y los inicios del S. XXI.

No obstante, con esta afirmación no está de acuerdo toda la doctrina. Para un sector de la doctrina, tras el régimen que se instaura una vez finalizada la Guerra Civil, las políticas que se desarrollan ya son identificables con la protección que se desprende del Estado de Bienestar actual. De tal forma que, con la llegada de la democracia lo que surge es la universalidad del sistema, acabando con el Estado de la providencia⁴²¹. Mientras que, para otro sector, el Estado de Bienestar no puede identificarse solo con la existencia de un determinado régimen, sino que es necesario que existan unos niveles de gasto social que demuestren la implicación del régimen⁴²².

Sin embargo, el Estado de Bienestar, tal y como hemos desarrollado hasta el momento, no puede ser considerado como un ente autónomo, que nace y se configura de la nada. Todo lo contrario: el Estado de Bienestar es la consecución y la evolución de la materialización de los derechos previamente adquiridos, que se han ido consolidando a lo largo de su existencia.

Por ello, si bien es cierto que resulta innegable que con anterioridad a la promulgación de la Constitución de 1978 existía un régimen de protección social, no

⁴²⁰ Vide Landelino LAVILLA ALSINA, “Estado social y democrático de derecho”, en Luciano PAREJO ALFONSO y José VIDA FERNÁNDEZ, *Los retos del Estado y la Administración en el S. XXI, Libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo*, Tirant, Valencia, 2017, pp. 1201-1211.

⁴²¹ Vide Francisco COMÍN COMÍN, “Las formas históricas del Estado de Bienestar: el caso español”, en Berta ÁLVAREZ MIRANDA y otras, *Dilemas del Estado de Bienestar*, Fundación Argentaria, Madrid, 1996, p. 50.

⁴²² Vide Gregorio RODRÍGUEZ CABRERO, *El Estado de bienestar en España: debates, desarrollo y retos*, Editorial Fundamentos, Madrid, 2004, p. 76.

podemos entender que este supusiera una configuración real de un Estado de Bienestar. Y esto, es consecuencia de que, para la consecución de los objetivos sociales y la protección del interés general, primero es necesario tener garantizados los derechos individuales⁴²³. Así, en una España con un gobierno totalitario, y donde las libertades individuales estaban condicionadas, no puede ser defendible la existencia del Estado del Bienestar, sino hasta la proclamación de la Constitución.

3.3. Las políticas de desarrollo y consolidación del Estado de Bienestar español.

3.3.1. Introducción.

El Estado de Bienestar español nace con la Constitución de 1978, en sentido estricto, pero se consolidará mediante las políticas de protección social y prestación de servicios realizadas durante los últimos cuarenta años. Durante este tiempo, la doctrina⁴²⁴ coincide que, en la evolución del mismo, pueden distinguirse distintas etapas: en primer lugar, de 1977 a 1981, caracterizada por sentar las bases para la expansión del Estado de Bienestar; una segunda, de 1982 a 1988, donde se consolidan las políticas sociales y se expande el gasto público en esta materia; una tercera, de 1989-1995, que se caracteriza por el enfrentamiento de algunos sectores de la población contra el Gobierno, solicitando la universalización de determinadas derechos, ante las medidas de contención del gasto y déficit público; y una cuarta, entre 1996-2010, cuyo principal rasgo será el mantenimiento, de forma contenida, y en parte de disminución del Estado de Bienestar.

Sin embargo, en mi opinión, debería de incluirse una quinta etapa que comprendería desde la llegada a España de la crisis económica y la imposición de medidas de protección austeras hasta la actualidad en la que se abre la posibilidad de un resurgimiento del Estado de Bienestar como consecuencia de la llegada de la Era Digital.

⁴²³ *Vide* Juli PONCE SOLÉ, “Reforma constitucional y derecho sociales: la necesidad de un nuevo paradigma en el Derecho Público español”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 11, (2017), p. 70.

⁴²⁴ *Vide* Vicenç NAVARRO LÓPEZ, “El Estado de Bienestar en España”, en *La situación social en España*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2005, p. 26; *Vide* Gregorio RODRÍGUEZ CABRERO, *El Estado de bienestar en España: debates, desarrollo y retos*, Editorial Fundamentos, Madrid, 2004, p. 119.

3.3.2. Fase de expansión (1977-1981).

En esta etapa comienza a materializarse la consecución de los derechos sociales, gracias al crecimiento económico que experimentaba el país. El acuerdo social que se inicia con los Pactos de la Moncloa permitió sentar las bases para reformar el Sector Público, la liberalización del sistema financiero, y la adopción de medidas que permitieran adecuar la economía autárquica a una de mercado y global⁴²⁵.

Tras la aprobación de la Constitución, la primera reforma que aborda el ejecutivo es la de la Seguridad Social, para ello se amplían los servicios comunes de la Seguridad Social, como la Tesorería General y el Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social. Además, mediante estas reformas se buscaba la fórmula de integrar dentro del régimen general a los regímenes especiales, intentando encontrar una manera de homogeneizar la prestación de servicios. El objetivo era diseñar una Seguridad Social que funcionara como un instrumento de rentas progresivas, aumentando la cobertura y revalorizando las prestaciones⁴²⁶.

En 1979, se completa la transformación de la Seguridad Social, con la desaparición de las Mutualidades laborales. Además, también se promueve la creación de distintos órganos gestores que se encargaran de la gestión y control del sistema. Los principales instrumentos son el Instituto Nacional de Seguridad Social, el Instituto Nacional de Salud y la Tesorería General de la Seguridad Social. La nueva fórmula de redistribución establecida en la Seguridad Social permitió que se mejoraran las pensiones, sobre todo, en relación con la cuantía que se percibía, ajustándola al coste real de la vida⁴²⁷.

En términos de empleo 1980, se aprueba el Estatuto Básico de los Trabajadores⁴²⁸, donde se fija el marco de las relaciones laborales. Sin embargo, a través de esta norma, se endurecen las condiciones básicas de acceso al desempleo, así como la duración de la prestación: el tiempo máximo de prestación se circunscribe a dieciocho meses,

⁴²⁵ Vide Gregorio RODRÍGUEZ CABRERO, *El Estado de bienestar en España: debates, desarrollo y retos*, Editorial Fundamentos, Madrid, 2004, p. 120.

⁴²⁶ Vide Francisco COMÍN COMÍN, “Las formas históricas del Estado de Bienestar: el caso español”, en Berta ÁLVAREZ MIRANDA y otras, *Dilemas del Estado de Bienestar*, Fundación Argentaria, Madrid, 1996, p. 50.

⁴²⁷ Vide Gregorio RODRÍGUEZ CABRERO, *El Estado de bienestar en España: debates, desarrollo y retos*, Editorial Fundamentos, Madrid, 2004, p. 123.

⁴²⁸ Vide Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores.

acumulando tres meses de derecho a prestación por cada año trabajado. Esta ley se financiaba mediante el Fondo Especial de Prestación del Desempleo, el cual se sufragaba por las aportaciones estatales (en torno al 40%), y las cotizaciones empresariales que completaban el porcentaje⁴²⁹.

Y finalmente, en 1981 se adoptaron varias decisiones trascendentales. En primer lugar, se regularon las condiciones de acceso a los Servicios Sociales para sectores históricamente desprotegidos como personas con discapacidad o ancianos. En segundo lugar, se comenzó el proceso de transferencia de las competencias y de la gestión de los servicios a las Comunidades Autónomas, que desde este momento comenzará a adquirir competencias en determinados sectores. Y, en tercer lugar, se frenaron los aumentos artificiales de las jubilaciones que se conseguían con altas cotizaciones al término de la edad laboral⁴³⁰.

3.3.3. Fase de consolidación (1982-1988).

La fase de consolidación del Estado de Bienestar puede ser subdividida, a su vez, en dos períodos: por un lado, un período de expansión del gasto público y social, cuya participación en el PIB pasa del 33,3% en 1980 al 42,3% en 1985; y, un segundo, de contención del gasto público que apenas crece hasta 1990⁴³¹. Esta fase debe ser contextualizada con el crecimiento económico que experimentaba el país. La entrada en la Comunidad Económica Europea en 1986 favoreció la inversión del capital extranjero, al mismo tiempo que, el crecimiento del empleo contribuyó a engrosar las cuentas de la Seguridad Social⁴³².

En este primer período, el Gobierno optó por alcanzar acuerdos sociales con los distintos sindicatos en lo referente a la política salarial y social⁴³³. De esta forma, se otorga

⁴²⁹ *Vide* Ley 51/1980, de 8 de octubre, Básica de Empleo.

⁴³⁰ *Vide* Juan VELARDE FUERTES, *El tercer viraje de la Seguridad Social en España*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1990, pp. 252 y ss.

⁴³¹ *Vide* Gregorio RODRÍGUEZ CABRERO, *El Estado de bienestar en España: debates, desarrollo y retos*, Editorial Fundamentos, Madrid, 2004, p. 121.

⁴³² *Vide* Ana M. GUILLÉN RODRÍGUEZ, “Democracia y crisis del Estado del Bienestar en España: procesos de reestructuración y dificultades de apoyo político”, en Berta ÁLVAREZ MIRANDA y otros, *Dilemas del Estado de Bienestar*, Fundación Argenteria, Madrid, 1996, p. 332.

⁴³³ *Vide* José María MARAVALL HERRERO, *Los resultados de la democracia*, Alianza, Madrid, 1995, pp. 221-222.

una importancia en el diseño de los acuerdos laborales a los sindicatos que para algunos autores era innecesaria⁴³⁴. Mientras que otros entienden que CC.OO. y UGT supusieron la base a través de la cual se fueron estructurando las distintas reformas laborales, y de ahí, la necesidad de recalcar su importancia⁴³⁵. A pesar de lo dispuesto, el único pacto logrado fue el Acuerdo Económico y Social firmado en 1984⁴³⁶, que se adopta sin contar con el apoyo de los grupos de interés relacionados con las medidas a adoptar. Esta falta de consenso producirá en 1985 la primera huelga de carácter general, como consecuencia a la promulgación de la Ley para la racionalización de la acción protectora de la Seguridad Social⁴³⁷.

El segundo subperíodo se va a caracterizar por la expansión de los servicios de bienestar, como es el caso de la sanidad y la educación. Mientras que, por otro lado, se lleva a cabo la contención del gasto en otros sectores, como las pensiones y el desempleo. Este período, a diferencia del anterior, se va a singularizar por la ausencia de los sindicatos en la toma de decisiones.

En lo que atiene al Sistema Sanitario será en este momento cuando se inicie su configuración de forma semejante a la que lo conocemos hoy en día. El ejecutivo tiene como idea principal la de establecer un sistema de protección de carácter universal, y así se manifiesta en la Ley General de Sanidad⁴³⁸. Si bien, la Ley va a tender a la protección universal de los individuos, esta conseguirá su objetivo gradualmente en diversas

⁴³⁴ Vide Gregorio RODRÍGUEZ CABRERO, *El Estado del bienestar en España: debates, desarrollo y retos*, Editorial Fundamentos, Madrid, 2004, p. 121.

⁴³⁵ Vide Ana M. GUILLÉN RODRÍGUEZ, “Democracia y crisis del Estado del Bienestar en España: procesos de reestructuración y dificultades de apoyo político”, en Berta ÁLVAREZ MIRANDA y otros, *Dilemas del Estado de Bienestar*, Fundación Argentaria, Madrid, 1996, p. 330.

⁴³⁶ Vide Resolución de 9 de octubre de 1984, del Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación, por la que se acuerda la publicación del Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 1985-1986, integrante del Acuerdo Económico y Social (AES), suscrito por la Unión General de Trabajadores (UGT) y las Confederaciones Empresariales CEOE y CEPYME.

⁴³⁷ Vide Ley 26/1985, de 31 de julio, de medidas urgentes para la racionalización de la estructura y de la acción protectora de la Seguridad Social

⁴³⁸ Vide Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, Preámbulo II: «A las necesidades de reforma a las que se acaba de aludir, nunca cumplimentadas en profundidad, han venido a sumarse, para apoyar definitivamente la formulación de la presente Ley General de Sanidad, dos razones de máximo peso, por provenir de nuestra Constitución, que hacen que la reforma del sistema no pueda ya demorarse. La primera es el reconocimiento en el artículo 43 y en el artículo 49 de nuestro texto normativo fundamental del derecho de todos los ciudadanos a la protección de la salud, derecho que, para ser efectivo, requiere de los poderes públicos la adopción de las medidas idóneas para satisfacerlo. La segunda, con mayor incidencia aún en el plano de lo organizativo, es la institucionalización, a partir de las previsiones del título VIII de nuestra Constitución, de Comunidades Autónomas en todo el territorio del Estado, a las cuales han reconocido sus Estatutos amplias competencias en materia de Sanidad».

etapas⁴³⁹. Además, a partir de la promulgación de la Ley es cuando se produce un incremento significativo en la financiación de la asistencia sanitaria a través de la creación y regulación de impuestos específicos. Al mismo tiempo que, se produce una mayor participación del gasto público en la sostenibilidad del sistema. De este modo, será a partir de la década de los 90' cuando comiencen a saltar las primeras alarmas sobre la necesidad de contención del gasto público en este ámbito⁴⁴⁰.

Por otro lado, en materia de educación será promulgada la Ley de Educación de 1985⁴⁴¹. Mientras que, en lo referente al sistema de la Seguridad Social se finaliza la consolidación de su estructura y se produjo un aumento en la expansión de los servicios sociales asistenciales por parte de las Comunidades Autónomas que son las que atribuyen las competencias en esta materia⁴⁴².

Además, durante este período se distinguen dos líneas de actuación diferentes en lo que atiende a la “publicatio” de los servicios públicos. Por un lado, se promovía la liberalización de los servicios públicos económicos, cuyo monopolio estaba en manos del Estado. Así, por ejemplo, ocurrió dentro del sector petrolero, eléctrico y del transporte.

⁴³⁹ *Ibidem* Preámbulo II: «La Ley da respuesta al primer requerimiento constitucional aludido, reconociendo el derecho a obtener las prestaciones del sistema sanitario a todos los ciudadanos y a los extranjeros residentes en España, si bien, por razones de crisis económica que no es preciso subrayar, no generaliza el derecho a obtener gratuitamente dichas prestaciones sino que programa su aplicación paulatina, de manera que sea posible observar prudentemente el proceso evolutivo de los costes, cuyo incremento no va necesariamente ligado a las medidas de reforma de las que, en una primera fase, por la mayor racionalización que introduce en la Administración, puede esperarse lo contrario».

⁴⁴⁰ *Vide* Ana M. GUILLÉN RODRÍGUEZ, “Democracia y crisis del Estado del Bienestar en España: procesos de reestructuración y dificultades de apoyo político”, en Berta ÁLVAREZ MIRANDA y otros, *Dilemas del Estado de Bienestar*, Fundación Argenteria, Madrid, 1996, p. 333.

⁴⁴¹ *Vide* Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación, Preámbulo: «Se impone, pues, una nueva norma que desarrolle cabal y armónicamente los principios que, en materia de educación, contiene la Constitución Española, respetando tanto su tenor literal como el espíritu que presidió su redacción, y que garantice al mismo tiempo el pluralismo educativo y la equidad. A satisfacer esta necesidad se orienta la Ley Orgánica reguladora del Derecho a la Educación. En estos principios debe inspirarse el tratamiento de la libertad de enseñanza, que ha de entenderse en un sentido amplio y no restrictivo, como el concepto que abarca todo el conjunto de libertades y derechos en el terreno de la educación. Incluye, sin duda, la libertad de crear centros docentes y de dotarlos de un carácter o proyecto educativo propio, que se halla recogida y amparada en el Capítulo III del Título I. Incluye, asimismo, la capacidad de los padres de poder elegir para sus hijos centros docentes distintos de los creados por los poderes públicos, así como la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones, tal como se recoge en el artículo 4.º Pero la libertad de enseñanza se extiende también a los propios profesores, cuya libertad de cátedra está amparada por la Constitución por cuanto constituye principio básico de toda sociedad democrática en el campo de la educación. Y abarca, muy fundamentalmente, a los propios alumnos, respecto de los cuales la protección de la libertad de conciencia constituye un principio irrenunciable que no puede supeditarse a ningún otro».

⁴⁴² *Vide* CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, de 29 de diciembre de 1978, artículo 148.1: «Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias: 20.ª Asistencia social».

Y, por otro lado, una postura inversa respecto de los servicios públicos sociales donde se consagró un doble sistema público-privado, como ocurrió en la Educación y la Sanidad⁴⁴³.

3.3.4. Fase de contención del gasto (1989-1995).

El período que comprende entre 1989-1995 se caracteriza por el intento de frenar la inversión pública, así como también, de contener el gasto de las distintas estructuras del Estado de Bienestar. En este período los sindicatos que, aunque habían quedado fuera del juego del Gobierno durante la época anterior, vuelven a formar parte de la búsqueda de la concordia social. Así, en 1989 se lleva a cabo otro acuerdo en materia de incremento del gasto asistencial⁴⁴⁴, aumentado la cobertura prestacional de los parados, y la universalización de la asistencia sanitaria a partir de 1990. Además, se adopta el compromiso de aprobación de pensiones no contributivas que, finalmente, se materializará mediante Ley⁴⁴⁵ en ese mismo año. La consecuencia directa, de la introducción de estas modificaciones en el gasto público, es que España pasa de invertir en prestaciones sociales un 23,8% del PIB en 1988 al 27% del PIB en 1994⁴⁴⁶.

En este período se produce también la consolidación de los Gobiernos Autonómicos. Las Comunidades Autónomas comienzan a desarrollar las bases para gestionar las competencias que adquieren, configurando sus propias normas de desarrollo. Y, de igual manera, lo hacen las entidades locales⁴⁴⁷, en la prestación de los servicios sociales, aumentando las coberturas que se estaban concediendo hasta ese momento. En adición, como una medida garantista para unificar el tratamiento jurídico y las distintas relaciones entre las Administraciones Públicas, en 1992 se aprueba la Ley 30/1992⁴⁴⁸, suponiendo importantes modificaciones respecto de la normativa anterior. En

⁴⁴³ Vide José María SOUVIRÓN MORENILLA, *La actividad de la Administración y el servicio público*, o.c., pp. 86-87.

⁴⁴⁴ Vide Real Decreto-ley 3/1989, de 31 de marzo, de Medidas Adicionales de Carácter Social.

⁴⁴⁵ Vide Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas.

⁴⁴⁶ Vide Gregorio RODRÍGUEZ CABRERO, *El Estado del bienestar en España: debates, desarrollo y retos*, Editorial Fundamentos, Madrid, 2004, p. 123.

⁴⁴⁷ Vide Ángel Manuel MORENO MOLINA, "Las competencias de las entidades locales", en Federico CASTILLO BLANCO, *Modificaciones y panorama actual del régimen local*, CEMCI, Granada, 2002, pp. 90 y ss.

⁴⁴⁸ Vide Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

esta Ley se aprecia uno de los primeros acercamientos de las Administraciones a la sociedad digital, y a través de la cual se impulsa el empleo de los medios telemáticos en sus relaciones⁴⁴⁹.

No obstante, el cambio del contexto económico de bonanza a partir de los años noventa supuso el elemento definitivo para el cambio en la tendencia de inversión en política social. La preocupación de los dirigentes de la época es cada vez mayor, hasta el punto de que comienzan a intentar contener el gasto social de la forma que sea. La situación llega a su punto álgido cuando estalla la crisis económica de 1992, que obliga a reajustar la gestión del gasto social. En los años siguientes, 1993 y 1994, la expansión del gasto social no era posible sin el recurso del déficit. Los problemas económicos, derivados de un fuerte aumento del número de parados y las bajas tasas de crecimiento económico, obligan al Estado a endeudarse. Por ello, se intenta reconducir la situación a través de gestión indirecta, mediante concesión o por contrato de capital mixto, aunque los servicios continúan teniendo la consideración de servicios públicos.

Además, para intentar combatir los efectos de la crisis económica se promueve una reforma del Estatuto de los Trabajadores⁴⁵⁰, pero también se adoptan otras medidas de control como: el freno de la aplicación de la inflación a las pensiones, o la implantación de la obligación de cotizar en la Seguridad Social durante la percepción de subsidios

⁴⁴⁹ *Vide Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, artículo 45. Incorporación de medios técnicos: «1. Las Administraciones Públicas impulsarán el empleo y aplicación de las técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos, para el desarrollo de su actividad y el ejercicio de sus competencias, con las limitaciones que a la utilización de estos medios establecen la Constitución y las Leyes. 2. Cuando sea compatible con los medios técnicos de que dispongan las Administraciones Públicas, los ciudadanos podrán relacionarse con ellas para ejercer sus derechos a través de técnicas y medios electrónicos, informáticos o telemáticos con respecto de las garantías y requisitos previstos en cada procedimiento. 3. Los procedimientos que se tramiten y terminen en soporte informático garantizarán la identificación y el ejercicio de la competencia por el órgano que la ejerce. 4. Los programas y aplicaciones electrónicos, informáticos y telemáticos que vayan a ser utilizados por las Administraciones Públicas para el ejercicio de sus potestades, habrán de ser previamente aprobados por el órgano competente, quien deberá difundir públicamente sus características. 5. Los documentos emitidos, cualquiera que sea su soporte, por medios electrónicos, informáticos o telemáticos por las Administraciones Públicas, o los que éstas emitan como copias de originales almacenados por estos mismos medios, gozarán de la validez y eficacia de documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y conservación y, en su caso, la recepción por el interesado, así como el cumplimiento de las garantías y requisitos exigidos por ésta u otras Leyes».*

⁴⁵⁰ *Vide Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.*

públicos, antes exentos⁴⁵¹. No obstante, y pese a la situación de conflicto y poco favorecedora para el Estado de Bienestar, se produce en esta época el acuerdo de una de las grandes estructuras que sustenta el sistema de pensiones españoles: el Pacto de Toledo en 1995.

3.3.5. Fase de declive de derechos (1996-2010).

A partir del año 1996, las políticas económicas que se desarrollan en el país cambian y se contagian del liberalismo conservador de otras potencias, tanto europeas, como norteamericanas. Esta ideología culpabilizaba de la situación de crisis vivida como consecuencia de la instauración del Estado de Bienestar, lo que llevaba a desarrollar una creencia errónea sobre el innecesario mantenimiento de éste. A pesar de la defensa de esa postura, en esta época el Estado de Bienestar español apenas estaba consolidado, y ni se acercaba a los indicadores de inversión en gasto público del resto de países de la UE.

A partir de este momento, la política de liberación del suelo⁴⁵², fue el eje estructural a través del cual se sustentó la economía. Esto supuso la base del desarrollo de un modelo económico de crecimiento insostenible, sobre todo a lo largo del Mediterráneo⁴⁵³. La implantación de este modelo económico supuso el origen de la burbuja especulativa inmobiliaria, sustentada por la facilidad de conseguir grandes sumas de dinero de forma rápida, así como la simplicidad para acceder al crédito hipotecario e incentivar el consumo descontrolado. Además, el Gobierno apostó fuertemente por la liberalización de los servicios públicos⁴⁵⁴, y de forma especial sobre la sanidad pública⁴⁵⁵.

La filosofía sobre la que se basaba el desarrollo económico del país era poco innovadora, dejando la evolución del mismo en manos de la vivienda y el turismo. Otra vez se volvían estancar las expectativas españolas de apostar por un mercado que le

⁴⁵¹ Vide Ana M. GUILLÉN RODRÍGUEZ, “Democracia y crisis del Estado del Bienestar en España: procesos de reestructuración y dificultades de apoyo político”, en Berta ÁLVAREZ MIRANDA y otros, *Dilemas del Estado de Bienestar*, Fundación Argentaria, Madrid, 1996, p. 334.

⁴⁵² Vide Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones.

⁴⁵³ Vide Josep BURGAYA I RIERA, *El Estado de Bienestar y sus detractores. A propósito de los orígenes y la encrucijada del modelo social europeo en tiempos de crisis*, o.c., p. 161.

⁴⁵⁴ Vide José María SOUVIRÓN MORENILLA, *La actividad de la Administración y el servicio público*, o.c., p. 88.

⁴⁵⁵ Vide Real Decreto-ley 10/1996, de 17 de junio, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del INSALUD.

permitiera estar a la cabeza mundial de desarrollo tecnológico. Ni siquiera en los años de bonanza económica se apostó por implantar políticas económicas que permitieran avanzar en la consolidación de los derechos sociales. De este modo, el Gobierno, en lugar de premiar la innovación en sectores innovadores del mercado, alababa la continuidad de las empresas que apostaban por los sectores anteriormente citados. Así, por ejemplo, el caso de Cataluña, que trató de impulsar una economía basada en la industria competitiva siguiendo el modelo alemán, cuya base fuera la creación de capital humano, quedaron al margen, en favor de la economía del “pelotazo inmobiliario”⁴⁵⁶.

A partir del 2004, las políticas relacionadas con el Estado de Bienestar comienzan a variar, aunque su ideología se caracteriza por ser más socialdemócrata. Durante este período se adoptaron medidas puramente de izquierdas como, por ejemplo: en defensa de la igualdad de género⁴⁵⁷, se ampliaron los supuestos en los cuales estaba permitido el aborto⁴⁵⁸, se reconoció el matrimonio de las personas del mismo sexo⁴⁵⁹, de protección y afianzamiento de los derechos de asistencia a personas con dependencia⁴⁶⁰, políticas de regularización de la inmigración ilegal⁴⁶¹ o la Ley de la Memoria Histórica⁴⁶².

En lo que respecta al ámbito educativo se promulga la Ley Orgánica de Educación⁴⁶³. Esta normativa se vio acompañada de un importante esfuerzo vía presupuestos generales de forma que se crearon nuevas becas y ayudas al estudio, se

⁴⁵⁶ Vide Josep BURGAYA I RIERA, *El Estado de Bienestar y sus detractores. A propósito de los orígenes y la encrucijada del modelo social europeo en tiempos de crisis*, Octaedro, Madrid, 2013, p. 217.

⁴⁵⁷ Vide Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

⁴⁵⁸ Vide Ley Orgánica 2/2010 de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo

⁴⁵⁹ Vide Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio

⁴⁶⁰ Vide Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia de España

⁴⁶¹ Vide Real Decreto 2393/2004 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España.

⁴⁶² Vide Fernando MARTÍNEZ LÓPEZ y Miguel GÓMEZ OLIVER, *La memoria de todos: las heridas del pasado se curan con más verdad*, Alfonso Perales Fundación, Madrid, 2014, p. 24: «La mayoría de los contenidos asociados a la Memoria Histórica han reforzado un relato el que se enfrentaban dos grupos sociales irreconciliables, que defendían dos proyectos sociales antagónicos, la derecha y la izquierda, las “dos Españas”, ambas radicalizadas por la coyuntura europea de entreguerras y el comportamiento del otro. Sin embargo, este relato no es riguroso, olvida la génesis y las causas de la Guerra Civil, dotando a ambas partes de la misma legitimidad: las que intentaron llevar a cabo un proyecto de reforma o revolución social y quienes se resistieron a ello mediante métodos violentos y antidemocráticos».

⁴⁶³ Vide Ley Orgánica de Educación 2/2006, de 3 mayo.

introdujeron nuevas medidas de carácter cualitativo para responder a las necesidades de los estudiantes, y se mejoraron cuantitativamente las becas y su gestión⁴⁶⁴.

Desde el año 2004 hasta el año 2008 que se produce el estallido de la burbuja inmobiliaria las políticas sociales que se desarrollan están apoyadas por el momento de coyuntura económica que se disfruta en España. Los excesos y los despilfarros de las Administraciones Públicas y los poderes políticos no tardarán en tener sus primeras consecuencias. El otro colaborador necesario para el desarrollo de la catástrofe fue la Banca. Los bancos concedieron préstamos hipotecarios sin las suficientes garantías de reembolso, además, de promover una excesiva exposición del sistema al riesgo inmobiliario. De tal modo que, la debilidad, tanto del sistema bancario, como de la propia economía, convirtió a España en un foco de especulación, trasladando una imagen exterior de poca solvencia. La situación era tan catastrófica que las soluciones que se barajaban para recuperar la seguridad del sistema pasaban por el rescate de la economía española, la quiebra del país o la salida del Euro⁴⁶⁵.

Sin embargo, la culpa generalizada de la recesión económica se extiende sobre el Estado de Bienestar. De forma que, la causa del estallido de la “burbuja inmobiliaria” se apoya sobre el desmesurado gasto en políticas de protección social. La crisis parecía justificarlo todo, daba igual dónde, y de qué manera se recortase, cualquiera medida estaba respaldada para proteger la credibilidad de España frente a los intereses europeos. La necesidad de reducción del déficit público era prioritaria para contar con el apoyo de UE, hasta el punto de que, esta situación provocó la segunda modificación en su historia de la Constitución española⁴⁶⁶. En fechas inciertas, y con media España de vacaciones, se imponen los intereses económicos europeos frente a la defensa de los derechos de todos los españoles⁴⁶⁷.

Una vez que comienzan a dilucidarse los primeros coletazos de la crisis económica se optó por intentar una pronta recuperación a través de los mecanismos

⁴⁶⁴ Vide María FERNÁNDEZ MELLIZO-SOTO, “Política educativa, Estado dinamizador y la igualdad de oportunidades en España”, en Carlos MULAS GRANADOS, *El Estado dinamizador, nuevos riesgos, nuevas políticas y la reforma del Estado de Bienestar en Europa*, FIIAP, Madrid, 2010, p. 134.

⁴⁶⁵ Vide Josep BURGAYA I RIERA, *El Estado de Bienestar y sus detractores. A propósito de los orígenes y la encrucijada del modelo social europeo en tiempos de crisis*, Octaedro, Madrid, 2013, pp. 221-222.

⁴⁶⁶ Vide Miriam CUETO PÉREZ, “Crisis económica y Administración Pública”, *Revista Vasca de Administración Pública*, 99-100, (2014), p. 1058.

⁴⁶⁷ Vide Ley Reforma del artículo 135 de la Constitución Española, de 27 de septiembre de 2010.

keynesianos de estímulo de la demanda, en el que destaca, el plan de estímulo de la economía y de la ocupación⁴⁶⁸. Sin embargo, siendo éstas insuficientes se promovió una reestructuración del sistema. En primer lugar, se establece un nuevo modelo de financiación autónoma⁴⁶⁹ que establecía una mayor participación en los impuestos estatales y una modificación en el sistema de solidaridad entre las distintas Comunidades Autónomas. En segundo lugar, se llevó a cabo una reforma laboral⁴⁷⁰ que abarataba el despido, se redujo el sueldo a los funcionarios⁴⁷¹, y una reconfiguración del sistema de pensiones que modificó la edad de jubilación de los 65 a los 67 años⁴⁷². Y, en tercer lugar, se intentó promover una Ley de Economía Sostenible⁴⁷³, que aspiraba a convertir el mercado español en un nuevo modelo productivo, sustituyendo las tradicionales formas de desempeño del trabajo. Sin embargo, esta ley no tuvo ningún tipo de consecuencia real.

3.3.6. Fase de austeridad (2011-2020).

Tras un cambio de Gobierno, será a partir del año 2011, pero, sobre todo, del año 2012, cuando se produce una fuerte contención del gasto público. Los sectores que más se vieron perjudicados fueron las prestaciones de los trabajadores, el sistema de dependencia y el acceso y condiciones de las pensiones. De este modo, se abre un período de bloqueo absoluto de crecimiento del Estado de Bienestar español. Sin embargo, el Gobierno tuvo que enfrentarse a la posición y manifestaciones colectivas de los sindicatos, dos huelgas generales en 2012, o el denominado como movimiento 15-M.

⁴⁶⁸ Vide MINISTERIO DE ECONOMÍA, “Plan Español para el estímulo de la economía y el empleo”, 6 de mayo de 2009.

⁴⁶⁹ Vide Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía y se modifican determinadas normas tributarias.

⁴⁷⁰ Vide Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo

⁴⁷¹ Vide Marisa CRUZ, “Zapatero rebaja el sueldo a los funcionarios por primera vez en la Historia”, *El Mundo Digital*, 12 de mayo de 2010.

⁴⁷² Esta situación le costó al presidente del Gobierno, una huelga general el 29 de septiembre de 2010, convocada por Comisiones Obreras y Unión General de Trabajadores. El coste de la desregulación de los mercados financieros recaía directamente sobre los trabajadores y pensionistas, quienes no eran los responsables de la mayor crisis de la historia capitalista.

⁴⁷³ Vide Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

Pese a lo manifestado con anterioridad, ninguno de los movimientos reivindicativos anteriores ha sido verdaderamente significativo durante estos años. Tras la crisis económica del año 2010 se han dado todas las condiciones sociales, económicas y culturales para que se hubiera producido un levantamiento de las clases sociales más perjudicadas por la crisis. Un movimiento social que pusiera fin a las políticas austeras y a la imposición del neoliberalismo económico que dejaba el porvenir de las prestaciones sociales en función de los intereses de la bolsa de Wall Street. No se llega a comprender que, existiendo períodos de más de cinco millones de personas desempleadas, con apenas recursos para subsistir, y con todos los recortes y medidas austeras que se despliegan, no se haya producido un verdadero terremoto en las instituciones de nuestro país.

Las principales medidas adoptadas de reestructuración son las siguientes. En primer lugar, respecto del mercado de trabajo, se produce una reforma laboral que promueve el abaratamiento del despido y la contratación temporal⁴⁷⁴ y, además, un estancamiento de la promoción del empleo público⁴⁷⁵.

En segundo lugar, en términos fiscales, se promueve una subida general del impuesto de las personas físicas, así como también, el impuesto al consumo pasando del 18% al 21%⁴⁷⁶. Además, se aprueba una amnistía fiscal⁴⁷⁷, y se lleva a cabo, un rescate encubierto a la banca que supone la pérdida de 70.000 millones de euros.

En tercer lugar, en términos de prestaciones sociales, se reforma el acceso a los medicamentos y se fomenta el copago sanitario, se modifica el principio de universalización del servicio sanitario⁴⁷⁸, y las prestaciones contributivas, cambiando el

⁴⁷⁴ Vide Inmaculada CEBRIÁN LÓPEZ, “Radiografía de la evolución del empleo y las reformas laborales”, *Gaceta sindical*, 28, (2017), p. 163.

⁴⁷⁵ Vide Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

⁴⁷⁶ Vide Ley 28/2014, de 27 de noviembre, por la que se modifican la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, la Ley 20/1991, de 7 de junio, de modificación de los aspectos fiscales del Régimen Económico Fiscal de Canarias, la Ley 38/1992, de 28 de diciembre, de Impuestos Especiales, y la Ley 16/2013, de 29 de octubre, por la que se establecen determinadas medidas en materia de fiscalidad medioambiental y se adoptan otras medidas tributarias y financieras.

⁴⁷⁷ Vide Real Decreto-ley 12/2012, de 30 de marzo, por el que se introducen diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público.

⁴⁷⁸ Vide Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones. Mediante esta ley se aprueba el copago farmacéutico, a través de la cual, los jubilados con pensiones contributivas pagarán un 10% del coste total de los medicamentos con un máximo de 18 € mensuales dependiendo de la renta.

índice de revalorización de la Seguridad Social⁴⁷⁹. Esta modificación ha supuesto la no revalorización de las pensiones hasta el año 2016⁴⁸⁰, que se materializó en un 0,25% de las mismas⁴⁸¹.

En cuarto lugar, en lo referido a educación, se aprueba la modificación de la ley educativa con la conocida como “Ley Wert”⁴⁸², y se reducen las ayudas y subvenciones para becas, libros, o comedor. Y como la medida más restrictiva de los derechos de expresión, se produce la promulgación de la conocida coloquialmente como “Ley Mordaza”⁴⁸³. Con todas estas medidas, se reafirma en España una situación de vulnerabilidad y pobreza, auspiciada por la baja protección social del sistema⁴⁸⁴.

A todo esto, hay que sumar un contexto generalizado de corrupción público y privada que ha llevado a la sociedad a cuestionarse el funcionamiento del sistema político español⁴⁸⁵, y consecuentemente la eficiencia y eficacia de las Administraciones Públicas⁴⁸⁶. Esta es una de las razones por las que se aprueban las Leyes 39/2015⁴⁸⁷, y Ley 40/2015⁴⁸⁸, intentando reformar las instituciones para adaptarlas a las demandas sociales.

⁴⁷⁹ Vide Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo.

⁴⁸⁰ Vide Real Decreto 1170/2015, de 29 de diciembre, sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2016.

⁴⁸¹ Vide Adoración GUAMÁN HERNÁNDEZ y Albert NOGUERA FERNÁNDEZ, *Derechos sociales, integración económica y medidas de austeridad: la UE contra el constitucionalismo social*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2014, p. 198: «En el año 2012, España se situaba entre los 10 países de la eurozona con menos gasto público con el 43,4% de su PIB. Por encima de España se encuentra países como Francia (56,6%), Italia (50,7%), Reino Unido (48,5%) o Alemania (45%). En 2012, el nivel de ingresos públicos se situó en el 36,4% del PIB 10 puntos por debajo de la media de la zona euro, siendo el país de la eurozona con más bajos ingresos sólo por detrás de Irlanda (34,6%) y Eslovaquia (33.1%). En cuanto a la estructura del gasto, el 65,92 % de gasto público, el equivalente al 30% del PIB se destina a gasto social y a servicios públicos básicos».

⁴⁸² Vide Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa (LOMCE).

⁴⁸³ Vide Ley Orgánica de 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana.

⁴⁸⁴ Vide Ana M. GUILLÉN RODRÍGUEZ y Gregorio RODRÍGUEZ CABRERO, “Evolución del Estado de Bienestar en España”, en Cristóbal TORRES ALBERO, *España 2015: situación social*, CIS, Madrid, 2015, p. 1028.

⁴⁸⁵ Vide Ramón COTARELO GARCÍA, “De la democracia convencional a la Digital”, en Benigno PENDAS GARCÍA, *España constitucional (1078-2018) trayectorias y perspectivas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, p. 1692.

⁴⁸⁶ *Ídem* p. 1692.

⁴⁸⁷ Vide Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

⁴⁸⁸ Vide Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Sin embargo, esta reforma, aunque se presenta como innovadora en nuestro ordenamiento, el retraso en su plena instauración ha conllevado a que, cuando entre en vigor completamente las normas ya estarán atrasadas. Además, la sociedad ha abierto el debate sobre la necesidad de reforma de nuestra Carta Magna para adaptar sus principios y derechos a los nuevos valores del S. XXI. Hasta el punto de que, el modelo de monarquía parlamentaria⁴⁸⁹ se está viendo cada vez menos respaldado por la sociedad, como consecuencia de los escándalos relacionadas con del rey emérito y su entorno.

Esta situación de desencanto y falta de confianza en las instituciones ha provocado en España, y también en el resto de Europa, el auge de nuevas formas políticas que representan las ideologías más extremistas de la sociedad⁴⁹⁰. En un primer momento, se consideraron como insignificantes en el panorama político, pero han terminado consiguiendo representación parlamentaria, y por tanto voz en la toma de decisiones y aprobación de las normas. Para colmo de todos los males, la situación de inestabilidad política no ha ayudado a consolidar y promocionar las políticas sociales. Y así, por primera vez en España, se han tenido que repetir unas elecciones, por la falta de capacidad de ponerse de acuerdo entre los distintos partidos políticos. Además, es la primera vez que una moción de censura se lleva al Parlamento y tiene éxito, como consecuencia de una sentencia judicial por la que se condena al partido que representaba al Gobierno, por crear un “sistema de corrupción institucional”⁴⁹¹.

La llegada del nuevo presidente del Gobierno en estos términos no se la esperaba nadie. El mandato será en sus inicios un periplo, de escasos ocho meses, caracterizado por ser un Gobierno en su mayoría femenino, y con personajes destacados dentro del ámbito que representaba. Al mismo tiempo que, ensombrecido por escándalos relacionados con algunos de sus Ministros. Por ello, no es de extrañar que sea mediante

⁴⁸⁹ Vide Ramón COTARELO GARCÍA, “De la democracia convencional a la Digital”, en Benigno PENDAS GARCÍA, *España constitucional (1078-2018) trayectorias y perspectivas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, p. 1688.

⁴⁹⁰ Vide Álvaro DELGADO GAL, ¿Democracia en crisis o sociedad en crisis?, en Benigno PENDAS GARCÍA, *España constitucional (1078-2018) trayectorias y perspectivas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, p. 1485.

⁴⁹¹ Vide SAN 20/2018, de 18 de mayo, FJ 1.

una polémica promesa la que se inicie el mandato: sacar a Francisco Franco del Valle de los caídos⁴⁹².

Sin embargo, también se adoptan decisiones trascendentales en materia de protección social. Por un lado, se recupera la sanidad universal⁴⁹³, se efectuará una subida del salario mínimo interprofesional a 900€⁴⁹⁴; se revalorizan las pensiones⁴⁹⁵, en concreto 1,6% el tipo general y el 3% para las mínimas; y una subida salarial generalizada del 2,5% para los empleados públicos⁴⁹⁶. En otros términos, también se promovió el Plan Nacional Integrado de Energía y Clima⁴⁹⁷, que entre otras medidas promueve la desaparición de los coches de gasolina y diésel para el año 2040.

Además, el final de la legislatura va a estar presidido por la figura de “los viernes sociales”, bautizado así, puesto que son medidas que se adoptan mediante real-decreto en los Consejos de Ministros celebrados los viernes. Las medidas adoptadas pueden ser sistematizadas de la siguiente manera.

En primer lugar, de las medidas adoptadas por Real Decreto-Ley de 8 de marzo⁴⁹⁸, donde se distinguen los siguientes acuerdos: obligatoriedad del registro de la jornada, para controlar el número de horas trabajadas, y facilitar a los trabajadores el cobro de las horas extraordinarias; medidas de fomento del empleo indefinido, convirtiendo los contratos eventuales de trabajadores agrarios en contratos indefinidos, o contratos fijos discontinuos; la bonificación de la contratación indefinida a desempleados de larga duración; la adopción de medidas para prolongar el período de actividad laboral de los trabajadores fijos discontinuos relacionados con el tercer sector; se modifica la regulación del subsidio por desempleo para mayores de 55 años; se aumentan las cuantías de las

⁴⁹² *Vide* Real Decreto-ley 10/2018, de 24 de agosto, por el que se modifica la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la Guerra Civil y la Dictadura.

⁴⁹³ *Vide* Real Decreto-Ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud

⁴⁹⁴ *Vide* Real Decreto 1462/ de 21 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2019.

⁴⁹⁵ *Vide* Real Decreto-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo.

⁴⁹⁶ *Vide* Real Decreto-Ley 24/2018, de 21 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes en materia de retribuciones en el ámbito del sector público.

⁴⁹⁷ *Vide* Plan Nacional Integrado de Energía y Clima 2021-2030, 20 de enero de 2020.

⁴⁹⁸ *Vide* Real Decreto-Ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada laboral.

prestaciones familiares de la Seguridad Social, en la modalidad no contributiva, así como el importe del límite de ingresos para el acceso a las mismas; se incrementa la cuantía mínima de la pensión de incapacidad permanente temporal para menores de 60 años; se recupera el fondo de apoyo a la acogida e integración de inmigrantes, eliminado en el año 2012, con una dotación presupuestaria de 70 millones de euros; y se amplía el permiso de paternidad a 16 semanas, que se desarrollará de forma progresiva hasta 2021.

En segundo lugar, se adopta el Plan de retorno a España, donde se recogen cincuenta medidas encaminadas a facilitar el retorno de los emigrantes españoles, de forma que nuestro país se convierta en un lugar atractivo para desarrollar un proyecto de vida profesional y personal. El presupuesto asciende a un total de más de 24 millones de euros, en un plan inclusivo, que no discriminará en función de la edad, el nivel de formación o el lugar de origen⁴⁹⁹.

Y, en tercer lugar, se acuerda una oferta de empleo público que sumará cerca de 34.000⁵⁰⁰ nuevas plazas a las Administraciones Públicas, necesarias tras su parálisis durante los últimos años.

No obstante, el año 2019 pasa a la historia por la inestabilidad política de nuestro país. Se convocan elecciones generales para el 28 de abril que, por la falta de acuerdo entre los partidos representantes para llegar a un acuerdo, como consecuencia de la insuficiencia de apoyos parlamentarios, se tienen que repetir el 10 de noviembre de ese mismo año. Sin embargo, esta vez, y sorprendentemente rápido, se forma un Gobierno de coalición de izquierdas. El ejecutivo no había ni empezado a funcionar, adoptando las primeras medidas aumentando la protección social, cuando la crisis sanitaria del Covid-19 obligó a centralizar todos los esfuerzos del país en esta causa. La crisis económica que se espera será más agudizada que la anterior, puesto que la recuperación económica depende de las condiciones de avance y extensión del virus. De este modo, el año 2020 que se presentaba como la regeneración del sistema, el comienzo de un nuevo período en nuestra sociedad se ha visto desvanecido.

Ni siquiera habíamos sido capaces de determinar en qué medida la crisis económica del año 2008 había afectado a un país como España, con un Estado de

⁴⁹⁹ *Vide* Plan de Retorno a España, aprobado por el Consejo de ministros de 22 de marzo de 2019.

⁵⁰⁰ *Vide* Real Decreto 211/2019, de 29 de marzo, por el que se aprueba la oferta de empleo público para el año 2019.

Bienestar poco consolidado, cuando otra crisis ya la está sucediendo. Sin embargo, el ejecutivo no puede demorar más la necesidad de reformular el sistema, un Estado de Bienestar que se encuentra en la encrucijada⁵⁰¹ y que arrastra problemas de endeudamiento generalizado, financiación y la necesidad de modificación del aparato administrativo.

El endeudamiento del país, por recomendación europea para salir de la crisis, está teniendo graves consecuencias para España. Este rozaba el 95% de PIB para el año 2019, pero ni siquiera se conoce la fecha del último pago del débito, por lo que, algunos sectores, identifican esta situación con la necesidad de reforma del sistema de déficit estructural. La causa principal de este problema se encuentra en el débil sistema de recaudación fiscal sobre el que se asienta la economía y el empleo español⁵⁰².

Sin olvidar el evidente problema de financiación del sistema. Las políticas fiscales españolas están alejadas de la media europea. Así, ya en el año 2016, la OCDE pone de manifiesto la disparidad porcentual de la media fiscal de la Unión Europea con España. A modo de ejemplo, mientras la media europea del IRPF es el 24,7%, en España se sitúa en el 21,7%; o, el impuesto de sociedades es como media del 8,8% y en España del 5,5%. Mientras que, las cotizaciones a la seguridad social son muy superiores de la media europea pasando del 25,6% al 37,7%. Además, la OCDE le sugiere a España solventar el problema del déficit estructural incrementando los impuestos derivados del consumo como el IVA, o los impuestos ambientales. Además de rebajar las cotizaciones de la seguridad social de los trabajadores. Y, de igual modo, recalca la importancia de solucionar las grietas del sistema financiero como el gasto y el fraude fiscal⁵⁰³.

A este problema de financiación hay que sumar los problemas estructurales del sistema. La necesidad de reforma del aparato administrativo es inminente. La ineficacia y el aumento de las Administraciones Públicas está siendo una traba para la consecución del cambio que necesita la economía española. Los costes de mantenimiento del sistema son cada vez más elevados, pero no suman una eficiencia al sistema, sino que, tanta

⁵⁰¹ Vide Eloísa DEL PINO MATUTE y María Josefa RUBIO LARA, *Los Estados de Bienestar en la encrucijada. Políticas sociales en perspectiva comparada*, Tecnos, Madrid, 2017, in totum; Vide Josep BURGAYA I RIERA, *El Estado de Bienestar y sus detractores. A propósito de los orígenes y la encrucijada del modelo social europeo en tiempos de crisis*, Octaedro, Madrid, 2013, in totum.

⁵⁰² Vide Aurelio AYALA TOMÁS, “El Estado de Bienestar en la España de hoy”, *Contable*, 67, (2018), p. 33.

⁵⁰³ Vide OCDE, “España: visión general”, marzo de 2017.

burocracia le resta. Así, desde el inicio de la democracia, mantener ciertas instituciones arcaicas, supuso el desarrollo de un mapa autonómico y municipal poco racional, y sobre todo, insostenible en términos económicos. La división autonómica del país cumplió su función, pero éste no ha sabido evolucionar hacia un verdadero Estado federal, lo que está siendo aprovechado por los movimientos nacionalistas⁵⁰⁴ que reclaman una mayor libertad de actuación, y que están terminando por asfixiar a las Comunidades Autónomas⁵⁰⁵.

En consecuencia, los factores institucionales, financieros y estructurales van a influir en la configuración del Estado de Bienestar español. Las políticas que se desarrollen en los próximos años serán las que dirijan el futuro de éste. Esta en nuestras decisiones virar hacia una reversión de los derechos, intentando salir de esta situación con políticas austeras, o aprovechar esta situación para promover una ampliación y profundización de los mismos. Si bien, tan sólo uno de los pilares sobre los que sustenta el Estado de Bienestar se encuentra reconocido como derecho fundamental en nuestra Constitución, de forma que, la consecución y garantía del resto queda, en muchas ocasiones, dependiente de la voluntad política.

No obstante, mucho más difícil será encarar las reformas necesarias para la llegada de la Era Digital. La IV Revolución Industrial, con el desarrollo e implantación de las nuevas tecnologías en la sociedad como la robótica o la inteligencia artificial, cambiarán la estructura del empleo español, y con ésta las relaciones, obligando a establecer un nuevo contrato social. Necesitamos estar preparados y sentar las bases legislativas para el tsunami demoledor que se avecina. ¿Será éste el inicio de una fase de progresión del Estado de Bienestar?

⁵⁰⁴ Vide Francisco SOSA WAGNER, “Terapia de la embriaguez”, *El cronista del Estado social y democrático de derecho*, 71-72, (2017), p. 66: «(...) Y, por si fuera poco, que tiene en sus entrañas a una Comunidad Autónoma protagonista de un golpe de Estado sin olvidarnos de otras que se hallan a la espera de la marcha de los acontecimientos para apuntarse, con las miras más egoístas y turbias, a un carnaval de despropósitos territoriales».

⁵⁰⁵ Vide Josep BURGAYA I RIERA, *El Estado de Bienestar y sus detractores. A propósito de los orígenes y la encrucijada del modelo social europeo en tiempos de crisis*, Octaedro, Madrid, 2013, pp. 227-230.

IV. Régimen jurídico del Estado de Bienestar: concepto, figuras afines, fundamentos y objetivos.

1. Introducción.

El nacimiento del Estado de Bienestar responde a una concreta realidad social en el espacio-tiempo. Por ello, tanto el concepto, los fundamentos que lo inspiran, o los objetivos que persigue, obedecen a cuestiones de tipo histórico, cultural o económico de un determinado lugar y tiempo. Sin olvidar que, a través del término de “Estado de Bienestar” se alude de forma indiscriminada a procesos tan diversos como: la instauración de la democracia, el aumento de competencias por parte del Estado, la implantación de medidas sociales como medida protectora de los ciudadanos, o el desarrollo cualitativo del capitalismo que trae como consecuencia la necesidad de intervención del Estado⁵⁰⁶.

En consecuencia, abarcar un concepto fijo de “Estado de Bienestar”, inmutable al paso del tiempo, no tiene sentido si se pretende ser fiel a la figura que se está describiendo. El Estado de Bienestar es dinámico y tendente al cambio desde su origen. Así, desde las instituciones que lo habilitan, las necesidades que se cubren, y las concretas prestaciones que con lo configuran. De este modo, el Estado de Bienestar que se diseña después de la II Guerra Mundial es distinto al que existe a inicios del S. XXI.

Por ello, más que una conceptualización inamovible, es necesario focalizar el análisis en los aspectos básicos y fundamentales que erigen el Estado de Bienestar, y que sí perdurarán con indiferencia de las modificaciones de las necesidades que experimente la sociedad. A partir de los resultados de ese estudio, se podrán diseñar las bases sobre las que se sustente el Estado de Bienestar en la nueva Era Digital.

2. El Estado de Bienestar y las figuras afines.

⁵⁰⁶ *Vide* Francisco COLOM GONZÁLEZ, “Actores colectivos y modelos de conflicto en el Estado de Bienestar”, *Reis*, (1993), p. 99.

2.1. Concepto.

La primera vez que se utiliza el término de “Estado de Bienestar” (en este caso en inglés, como “*Welfare State*”) es en Gran Bretaña en el Informe Beveridge en 1942. Con esta expresión se identifica al:

«conjunto de programas de política social y económica, que englobaría la extensión de determinados servicios sociales universales, la persecución del pleno empleo y la asunción de la prestación de determinadas asistencias por parte del Estado»⁵⁰⁷.

De este modo, el primer acercamiento a esta figura recoge distintas actividades que acomete el Estado, como la prestación de determinados servicios globales, y la consecución de objetivos de carácter social, como sería el pleno empleo del país. Como se observa, esta definición de Estado de Bienestar responde al contexto histórico-cultural de la época, en tanto que, avala la ideología de un Estado de régimen liberal, cuya intervención en la economía se limita a solventar determinadas cuestiones sociales e impulsar políticas económicas concretas para aliviar las desigualdades de la población.

Esta conceptualización primigenia que se realiza del Estado de Bienestar ha motivado que, históricamente, éste sea analizado desde dos perspectivas: una estrictamente referida al contenido social, y otras más amplia relacionada con la ideología de la política Keynesiana. La primera responde a los sistemas de distribución de la riqueza y la prestación de servicios de contenido social por parte del Estado, cuya base funcional de ambas es la solidaridad y la igualdad. Mientras que, la segunda se centra en estudiar al Estado como gestor de la economía política, o macroeconomía⁵⁰⁸, en el que su actividad también se complementa con otros cometidos como las políticas de empleo y los condicionamientos al salario⁵⁰⁹.

⁵⁰⁷ Vide William BEVERIDGE, “Social Insurance and Allied Services”, *Bulletin of the World Health Organization*, 78, 6, (2000), p. 848: El término “Welfare State” se utiliza originariamente para describir las políticas de protección social llevadas a cabo por el gobierno laboralista en Gran Bretaña.

⁵⁰⁸ Vide Göran THERBORN, “Los retos del Estado del Bienestar”, en Rafael MÚÑOZ DEL BUSTILLO, *Crisis y futuro del Estado de Bienestar*, Alianza, Madrid, 1989, p. 85.

⁵⁰⁹ Vide Norman JOHNSON, *El Estado de Bienestar en transición*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1990, p. 17.

En este sentido, atendiendo a los objetivos que se pretenden alcanzar con esta tesis, el análisis del Estado de Bienestar que se acomete es desde esta última perspectiva. De este modo, partiendo de los conceptos que aportan otros autores, se desglosarán los caracteres que denotan al Estado de Bienestar hasta llegar un concepto propio del mismo.

En primer lugar, el Estado de Bienestar puede ser definido desde una perspectiva histórica finalista, tal y como señala Rodríguez Cabrero:

«El concepto de Estado de Bienestar connota un conjunto de respuestas de “policy” al proceso de modernización, consistentes en intervenciones públicas en el funcionamiento de la economía y en la distribución de las expectativas de vida, las cuales se orientan a promover la seguridad e igualdad de los ciudadanos, introduciendo entre otras cosas derechos sociales específicos dirigidos a la protección en el caso de contingencias preestablecidas, con la finalidad de aumentar la integración social de sociedades industriales con elevada movilización»⁵¹⁰.

Este concepto analiza la conceptualización del Estado de Bienestar, a partir de los orígenes del mismo, lo que le permite encontrar la fundamentación que motiva su construcción. De este modo, el concepto se diseña en base a la protección que se otorga al individuo en las sociedades industriales, tras la implantación de la economía capitalista. Así, a través de la consecución progresiva de una serie de derechos sociales se pretende establecer un nivel de igualdad material común en los trabajadores. En consecuencia, el primer carácter que se puede extraer es que, en su origen, los efectos del capitalismo y la Revolución Industrial obligan al Estado a intervenir en la economía, a través de políticas de distribución de la riqueza, que permiten la materialización de los derechos sociales. Corroborando este concepto, de forma más simplificada, otros autores definen el Estado de Bienestar como:

«un espacio institucional público donde, por medio de un abanico de políticas sociales, se dirimen intereses y se resuelven necesidades colectivas»⁵¹¹.

⁵¹⁰ Vide Gregorio RODRÍGUEZ CABRERO, “Los límites del Estado de Bienestar y las tendencias en el desarrollo de la reforma social”, en Berta ÁLVAREZ MIRANDA y otros, *Dilemas del Estado de Bienestar*, Fundación Argentaria, Madrid, 1996, p. 89.

⁵¹¹ Vide Raquel GALLEGO CALDERÓN, Ricardo GOMA CARMONA y Joan SUBIRITATS, “Las dinámicas de cambio en las políticas sociales: España en perspectiva comparada, en A.A.V.V., *Estado de*

De este modo, el Estado se sirve de las políticas sociales para gestionar las demandas de los ciudadanos, y cuyo objetivo es *«el mantenimiento de un mínimo vital, servicios sociales en sentido estricto, que, como derecho social, responsabiliza al Estado respecto de las necesidades de los ciudadanos»*⁵¹². Y, en igual sentido, se expresan otros autores que definen el Estado de Bienestar:

*«como el encargado de llevar a cabo una serie de medidas que permitan a los ciudadanos de una nación el acceso a un mínimo de servicios que hagan posible su supervivencia, dentro del modelo de economía de mercado»*⁵¹³. Pero también, como *«modelo ideal de provisión universal de protección mediante servicios sociales articulados a través de políticas sociales»*⁵¹⁴.

Por tanto, las prestaciones de carácter social, así como las medidas y políticas que se adoptan por parte del Estado, son el instrumento que se utiliza para cubrir las necesidades de la colectividad. Así, el desarrollo de las mismas marca el mínimo vital e indispensable que necesitan los ciudadanos para el desarrollo de su vida, dentro del contexto de un Estado Social.

En consecuencia, la segunda característica del Estado de Bienestar es la necesidad de configuración previa de un Estado Social. De este modo, el proceso de democratización y la regulación de los derechos sociales, marca el régimen de relaciones del Estado con los ciudadanos, auspiciado por los principios de igualdad y solidaridad que lo caracterizan. Así, en palabras de Vicenç Navarro:

«El Estado de Bienestar incluye aquellas intervenciones del Estado que están encaminadas a mejorar el bienestar y calidad de vida de los ciudadanos y residentes, destacando cuatro grandes actividades que éste lleva a cabo: las

Bienestar y Comunidades Autónomas. La descentralización de las políticas sociales en España, Tecnos, 2003, p. 46.

⁵¹² Vide Carmen ALEMÁN BRACHO, *El sistema público de servicios sociales*, Impresidur, Granada, 1999, p. 201.

⁵¹³ Vide María de la O BARROSO GONZÁLEZ y Nelly CASTRO VADILLO, “El Estado de bienestar y crisis económica: una revisión bibliográfica”, *Revista de la Universidad de Huelva*, (2011), p. 9.

⁵¹⁴ Vide Carmen ALEMÁN BRACHO y Mercedes GARCÍA SERRANO, *Fundamentos de bienestar social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 183-186.

transferencias públicas, los servicios públicos, las normas de protección de los trabajadores, consumidores y residentes, y las políticas encaminadas a producir el buen empleo»⁵¹⁵.

De este modo, bajo el manto de protección del Estado de Bienestar no sólo se encuentran los servicios públicos que se encargan de prestar determinadas actividades de interés general, sino que también, hay que añadir otros mecanismos como, las normas que desarrollan la protección de los trabajadores, o las políticas económicas dirigidas a crear y mejorar las condiciones del empleo.

En consecuencia, el modelo macroeconómico que adopte el país resulta de vital importancia para determinar las políticas sociales que se van a prestar a sus ciudadanos. En este sentido, este primer acercamiento a la materia puede servir de base para repensar el modelo económico que queremos en España, atendiendo a los nuevos parámetros que va a instaurar la sociedad digital. Así, si como se analizará en los siguientes capítulos, se prevé un mercado de trabajo altamente tecnificado y dependiente de las nuevas tecnologías, por lo que el Estado de Bienestar de este nuevo período debería ser diseñado en consonancia con las necesidades imperantes.

Además, a los caracteres anteriores, se deben sumar el carácter presupuestario y los recursos que se dedican a la materialización del Estado de Bienestar, lo que, en palabras de Comín, supone:

«El Estado de Bienestar queda definido, básicamente, por los recursos que un Estado dedica en sus presupuestos a suministrar servicios de carácter social en un sistema donde el propio Estado actúa como asegurador universal para los ciudadanos»⁵¹⁶.

El autor realiza una definición utilitaria del Estado de Bienestar, atendiendo a los recursos materiales de que dispone para su funcionamiento. La cuantía que se destina a

⁵¹⁵ Vide Vicenç NAVARRO LÓPEZ, “El Estado de Bienestar en España”, en *La situación social en España*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2005, pp. 23-24.

⁵¹⁶ Vide Francisco COMÍN COMÍN, “El surgimiento y desarrollo del Estado de Bienestar (1883-1990)”, en Salvador SALORT I VIVES y Ramiro MUÑOZ HAEDO, *El Estado de Bienestar en la encrucijada*, Universidad de Alicante, Alicante, 2007, pp. 67-128.

cubrir las necesidades sociales determina, en parte, el nivel proteccionista que el Estado ejerce sobre sus ciudadanos. Obviamente, sería una estafa eliminar de la ecuación el elemento económico del Estado del Bienestar, además de muy poco representativa de la realidad.

Por ello, el tercer carácter que determina la configuración del Estado del Bienestar es el gasto que supone su mantenimiento y cuánto se invierte en su desarrollo, para la consecución de los objetivos marcados por los textos normativos. En estos mismos términos se expresa Therborn, para quién:

«Los Estados de Bienestar como aquellos Estados en los que más de la mitad de su presupuesto general está dedicado a la política social, en contraposición a la economía, el ejército, el orden público, la infraestructura y otras funciones tradicionales del Estado»⁵¹⁷.

No obstante, y atendiendo a esa carga histórica y filosófica que engloba al concepto de Estado de Bienestar, hay que tener en cuenta que el concepto de bienestar es dependiente directamente del momento cultural y el progreso que experimente la sociedad. En otras palabras, el concepto de “bienestar” implica una constante reformulación de los principios y valores sobre los que sustentan la sociedad. Pese a ello, existen una serie de valores que se prolongan de forma constante en el tiempo, como el principio de igualdad, o de dignidad del individuo, aunque no se van a corresponder de manera idéntica en ninguna sociedad.

En este sentido, la real academia española define el bienestar como “*el conjunto de las cosas necesarias para vivir bien*”. Como se observa, este escenifica un concepto de bienestar materialista, centrado en “las cosas” necesarias para el desarrollo de la vida. Sin embargo, el bienestar implica otra serie de consecuciones, más allá de una realidad fáctica, y de la perspectiva económica, y relacionados con los principios y valores de la sociedad en un determinado momento, por ejemplo, la esperanza de vida, o el nivel de formación que se espera por parte de la sociedad.

Además, algunos autores entienden que el bienestar está estrechamente relacionado con la ausencia de privaciones. De este modo, la gente que padece de

⁵¹⁷ Vide Göran THERBORN, *Whe, How, and why does a welfare state become a Welfare State?* Ponencia presentada en el Taller ECPR Workshop, *Feiburg*, marzo 1983.

problemas de hambre o malnutrición, que no dispone de una vivienda, o que, aun teniéndola, no puede acceder a los servicios básicos de luz y agua, no ha alcanzado el bienestar. Así, la realidad social que se pretende abarcar es mucho más amplia de lo que a priori pudiera parecer, lo que en palabras de Berzosa supone:

«se identifica el bienestar de una colectividad dependiendo del grado de desarrollo que ostenta un país en un momento circunstancial»⁵¹⁸.

De este modo, el bienestar, aunque más bien el bienestar social, se puede entender como todas aquellas medidas adoptadas en la sociedad, para conseguir cubrir las necesidades del individuo de manera que éste alcance la satisfacción, de acuerdo con los valores éticos y sociales de un determinado momento. En este mismo sentido, se puede añadir que, según las aportaciones clásicas que realiza Titmuss⁵¹⁹ y Esping-Andersen⁵²⁰, son tres los elementos proveedores del bienestar social: el mercado, la familia y el Estado. En consecuencia, dependiendo del grado de implicación e intervención que cada uno de estos tenga en el abastecimiento del bienestar, se configuran los distintos regímenes de protección social.

Por ello, no es difícil que muchas veces el concepto de “bienestar social” se utilice de forma errónea para hacer referencia al bienestar que engloba al Estado social, pues éste viene a contener parte de sus cometidos. El bienestar social representa, por tanto, la actuación finalista⁵²¹ que éste persigue. En estos mismos términos se expresa Beltrán Aguirre, quién entiende que:

«el bienestar social es un concepto demasiado amplio que englobaría la protección de toda la sociedad, con independencia de si éstos soportan necesidades específicas o no»⁵²².

⁵¹⁸ Vide Carlos BERZOSA ALONSO-MARTÍNEZ, “El bienestar en la economía mundial”, en Emilio FONTELA MONTES y Joaquín GUZMÁN CUEVA, *Economía ética y bienestar social*, Pirámide, Madrid, 2003, pp. 125-127.

⁵¹⁹ Vide Richard M. TITMUSS, *Essay on Welfare State*, Allen & UNWIN, Londres, 1958.

⁵²⁰ Vide Gøsta ESPING-ANDERSEN, *The three world of Welfare Capitalism*, Polity Press & Princeton, Princeton University Press, Cambridge, 1990.

⁵²¹ Vide Jorge GARCÉS FERRER, *Administración social pública. Bases para el estudio de los servicios sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, p. 22.

⁵²² Vide Juan Luis BELTRÁN AGUIRRE, *El régimen jurídico de la acción social pública*, Instituto vasco de la administración pública, Bilbao, 1992, p. 59.

Siguiendo el concepto de Beltrán Aguirre, hablar de que el Estado de Bienestar lo que promueve es la consecución del “bienestar social” de forma plena nos lleva a plantearnos la utopía del mismo. Los individuos que configuran la colectividad son tan amplios, y por ende sus necesidades, que es imposible (sobre todo en términos económicos) hablar de su consecución material. Resulta tan difícil ya, garantizar un mínimo vital para todos los ciudadanos que pretender englobar la consecución del bienestar de toda la sociedad, es quimérico, y únicamente comparable con la idea de la consecución del pleno empleo en un país.

A través de los distintos conceptos expuestos, y la sistematización de sus características, se puede configurar una definición propia de Estado de Bienestar. En este sentido, el Estado de Bienestar representa el conjunto de instituciones de un país que se encargan de gestionar la protección social de sus ciudadanos, con la finalidad de alcanzar la consecución de los derechos sociales, los cuáles previamente han sido reconocidos formalmente. En consecuencia, el Estado para conseguir un reparto equitativo de los beneficios y las cargas de la sociedad, y proporcionar calidad de vida y bienestar a los ciudadanos lleva a cabo determinadas actuaciones que corrigen las desigualdades sociales. De este modo, a través de la inversión de gran parte de su presupuesto en este objetivo, el Estado pretende garantizar el bienestar social. Los pilares que lo configuran son la educación, el sistema de seguridad social de los trabajadores, la protección de la salud y la asistencia social.

2.2. Diferencia con figuras afines.

2.2.1. El Estado Social.

El concepto de Estado Social se utiliza de manera indistinta para referirse al Estado de Bienestar⁵²³. La fundamentación del uso indiferenciado de ambos términos está en que, sin la constitución del Estado Social, a través de los principios y valores que sustentan la consecución de los derechos sociales, no tiene cabida hablar de la existencia

⁵²³ *Vide* Francisco COLOM GONZÁLEZ, “Actores colectivos y modelos de conflicto en el Estado de Bienestar”, *Revista española de investigaciones sociológicas*, (1993), p. 99.

de un verdadero Estado de Bienestar. De este modo, a través de la promulgación de una serie de derechos y deberes, y la consagración del objetivo social como prioritario, el Estado se compromete a la garantía de un orden socioeconómico justo y un nivel de vida acorde con el progreso, y situación concreta que experimente el país.

Por ello, la configuración del Estado como social, aparte de hacer referencia a un concreto proceso histórico, también incluye el principio básico a través del cual éste se estructura. De este modo, el adjetivo social, dentro de la definición propia de Estado, implica que éste debe dar respuesta a los problemas relacionados con la “cuestión social”. Y, de esta forma, la finalidad que debe persigue en su actuación es la de dar cobertura a las necesidades íntegras del individuo, para garantizar determinados mínimos de protección a los ciudadanos. En consecuencia, el uso indiscriminado que se hace entre ambos términos tiene una cobertura motivada, puesto que, no es posible la constitución del Estado de Bienestar, sin el Estado Social.

2.2.2. La política social.

Hablar de políticas sociales y Estado de Bienestar parece un todo indisoluble que, en ocasiones, puede llegar a provocar cierta confusión. La política social de un país se identifica con el nivel de protección que se otorga a sus ciudadanos y que, de igual manera, permite determinar el tipo de Estado de Bienestar que configura.

De esta forma, en palabras de Montoro, se puede definir la política social como:

«el instrumento característico del estado moderno que ha permitido, por un lado, limar los conflictos sociales que venían arrastrándose desde el S. XIX, y por otro, conseguir alcanzar un grado de equiparación social bajo la forma de ese bienestar colectivo que ha caracterizado especialmente a los países europeos desde el final de la II Guerra Mundial»⁵²⁴.

En consecuencia, en estos mismos términos se puede entender la política social de un país como:

⁵²⁴ Vide Ricardo MONTORO ROMERO, “Fundamentos teóricos de la política social”, en Carmen ALEMÁN BRACHO y Jorge GARCÉS FERRER, *Política social*, MacGraw-Hill, Madrid, 1997, pp. 33-40.

«un conjunto articulado y temporalidad de acciones, mecanismos e instrumentos, conducidos por un agente público, explícitamente destinado a mejorar la distribución de oportunidad o corregir la distribución de activos a favor de ciertos grupos o categoría sociales»⁵²⁵.

La política social se va a caracterizar por la intervención que realiza el Estado, a través de los poderes públicos, para la consecución del bienestar, corrigiendo los efectos de la economía de mercado o capitalista. De esta forma, las políticas sociales serán el conjunto de decisiones, a través de las cuales, el Estado pretende enmendar las situaciones de desigualdad que nacen al amparo de la sociedad capitalista. Por tanto, las políticas sociales se utilizan para la propulsión y progreso del Estado de Bienestar, convirtiéndose en el instrumento a través del cual éstos se sirven para su consecución.

2.2.3. La asistencia social.

La asistencia social puede ser definida como *«una actividad de carácter público, que es financiada con cargo a ingresos públicos en base al principio de solidaridad; es complementaria de los seguros sociales a favor de los económicamente débiles y no sólo de los indigentes, como ocurría con la beneficencia»⁵²⁶.*

Las características que definen la asistencia social son las siguientes. En primer lugar, insuficiencia de recursos de la persona que será asistida. Sin embargo, esta situación no implica que exista una situación extrema de indigencia, sino que, los recursos de que dispone son incapaces de cubrir sus necesidades primarias sociales. En segundo lugar, éstas van dirigidas a completar sus necesidades más básicas, íntimamente relacionadas con el aseguramiento de un mínimo vital. En tercer lugar, estas prestaciones tienen carácter residual y complementario de los seguros sociales a través de los que se estructura la protección del individuo. En cuarto lugar, es necesario señalar la gratuidad

⁵²⁵ Vide Raúl ATRIA BENAPRÉS, “Políticas sociales: concepto y diseño”, *Estudios sociales*, 116, (2005), p. 55.

⁵²⁶ Vide Gregorio RUBIO NOMBELA, “Caridad, beneficencia y asistencia social”, en AA. VV., *Problemas fundamentales de beneficencia y asistencia social*, Ministerio de Gobernación, Madrid, 1967, p. 77.

de las prestaciones. Y, por último, que la financiación vaya a cargo de los Presupuestos Generales del Estado⁵²⁷.

La asistencia social se configura como uno de los pilares básicos a través de los que se desarrolla el Estado del Bienestar. En otras palabras, será a través de las estructuras que configuran la asistencia social, el instrumento necesario para garantizar la defensa de determinadas necesidades del individuo.

No obstante, estas estructuras del Estado, debido a la evolución histórica que han experimentado, han quedado apartadas del paraguas protector de las políticas que configuran el régimen de la Seguridad Social. Pero, el Estado de Bienestar no sólo está estructurado por la asistencia social, sino que también, la educación, la sanidad y el sistema de seguridad social, configuran los pilares básicos a través de los que éste se sustenta.

2.2.4. Los servicios sociales.

La doctrina mayoritaria distingue dos conceptos diferenciados de servicios sociales. El primero de ellos que engloba una perspectiva más genérica de esta actividad, y recoge las políticas sociales del Estado, o incluso las directamente relacionadas con el Estado de Bienestar. Y la segunda, o de un ámbito más específico, que engloba las prestaciones de la seguridad social y determinadas políticas relacionadas con la acción social. En esta tesis, el concepto de servicios sociales que debemos utilizar es el más amplio posible. Así, hay que abordar una definición relacionada con las prestaciones y actividades que se procuran desde las instituciones del Estado a los ciudadanos, en función de las necesidades y aspiraciones de la persona en sus más diversas facetas⁵²⁸.

En estos términos se expresa Garcés Ferrer, quién entiende que los servicios sociales:

«constituyen uno de los sistemas públicos de bienestar dentro de un estado social, que a través de la administración y de la sociedad, tienen la finalidad de

⁵²⁷ Vide Ramón MARTÍN MATEO, “Sobre el concepto de asistencia social”, en AA. VV., *Problemas fundamentales de beneficencia y asistencia social*, Ministerio de Gobernación, Madrid, 1967, pp. 64-65.

⁵²⁸ Vide Demetrio CASADO PÉREZ y Encarna GUILÉN SÁBADA, *Manual de servicios sociales*, Editorial CCS, 2011, pp. 41-44.

integrar y compensar a los ciudadanos y grupos desfavorecidos y de promocionar y universalizar el bienestar social»⁵²⁹.

El concepto de servicios sociales es, por tanto, de carácter instrumental respecto del Estado del Bienestar. Así, las prestaciones de carácter social se convierten en la herramienta a través de la cual se dirigen las políticas del Estado encaminados a la consecución del bienestar social. De igual modo, los servicios sociales deberán de englobar tantas perspectivas de actuación, como las necesidades pretenda cubrir el Estado. No obstante, los servicios sociales no pueden ser estudiados de modo individual, sino como uno de los ejes que diseñan el marco de actuación de un Estado Social y de bienestar. Éstos, junto con el resto de los pilares, son los que van a otorgar la protección necesaria al individuo dentro de la colectividad.

2.2.5. La acción social.

La acción social es a veces confundida, en términos de objetivos, con los que persigue el Estado del Bienestar. Así, por ejemplo, Garcés Sanagustín la define como:

«un servicio público enmarcado en el Estado Social de Derecho que trata, junto a otros, de dar respuesta a la función constitucional atribuida al Estado de erradicación de la necesidad a través de un sistema de prestaciones tendentes a la eliminación de aquellas necesidades económico-sociales existentes que afectan a sectores marginados de la población»⁵³⁰.

En términos similares se expresa Beltrán Aguirre quién define la acción social como:

«un mero recurso lingüístico para englobar un conjunto de actividades jurídicas (fomento, planificación, policía, servicio público, etc.) que se emplean

⁵²⁹ Vide Jorge GARCÉS FERRER, *Sistema político y administrativo de los servicios sociales*, Tirant lo Blanch, Madrid, 1996, pp. 55-56.

⁵³⁰ Vide Ángel GARCÉS SANAGUSTÍN, *La acción social: delimitación conceptual y régimen jurídico*, Diputación General de Aragón, Zaragoza, 1988, p. 91.

para eliminar la menesterosidad personal que no consiguen hacer las otras políticas sociales»⁵³¹.

En adición, en palabras de López Fernández, quién comparte los anteriores criterios, sistematiza el contenido de la acción social como:

«la acción social comprenderá todas aquellas actuaciones desarrolladas por los distintos actores sociales que, a través de diferentes formas de gestión pública y privada, tienden a la cobertura de las necesidades sociales individuales, así como aquellas otras que persiguen mejorar la calidad de vida de los ciudadanos, logrando salvar las desigualdades sociales y contribuyendo al bienestar social de toda la población»⁵³².

La acción social comporta aquellas medidas destinadas a erradicar la marginalidad y la situación extrema de pobreza, es decir, engloba un sector más reducido de los servicios sociales, intentando paliar las consecuencias negativas que el resto de las políticas sociales no consiguen eliminar, dentro del marco de actuación del Estado de Bienestar. Como consecuencia, se puede afirmar que la acción social es una de las instituciones que configuran el Estado de Bienestar, sirviéndose de él como instrumento para erradicar las situaciones de necesidad más extremas. Así, el Estado de Bienestar viene a suponer un concepto mucho más amplio que alcanza no sólo el ámbito social, sino también, otros aspectos como el político y el económico.

3. Los fundamentos del Estado de Bienestar.

A partir del concepto de Estado de Bienestar que se ha descrito se pueden determinar cuáles son los fundamentos, intrínsecos al propio sistema, que han motivado su configuración.

⁵³¹ Vide Juan Luis BELTRÁN AGUIRRE, *El régimen jurídico de la acción social pública*, Instituto vasco de la Administración Pública, Bilbao, p. 71.

⁵³² Vide Francisco Javier LÓPEZ FERNÁNDEZ, *Acción social en España: centros, servicios y establecimientos de servicios sociales*, ACCI, Madrid, 2014, pp. 33-34.

En primer lugar, el Estado de Bienestar nace sobre la base de una serie de principios y valores ideológicos que sustentan la filosofía política de un determinado espacio-tiempo. De este modo, las reivindicaciones sociales del momento son las que marcarán el punto de inflexión sobre las políticas sociales desarrolladas por el ejecutivo. No obstante, hasta que no se produce la formalización de estas reivindicaciones mediante los derechos sociales, no se puede hablar de su consecución.

En este sentido, los principios estructurales del Estado de Bienestar son: el respeto a la integridad y el reconocimiento de la dignidad de todo ser humano; el valor del trabajo, entendido como un medio para el sustento y la autonomía personal y que, consecuentemente, supone una aportación a la riqueza del conjunto de la sociedad; y la necesidad de encontrar un equilibrio que permita conciliar la sociedad de mercado con la protección y el bienestar social.

Estos representarían los fundamentos ideológicos que han llevado hasta ahora a la consolidación del Estado del Bienestar. Sin embargo, en el futuro se puede añadir otros. A modo de ejemplo, probablemente, habrá que repensar el sistema, atendiendo a la revolución que la inteligencia artificial, o la robótica, supondrán las relaciones de los seres humanos. De forma que, habrá que buscar un principio que equilibre el desarrollo de los primeros, y ampare al mismo tiempo, el estatus de los seres humanos.

En segundo lugar, estos principios ideológicos sobre lo que se sustenta el régimen están condicionados por la evolución histórica que presente un determinado país, construyendo diversidad de modelos de Estados de Bienestar. De este modo, el sistema de protección que se adopte estará condicionado por el contexto social y el resto de los agentes configuradores que hayan permitido su perfeccionamiento.

Por ejemplo, tal y como se ha explicado, la evolución del Estado de Bienestar español ha estado condicionado por los distintos regímenes, formas de gobierno y políticas que se han sucedido a lo largo del tiempo. De igual manera que, la llegada tardía e insuficiente de la revolución industrial condicionó su desarrollo económico, social y cultural hasta casi cien años después.

En tercer lugar, el Estado de Bienestar funciona en base a los recursos que se ponen a disposición de la ciudadanía para garantizar su subsistencia, favorecer su integración social, o la cobertura de sus necesidades. Por ello, el factor presupuestario, o

el “quantum”, se convierte en uno de los agentes condicionantes de la consecución de los objetivos del Estado de Bienestar.

Sin embargo, a pesar de la importancia de la cantidad, generalmente del Producto Interior Bruto (PIB) que se invierte en el desarrollo de las políticas sociales, tiene tanta o más repercusión la voluntad del legislador, y el método y modo de inversión de éstos. Por ejemplo, si se piensa en el sistema educativo, en el que, la mayoría de los Estados, invierten gran parte de su presupuesto, lo que se obtiene son trabajadores mejor formados, los cuales pueden optar a puestos de trabajo más cualificados y con mayor retribución (y con ellos, un aumento de las aportaciones a la Seguridad Social). Sin embargo, si el Estado no crea puestos de trabajo que puedan acoger a estos trabajadores, a través de las políticas económicas, la inversión que se realiza no sirve prácticamente de nada para mejorar la situación de los ciudadanos.

En cuarto lugar, el modo de financiar las prestaciones o los recursos que se ponen a disposición de la población también resulta trascendental. Un Estado de Bienestar que se mantiene únicamente por vía de las cotizaciones a la seguridad social que realizan los trabajadores está más limitado que otros que sufragan parte de sus servicios mediante impuestos. De este modo, la forma de contribuir al sostenimiento de éste y el sistema de redistribución de la riqueza que se adopte marcan la diferencia sobre las posibilidades de su evolución. Así, por ejemplo, uno de los problemas que más ha agravado las consecuencias de la crisis económica en España fue la financiación, en gran medida, del Estado de Bienestar sobre la base de las cotizaciones de la Seguridad Social.

Y, en quinto lugar, otro de los fundamentos que condiciona el desarrollo del mismo será el modelo de gestión de los servicios públicos. En este sentido, la Constitución no obliga a que la gestión de las prestaciones social sea a través de un ente de derecho público, sino que es válida cualquiera de las formas admitidas en derecho. Sin embargo, no es lo mismo que el Estado ejerza un control pleno, mediante sus instituciones de las prestaciones que se provee a los ciudadanos que, cuando determinadas actividades o fases del proceso son gestionadas por otros agentes del mercado.

4. Los objetivos por conseguir.

El objetivo principal que pretende alcanzar el Estado del Bienestar es la consecución del bienestar social. Para la obtención de esta meta, las distintas instituciones

del Estado realizarán una serie de actuaciones. En su labor, las distintas estructuras deben buscar la eficiencia, la equidad y el desarrollo de la sociedad en su conjunto. No obstante, el bienestar social ya se ha presentado con anterioridad, no sólo como un objetivo utópico o de difícil consecución, sino que puede ser aglutinado en la obtención de propósitos menos ambiguos. Como, por ejemplo, podría ser la estabilidad social, el crecimiento de la productividad del país, la seguridad jurídica de los ciudadanos, y el favorecimiento de la integración social, que nos llevaría a materializar, de algún modo, ese bienestar social⁵³³.

Sin embargo, para la obtención de esos objetivos finales primero hay que desgranar en una serie de metas primarias⁵³⁴. En primer lugar, debemos de tener en cuenta la eficiencia en términos de macro y microeconomía de distribución de la riqueza. A partir del Producto Interior Bruto de un país, el Estado puede desarrollar unas u otras prestaciones sociales que, al mismo tiempo, van a implantar el modelo de desarrollo del Estado del Bienestar.

En segundo lugar, la disminución de la pobreza. Todo ser humano tiene derecho a vivir con dignidad, y que el Estado le ayude a alcanzar ese mínimo vital indispensable para el desarrollo de su vida con honra. Para ello, deberá servirse de las instituciones que tiene a su servicio para reducir las situaciones de pauperismo, y ayudar igualmente, al crecimiento del país.

En tercer lugar, la seguridad jurídica del ser humano, este principio se va a trasladar de forma directa respecto de las instituciones relacionadas con la protección en caso de desempleo o el padecimiento de enfermedades. El tener garantizado una serie de prestaciones ante determinados imprevistos, aporta a nuestra sociedad cierta seguridad que permite a los seres humanos vivir sin el desasosiego y las inclemencias de la economía de política liberal y capitalista de forma constante.

Y, en cuarto lugar, el principio de solidaridad e igualdad. Este principio debe de ser ejecutado tanto en perspectiva vertical, entre las personas más ricas, como en perspectiva horizontal afectando a los diferentes grupos sociales. Y, por supuesto, aún

⁵³³ Vide Eduardo BANDRÉS MOLINÉ, “¿A quién beneficia el Estado de Bienestar?”, en AA.VV., *Dilemas del Estado de Bienestar*, Fundación Argentaria, Madrid, 1996, p. 141.

⁵³⁴ Vide María de la O BARROSO GONZÁLEZ y Nelly J. CASTRO VADILLO, “Estado del Bienestar y crisis económica: una revisión bibliográfica”, *Revista de la Universidad de Huelva*, (2011), pp. 10-13.

más tenido en cuenta a la hora de realizar el reparto y la consideración de las prestaciones sociales.

V. Naturaleza jurídica del Estado de Bienestar.

1. El modelo de Estado Social y el reconocimiento de los derechos sociales: la intervención o prestación positiva por parte del Estado.

En base al análisis precedente, se advierte que la evolución del Estado de Bienestar español ha atendido a criterios dispares, y de igual manera, se han utilizado distintos instrumentos jurídicos para promover su consolidación. En este sentido, en el desarrollo del Estado de Bienestar han participado las actividades de policía, de fomento, las políticas públicas de desarrollo o la ejecución de prestaciones concretas a través del servicio público. Y, de igual manera, también ha influido en su configuración la colaboración público-privada del Tercer Sector⁵³⁵. Por tanto, no sólo sería desacertado reducir la naturaleza jurídica del Estado de Bienestar en una sola categoría del Derecho, sino que sería erróneo.

De este modo, la naturaleza jurídica del Estado de Bienestar no se corresponde con una categoría unívoca del Derecho. Ciertamente, es que el Estado de Bienestar no se reconoce en nuestro ordenamiento jurídico con una figura o estructura de protección social de los ciudadanos, puesto que, ni siquiera existe una regulación explícita, ni en la Carta Magna, ni tampoco en otras normas de rango legal. En este sentido, la definición del Estado de Bienestar es una construcción doctrinal que lo asemeja con el conjunto de intervenciones del Estado para mejorar el bienestar y la calidad de vida de sus ciudadanos. Así, trayendo a colación el concepto de Estado de Bienestar que aporta Vicenç Navarro, este lo identifica con las intervenciones del Estado que pretenden mejorar el bienestar y calidad de vida de los ciudadanos, destacando entre otras las transferencias públicas y el desarrollo de los servicios públicos⁵³⁶.

⁵³⁵ Vide José Ramón PARADA VÁZQUEZ, “Los servicios públicos en España”, en Alfredo ARISMENDI, Jesús CABALLERO ORTIZ, y Allan RANDOLPH BREWER-CARIAS, *El derecho público a comienzos del S. XXI: estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 1850 y ss.

⁵³⁶ Vide Vicenç NAVARRO LÓPEZ, “El Estado de Bienestar en España”, en *La situación social en España*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2005, pp. 23-24.

No obstante, el Estado de Bienestar se configura a través de un conjunto de pilares con finalidad específica, y con su propio régimen jurídico, tal y como será abordado en un apartado siguiente de esta tesis. Todas estas cuestiones dificultan delimitar su naturaleza jurídica, en tanto que, no existe un reconocimiento explícito de éste, con sus características y principios que lo definan, para asemejarlo con una categoría propia del Derecho.

Pese a lo anteriormente señalado, se pueden realizar ciertas matizaciones acerca de cuál es la categoría del Derecho que más se identifica con el Estado de Bienestar, teniendo en cuenta quién presta las actividades y la finalidad que cumplen éstas dentro de la sociedad. En este sentido, el Estado de Bienestar está vinculado con la implantación de un modelo de Estado cuyo carácter social lo define⁵³⁷, y de forma concomitante, un conjunto de derechos (sociales) que implican necesariamente una prestación o el desarrollo de una actividad por parte del Estado⁵³⁸.

En primer lugar, el Estado Social que se utiliza de manera indistinta para referirse al Estado de Bienestar, implica que el Estado debe preocuparse por la “cuestión social” de sus ciudadanos, lo que cumple con la finalidad de acabar con las desigualdades sociales, garantizando una serie de servicios y prestaciones en condiciones equánimes. En este sentido, la Constitución recoge el conjunto de principios y derechos que, como representación del corazón de las políticas del Estado, deben respetar los valores del Estado Social Democrático y de Derecho. Así, la Carta Magna resume «*el repertorio mínimo de convicciones acerca del mundo, viniendo a ser a modo de una síntesis el espíritu del tiempo*»⁵³⁹.

Y, en segundo lugar, los derechos sociales se configuran en origen como prestacionales, lo que obliga al Estado a asumir el deber de garantizar determinados servicios con la finalidad de procurar el bienestar social. En consecuencia, tal y como ha sido ya abordado, los derechos sociales requieren para su efectividad y garantía una prestación positiva. Asimismo, la doctrina los identifica con el conjunto de normas a

⁵³⁷ Vide CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, de 29 de diciembre de 1978, artículo 1.1: «*España se constituye como un Estado social y democrático de derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político*».

⁵³⁸ Vide Guillermo ESCOBAR ROCA, “Presupuestos de teoría y dogmática constitucional”, en *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 292 y ss.

⁵³⁹ Vide Francisco GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho Administrativo Español*, Eunsa, Pamplona, 1995, p. 133.

través de las cuáles el Estado equilibra y modera las desigualdades⁵⁴⁰. De este modo, el principio de igualdad y derivado de éste el principio de solidaridad⁵⁴¹, se convierten en el fundamento que permite al Estado prestar o desarrollar determinadas actividades, cuya finalidad debe ser encontrar un equilibrio entre las distintas relaciones⁵⁴².

En este sentido, la Constitución deja tal libertad a la evolución de los servicios públicos que ni siquiera se pronuncia explícitamente sobre su concreción. Sin embargo, si se hacen referencias indirectas como, por ejemplo, el artículo 106.2 CE⁵⁴³, o el artículo 158.1 CE⁵⁴⁴. Lo que se dispone en estos artículos no permite concretar el servicio público, pero sí refrenda los caracteres que lo identifican: es una actividad que realiza obligatoriamente una Administración Pública. Esta característica no es un hecho baladí, porque se convierte en uno de los signos identificativos del servicio público, en tanto que supone la determinación del elemento subjetivo de la relación. En consecuencia, las Administraciones Públicas, según el régimen de competencias que tienen atribuidas en la Constitución, tendrán la titularidad exclusiva de la prestación de determinados servicios.

En consecuencia, el Estado presta determinados servicios para disminuir las desigualdades y dar cobertura a determinadas necesidades sociales. De este modo, atendiendo al régimen de competencias establecido en la Constitución, tanto el Estado, como las Comunidades Autónomas y las corporaciones locales, asumen la titularidad de ciertos servicios de forma exclusiva, por el interés general que representan, y con la finalidad de intentar garantizar la igualdad en su acceso. La asunción de la titularidad del servicio público conlleva también una serie de responsabilidades que debe asumir la

⁵⁴⁰ Vide Manilo MAZZIOTTI, "Diritti sociali", *Enciclopedia del Diritto*, vol. XII, Giuffrè, Milano, 1964, p. 804.

⁵⁴¹ Vide CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, de 29 de diciembre de 1978, artículo 138.1: «El Estado garantiza la realización efectiva del principio de solidaridad consagrado en el artículo 2 de la Constitución, velando por el establecimiento de un equilibrio económico, adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español, y atendiendo en particular a las circunstancias del hecho insular».

⁵⁴² *Ibidem* Artículo 31.1: «Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio».

⁵⁴³ *Ibidem* Artículo 106.2: «Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos».

⁵⁴⁴ *Ibidem* Artículo 158.1: «En los Presupuestos Generales del Estado podrá establecerse una asignación a las Comunidades Autónomas en función del volumen de los servicios y actividades estatales que hayan asumido y de la garantía de un nivel mínimo en la prestación de los servicios públicos fundamentales en todo el territorio español».

Administración en su prestación, puesto que, ésta se convierte en garante de la correcta prestación del servicio.

Así, para acometer esta actividad, la Constitución reconoce que el Estado debe proveer de recursos económicos suficientes para prestar estos servicios. En este sentido, el artículo 158.1 CE incluye en esta obligación de dotación presupuestaria a las Comunidades Autónomas, al ser órganos de reciente creación a los que había que dotar de recursos suficiente para ejercer sus funciones. Y, en iguales términos se expresa el artículo 142 CE sobre las Haciendas Locales⁵⁴⁵. En consecuencia, las Administraciones Públicas, en relación con el régimen de competencias establecido, serán las encargadas de determinar el desarrollo, límites y alcances de los servicios públicos, a través de las normas que dicten. De este modo, se pasa de una Administración puramente ejecutora de la ley, a otro modelo de prestaciones que se desliga de la actividad de policía, por razones de seguridad y para el mantenimiento del orden público y el desarrollo de una concreta actividad que vendría a identificarse con el servicio público⁵⁴⁶.

Por esta razón, atendiendo a los argumentos expuestos, la categoría del Derecho que mejor encaja con los caracteres descritos, es decir, el desarrollo de una prestación o servicio por parte de una Administración Pública y con la finalidad de dar cobertura a un interés general de la población, se corresponde con el servicio público. De este modo, se puede afirmar que el servicio público es la categoría básica del Derecho que permite la expansión y consolidación del Estado de Bienestar dentro del ordenamiento jurídico español, aunque no la única.

2. El servicio público.

2.1. La evolución del servicio público.

El servicio público comenzó a utilizarse como técnica de intervención en Francia a finales del S. XVIII. El Estado asumió la prestación de determinados servicios de

⁵⁴⁵ Vide CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, de 29 de diciembre de 1978, artículo 142: «Las Haciendas locales deberán disponer de los medios suficientes para el desempeño de las funciones que la ley atribuye a las Corporaciones respectivas y se nutrirán fundamentalmente de tributos propios y de participación en los del Estado y de las Comunidades Autónomas».

⁵⁴⁶ Vide José ESTEVE PARDO, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 426.

carácter asistencial (como la educación, la sanidad o algunas actividades de beneficencia), lo que fue aceptado por los teóricos liberales por el interés general que éstos representaban para la sociedad⁵⁴⁷. No obstante, en nuestro país el concepto de servicio público fue incorporado por influencia directa de la revolución francesa de la mano de ilustrados como Jovellanos, Floridablanca y Aranda⁵⁴⁸. Por tanto, fue la monarquía absoluta la que sentó la base de los primeros servicios públicos que se prestaron en nuestro país⁵⁴⁹. Sin embargo, el desarrollo de estas actividades no tenía un fundamento de protección social, sino que, estaban ligados al ejercicio de la soberanía del Estado, como pueden ser las actividades de defensa nacional, justicia o Hacienda Pública.

La primera vez que se utiliza el término servicio público en España fue a mediados del S. XIX⁵⁵⁰. La Ley de los Consejos Provinciales lo incorpora como un criterio diferenciador entre la jurisdicción civil y la contencioso-administrativa, referido a los “*contratos de la Administración para toda especie de servicios y obras públicas*”⁵⁵¹. Con posterioridad, la Ley Madoz recogía el término servicio público, pero esta vez para exceptuar de la venta pública a aquellos edificios y fincas destinadas a la prestación de estos servicios⁵⁵². De esta forma, el servicio público condensaba en esta época el conjunto de atribuciones, competencias y funciones de las diferentes ramas de la Administración.

A partir del S. XX, la técnica de servicio público se extiende para satisfacer nuevas necesidades de interés general. No obstante, tal y como advierte la doctrina, no se trata de etapas interrumpidas las unas por las otras, sino que se acumulan dependiendo de los

⁵⁴⁷ Vide Roberto GALÁN VIOQUE, “El servicio público”, en Concepción BARRERO RODRÍGUEZ, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Volumen II, Tecnos, Madrid, 2020, edición electrónica sin numerar.

⁵⁴⁸ Vide José Luis VILLAR PALASÍ, “Concesiones administrativas”, en *Nueva enciclopedia jurídica*, Seix, Barcelona, 1952, pp. 690 y ss.

⁵⁴⁹ Vide José RAMÓN PARADA VÁZQUEZ, “Los servicios públicos en España”, en Alfredo ARISMENDI, Jesús CABALLERO ORTIZ, y Allan RANDOLPH BREWER-CARIÁS, *El derecho público a comienzos del S. XXI: estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, Civitas, Madrid, 2003, p. 1846.

⁵⁵⁰ Vide Ley de Organización y atribuciones de los Consejos Provinciales, de 9 de abril de 1845, artículo 8. 3: «*Los consejos provinciales actuarán además como tribunales en los asuntos administrativos; y bajo tal concepto oirán y fallarán, cuando pasen a ser contencioso, las cuestiones relativas: al cumplimiento, inteligencia, rescisión y efectos de los contratos y remates celebrados con la administración civil, o con las provinciales y municipales para toda especie de servicios y obras públicas*».

⁵⁵¹ Vide José Luis VILLAR PALASÍ, *La intervención administrativa en la industria*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1964, p. 160.

⁵⁵² Vide Ley de 1 de mayo de 1855, declarando en estado de venta todos los predios rústicos y urbanos, censos y foros pertenecientes al Estado, al Clero y cualesquiera otros pertenecientes a manos muertas, artículo 2.1: «*Exceptuándose de lo dispuesto en el artículo anterior: los edificios y fincas destinados, o que el Gobierno destinare al servicio público*».

intereses y decisiones públicas. De este modo, «*los nuevos fines no han desplazados a los anteriores, sino que se han superpuesto a ellos*»⁵⁵³.

El Estado utiliza el servicio público para desarrollar grandes infraestructuras de transporte, como puede ser la construcción de carreteras, canales y puertos por todo el país. Y, también, para implantar determinados servicios que traía el progreso tecnológico, tales como el alumbrado público, el abastecimiento de agua o la electricidad. A estas actividades también hay que añadir otras de componente asistencial, como es la gestión de la educación y la salud, hasta ese momento asumidas por la Iglesia Católica. Como puede observarse, estas son actividades que implicaban una alta inversión económica y que fueron asumidas por las Administraciones Públicas, sin perjuicio de la cooperación y gestión privada en su desarrollo⁵⁵⁴.

Con el inicio de la dictadura, el servicio público comienza a modularse y aparecen figuras como el servicio público virtual o industrial, de manera que, las características del servicio público comienzan a diluirse. En este sentido, la exclusividad de la titularidad pública de estos servicios se gradúa y permite la convergencia de organizaciones públicas y empresas privadas en determinados sectores, como es el caso de la sanidad, la educación, la asistencia social, o la propia seguridad del Estado. Así, por ejemplo, tal y como afirma De la Cuétara:

*«hay servicios que, por su propia naturaleza, no están llamados a un monopolio estatal. Ni al Estado le interesa otra cosa que garantizar que el servicio se presta, y no excluir sin razón alguna la iniciativa privada»*⁵⁵⁵.

En consecuencia, la exclusividad de la prestación, o de reserva estatal, se supera para tolerar distintos elementos activos en el desarrollo de la actividad económica. E incluso un sector de la doctrina llega a llamarlos “servicios públicos concurrentes”⁵⁵⁶. Ciertamente, en nuestro país, existe una larga tradición de actividades que, habiendo sido

⁵⁵³ Vide Gaspar ARIÑO ORTIZ, *Economía y Estado*, Marcial Pons, Madrid, 1993, p. 283.

⁵⁵⁴ Vide José Ramón PARADA VÁZQUEZ, “Los servicios públicos en España”, en Alfredo ARISMENDI, Jesús CABALLERO ORTIZ, y Allan RANDOLPH BREWER-CARIAS, *El derecho público a comienzos del S. XXI: estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, Civitas, Madrid, 2003, p. 1846.

⁵⁵⁵ Vide Juan Miguel DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, *La actividad de la Administración*, Madrid, Tecnos, 1983, p. 135.

⁵⁵⁶ Vide José BERMEJO VERA, *Derecho Administrativo. Parte Especial*, Civitas, Madrid, 1994, pp. 714 y ss.

declaradas formalmente como servicio público (es el caso de la educación), han coexistido con la misma actividad de carácter privado. No obstante, el desarrollo de esta actividad se encuentra sometida a una fuerte regulación de las autoridades, lo que, en muchas ocasiones, se refleja en la necesidad de autorización administrativa, como forma de verificación del cumplimiento de los requisitos exigidos.

La última etapa del servicio público se sitúa a finales del S. XX e inicios del S. XXI. Este periodo debe contextualizarse en la instauración de los principios neoliberales, que no comparten la teoría de que el Estado sea quien provea de determinados servicios o prestaciones a los ciudadanos. En consecuencia, desde finales del S. XX, pero más especialmente durante la crisis económica del 2008, el Estado cambia su tendencia en la intervención y desarrollo de prestaciones. De este modo, se pasa de un régimen intervencionista a través del servicio público exclusivo, a una regulación taxativa del desarrollo de la actividad, o la despublicación del sector⁵⁵⁷.

Sin embargo, no se produce un proceso de privatización de la actividad en todos los casos, sino que, se pueden distinguir distintos fenómenos. Por un lado, hay actividades en las que el Estado pierde la titularidad exclusiva del desarrollo de la actividad, y es el sector privado el que se encarga de desplegarlas. No obstante, esta actividad queda sometida a una legislación extensa sobre las condiciones y garantías de desarrollo (propias de los servicios públicos) como puede ser el sector de las telecomunicaciones.

Mientras que, por otro lado, hay actividades que no son privatizadas en sí mismas, sino únicamente su gestión. De este modo, la titularidad continúa perteneciendo a la Administración competente, pero se permite la gestión indirecta del servicio por agentes privados del mercado o por órganos mixtos público-privados. En consecuencia, se advierte que la solución por la que optan las Administraciones para garantizar la continuidad de los servicios públicos pasa por la privatización de lo público y la publicación de lo privado⁵⁵⁸. O, lo que es lo mismo, una huida del Derecho Administrativo en toda regla.

⁵⁵⁷ Vide Luis MARTÍN REBOLLO, *40 años de Derecho Administrativo postconstitucional y otros ensayos rescatados*, Aranzadi, Navarra, 2017, pp. 451.

⁵⁵⁸ Vide Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “Empleo público, función pública y personal estatutario”, *Boletín de Función Pública del Instituto Nacional de Administración Pública*, 5, (2011), p. 39.

2.2. Concepto y caracteres.

El origen francés del servicio público explica que las primeras definiciones de esta figura surjan en el país galo, derivadas de las interpretaciones que realizan los tribunales⁵⁵⁹. La doctrina, encabezada por Duguit, utiliza la base jurisprudencial para elaborar una teoría propia del servicio público, la cual terminará constituyéndose como el elemento definitorio del Derecho Público moderno, y será complementada y defendida por sus discípulos Jeze, Bonnard y Rolland.

En este sentido, Duguit definió el servicio público como:

«toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y fiscalizado por los gobernantes, porque el cumplimiento de esta actividad es indispensable para la realización y desenvolvimiento de la interdependencia social y de tal naturaleza que no puede ser asegurada completamente más que por la intervención de la fuerza del gobernante»⁵⁶⁰.

La inclusión del servicio público en la doctrina española se representa en la figura de Gascón y Marín, quien lo considera:

«el (servicio) prestado para satisfacer necesidad general pública, de modo regular y continuo, utilizando el procedimiento jurídico público que somete las relaciones creadas a régimen especial»⁵⁶¹.

O, Pérez Botija quién precisa la noción de servicio público como:

⁵⁵⁹ Vide Roberto GALÁN VIOQUE, “El servicio público”, en Concepción BARRERO RODRÍGUEZ, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Volumen II, Tecnos, Madrid, 2020, edición electrónica sin numerar, «En una doctrina jurisprudencial que se apunta en el célebre arrê Blanco de 1973 del Tribunal de Conflictos y se asienta por el Consejo de Estado en los también importantes arrê Terrier (1903), Feutry y Fonscolombe (1908) y Thérond (1910), se extiende el control judicial de la Administración más allá de los llamados actos de imperium, aquellos en lo que la Administración ejerce potestades administrativas exorbitantes, sobre todas aquellas actividades administrativas que sean de interés general porque afectan a los ciudadanos y que se calificarían como organización administrativa o funcionamiento de los servicios públicos».

⁵⁶⁰ Vide León DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Librairie Dalloz, Paris, 1952, p. 55.

⁵⁶¹ Vide José GASCÓN Y MARÍN, “La concepción institucional del Derecho y la Administración”, *Revista de estudios de la vida local*, 20, (1945), p. 174.

«la actividad organizada para satisfacer una necesidad colectiva de interés público o social de una manera regular y continua por una institución oficial, regida por un régimen jurídico especial y sin fin especulativo»⁵⁶².

Sin embargo, tal y como advertía Garrido Falla⁵⁶³ de forma temprana, la ambigüedad del servicio público en lo que se refiere a su ámbito objetivo, y los diferentes ejes que puede llegar a representar, lo convierten en una figura elástica dentro del ordenamiento jurídico. Hasta el punto de que, ni la legislación, ni la jurisprudencia se han atrevido a aportar un concepto unánime de esta figura. Únicamente se han desarrollado parcelas concretas del derecho que se ven afectadas por los servicios públicos, de manera que, no existe un concepto unificado del mismo⁵⁶⁴.

Además, tal y como señala Pérez Gálvez, el servicio público puede adoptar indistintamente otros sentidos, como puede ser el organizativo o instrumental, o de carácter funcional, en tanto que, la Constitución obliga al resarcimiento de los daños que por su mal funcionamiento pueda ocasionar a terceros⁵⁶⁵.

Por ello, la primera nota característica del servicio público es que éste abarca un concepto indeterminado, dado que, no existe unanimidad para referirse a él. Además de este carácter, hay dos elementos en los que coinciden en la doctrina sobre la definición de servicio público, y que se encuentran avalados por los preceptos constitucionales: la titularidad exclusiva de la Administración sobre el servicio que debe satisfacer un interés general, y el régimen exorbitante que resulta aplicable.

En primer lugar, con relación a la titularidad de la Administración del servicio público de forma exclusiva. La doctrina en su mayoría está de acuerdo en establecer un concepto de servicio público estructurado a partir de la reserva de la titularidad de la actividad al Estado. Así, por ejemplo, se expresa Ariño Ortiz quién expone que:

⁵⁶² Vide Antonio MARTÍNEZ MARÍN, *El buen funcionamiento de los servicios públicos: principios de continuidad y de regularidad*, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 37 y ss.

⁵⁶³ Vide Fernando GARRIDO FALLA, *Las transformaciones del régimen administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962, p. 144.

⁵⁶⁴ Vide José María SOUVIRÓN MORENILLA, *La actividad de la Administración y el servicio público*, o.c., p. 123 y ss.

⁵⁶⁵ Vide Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, *El sistema funerario en el derecho español*, Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 320.

«para un concepto coherente de servicio público es preciso afirmar la exclusividad de la actividad a favor del Estado porque, de lo contrario, el servicio público sería una cosa indefinible, y, por lo tanto, un concepto inútil para el derecho»⁵⁶⁶.

En el desarrollo de esta teoría, se expresan otros autores para quienes el concepto de servicio público incluye tanto la institución que presta el servicio, como el objetivo que persigue: la satisfacción de necesidades colectivas o de interés general⁵⁶⁷. Así, se refiere Fernández Farreres a al servicio público como:

«al conjunto de actividades prestacionales asumidas o reservadas al Estado con el fin de satisfacer necesidades colectivas de interés general, siendo por tanto la nota distintiva la publicatio, es decir, la titularidad pública de la actividad en cuestión y la subsiguiente quiebra de la libertad de empresa»⁵⁶⁸.

Y, en iguales términos, se ha expresado el Tribunal Supremo, para quién entre las notas imprescindibles del servicio público, se encuentran las siguientes:

«un servicio público es una forma de actividad cuya titularidad ha sido reservada en virtud de una ley a la Administración para que esta reglamente, dirija y gestione, en forma directa o indirecta, y a través de la cual se presta un servicio al público de forma regular y continuada»⁵⁶⁹.

De este modo, la segunda característica es la sumisión del ejercicio de la actividad a un régimen jurídico exorbitante. En este sentido, Ariño Ortiz afirma que el régimen jurídico del servicio público no está referido en su totalidad a la naturaleza jurídica de

⁵⁶⁶ Vide Gaspar ARIÑO ORTIZ, “Servicio público y libertades públicas”, en Fernando GARRIDO FALLA, *Actualidad y perspectivas del Derecho Público a fines del S. XX, Homenaje al profesor Garrido Falla*, Vol. II, Editorial Complutense, Madrid, 1992, p. 1319.

⁵⁶⁷ Vide Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, “Los servicios de interés general en la Unión Europea entre estado y mercado”, en Luciano PAREJO ALFONSO y José VIDA FERNÁNDEZ, *Los retos del Estado y la Administración en el S. XXI. Libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo*, Vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 1128 y ss.

⁵⁶⁸ Vide Germán FERNÁNDEZ FARRERAS, *Sistema de Derecho Administrativo*, Civitas, Navarra, 2012, p. 420.

⁵⁶⁹ Vide STS 14352/1989 de 24 de octubre de 1989, FJ 3.

quien presta el servicio, sino también, sobre el elemento objetivo de la relación y la finalidad que se pretende alcanzar con su desarrollo⁵⁷⁰. Lo que, en palabras de Souvirón se corresponde con el Estado Social por:

«La asunción por el Estado de parcelas sociales de actividad no es tanto un objetivo, sino un presupuesto estructural, por lo que el servicio público aparece como un concepto proteico que articula en múltiples campos y mediante expedientes técnicos diversa su mutua interacción. De ahí que predomine una noción abstracta y finalista de servicio público. Es servicio público lo que afecta a la colectividad y ella tiene por destinataria, decantándose así una extrapolación tan amplia del concepto que llega a prescindirse del dato que el mismo deba ser expresivo, de modo directo indirecto del “intus” estatal»⁵⁷¹.

En consecuencia, las condiciones económicas, técnicas y sociales serán las que delimitarán cuándo una actividad pasa de ser necesaria a tener una vital importancia en nuestras vidas, hasta el punto de que, el Estado decide constituir la como un servicio público. Por ello, previo a la declaración del servicio público, debe reconocerse el interés general que subyace en la realización de esta actividad. La sensibilidad social con una determinada actividad es lo que marca dentro del Estado Social y de Derecho el desarrollo de las prestaciones que lo configuran. Sin embargo, cuando se habla de “servicios esenciales”⁵⁷² no se alude sólo a los servicios públicos.

El Tribunal Constitucional ha sido el encargado de matizar este concepto distinguiendo entre dos variables de esta figura: por un lado, los servicios esenciales entendidos como actividades industriales que se derivan de actividades vitales para el desarrollo de la vida en sociedad; y, por otro lado, los servicios esenciales atendiendo a la naturaleza de la finalidad que se pretende cubrir, es decir, que sean esenciales los

⁵⁷⁰ Vide Gaspar ARIÑO ORTIZ, *Concepto de servicio público y bases de su régimen jurídico*, INAP, Madrid, 1975, p. 52.

⁵⁷¹ Vide José María SOUVIRÓN MORENILLA, *La actividad de la Administración y el servicio público*, o.c., p. 145.

⁵⁷² La Constitución se refiere a los servicios esenciales en tres artículos: el artículo 28, que hace referencia al derecho a huelga y la necesidad de “mantener los servicios esenciales de la comunidad”; el artículo 37, referido a la negociación colectiva, y de igual manera que el anterior, a la previsión del mantenimiento de “los servicios esenciales de la comunidad”; y el artículo 128.2, en ese presupuesto para declarar el monopolio en esa actividad económica.

intereses que satisfacen⁵⁷³ que, en este caso, deben estar enmarcados con los valores y principios que diseñan el Estado Social. Por tanto, el factor determinante que resolverá si estamos ante una modalidad u otra de servicio esencial radica en la finalidad que persigue el servicio.

En este sentido, la falta de concreción de lo que se entiende por servicio de interés general impide realizar una lista cerrada de servicios, puesto que, ésta puede llegar a englobar cualquier actividad que así sea determinada por el Estado. De esta forma, el interés general se presenta como un bien jurídico indeterminado que variará según los intereses y el desarrollo de la sociedad. Sin embargo, esto no significa un libre albedrío y decisión de los poderes públicos en su aplicación⁵⁷⁴, sino que, su concreción dependerá de las necesidades colectivas en un determinado momento histórico-temporal⁵⁷⁵. En palabras de Souvirón:

«Por ello la concreción, la apreciación, de la esencialidad de los servicios está en manos de la discrecionalidad o valoración política (...) del legislador al decidir la propia reserva, y sin que éste se halle en principio vinculado por un contenido dado de dicha esencialidad determinable a priori. De ahí que pudiéramos hablar del carácter meramente lógica de la esencialidad de tales servicios: es en la propia reserva efectuada por el legislador cuando se acote en unidad de acto el carácter de los servicios que se reservan. La esencialidad de

⁵⁷³ Vide STC 26/1981, de 17 de julio, FJ 10: «Dados los términos en que en el momento actual el debate se encuentra establecido, existen por lo menos dos conceptos, a los que se ha llamado, aunque tal vez no muy exactamente, amplio y estricto. De acuerdo con una primera idea, «servicios esenciales» son aquellas actividades industriales o mercantiles de las que derivan prestaciones vitales o necesarias para la vida de la comunidad. De esta manera, en la definición de los servicios esenciales entrarían el carácter necesario de las prestaciones y su conexión con atenciones vitales. De acuerdo con una segunda concepción, un servicio no es esencial tanto por la naturaleza de la actividad que se despliega como por el resultado que con dicha actividad se pretende. Más concretamente, por la naturaleza de los intereses a cuya satisfacción la prestación se endereza. Para que el servicio sea esencial deben ser esenciales los bienes e intereses satisfechos. Como bienes e intereses esenciales hay que considerar los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionales protegidos. A nuestro juicio, esta línea interpretativa, que pone el acento en los bienes y en los intereses de la persona -y no la primera que se mantiene en la superficie de la necesidad de las organizaciones dedicadas a llevar a cabo las actividades- es la que debe ser tenida en cuenta, por ser la que mejor concuerda con los principios que inspira la Constitución».

⁵⁷⁴ Vide Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA Y MARTÍNEZ-CARANDE, “Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 89, 1996, p. 71: «no es el criterio libre, personal y omnimodo del titular del poder de que se trata el que decide por sí solo, sino que esa decisión debe adoptarse para servir precisamente al interés general, común o público, la indeterminación lógica del enunciado no se traduce en una indeterminación absoluta de su aplicación que permita cualquier interpretación y la contraria o una invocación meramente caprichosa capaz de legitimar cualquier decisión... se trata de un canon delimitador».

⁵⁷⁵ Vide Francisco SOSA WAGNER, *La gestión de los servicios públicos locales*, o.c., pp. 41-42.

los servicios no sería, pues, un dato objetivable materialmente con carácter previo y condicionante de la reserva, sino que se imbricaría substancialmente con el propio hecho de ésta, es decir, con la decisión del legislador»⁵⁷⁶.

Por último, a las causas habilitantes para producir la reserva de la actividad, se añade la efectiva prestación del servicio por parte la Administración Pública, a través del régimen de monopolio. De este modo, el servicio público implica obligatoriamente el desarrollo de una actividad por lo que no vale un mero reconocimiento formal de un derecho, sino que, evidentemente, tiene que existir una prestación. Así, cuando se produce la reserva de ley, mediante la que se excluye al sector privado, el objetivo es asumir la titularidad y con ésta, a veces, la gestión de la actividad. No obstante, la calificación que algunas leyes hacen del servicio público no se limita únicamente a la prestación de determinados servicios, sino que, además, incluye un título general de intervención por parte de la Administración competente, para limitar los derechos, sancionar e incluso, fomentar la actuación de los particulares⁵⁷⁷.

A modo de conclusión, se puede establecer que el servicio público es una categoría del Derecho Administrativo dinámica que cambia y evoluciona atendiendo a las necesidades de la población. En consecuencia, el servicio público puede entenderse como una actividad prestacional que, por razones de interés general, asume su titularidad (y a veces, también su gestión) una Administración Pública, resultando de aplicación un régimen jurídico exorbitante. No obstante, el desarrollo de esta actividad debe regirse por los principios y valores que fundamentan el Estado Social y de Derecho, puesto que, la finalidad que persigue es satisfacer las necesidades de la colectividad.

El Estado de Bienestar se construye en torno a distintos servicios públicos que se diseñan a partir de los pilares que configuran el sistema de protección social. Sin embargo, la titularidad de estos servicios no son competencia de una única Administración, sino que, se distingue un entramado legal complejo de competencias exclusivas y compartidas entre el Estado, las Comunidades Autónomas, y las entidades locales, lo que, dificulta

⁵⁷⁶ Vide José María SOUVIRÓN MORENILLA, *La actividad de la Administración y el servicio público*, o.c., p. 206.

⁵⁷⁷ Vide José Ramón PARADA VÁZQUEZ, “Los servicios públicos en España”, en Alfredo ARISMENDI, Jesús CABALLERO ORTIZ, y Allan RANDOLPH BREWER-CARÍAS, *El derecho público a comienzos del S. XXI: estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, Civitas, Madrid, 2003, p. 1845.

aún más el análisis y estudio de la materia. No obstante, en lo que se refiere a la naturaleza jurídica del Estado de Bienestar se puede definir como un conjunto de servicios públicos de titularidades diferentes y actividades heterogéneas, cuyo único elemento en común es la finalidad que cumplen: garantizar la satisfacción del interés general.

2.3. Los principios que rigen en los servicios públicos.

La prestación o el desarrollo de esta actividad debe cumplir siempre con una serie de principios comunes como son el respeto a la legalidad, la regularidad, la adaptabilidad, la neutralidad, la accesibilidad, la igualdad, y la orientación hacia la gratuidad. Sin embargo, esto no implica que algunos servicios, atendiendo a la concreta finalidad que pretendan alcanzar, recojan otros principios en su tramitación o gestión.

En primer lugar, el principio de legalidad reconoce al poder legislativo la potestad para declarar una actividad como de interés general y dotarla de los recursos necesarios para su prestación. En este sentido, la primera condición que debe cumplir el servicio público es que sea declarado como tal. Para ello, es requisito indispensable que se disponga mediante ley, y que se verifique el alcance y la finalidad de las medidas que se adopten. Así, el art. 128.2 afirma que “*mediante ley se podrá reservar al Sector Público, recursos o servicios esenciales*”, de forma que, la ley se convierte en el instrumento, además de requisito, para proceder a la declaración formal de servicio público.

Nuestro ordenamiento recoge distintas modalidades de leyes y al no existir una especificación en la CE sobre la modalidad concreta pudieran surgir ciertas disparidades interpretativas. Sin embargo, la doctrina afirma de forma unánime que el instrumento al que se refiere la CE es una ley ordinaria, en tanto que, las leyes orgánicas están destinadas al desarrollo de los derechos fundamentales, y sólo en este caso (que afectara a un derecho fundamental) se utilizaría esta modalidad⁵⁷⁸.

En puridad, la polémica surge sobre si las Comunidades Autónomas tienen capacidad legislativa suficiente para declarar la reserva de una actividad concreta, o si ésta es una competencia que se deriva exclusivamente de las instituciones de la Administración del Estado. Sin embargo, el Tribunal Constitucional resolvió esta controversia afirmando que el concepto genérico de reserva de ley debe interpretarse en

⁵⁷⁸ Vide Francisco SOSA WAGNER, *La gestión de los servicios públicos locales*, o.c., pp. 41-42.

relación con el resto de las competencias y facultades que la Constitución reconoce a las Comunidades Autónomas. De otro modo, no tendrían sentido el resto de las disposiciones constitucionales⁵⁷⁹.

Sin embargo, situación distinta es la que sucede con las corporaciones locales que no tienen una auténtica potestad legislativa, aunque si gozan de potestad reglamentaria.⁵⁸⁰ En consecuencia, a través de la potestad reglamentaria se permite la organización del servicio, pero no su declaración⁵⁸¹.

En lo que se refiere al contenido de esa declaración legal, la reserva de la titularidad del servicio puede abarcar la actividad completa, o referirse a partes concretas de la prestación de servicio. Pero, siempre deberá determinarse con precisión la concreta actividad que se excluye de la gestión del sector privado, puesto que, no tiene cabida realizar una declaración legal en abstracto. No obstante, la reserva de actividades en favor de las Administraciones Públicas no implica que la gestión del servicio deba ser directa y monopolística, en tanto que, es decisión del titular elegir la modalidad de gestión del

⁵⁷⁹ Vide STC 37/1981, de 16 de noviembre, FJ 2: «El concepto genérico de ley con el más restringido de Ley general o Ley emanada de los órganos generales del Estado. Tal interpretación se conjuga difícilmente con otros preceptos constitucionales, de una parte, y vendría a restringir muy acentuadamente, de la otra, el ámbito competencial que conceden a las Comunidades Autónomas sus respectivos Estatutos. Si toda ley que regula el ejercicio de los derechos y libertades a que se refiere el art. 53.1 de la Constitución hubiera de ser Ley del Estado (utilizando ahora este concepto en su sentido más restringido, como conjunto de las instituciones generales), carecería de todo sentido, en efecto, que el art. 149.1.1 reservase a la competencia exclusiva del Estado (en este mismo sentido restringido) «la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales». De otro lado, y como antes se apunta, una interpretación de este género vendrá casi a vaciar muchas de las competencias legislativas atribuidas a las Comunidades Autónomas, pues son muchas las materias cuya regulación legal ha de incidir directa o indirectamente sobre el ejercicio de los derechos o el cumplimiento de deberes garantizados por la Constitución. La interpretación del art. 53 de la Constitución en el marco general de ésta obliga a entender, en consecuencia, que, si bien la regulación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución requiere siempre una norma de rango legal, esta norma sólo ha de emanar precisamente de las Cortes Generales cuando afecte a las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales. Cuando la norma legal, aunque con incidencia sobre el ejercicio de derechos, no afecte a las condiciones básicas de tal ejercicio, puede ser promulgada por las Comunidades Autónomas cuyos Estatutos le atribuyan competencia legislativa sobre una materia cuya regulación implique necesariamente, en uno u otro grado, una regulación del ejercicio de derechos constitucionalmente garantizados».

⁵⁸⁰ Vide Francisco SOSA WAGNER, *La gestión de los servicios públicos locales*, o.c., p. 38.

⁵⁸¹ Vide José Ramón PARADA VÁZQUEZ, “Los servicios públicos en España”, en Alfredo ARISMENDI, Jesús CABALLERO ORTIZ, y Allan RANDOLPH BREWER-CARÍAS, *El derecho público a comienzos del S. XXI: estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, Civitas, Madrid, 2003, p. 1854.

servicio⁵⁸² que más convenga atendiendo a la finalidad que se persigue⁵⁸³. Por lo que, esto no impide la gestión indirecta, a través de la concesión administrativa, o el contrato de servicio, en los términos que legalmente se establezcan⁵⁸⁴.

No obstante, la declaración de titularidad pública no aparece y se desarrolla de forma súbita, sino que, ésta responde a un proceso gradual. Para De La Cuétara, el procedimiento de absorción de la actividad por las Administraciones Públicas se lleva a cabo en tres pasos: en primer lugar, mediante la obra pública, que se convierte en el soporte a través del cual se va a prestar la actividad; la apertura de los servicios al público; y finalmente, la declaración efectiva de prestación por la Administración del servicio⁵⁸⁵. De este modo, tal y como señala Souvirón, lo característico y definitorio del servicio público es el establecimiento de un régimen jurídico exorbitante para la prestación del servicio: en primer lugar, se declara el demanio; en segundo lugar, la Administración adquiere la potestad para dirigir y desarrollar la prestación del servicio; y, en tercer lugar, se eleva la actividad de control y policía sobre aquellos que venían prestando este servicio (salvo que sea ex novo). En consecuencia, se pasará de un uso especial del dominio público a través de título habilitante a la asunción de la titularidad del servicio⁵⁸⁶.

En segundo lugar, el principio de regularidad se encarga de garantizar que los servicios públicos se presten en régimen de continuidad⁵⁸⁷. En otras palabras, el principio de regularidad establece una obligación para la Administración competente de desarrollar la actividad monopolística de manera prolongada y persistente en el tiempo. Este principio, a la vez, genera obligaciones derivadas en caso de gestión indirecta de los servicios públicos para los contratistas, tal y como se encuentra reconocido en el Texto Refundido de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, artículo

⁵⁸² Vide Vera PARISIO, “Gestione dei servizi pubblici local e tutela delle risorse pubbliche”, en José Luis PIÑAR MAÑAS, *Crisis económica y crisis del Estado de Bienestar: el papel del derecho Administrativo*, Reus, 2016, pp. 521 y ss.

⁵⁸³ Vide Estanislao ARANA GARCÍA, “El procedimiento administrativo necesario para la prestación de servicios públicos esenciales y la iniciativa pública económica en el ámbito local”, *Revista de estudios de la Administración local*, 291, (2003), p. 78.

⁵⁸⁴ Vide José María SOUVIRÓN MORENILLA, *La actividad de la Administración y el servicio público*, o.c., pp. 192-195.

⁵⁸⁵ Vide Juan Miguel DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, *La actividad de la Administración*, Madrid, Tecnos, 1983, p. 122.

⁵⁸⁶ Vide José María SOUVIRÓN MORENILLA, *La actividad de la Administración y el servicio público*, o.c., pp. 156-157.

⁵⁸⁷ Vide STS 14352/1989 de 24 de octubre de 1989, FJ 3.

258. No obstante, este principio está sujeto a límites constitucionales, como es asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad (artículo 28.2 CE). En consecuencia, las autoridades pueden imponer limitaciones al ejercicio del derecho de huelga de los empleados públicos [artículo 15 c) del EBEP], con la finalidad de garantizar lo previsto en la Carta Magna.

En tercer lugar, el principio de adaptabilidad del servicio público implica la obligación de adecuar la prestación o desarrollo de la actividad a los avances técnicos y al progreso tecnológico que se produzca en la sociedad. Al igual que en el supuesto anterior, este principio tiene consecuencias para los contratistas en caso de gestión indirecta del servicio público. Esta cláusula es conocida tradicionalmente como “cláusula del progreso”, y se incorporaba en los contratos de gestión de servicios públicos. Sin embargo, ahora ha sido absorbida en el Texto Refundido de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, artículo 99.

En cuarto lugar, el principio de neutralidad es básico en el funcionamiento de las Administraciones Públicas (103 CE). Sin embargo, tiene una aplicación directa sobre los servicios públicos, en tanto que, deben prestarse con una finalidad concreta (dar cobertura al interés general) y no siendo lícito su utilización como medida propagandística⁵⁸⁸.

En quinto lugar, el principio de accesibilidad del servicio implica que toda persona, con independencia de su condición y situación personal, pueda acceder al servicio público. Dentro de esta categoría se incluye cualquier tipo de obstáculo que limite la capacidad de acceso, ya sean barreras físicas, culturales o de formación⁵⁸⁹.

En sexto lugar, los servicios públicos deben prestarse garantizando el principio de igualdad (artículo 14 CE). Lo que, en sentido contrario, implica que se rechace cualquier expresión que suponga un trato discriminatorio o inconstitucional en el desarrollo o acceso al servicio que se presta⁵⁹⁰.

⁵⁸⁸ Vide José Ramón PARADA VÁZQUEZ, “Los servicios públicos en España”, en Alfredo ARISMENDI, Jesús CABALLERO ORTIZ, y Allan RANDOLPH BREWER-CARIAS, *El derecho público a comienzos del S. XXI: estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, Civitas, Madrid, 2003, p. 1855.

⁵⁸⁹ Vide José ESTEVE PARDO, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 431.

⁵⁹⁰ Vide José María SOUVIRÓN MORENILLA, *La actividad de la Administración y el servicio público*, o.c., pp. 158.

Y, en séptimo lugar, los servicios públicos deben estar orientados hacia la gratuidad o al precio público. Es un hecho objetivo que el erario no puede hacerse cargo de costear todos los servicios públicos de forma gratuita, pero esto no implica que el Estado no pueda financiarlos en parte, y las personas beneficiarias o que hagan uso de éstos, colaboren con los costes y el mantenimiento del servicio que se presta⁵⁹¹.

2.4. Elementos.

En consecuencia, sobre el concepto que ha sido expuesto anteriormente, se pueden observar que las distintas conceptualizaciones de servicio público establecidas por la doctrina giran alrededor de tres aspectos: actividad o servicio desarrollado por una Administración, que satisface un interés general de la colectividad y que se encuentra sujeta a un régimen jurídico exorbitante.

Si bien, cada autor lo que hace es acentuar más o menos alguna de estas características, de manera que, la convierte en el núcleo de desarrollo y análisis de la figura. En consecuencia, esto lleva a afirmar que en los servicios públicos se distinguen tres elementos: subjetivo, objetivo y conectivo.

En primer lugar, en lo que se refiere al elemento subjetivo activo existe cierta dificultad en su determinación, aunque está no se centra en el órgano que desarrolla el servicio público que evidentemente siempre será una Administración, sino en el régimen de exclusividad de la prestación. El concepto tradicional de servicio público no permite afirmar su existencia sin establecer un monopolio público de su titularidad, que excluya al sector privado. De este modo, la doctrina más conservadora entiende que, si no existe titularidad exclusiva de la Administración para organizar el servicio no existe un servicio público⁵⁹². Sin embargo, esto no impide que se acepten ciertas excepciones a la norma general que permitan que el sector privado preste estos servicios de forma concurrente o compartida⁵⁹³. La evolución del servicio público ha posibilitado modular esta figura

⁵⁹¹ Vide José ESTEVE PARDO, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 431.

⁵⁹² Vide Germán FERNÁNDEZ FARRERES, “Libertad de empresa y nacionalizaciones en la Constitución”, *Cuadernos Aragoneses de Economía*, 3, (1998), p. 123; Vide Carmen CHINCHILLA MARÍN, “Servicio público y derechos fundamentales en el Estado Social de Derecho”, en MINISTERIO DE JUSTICIA, *X Jornadas de Estudio: Introducción a los Derechos Fundamentales*, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Madrid, 1988, p. 72.

⁵⁹³ Vide Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “Turismo de salud: autorización y registro de balnearios, estaciones termales y curhoteles en Andalucía”, en Jorge FERNÁNDEZ RUIZ y Javier SANTIAGO

aceptando categorías diversas. Así, existen servicios públicos reconocidos formalmente en las leyes que los desarrollan que conviven con la misma actividad prestada por los agentes privados del mercado⁵⁹⁴.

Por otro lado, en lo que respecta al elemento subjetivo pasivo de la relación, las peculiaridades y notas definatorias dependerán del concreto servicio que se preste, y el régimen de configuración legal que se estructure frente al mismo. Así, en la educación existen diversos sujetos pasivos, puesto que ésta engloba a los menores que reciben la prestación, pero también a sus padres o tutores, o el propio centro educativo. Por ello, en cada caso concreto se determinará quién es el sujeto pasivo de la relación, atendiendo a la actividad que se desarrolle. Esta parte se analizará, de manera pormenorizada, en apartados posteriores de esta tesis.

En segundo lugar, el elemento objetivo de la relación, o actividad que se presta, es el carácter preferentemente que utiliza la doctrina para definir el servicio público, puesto que, este siempre implica una prestación de un servicio o desarrollo de una actividad. Si bien, esta actividad debe reunir siempre una serie de rasgos que la particularizan, así como también, cumplir con una finalidad concreta, siempre en favor del interés general de la población.

En lo que atiene a los rasgos objetivos de esta actividad, hay que distinguir las siguientes consideraciones. En un primer punto, el servicio público no deriva del principio de soberanía estatal, como ocurre con las funciones de autoridad que tiene asumidas el Estado, sino que, esta responde a la necesidad de satisfacer el interés general de la colectividad. De manera que, dicha necesidad se convierte en el fundamento de su desarrollo en todos los casos. En un segundo punto, los servicios públicos son actividades técnicas no jurídicas, dado que, no son meros actos administrativos formales, sino que representan la prestación o el desarrollo de una actividad concreta. En lo que respecta al Estado de Bienestar, las actividades que se prestan son altamente tecnificadas, como ocurre con la educación o la sanidad. En un tercer punto, el servicio público tiene que reportar una utilidad a la sociedad, ya sea de carácter individual o comunitaria. En cuarto

SÁNCHEZ (Coord), *Régimen jurídico del turismo y de la zona marítimo-terrestre (Memoria del Congreso Internacional de Derecho Turístico)*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2009, edición electrónica sin numerar.

⁵⁹⁴ Vide José María SOUVIRÓN MORENILLA, *La actividad de la Administración y el servicio público*, o.c., pp. 166-168.

punto, la actividad del servicio público debe estar dirigida a tratar necesidades con carácter universal, es decir para todos aquellos que necesiten cubrir esas prestaciones. En quinto lugar, las prestaciones deben tener el carácter de indispensables para el desarrollo normal de la vida, atendiendo a las condiciones económicas, sociales y técnicas de la sociedad en un momento histórico-temporal concreto. No existe otro modo de que la Administración asuma la titularidad de la actividad⁵⁹⁵.

Y, por otro lado, debe respetarse la finalidad exclusiva de satisfacer las necesidades de la población. Si, en general la actividad de la Administración debe perseguir siempre ese objetivo (art. 103 CE⁵⁹⁶), aún debe cumplirse más con el desarrollo de los servicios públicos, con prevalencia siempre sobre los intereses económicos. De este modo, el servicio público, como consecuencia del propósito que lo promueve, no puede encomendarse al mercado sin más, asumiendo las reglas propias de otras actividades y el régimen de competencia que las caracteriza. Es más, es que ni siquiera los servicios públicos que se prestan en convivencia con el sector privado pueden regirse por las reglas propias del mercado porque se devaluaría la finalidad que persigue el desarrollo de esta actividad. Por ello, se instaura un régimen de control por parte de las Administraciones competentes para asegurar que el servicio no pierde su finalidad.

Y, en tercer lugar, el elemento conectivo se corresponde con el régimen jurídico que resulta de aplicación en la prestación de estos servicios. Este engloba tanto los derechos, deberes y obligaciones de las partes implicadas en la relación. En consecuencia, a los servicios públicos les resulta de aplicación unas normas propias del Derecho Administrativo, tanto a nivel organizativo, como de prestación de la actividad⁵⁹⁷. Si bien, se debe reflexionar que la propia Constitución garantiza el derecho de indemnización a los particulares que sufran cualquier lesión como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos⁵⁹⁸.

⁵⁹⁵ Vide José María SOUVIRÓN MORENILLA, *La actividad de la Administración y el servicio público*, o.c., pp. 159-162.

⁵⁹⁶ Vide Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ y Rafael BARRANCO VELA, Prólogo del libro de Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ y Rafael BARRANCO VELA (Dir), *Derecho y salud en la Unión Europea*, Comares, Granada, 2013.

⁵⁹⁷ Vide José María SOUVIRÓN MORENILLA, *La actividad de la Administración y el servicio público*, o.c., pp. 169-170.

⁵⁹⁸ Vide CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, de 29 de diciembre de 1978, artículo 106.2: «Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos».

2.5. La influencia de la Unión Europea en los servicios públicos.

La Unión Europea, mediante la configuración del mercado único europeo que homogeniza el tratamiento de la intervención de los Estado, ha fomentado el proceso de liberalización de actividades tradicionalmente monopolísticas. No obstante, este proceso no ha influido directamente sobre el desarrollo de los servicios públicos, pero sí de forma indirecta, puesto que, hay actividades que se prestaban en régimen de monopolio⁵⁹⁹ (como el sector de las telecomunicaciones o la energía) que se liberalizaron siguiendo las directrices de la Unión Europea. Y, de igual manera, la Unión Europea se ha abstenido de definir en los tratados constitutivos los servicios públicos, sino que, se hace referencia a éstos de forma indirecta⁶⁰⁰, por lo que existe un amplio margen interpretativo en la prestación de esta actividad por parte de los Estados miembros⁶⁰¹.

Sin embargo, la libertad de intervención del Estado en la economía que instauran algunas constituciones como la francesa, o la española, obliga a la UE a pronunciarse sobre el régimen general de prestación de los servicios de solidaridad⁶⁰², para evitar heterogeneidades que perjudiquen su tratamiento entre los distintos Estados miembros. De este modo, las denominadas actividades económicas de solidaridad se rigen por el régimen y principios del mercado, siempre que éstos no impidan el cumplimiento de la misión específica que desarrollan en la sociedad. El ejemplo más significativo en esta materia es el de la educación y la sanidad. Además, del texto aprobado por la Unión Europea también se puede extraer una modulación de las actividades económicas que

⁵⁹⁹ Vide Antonio ALONSO TIMÓN, “Financiación privada de las nuevas infraestructuras y servicios públicos”, *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 13, (2005), p. 264.

⁶⁰⁰ Vide UNIÓN EUROPEA, Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, artículo 93: «Serán compatibles con los Tratados las ayudas que respondan a las necesidades de coordinación de los transportes o que correspondan al reembolso de determinadas obligaciones inherentes a la noción de servicio público».

⁶⁰¹ Vide Luis MARTÍN REBOLLO, *40 años de Derecho Administrativo postconstitucional y otros ensayos rescatados*, Aranzadi, Navarra, 2017, pp. 482-483.

⁶⁰² Vide UNIÓN EUROPEA, Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, artículo 106: «1. Los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas de los Tratados, especialmente las previstas en los artículos 18 y 101 a 109, ambos inclusive. 2. Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas de los Tratados, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho, o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Unión. 3. La Comisión velará por la aplicación de las disposiciones del presente artículo y, en tanto fuere necesario, dirigirá a los Estados miembros directivas o decisiones apropiadas»

pueden prestar los Estados: los servicios de interés general, o los servicios no económicos de interés general.

No obstante, en lo que se refiere a los servicios públicos (desde la concepción expuesta anteriormente) la Comisión Europea los menciona, pero desde una perspectiva ambigua y confusa. Así, para la Comisión, servicio público es toda actividad de interés general que conlleva una serie de obligaciones que imponen las autoridades competentes al órgano que presta el servicio. Además, ésta añade que la referencia al servicio público se utiliza de manera indistinta para describir la vocación que promueve el ejercicio de esta actividad (es decir, con vocación pública, en cumplimiento del interés general que conlleva), como con quién presta el servicio, que se refiere a la titularidad de la actividad que se desarrolla⁶⁰³. Por esta razón, no concreta los caracteres que definen esta figura, ni el régimen general que resulta de aplicación.

Sin embargo, la interpretación que se realiza por la Unión Europea puede generar confusión interpretativa en nuestro ordenamiento jurídico. El régimen jurídico de los servicios públicos en nuestro ordenamiento exige ambas condiciones: la titularidad en régimen de monopolio de la actividad y que sea un servicio de interés general para la colectividad. Para intentar resolver esta controversia, la Comisión Europea emitió un informe⁶⁰⁴ intentando analizar la situación en la que se encontraban estos servicios y, de alguna manera, esclarecer el contenido de estas dos figuras del derecho.

La Comisión Europea distingue en este informe entre servicios de interés general y servicios económicos de interés general. En primer lugar, por servicios de interés general se entienden todos aquellos servicios de mercado y no de mercado (es decir que incluyen actividades de autoridad propias de los Estados) que se considera que tienen un interés especial para la sociedad, y a los que se les imponen determinadas obligaciones

⁶⁰³ Vide COMISIÓN EUROPEA, *Informe (2001) 598, de 17 de octubre, al Consejo Europeo de Laeken: los servicios de interés general*, Bruselas, p. 24: «Es un término ambiguo ya que puede referirse o bien al organismo que presta de hecho el servicio o a la función de interés general atribuida al organismo correspondiente. Con objeto de fomentar o facilitar el desempeño de la función de interés general, las autoridades públicas pueden imponer obligaciones concretas de servicio público al organismo que presta el servicio, por ejemplo, en los sectores del transporte terrestre, aéreo o por ferrocarril o de la energía. Estas obligaciones pueden aplicarse a escala nacional o regional. A veces se confunde el concepto de servicio público, que se refiere a la vocación de prestar un servicio al público en términos del servicio que hay que prestar, con el concepto de sector público (que incluye la función pública), que se refiere a la condición jurídica de quien presta el servicio en lo que respecta a quien es el propietario del servicio».

⁶⁰⁴ Vide COMISIÓN EUROPEA, *Informe (2001) 598, de 17 de octubre, al Consejo Europeo de Laeken: los servicios de interés general*, Bruselas.

propias de los servicios públicos⁶⁰⁵. La consideración que adquieren estos servicios tiene como razón la aplicación de valores asumidos por la sociedad, tales como la cohesión social, la protección del medio ambiente, o la garantía de un mínimo de bienestar⁶⁰⁶.

En segundo lugar, los servicios de interés económico general⁶⁰⁷ (que son los que recoge explícitamente el Tratado de Funcionamiento de la UE), responden a aquellos servicios, en este caso de mercado obligatoriamente, a los que se les imponen el cumplimiento de obligaciones de servicio público, atendiendo a los intereses generales que suelen tener estos servicios, como sería el caso del transporte o las comunicaciones⁶⁰⁸. Los servicios de interés económico general tienen un papel trascendental en el desarrollo de las relaciones y posibilitan la promoción de otros valores como la cohesión social y territorial⁶⁰⁹. Por esta razón, se elabora un protocolo de desarrollo de estos servicios que, atendiendo a las necesidades de concreción específicas que desarrollan, reconoce: la capacidad discrecional de las autoridades estatales para prestarlos; la diversidad y disparidad de las actividades que pueden llegar a comprender; y la necesidad de garantizar el acceso universal a estos⁶¹⁰. No obstante, este protocolo establece una excepción a las

⁶⁰⁵ *Ibidem* p. 24: «Este concepto abarca los servicios de mercado y no de mercado que las autoridades públicas consideran de interés general y a los que imponen determinadas obligaciones de servicio público».

⁶⁰⁶ *Vide* Luis MARTÍN REBOLLO, *40 años de Derecho Administrativo postconstitucional y otros ensayos rescatados*, Aranzadi, Navarra, 2017, p. 487.

⁶⁰⁷ *Vide* Francisco SOSA WAGNER, “Las fronteras del sector público”, *Anuario de derecho constitucional y parlamentario*, 11, 1999, p. 96: «Los servicios de interés económico general vienen referidos a las actividades servicio comercial que cumplen misiones de interés general y están por ello sometidas también a obligaciones específicas de servicio pública».

⁶⁰⁸ *Vide* COMISIÓN EUROPEA, *Informe (2001) 598, de 17 de octubre, al Consejo Europeo de Laeken: los servicios de interés general*, Bruselas, p. 24: «Es el término utilizado en el artículo 86 del Tratado y se refiere a los servicios de mercado a los que los Estados miembros imponen determinadas obligaciones de servicio público en virtud de criterios de interés general. Se tiende así a abarcar ámbitos tales como las redes de transporte, la energía y las comunicaciones».

⁶⁰⁹ *Vide* UNIÓN EUROPEA, Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, artículo 14: «Sin perjuicio del artículo 4 del Tratado de la Unión Europea y de los artículos 93, 106 y 107 del presente Tratado, y a la vista del lugar que los servicios de interés económico general ocupan entre los valores comunes de la Unión, así como de su papel en la promoción de la cohesión social y territorial, la Unión y los Estados miembros, con arreglo a sus competencias respectivas y en el ámbito de aplicación de los Tratados, velarán por que dichos servicios actúen con arreglo a principios y condiciones, en particular económicas y financieras, que les permitan cumplir su cometido. El Parlamento Europeo y el Consejo establecerán dichos principios y condiciones mediante reglamentos, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, sin perjuicio de la competencia que incumbe a los Estados miembros, dentro del respeto a los Tratados, para prestar, encargar y financiar dichos servicios».

⁶¹⁰ *Vide* UNIÓN EUROPEA, *Protocolo 26: sobre los servicios de interés general*, artículo 1: «Los valores comunes de la Unión con respecto a los servicios de interés económico general con arreglo al artículo 14 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea incluyen en particular: el papel esencial y la amplia capacidad de discreción de las autoridades nacionales, regionales y locales para prestar, encargar y organizar los servicios de interés económico general lo más cercanos posible a las necesidades de los

reglas generales del mercado, de manera que, éstas no resultarán de aplicación en el tratamiento, gestión u organización de aquellas actividades que representen un interés general no económico⁶¹¹.

Con posterioridad, en el Libro Verde sobre servicios de interés general en 2004, reaparece una figura olvidada: los servicios no económicos de interés general (o de solidaridad)⁶¹². Para la Comisión, los servicios de interés general económico y no económicos pueden convivir dentro de un mismo sector. Si bien es cierto, la Comisión entiende que no es necesario establecer un listado concreto de cuáles son las actividades que deben tener la consideración de interés general no económico, puesto que éstas son sectores sensibles, relacionados con competencias propias de los Estado. Es el caso, por ejemplo, de la educación, de la sanidad o de la asistencia social, que corresponden al modelo concreto de proporción del bienestar que cada Estado haya decidido configurar⁶¹³.

El problema es que, esta indefinición ha provocado que el concepto se vea enmarañado de tal manera, que se define en contraposición con el servicio de interés general económico. Esto ha llevado a la doctrina a definir los servicios no económicos de interés general como:

«aquellos cuya prestación garantizan los distintos Estados miembros en unas determinadas condiciones, y cuyo coste se asume para hacer efectiva la

usuarios; la diversidad de los servicios de interés económico general y la disparidad de las necesidades y preferencias de los usuarios que pueden resultar de las diferentes situaciones geográficas, sociales y culturales; un alto nivel de calidad, seguridad y accesibilidad económica, la igualdad de trato y la promoción del acceso universal y de los derechos de los usuarios».

⁶¹¹ Vide UNIÓN EUROPEA, *Protocolo 26: sobre los servicios de interés general*, artículo 2: «Las disposiciones de los Tratados no afectarán en modo alguno a la competencia de los Estados miembros para prestar, encargar y organizar servicios de interés general que no tengan carácter económico».

⁶¹² La primera que se hace referencia a esta modalidad de servicio es en la Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas, de 11 de septiembre de 1996, sobre los servicios de interés general en Europa. Si bien, en el texto se afirma que: «Por otro lado, conviene recordar que las condiciones del artículo 90 del Tratado no se aplican a las actividades no económicas (como los sistemas obligatorios de escolarización o de protección social) ni a las funciones llamadas "de regalía" que corresponden al ejercicio del poder público (como la seguridad, justicia, diplomacia o estado civil). La contribución de estos servicios a distintas políticas comunitarias es esencial; de ahí el desarrollo de cooperaciones y asociaciones a escala europea. No obstante, está claro que los servicios de interés general, cuando revisten un carácter no económico o de regalía, no pueden tratarse de la misma forma que los servicios de interés económico general. La acción de la Comunidad a este respecto, como confirma el Tratado, únicamente puede ser complementaria».

⁶¹³ Vide COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, COM (2003) 270, de 21 de mayo, *Libro verde sobre los servicios de interés general*, Bruselas, pp. 15 y ss.

cohesión social y territorial, atendiendo a los principios de igualdad y solidaridad del Estado»⁶¹⁴.

En consecuencia, se puede advertir que los pilares que sustentan el Estado de Bienestar español deben catalogarse con esa naturaleza jurídica⁶¹⁵. En ningún momento, detrás de la prestación de los servicios que éste asume, subyace un verdadero interés económico, sino que se persigue como fin último la consecución del bienestar social de los ciudadanos. Si bien es cierto, en la estrategia de Europa 2020, se contemplan de forma específica estos servicios, puesto que constituyen cerca del 30% del PIB de la UE. Los servicios de solidaridad se han convertido en un sector estratégico para el desarrollo y crecimiento económico. Por ello, a pesar de que la Unión Europea carece de las competencias necesaria para regular estos segmentos del mercado, si cuenta con las facultades para dictar recomendaciones para su evolución y progreso. Entre las dictadas hasta el momento, la intención de la UE parece ser la dinamización de la prestación de estos servicios, incorporando recursos del sector privado, o la mejora del sistema a través de la simplificación de los procedimientos, especialmente en materia sanitaria⁶¹⁶.

VI. Elementos que configuran el Estado de Bienestar.

⁶¹⁴ Vide Marcos VÁQUER CABALLERÍA, “Los problemas de la contraposición entre económico y social en la doctrina europea de los servicios de interés general”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 8, (2005), p. 10.

⁶¹⁵ Vide STJUE de 17 de febrero de 1993, paf 13-16: «*Los regímenes de seguridad social se basan en un sistema de afiliación obligatoria que resulta indispensable tanto para la aplicación del principio de solidaridad como para el equilibrio financiero de tales regímenes (...) las entidades gestoras del seguro de enfermedad y los organismos que participan en la gestión del servicio público de seguridad social, desempeñan una función de carácter exclusivamente social. En efecto, tal actividad se basa en el principio de solidaridad nacional y carece de toda finalidad lucrativa... dicha actividad no es una actividad económica... las entidades encargadas de la misma no constituyen empresas en el sentido de los artículos 85 y 86 del Tratado*».

⁶¹⁶ Vide José VIDA FERNÁNDEZ, “Los servicios públicos de solidaridad en la Unión Europea: los límites del mercado único y la competencia en los servicios de interés general”, en Tomás DE LA QUADRASALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, *Los servicios públicos tras la crisis económica: en especial la asistencia sanitaria en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 66-68.

1. Introducción.

El Estado de Bienestar genera distintas relaciones jurídicas entre las posiciones de poder y de deber⁶¹⁷, las cuáles se expresan a través del Derecho mediante normas. Además, las partes activa y pasiva de la relación se relacionan a través de una estructura estática, es decir, es decir aquellos elementos que siempre confluyen en la relación, y su estructura dinámica, la cual puede sufrir cierta evolución a lo largo del tiempo⁶¹⁸.

En consecuencia, atendiendo a la teoría general de la relación jurídica, el Estado de Bienestar se configura a través de distintos elementos como son las personas titulares, el objeto de la relación y el elemento conectivo que las une.

2. Elemento subjetivo.

El elemento subjetivo tiene a su vez dos partes: una posición activa y otra pasiva. La posición activa de la relación jurídica será siempre una Administración Pública (ya sea estatal, autonómica o local), que tendrá la titularidad en la prestación del servicio que se trate. Mientras que, por otro lado, se distingue el sujeto pasivo de la relación que esta representado en los ciudadanos que, según el Derecho aplicable, sean determinados como beneficiarios de una determinada prestación. En consecuencia, el legislador es el que, atendiendo a las normas aplicables, marca los criterios, o requisitos, para acceder a determinados servicios o prestaciones.

El elemento subjetivo pasivo variará atendiendo al concreto servicio que se preste, es decir, el elemento objetivo de la relación y los condiciones que se establezcan

⁶¹⁷ Vide Francisco GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho administrativo español*, o.c., p. 25: «El derecho se manifiesta mediante normas y relaciones jurídicas. Lo que percibimos cuando empezamos a aproximarnos al mundo de lo jurídico son normas y relaciones. Y es analizando unas y otras como podemos descender al conocimiento de la estructura íntima subyacente, desvelando capas sucesivas, cada vez más profundas. (...) Pues bien, la ecuación relacional se establece siempre entre posiciones de poder y posiciones de deber. La primera, la posición activa o de poder, influye en la otra, en la pasiva, o de deber, la cual aparece así influida por aquella».

⁶¹⁸ Vide Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, *Creación y regulación de centros y establecimientos sanitarios*, Bosch, Barcelona, 2003, p. 40, «La estructura estática de la relación jurídica está formada por los elementos o requisitos que la integran. Es decir, por las piezas elementales que son de obligada presencia, al ser jurídicamente reclamadas por el derecho. Podemos distinguir en primer lugar el elemento subjetivo, constituido por las personas naturales o las personas técnicas que aparecen en la relación como titular o titulares de la misma. (...) En segundo lugar, el elemento objetivo está constituido por los bienes o cosas encuadradas de forma global en el patrimonio y que se prestan tanto como bienes materiales, o inmateriales (...) El elemento conectivo es el encarnado en ese acaecimiento jurídicamente relevante que, bajo la forma de hecho, signo o acto jurídico sirve de puente de enlace entre los otros dos elementos».

legalmente para acceder al mismo. Por tanto, en cada uno de los pilares del Estado de Bienestar (educación, seguridad social, salud y asistencia social), y a la estructura dinámica de la relación encontremos distintos sujetos pasivos.

3. Elemento objetivo.

El elemento objetivo corresponde a la figura del servicio público no económico de interés general que se ha definido con anterioridad. En otras palabras, el elemento objetivo se materializa en el concreto servicio que se presta a la ciudadanía. Atendiendo a los pilares del Estado del Bienestar hablaremos de la educación, la sanidad, la asistencia social y las prestaciones contributivas y no contributivas. La prestación de estas actividades puede ser tanto del tipo profesional, como material. Y, de igual manera, las limitaciones tanto cuantitativas como cualitativas de estos servicios se regularán a través de la normativa específica del sector en concreto. En otras palabras, de qué servicios se trata, cuáles son el catálogo de prestaciones que lo constituye, y el tipo de modalidades se regulan a través de los textos legales y reglamentarios que los desarrollan.

4. Elemento conectivo.

El elemento conectivo de la relación será dependerá del concreto servicio que se preste a la población. En consecuencia, dada la complejidad y variedad de las relaciones que se entablan dentro del Estado de Bienestar, el título habilitante para su consecución será distinto. Más aún, si se analiza a lo largo de la estructura dinámica de la relación. Por lo que, afirmar la existencia de un único elemento conectiva sería erróneo y, a todas luces, falso: existen tantos elementos conectivos dentro del Estado de Bienestar como el número de relaciones jurídicas que se pueden entablar.

En otras palabras, por ejemplo, la prestación del servicio de educación estará determinada por la matrícula de acceso al centro educativo. Pero también forman parte del Estado de Bienestar las becas a esas matrículas de los alumnos con menos o pocos recursos cuyo elemento conectivo es otro distinto. Mientras que, el acceso a las prestaciones contributivas va a suponer la previa aportación al sistema de seguridad social a través del empleo, en el tiempo y parámetros que se establezcan, para tener derecho a una determinada prestación. O, el acceso a prestaciones no contributivas que estará

condicionado por la carencia de recursos, o situaciones concretas que determine la legislación, y no será necesaria esa contribución previa al sistema.

VII. Los pilares del Estado de Bienestar: configuración, caracteres y desarrollo normativo.

1. La educación como el elemento fundamental del sistema.

1.1. La regulación jurídica del derecho a la educación.

1.1.1. El ordenamiento jurídico internacional.

La evolución del desarrollo del derecho a la educación en España ha estado influenciada por los distintos textos legislativos de carácter internacional. El primero en incluir este derecho es la Declaración Universal de los Derechos Humanos que, en artículo 26, recoge lo siguiente:

«1. Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos.

2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.

3. Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos».

La legislación realiza diferentes consideraciones respecto de cómo estructurarse y qué se debe entender por derecho a la educación. En primer lugar, el texto parte de

cuáles son las características mínimas que debe presentar el derecho a la educación: gratuidad (al menos en algunos tramos) y obligatoriedad. En segundo lugar, en lo referente a la instrucción técnica y profesional, la Declaración aboga por un sistema generalizado en el que todas las personas puedan llegar a formarse como verdaderos profesionales. Y, en tercer lugar, la declaración internacional se compromete a que los padres puedan elegir cómo quieren que sea la formación de sus hijos.

Con posterioridad, y a través del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se refuerza el contenido del derecho a la educación. Este Pacto incide en la necesidad de implantar un sistema de becas y de la mejora continua del cuerpo docente y de los materiales a su disposición. Así como también, apoya la creación de centros y establecimientos educativos siempre que estos respeten los caracteres y finalidades propias del derecho que originalmente se concibe⁶¹⁹.

El contenido del Pacto se verá completado con la Observación nº13⁶²⁰, sobre el derecho a la educación. La principal novedad que introduce dentro de la regulación del

⁶¹⁹ Vide ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Políticos*, New York, 1966, artículo 131: «Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Convienen en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Convienen asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz. 2. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho: a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente; b) La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita; c) La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita; d) Debe fomentarse o intensificarse, en la medida de lo posible, la educación fundamental para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria; e) Se debe proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza, implantar un sistema adecuado de becas, y mejorar continuamente las condiciones materiales del cuerpo docente. 3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. 4. Nada de lo dispuesto en este artículo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 y de que la educación dada en esas instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado».

⁶²⁰ Vide COMITÉ DE LOS DERECHOS HUMANOS, *Observación nº13 sobre el derecho a la educación*, 1999.

derecho es el establecimiento de cuatro caracteres indispensables que van a conformar el núcleo indisoluble del mismo: disponible, accesible, aceptable, y adaptable.

La disponibilidad de la educación hace referencia a que, tanto las instituciones como los programas, a través de los cuales se ejecuta, tengan una calidad suficiente, y de igual manera, que los recursos y demás estructuras necesarias, reúnan las características mínimas para impartir docencia. Por otro lado, la accesibilidad estará relacionada con la no discriminación, la accesibilidad material o localización geográfica, y la accesibilidad económica del servicio que se presta. Mientras que, la aceptabilidad alude a la forma y fondo de la educación, es decir, a los programas de estudios y métodos de enseñanza utilizados, los cuales están supeditados a los controles ejercidos por el Estado. Y, finalmente, la adaptabilidad concierne a la flexibilidad del sistema educativo para adaptarse a las nuevas necesidades y demandas sociales⁶²¹.

La consideración del derecho a la educación como una parte intrínseca a los derechos relacionados con la libertad se manifiesta en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁶²². La configuración del derecho en este articulado viene a primar de

⁶²¹ Vide COMITÉ DE LOS DERECHOS HUMANOS, *Observación n°13 sobre el derecho a la educación*, 1999, artículo 6: «Si bien la aplicación precisa y pertinente de los requisitos dependerá de las condiciones que imperen en un determinado Estado Parte, la educación en todas sus formas y en todos los niveles debe tener las siguientes cuatro características interrelacionadas (2): a) Disponibilidad. Debe haber instituciones y programas de enseñanza en cantidad suficiente en el ámbito del Estado Parte. Las condiciones para que funcionen dependen de numerosos factores, entre otros, el contexto de desarrollo en el que actúan; por ejemplo, las instituciones y los programas probablemente necesiten edificios u otra protección contra los elementos, instalaciones sanitarias para ambos sexos, agua potable, docentes calificados con salarios competitivos, materiales de enseñanza, etc.; algunos necesitarán además bibliotecas, servicios de informática, tecnología de la información, etc. b) Accesibilidad. Las instituciones y los programas de enseñanza han de ser accesibles a todos, sin discriminación, en el ámbito del Estado Parte. La accesibilidad consta de tres dimensiones que coinciden parcialmente: i) No discriminación. La educación debe ser accesible a todos, especialmente a los grupos más vulnerables de hecho y de derecho, sin discriminación por ninguno de los motivos prohibidos (véanse los párrafos 31 a 37 sobre la no discriminación); ii) Accesibilidad material. La educación ha de ser asequible materialmente, ya sea por su localización geográfica de acceso razonable (por ejemplo, una escuela vecinal) o por medio de la tecnología moderna (mediante el acceso a programas de educación a distancia); iii) Accesibilidad económica. La educación ha de estar al alcance de todos. Esta dimensión de la accesibilidad está condicionada por las diferencias de redacción del párrafo 2 del artículo 13 respecto de la enseñanza primaria, secundaria y superior: mientras que la enseñanza primaria ha de ser gratuita para todos, se pide a los Estados Partes que implanten gradualmente la enseñanza secundaria y superior gratuita. c) Aceptabilidad. La forma y el fondo de la educación, comprendidos los programas de estudio y los métodos pedagógicos, han de ser aceptables (por ejemplo, pertinentes, adecuados culturalmente y de buena calidad) para los estudiantes y, cuando proceda, los padres; este punto está supeditado a los objetivos de la educación mencionados en el párrafo 1 del artículo 13 y a las normas mínimas que el Estado apruebe en materia de enseñanza (véanse los párrafos 3 y 4 del artículo 13). d) Adaptabilidad. La educación ha de tener la flexibilidad necesaria para adaptarse a las necesidades de sociedades y comunidades en transformación y responder a las necesidades de los alumnos en contextos culturales y sociales variados».

⁶²² Vide ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, New York, 1966, artículo 18.4: «Los Estados Partes en el presente Pacto se

nuevo la libertad de elección de los padres respecto de sus hijos para elegir el tipo de educación que quieren que reciban. Además, otros textos internacionales relacionados con sectores concretos también reconocen el derecho a la educación, en términos muy similares a como lo efectúan las declaraciones internacionales mencionadas, como por ejemplo la Convención sobre los Derechos del Niño⁶²³.

Sin embargo, es de extrañar que el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades no incluye el derecho a la educación de forma explícita, aunque sí que lo hace el Protocolo Adicional nº 1 al mismo⁶²⁴:

«A nadie se le puede negar el derecho a la instrucción. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asume en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas».

La configuración legal de este artículo nos permite confirmar la doble naturaleza del derecho a la educación que se viene defendiendo, en esa perspectiva de desarrollo de la libertad de la persona, pero también como derecho social. El derecho a la educación exige a los poderes políticos determinadas obligaciones positivas de cara a los ciudadanos⁶²⁵. Esta afirmación es acogida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, quién afirma lo siguiente:

comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones».

⁶²³ Vide ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Convención sobre los derechos del niño*, 1989, artículo 29.1: «1. Los Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a: a) Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades; b) Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas; c) Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya; d) Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena; e) Inculcar al niño el respeto del medio ambiente natural».

⁶²⁴ Vide CONSEJO DE EUROPA, *Protocolo Adicional al Convenio Para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, París, 20 de marzo de 1952, artículo 2.

⁶²⁵ Vide Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, “La interpretación del derecho a la educación por el Tribunal Europeo de Derecho Humanos en el marco del Convenio de 4 de noviembre de 1950”, *Revista de Derecho Público*, 1, (1986), pp. 8-9.

«se impone a los Estados contratantes en el ejercicio de las funciones de que se encargan en materia de educación y enseñanza, incluida la que consiste en organizar una enseñanza pública», de forma que, lo que el artículo viene a es “proteger la posibilidad de un pluralismo educativo esencial en la preservación de la sociedad democrática tal y como se concibe en el Convenio»⁶²⁶.

La regulación, garantía y evolución del derecho a la educación se ha convertido en un problema común en todas las sociedades, hasta el punto de que, se recoge como una meta a conseguir dentro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible para el año 2030. La educación es la herramienta básica para ayudar a salir de las situaciones de pobreza y necesidad que se padecen en todo el mundo. Por ello, será a partir de la misma como se conseguirá la liberación de las mentes de las cadenas de la ignorancia, y sólo acercándolas al conocimiento y emancipándolas del poder sin medida, podrá llegar la evolución de la sociedad.

1.1.2. El derecho de la Unión Europea.

En el ámbito del derecho comunitario son diversos los textos legislativos que se han encargado de abordar el derecho a la educación. La Unión Europea adquiere competencias de carácter complementario en materia de educación, atendiendo al principio de subsidiariedad, a partir del Tratado de Maastricht en 1992⁶²⁷.

Concretamente, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea recoge en el artículo 9 lo siguiente:

«En la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tendrá en cuenta las exigencias relacionadas con la promoción de un nivel de empleo elevado, con la garantía de una protección social adecuada, con la lucha contra

⁶²⁶ Vide STEDH 5/1976, de 7 diciembre, FJ. 50.

⁶²⁷ Vide COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEA, *Dictamen: “Reforzar la cohesión y la coordinación de la Unión Europea en el ámbito social gracias a la nueva cláusula social horizontal del artículo 9 del TFUE, 2012, «La Unión contribuirá al desarrollo de una educación de calidad fomentando la cooperación entre los Estados miembros y, si fuera necesario, apoyando y completando la acción de éstos en el pleno respeto de sus responsabilidades y a la organización del sistema educativo, así como de su diversidad cultural y lingüística (...)».*

la exclusión social y con un nivel elevado de educación, formación y protección de la salud humana».

La Unión Europea se compromete a velar por un nivel elevado de formación y educación en la ejecución de las políticas que se plantean. No obstante, la problemática con la configuración del derecho en el texto, como un servicio más que se puede prestar por los distintos agentes económicos, no va a ser igualmente recibida por todos los Estados. En este sentido, la Unión Europea ha ido aumentando sus preocupaciones porque los Estados miembros presten los servicios de educación con cierta calidad a la población.

Esta inquietud se materializa a través del Marco Estratégico para la Educación y la Formación⁶²⁸, como una parte de la Estrategia de Europa 2020⁶²⁹. Estos fijan una serie de objetivos comunes para todos los países que pueden resumirse en: a) hacer el aprendizaje permanente y de la movilidad una realidad; b) mejorar la calidad y eficacia de la educación y la formación; c) Fomentar la igualdad y la cohesión social; y d) Potenciar la creatividad y la innovación.

No obstante, cada país es responsable de su sistema educativo, de forma que, la Unión Europea sólo se encarga de ayudar a afrontar los problemas que sean comunes a todos ellos. En materia educativa, los obstáculos comunes a todos los europeos van a estar referenciados al déficit de trabajadores cualificados y la creación de mercados económicos que sean capaces de absorber a la población más preparada; los avances tecnológicos y la nueva conformación del tejido social; y presentar una educación de calidad que nos permite seguir compitiendo a escala mundial.

La Unión Europea, en la carrera de la consecución de los objetivos marcados, ha fijado una serie de índices de referencia en materia educativa para lograr los objetivos previstos para el año 2020. Entre ellos destacan los siguientes:

- a) *«Al menos el 95% de los niños desde 4 años hasta la edad escolar obligatoria debe recibir educación preescolar.»*

⁶²⁸ Vide CONSEJO DE EUROPA, *Marco estratégico para la cooperación europea en el ámbito de la educación y la formación*, 2009.

⁶²⁹ Vide CONSEJO DE EUROPA, *Estrategia Europa 2020: una estrategia para el crecimiento inteligente*, 2010.

- b) *El porcentaje de jóvenes de 15 años con aptitudes insuficientes en lectura, matemáticas y ciencias debe ser inferior al 15%.*
- c) *El porcentaje de abandono de los estudios o la formación entre 18 y 24 años debe estar por debajo del 10%.*
- d) *Al menos un 40% de la población entre 20 y 34 años debe haber terminado alguna forma de educación superior.*
- e) *Al menos un 15% de la población adulta debe participar en actividad de formación continua.*
- f) *Al menos el 20% de los titulados superiores y el 6% de los jóvenes entre 18 y 34 años con un título de formación profesional inicial debe haber cursado algún periodo de estudios o formación en el extranjero.*
- g) *Al menos el 82% de los titulados debe tener un empleo en un plazo de no más de tres años después de terminar los estudios».*

El cumplimiento de estos objetivos está vigilado de cerca por la Comisión Europea, hasta el punto de que emite informes periódicos acerca del estado de evolución del avance en la consecución de estas metas. En España, el último Documento de Trabajo⁶³⁰, vuelve a dejar en evidencia las políticas de cohesión desarrolladas hasta el momento:

- *«La matriculación en educación preescolar y la asistencia a guarderías superaran la media de la Unión Europea, pero existen disparidades autonómicas respecto al acceso.*
- *Existen grandes disparidades autonómicas en cuanto a los resultados de la educación y la formación.*
- *La necesidad de contratar más personal docente y mejorar sus condiciones de trabajo.*
- *La correspondencia entre la formación profesional y las necesidades del mercado de trabajo aún constituye un reto en España.*

⁶³⁰ Vide COMISIÓN EUROPEA, *Informe sobre España 2019, con un examen exhaustivo en lo que respecta a la prevención y la corrección de los desequilibrios macroeconómicos*, Bruselas, 2019, pp. 58-66.

- *A pesar de la alta tasa de titulados en educación superior, la oferta de cualificaciones no se ajusta suficientemente a las necesidades del mercado de trabajo.*
- *La cooperación entre las universidades y las empresas sigue siendo débil.*
- *No existe adecuación entre las cualificaciones, tanto en términos de naturaleza como de las titulaciones como de campo de los estudios.*
- *Los niveles de competencias digitales básicas y avanzadas se mantienen por debajo de la Unión Europea».*

Sin duda, uno de los aspectos que más preocupa en el marco de esta tesis, son la carencia de los niveles de competencias digitales básicas y avanzadas. España se está quedando atrás en la carrera por liderar la revolución tecnológica. Ya, en el año 2012, la Comisión Europea presentó una comunicación⁶³¹ donde se actualizaba el concepto de educación: *“invertir en las competencias para lograr mejores resultados socioeconómicos”*.

Las recomendaciones de la Comisión Europea estaban basadas de forma generalizada en concentrar los esfuerzos en el desarrollo de aptitudes transversales, en particular, las relacionadas con el emprendimiento. Además, estimular un aprendizaje abierto y flexible, aprovechando el potencial de las TIC y los recursos educativos. Sin embargo, España en el año 2020 aún presenta deficiencias respecto de los niveles que se exigen en la media de la Unión Europea. Esta realidad no es de extrañar si tenemos en cuenta que las modificaciones de las distintas Leyes Educativas tienen más connotaciones políticas que verdaderamente reformas estructurales del sistema.

1.1.3. El texto constitucional.

⁶³¹ Vide COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico Social Europeo y al Comité De las Regiones: Un nuevo concepto de educación: invertir en competencias para lograr mejores resultados socioeconómicos*, Bruselas, 2012, p. 3.

A. La regulación jurídica del derecho a la educación en la Constitución.

En el marco jurídico de nuestra Carta Maga en el artículo 27 se reconoce el derecho a la educación como un derecho fundamental:

«1. Todos tienen el derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza.

2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales.

3. Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

4. La enseñanza básica es obligatoria y gratuita.

5. Los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes.

6. Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales.

7. Los profesores, los padres y, en su caso, los alumnos intervendrán en el control y gestión de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos, en los términos que la ley establezca.

8. Los poderes públicos inspeccionarán y homologarán el sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las leyes.

9. Los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca.

10. Se reconoce la autonomía de las Universidades, en los términos que la ley establezca».

El artículo garantiza el acceso de todos a la prestación del derecho, cuyo objetivo será el pleno desarrollo de la personalidad humana y el respeto de los principios democráticos de convivencia, y a los derechos y libertades fundamentales. Además,

asegura la enseñanza básica como obligatoria y gratuita. Los poderes públicos serán los encargados de organizar los programas educativos, así como, la participación en los centros docentes. No obstante, no asume el monopolio de la prestación del servicio y permite la creación de centros docentes por particulares. Y, también, se reconoce la libertad de enseñanza y de cátedra de los profesores⁶³², así como, el cargo a los fondos públicos de sus prestaciones.

En lo que respecta a las competencias sobre educación, dentro del texto constitucional se reserva una actividad exclusivamente para el Estado:

«la regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicas y profesionales y normas básicas para el desarrollo de las obligaciones de los poderes públicos en esta materia».

Lo que, a sensu contrario, implica que las Comunidades Autónomas pueden adquirir el resto de las competencias que no se encuentren incluidas en la reserva estatal. La adquisición de las competencias en Educación varía en función del mecanismo de acceso a la autonomía: bien las que lo llevaron a cabo a partir del art. 151 CE, que adquirieron las competencias en el desarrollo de sus propios Estatutos de Autonomía; o bien, las que se constituyeron por la vía del 143 CE, que las adquirirán de manera paulatina⁶³³. De esta forma, las Comunidades Autónomas adquieren la posibilidad de redactar sus propias normas de desarrollo legislativo y ejecución de las normas básicas estatales. Así, como otras competencias que han sido delegadas con posterioridad⁶³⁴.

⁶³² Vide CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, de 29 de diciembre 1978, artículo 20.1: *«Se reconocen y protegen los derechos: c) A la libertad de cátedra».*

⁶³³ Vide Manuel ARAGÓN REYES, “Las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas sobre educación”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 98 (2013), pp. 192 y ss.

⁶³⁴ Vide Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre, de transferencia de competencias a Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por la vía del artículo 143 de la Constitución, artículo 19 Transferencia de la competencia de desarrollo legislativo y ejecución: *«Se transfiere a las Comunidades Autónomas de Asturias, Cantabria, La Rioja, Región de Murcia, Aragón, Castilla-La Mancha, Extremadura, Islas Baleares, Madrid y Castilla y León la competencia de desarrollo legislativo y ejecución de la enseñanza en toda su extensión, niveles y grados, modalidades y especialidades de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 27 de la Constitución y leyes orgánicas que conforme al apartado 1 del artículo 81 de la misma lo desarrollen y sin perjuicio de las facultades que atribuye al Estado el número 30 del apartado 1 del artículo 149 y de la Alta Inspección para su cumplimiento y garantía»;* artículo 20 Facultades y condiciones de ejercicio: *«El ejercicio de la competencia sobre enseñanza se realizará de acuerdo con las siguientes condiciones: a) Las Comunidades Autónomas facilitarán a la Administración del Estado la información que ésta solicite sobre el funcionamiento del sistema educativo en sus diferentes aspectos, tanto cualitativos como cuantitativos. La Administración del Estado ofrecerá a las Comunidades*

Y, efectivamente, esas competencias han sido asumidas por las Comunidades Autónomas, permitiendo la construcción de diecisiete regímenes de educación que vienen a desarrollar la norma básica estatal. De forma que, aunque el Estado continúa reservándose la potestad de regulación elemental del derecho, la asunción de esta competencia por las Comunidades Autónomas permite la existencia de disparidades educativas. Los territorios históricamente reivindicativos se han servido de esta competencia para exacerbar las cualidades y caracteres que los definen. Así, por ejemplo, como las Comunidades Autónomas tienen competencia en la enseñanza de lenguas propias⁶³⁵, el sistema educativo se ha convertido en una dicotomía constante acerca del uso en los centros educativos de las lenguas co-oficiales.

Como puede observarse el sistema constitucional apuesta fuertemente por un modelo abierto de enseñanza, donde la voluntad y el ideario del legislador marquen el desarrollo y consolidación del derecho. De este modo, lo que establece la legislación es una obligación frente a los poderes públicos que tienen que garantizar el derecho a la educación. Mientras que, su concreción queda remitida al desarrollo del mismo a través de Ley Orgánica para los aspectos básicos y comunes, y para el resto de las condiciones, se utiliza la ley ordinaria o estatal⁶³⁶.

La configuración del sistema educativo abierto a la posibilidad de configuración legislativa que realiza la Constitución ha supuesto que las leyes de educación de España nunca hayan sido aprobadas por un consenso mayoritario de todas las fuerzas parlamentarias. Una Ley que fuese capaz de aunar las posturas y diversas ideologías políticas que están presentes en este país. Por ello, entre las reivindicaciones sociales más solicitadas al legislativo se encuentra la de aprobar una norma que refleja todos los

Autónomas la información general que elabore sobre el funcionamiento del sistema educativo en sus diferentes aspectos. b) La creación de nuevos Centros y la implantación de nuevos estudios se realizará de acuerdo con criterios de planificación general, acordados en la Conferencia Sectorial de Educación. c) El seguimiento y evaluación del sistema educativo nacional se llevará a cabo por la Administración del Estado, con la colaboración de las Comunidades Autónomas, y servirá de base para el establecimiento de mecanismos que garanticen una prestación homogénea y eficaz del servicio público de la educación y que permitan corregir las desigualdades o desequilibrios que se produzcan en la prestación del servicio. d) La adopción de mecanismos o principios comunes de actuación se llevará a cabo con la participación de las Comunidades Autónomas, en la Conferencia Sectorial de Educación».

⁶³⁵ Vide CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, de 29 de diciembre 1978, Artículo 148.1.17: «Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias: El fomento de la cultura, de la investigación y, en su caso, de la enseñanza de la lengua de la Comunidad Autónoma».

⁶³⁶ Vide José Luis MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, “La educación en la Constitución española. Derechos fundamentales y libertades públicas en materia de enseñanza”, *Persona y Derecho*, 6, (1979), pp. 215-295.

sectores ideológicos de España, y que abogue por al desarrollo y formación, obviando las connotaciones políticas.

Además, es necesario recalcar que la relación de poderes entre el Estado y las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de las competencias que tienen atribuidas, no ha sido para nada pacífica. Todo lo contrario. Las disputas por la toma de decisiones han tenido que ser resueltas en numerosas ocasiones por el Tribunal Constitucional, quién ha delimitado nuestro modelo educativo.

No obstante, junto al derecho estricto a la educación recogido en el artículo 27 CE, la norma magna de nuestro ordenamiento jurídico también incluye un precepto específico sobre el fomento de la investigación científica y técnicas, una obligación que asumen los poderes públicos en beneficio del interés general en el art. 44. 2 CE. Al igual que con el derecho a la educación, la Constitución distingue en el reparto competencial las propias del Estado, como es la competencia exclusiva de coordinación general de la investigación científica y técnica (art. 149.1.15 CE), y las de las Comunidades Autónomas que asumen como competencia propia el fomento de la investigación (art. 148.1. 17 CE). Esta distribución, a priori, implica un reparto competencial con un núcleo de actividades muy similares. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha esclarecido este reparto, determinando en sentencia de 90/1992, de 11 de junio, que al Estado le corresponde la coordinación general para la concreción y determinación de los medios, cauces, y fórmulas para alcanzar el objetivo previsto en el texto constitucional. Lo que, como advierte la doctrina, esta competencia de coordinación puede ser entendida como un límite a las competencias de las Comunidades Autónomas⁶³⁷.

Así, la dicotomía de esta cuestión ha ido en aumento, con la regulación de las correspondientes leyes de ciencias de nuestro país. Actualmente, la norma vigente es la Ley 14/2011, de 1 junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, pero el Ministerio prepara ya una ley que reforme el contenido de la misma⁶³⁸.

⁶³⁷ Vide Miriam CUETO PÉREZ, “La Ley de la Ciencias y la coordinación en materia de investigación”, *Revista de investigación en gestión de la innovación y tecnología*, 1, (2006), p. 21.

⁶³⁸ Vide <https://www.ciencia.gob.es/portal/site/MICINN/menuitem.edc7f2029a2be27d7010721001432ea0/?vgnnextoid=3ee599b242288710VgnVCM1000001d04140aRCRD>

B. El contenido del derecho.

El artículo 27 CE plasma el reconocimiento de una doble vertiente del contenido del derecho, siguiendo el criterio marcado por los textos internacionales: por un lado, una vertiente que lo consagra como un principio ejemplarizante de los derechos relativos a la libertad del individuo; y, por otro lado, la educación como un derecho social o de prestación que debe ser asumido por el Estado español. De esta forma, el derecho a la educación podría ser contemplado como un derecho:

«compuesto por un complejo de normas orientadas a garantizar su objeto, una esfera vital, a través de distintas técnicas normativas que constituyen su contenido, del que forman parte, entre otros, tanto el derecho prestacional a la educación básica gratuita como la libertad de enseñanza»⁶³⁹.

La doble vertiente del contenido del derecho es apoyada por la jurisprudencia, así la sentencia del Tribunal Constitucional 86/1985 señala lo siguiente:

«El derecho de todos a la educación (...) incorpora así, sin duda, junto a su contenido primario de derecho de libertad, una dimensión prestacional, en cuya virtud los poderes públicos habrán de procurar la efectividad de tal derecho y hacerlo, para los niveles básicos de la enseñanza, en las condiciones de obligatoriedad y gratuidad»⁶⁴⁰.

De este modo, dentro del primer grupo o de los derechos y libertades se englobarían los siguientes derechos: el derecho a la educación en sentido formal, la libertad de enseñanza, la libertad de creación de centros docentes, el derecho de dotar de un ideario propio al centro de creación privada, el derecho a recibir la formación religiosa y moral de acuerdo con las propias convicciones, la libertad de cátedra, la libertad de creación científica y el derecho a la autonomía universitaria⁶⁴¹.

⁶³⁹ Vide Benito ALÁEZ CORRAL, “El ideario educativo constitucional como fundamento de la exclusión de la educación diferenciada por razón de sexo en la financiación pública”, *Revista española de Derecho Constitucional*, 86, (2009), pp. 34-35

⁶⁴⁰ Vide STC 86/1985, de 10 de julio, FJ 3.

⁶⁴¹ Vide Carlos VIDAL PRADO, *El derecho a la educación en España. Bases constitucionales para el acuerdo y cuestiones controvertidas*, Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 19-20.

Mientras que, dentro del segundo grupo, se incluiría el derecho a la educación en su más puro sentido estricto, como actividad prestacional exigible frente al Estado. De forma que, como un derecho social que es, el Estado no sólo debe prestar el servicio, sino que tiene que aspirar a conseguir los objetivos sociales que la Carta Magna plasma⁶⁴².

Ahora bien, la actividad prestacional no sólo se encarna en la materialización del sistema educativo español, y con la consecuente prestación del servicio de formación a través de su personal docente dentro del marco de sus infraestructuras y centros. A esta prestación es necesario añadir las ayudas y becas para estudiar. Si bien, para conseguir la igualdad de condiciones dentro del acceso a la educación, el Estado Social debe remover cualquier obstáculo que impida el ejercicio del derecho fundamental.

Consecuentemente, aunque el art. 27 CE no menciona de manera expresa el derecho a recibir estas ayudas, el Tribunal Constitucional ha resuelto⁶⁴³, de forma ejemplarizante, la cuestión:

«El derecho a las becas o ayudas, como resultado de la obligación de los poderes públicos de garantizar el derecho de todos a la educación, se ordena a asegurar su efectividad, pues “en un Estado social de Derecho (art. 1 CE), que debe promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo sea reales y efectivas (art. 9.2 CE), el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), y reconoce el derecho a la educación (art. 27.1 CE), es evidente que los poderes públicos deben establecer un programa de ayudas al estudio que garantice a los ciudadanos con menos recursos económicos el acceso a la educación. Dentro de este programa de ayudas pueden incluirse (...) prestaciones económicas de becas (STC 214/1994, de 14 de julio, FJ 8)».

De esta forma, el derecho a la educación también está compuesto por el derecho a obtener becas y ayudas⁶⁴⁴ y, por tanto, la necesidad de establecimiento de un sistema de

⁶⁴² Vide Carlos VIDAL PRADO, *El derecho a la educación en España. Bases constitucionales para el acuerdo y cuestiones controvertidas*, Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 22-24.

⁶⁴³ Vide STC 188/2001, de 20 de septiembre, FJ 5.

⁶⁴⁴ Vide Real Decreto 1721/2007, de 21 de diciembre, por el que se establece el régimen de becas y ayudas al estudio personalizadas, define qué debemos entender por becas y ayudas al estudio, artículo 1: «1. *Becas. A los efectos de este real decreto, se entiende por beca la cantidad o beneficio económico que se concede para iniciar o proseguir enseñanzas conducentes a la obtención de un título o certificado de carácter oficial con validez en todo el territorio nacional, atendiendo a las circunstancias socioeconómicas y al*

concesión de las mismas, puesto que, sin este no se puede garantizar la realización efectiva del derecho a la educación. Así, las becas se convierten en un auténtico derecho subjetivo, únicamente condicionado a las exigencias socioeconómicas y académicas que se determinan anualmente. Además, de la subordinación de las mismas al límite máximo presupuestario que se haya fijado para su concesión⁶⁴⁵.

El objetivo de la educación no es que todos alcancen el mismo nivel formativo, sino que todos tengan las mismas oportunidades educativas⁶⁴⁶. Y es por ello, por lo que la educación no sólo contribuye a la igualdad de oportunidades, sino que es un factor poderoso de crecimiento económico. Los Estados deben invertir en su desarrollo para potenciar el mercado económico, su riqueza, y favorecer su evolución.

Por ello, en relación con la igualdad de oportunidades, los criterios de obligatoriedad y gratuidad del sistema educativo cobran una mayor relevancia. Puesto que, el compromiso que adquiere el Estado de educar a su población se ve plenamente garantizando, en tanto que éste no supone un coste económico y, por tanto, es accesible para todas las personas. De esta forma, no sólo se benefician los propios ciudadanos del sistema educativo, concebido como una prestación estatal, sino que, el propio Estado se sirve de sus infraestructuras para progresar en términos económicos y sociales.

1.2. El Sistema Educativo Español.

1.2.1. El sistema Educativo como concepto.

El Sistema Educativo Español engloba desde la educación infantil hasta las enseñanzas universitarias. Un ciclo de formación inspirado en los principios de la Ley

aprovechamiento académico del solicitante. 2. Ayudas al estudio. A los efectos de este real decreto tendrá la consideración de ayuda al estudio toda cantidad o beneficio económico que se conceda para iniciar o proseguir enseñanzas con validez en todo el territorio nacional, atendiendo únicamente a las circunstancias socioeconómicas del beneficiario».

⁶⁴⁵ Vide Carlos VIDAL PRADO, *El derecho a la educación en España. Bases constitucionales para el acuerdo y cuestiones controvertidas*, Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 117-120.

⁶⁴⁶ Vide María FERNÁNDEZ MELLIZO-SOTO, “Política educativa, Estado dinamizador y la igualdad de oportunidades en España”, en Carlos MULAS GRANADOS, *El Estado dinamizador, nuevos riesgos, nuevas políticas y la reforma del Estado de Bienestar en Europa*, FIIAP, Madrid, 2010, p. 124: “*Es lo que T.H. Marshall denomina paradoja de la educación: In essence it is the equal right to display and develop differences or inequalities; the equal right to be recognized as unequal*”.

Orgánica de Educación⁶⁴⁷ que va desde la calidad de la educación, la equidad, la transmisión de valores como la responsabilidad o la libertad, la flexibilidad del sistema y el esfuerzo individual y la motivación del alumnado. En consecuencia, el Sistema Educativo Español se entiende como:

«El conjunto de Administraciones educativas, profesionales de la educación y otros entes, públicos y privadas, que desarrollan funciones de regulación, de financiación de prestación de servicios para el ejercicio del derecho a la educación en España, y los titulares de este derecho, así como el conjunto de relaciones, estructuras, medidas y acciones que se implementan para prestarlo»⁶⁴⁸.

Por ello, el concepto engloba tanto el elemento instrumental: el conjunto de entidades administrativas, centros y establecimientos educativos que se encargan de la materialización del servicio; como también, a los profesionales y los recursos de los que se sirven para su desarrollo. El Sistema Educativo de España se estructura a través de distintas etapas, grados y cursos interrelacionados que permiten el acceso de unos a otros, y que bajo el principio de educar de forma permanente a la población estructura un sistema con diversidad de enseñanzas.

1.2.2. Naturaleza jurídica del derecho a la educación.

La Ley Orgánica de Educación, continuando con la tradición histórica de nuestro país, afirma que la educación es un servicio público:

«El servicio público de la educación considera a ésta como un servicio esencial de la comunidad, que debe hacer que la educación escolar sea asequible a todos, sin distinción de ninguna clase, en condiciones de igualdad de oportunidades, con garantía de regularidad y continuidad y adaptada progresivamente a los cambios sociales. El servicio público de la educación puede ser prestado por los poderes públicos y por la iniciativa social, como

⁶⁴⁷ Vide Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, modificada parcialmente por la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, de mejora y calidad educativa.

⁶⁴⁸ Vide Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, modificada parcialmente por la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, de mejora y calidad educativa, artículo 2 bis. Sistema Educativo Español.

garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos y la libertad de enseñanza»⁶⁴⁹.

De tal manera que, es la propia ley la que configura la naturaleza jurídica del derecho como un servicio público, en respuesta a ese interés general, donde el Estado asume una posición activa en la prestación del servicio dentro del marco del Estado Social. Los caracteres definitorios de los servicios públicos en España ya han sido desgarnados atendiendo tanto al concepto constitucional como el doctrinal y jurisprudencial: en primer lugar, la existencia de interés general; y, por otro lado, la “publicatio” del servicio”.

La presencia del interés general en el derecho a la educación es más que evidente, en tanto en cuanto, existe un mandato constitucional que lo consagra como un derecho fundamental, y que garantiza la prestación del servicio a todas las personas y con una serie de caracteres mínimos. En este sentido, la educación tiene un valor doble, tanto para la sociedad, como para el propio Estado que se aprovecha de la formación de los ciudadanos para evolucionar y aumentar la riqueza del país. Así, el interés general del servicio queda claramente identificado.

El problema reside en la obligación de la publicación del servicio. Si bien es cierto, no existe una reserva de ley donde la educación quede en manos exclusivas del Estado, sino que el propio texto constitucional es quien aboga y permite el desarrollo del derecho a través de centros privados⁶⁵⁰. Esta realidad va a permitir que exista cierta disputa acerca de la naturaleza jurídica del derecho a la educación.

⁶⁴⁹ Vide Ley Orgánica 2/2006, de 3 mayo, de Educación, Preámbulo.

⁶⁵⁰ Vide Óscar CELADOR ANGÓN, “Una perspectiva de la situación de la educación como servicio público”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, *Los servicios públicos tras la crisis económica: en especial la asistencia sanitaria en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 147: «De acuerdo con la tradición legislativa en la materia, el servicio público educativo puede ser prestado en nuestro ordenamiento jurídico tanto por centros públicos como privados concertados, en la medida en la que orienten su actividad a la consecución de los principios y fines establecidos en la legislación educativa y en consecuencia realicen una escolarización sin exclusiones. El compromiso de los poderes públicos en estos centros es la oferta de los medios y recursos materiales y humanos necesarios para el desarrollo de su actividad. Por su parte, la enseñanza privada concertada debe participar activamente en la consecución de los objetivos y fines que inspiran el sistema educativo, pues en otro caso la financiación pública de la enseñanza privada podría fomentar, si bien directamente, un modelo soportado den la diferenciación económica, ideológica, social y cultural de los discentes atendiendo a la escuela, pública o concertada, a la que estos asistan».

No obstante, el carácter de servicio público se mantiene en la normativa por considerar la educación como una prestación de utilidad general por los intereses que satisface, y no tanto por el carácter público de los servicios que se prestan. El propio Tribunal Constitucional es quién, heroicamente, resuelve este conflicto. Para él los servicios son esenciales en atención a la naturaleza de la satisfacción de los intereses que se pretenden cubrir, y como bienes e intereses esenciales deben de considerarse los derechos fundamentales, entre otros⁶⁵¹. Además, el hecho de que la educación sea un derecho fundamental le concede un estatus jurídico superior al resto de los derechos, avalando el interés de la colectividad en su proyección.

De forma que, por lo expresado, el derecho a la educación de forma estricta no puede ser catalogado como un servicio público, sino que sólo se englobaría dentro de esta modalidad los servicios prestados por centros públicos o concertados. Los centros privados van a prestar el servicio, atendiendo a las mismas bases, pero no tendrán la categoría de servicio público. A pesar de lo dispuesto, los centros privados en España tienen una representación simbólica de la totalidad de las personas que se forman⁶⁵².

El carácter de la prestación como servicio público va a englobar una serie de caracteres, como son la igualdad, la gratuidad y la continuidad del mismo. La garantía del principio de igualdad queda en parte salvaguardada por la necesidad de armonización de las normas, y la financiación de los recursos necesarios por parte del Estado. El servicio es además gratuito en distintos tramos de la prestación haciéndolo accesible y asequible para todas las personas, garantizando de este modo el efectivo ejercicio del derecho. De esta forma, la gratuidad de la enseñanza básica se traduce en la exención del cobro de derechos de matrícula, puesto que, es asumida íntegramente por los fondos públicos. Y, en lo que respecta a la continuidad del mismo, este principio se consagra en el establecimiento de una red de centros educativos, y la continuidad de las enseñanzas entre unos ciclos y etapas⁶⁵³. En consecuencia, se puede afirmar su naturaleza jurídica como servicio público.

⁶⁵¹ Vide STC 26/1981 de 17 de julio de 1981, FJ 6.

⁶⁵² Vide IVE, "Cuentas de la Educación en España 2000-2013: Recursos, gastos y resultados", IVE, 2016: «El alumnado matriculado en centros privados no concertados representa una media en España del 6,3%».

⁶⁵³ Vide Mabel LÓPEZ GARCÍA, "La educación como derecho fundamental y como servicio público en España", en Isabel GONZÁLEZ RÍOS, *Servicios de interés general y protección de los usuarios: Educación, Sanidad, Servicios sociales, Vivienda, Energía, Transportes y Comunicaciones electrónicas*, Dykinson, Madrid, 2018, p. 119-122.

No obstante, algunos sectores de la doctrina no están de acuerdo con la afirmación que se realiza, sino que, aluden que la normativa mantiene la tradición histórica de la educación como servicio público en nuestro país, pero que constitucionalmente no existe obligación de asumirla. De forma que, existe división en la doctrina, entre aquellos que entienden que no tienen porqué ser enmarcada como un servicio público tradicional, y aquellos otros que se defienden esta naturaleza. Así, por ejemplo, hay autores que entienden que:

«Nuestra constitución no consagra el derecho a recibir educación en un servicio público ni estatal o de otro titular, sino el derecho a recibir educación, de forma que, por la Constitución, el Estado no asume para sí mismo y con exclusividad una función educativa prestadora. Sobre los poderes públicos pesa una función garantizadora de que las prestaciones educativas van a quedar cubiertas en régimen de servicio público o privado»⁶⁵⁴.

De igual manera que, el derecho a la educación no supone la creación, organización y sostenimiento de un servicio público en sentido estricto⁶⁵⁵ y, por tanto, la naturaleza jurídica del derecho a la educación debe entenderse como un servicio de interés social o interés general, cuya titularidad y prestación no tiene porqué ser asumida directamente por el Estado⁶⁵⁶.

La concepción del servicio público de la educación como una prestación más, o de interés general, no hace sino alertar a esta parte de la necesidad de conceptualización de éste como un valor superior del Estado de Bienestar, que no puede quedar en manos de los intereses del mercado. La educación no es un simple servicio público como la luz o el agua, sino que, por el contrario, entraña un poder potencialmente estremecedor sobre la población, acerca del control del futuro que ésta desarrolle. De modo que, el Estado deje la gestión de estas prestaciones en manos de otros intereses que no sean puros y eminentemente protectores, podrían suponer que el servicio se deje de prestar en iguales condiciones para todos.

⁶⁵⁴ Vide José ORTIZ DÍAZ, *La libertad de enseñanza*, Universidad de Málaga, Málaga, 1980, p. 244.

⁶⁵⁵ Vide Isabel DE LOS MOZOS TOUYA, *Educación en libertad y concierto*, Montecorvo, Madrid, 1995, p. 72.

⁶⁵⁶ Vide Carlos VIDAL PRADO, *El derecho a la educación en España. Bases constitucionales para el acuerdo y cuestiones controvertidas*, Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 44-45.

El futuro de la educación va a residir en parte en este matiz, la pregunta es si estamos dispuestos a consensuar una gestión privada de un derecho fundamental. O si, por el contrario, la educación (pública) debe de ser asumida íntegramente por los poderes estatales, orquestando un régimen más equitativo e igualitario entre las distintas regiones.

De igual manera que, otro de los aspectos trascendentales, es la gestión de las competencias que tienen asumidas las Comunidades Autónomas. El devenir de la prestación del servicio pasa por replantearse si las facultades atribuidas a éstas deben de retroceder hacia un sistema centralizado, o avanzar hacia un régimen federalista. Lo que es obvio es que las diferencias entre las distintas comunidades son cada vez mayores, configurando diecisiete sistemas educativos que no garantizan la igualdad en el aprendizaje. Y eso sí que es un problema.

1.2.3. Elementos configuradores del Sistema Educativo.

El Sistema Educativo español, continuando con la metodología de la teoría general de la relación jurídica, se configura por una serie de elementos: subjetivo, objetivo y conectivo, los cuales, van a estar presentes a lo largo de toda la relación jurídica.

El elemento subjetivo del derecho a la educación tiene a su vez dos partes. Por un lado, la parte activa que corresponde al Estado, como ente garante que asume la titularidad del servicio que se presta, en aras de garantizar el derecho social referenciado. En este caso, las competencias de gestión están asumidas por las Comunidades Autónomas, de forma que, serán éstas las que se encarguen de dictar la normativa de desarrollo de la legislación estatal.

Y, por otro lado, el sujeto pasivo que es quién recibe la prestación del servicio. La regulación constitucional habla de “todos” por lo que no utiliza ningún tipo de discriminación entre nacionales o extranjeros, de forma que, es un derecho que se reconoce a todas las personas. Además, la legislación española continua la senda asentada por el derecho internacional que promueve la universalidad del derecho a la educación, así como su obligatoriedad y gratuidad en algunas etapas.

El elemento objetivo corresponde a la efectiva prestación del servicio. Es decir, la materialización del derecho a la educación a través del Sistema Educativo Español. El contenido del derecho, tal y como ha sido analizado, tiene una doble vertiente de libertad

y de contenido social. Por ello, el elemento objetivo entraña algo más que la mera prestación del servicio a la educación, sino que éste, implica también adaptarse a los criterios, caracteres y finalidades que la propia norma asume.

Y finalmente, el elemento conectivo a lo largo de la prestación del servicio va a ser siempre la matrícula de adscripción al centro educativo, la cual deberá de renovarse cada curso académico. Así, la prestación del servicio va a estar delimitada en el tiempo durante un año escolar dentro de la oferta educativa de nuestro sistema. De forma que, cada año el sujeto beneficiado del servicio podrá acceder a la prestación de una determinada educación, de la que previamente se haya matriculado. La matriculación es el elemento determinante para el acceso a otras prestaciones como por ejemplo las becas al estudio o de comedor. La matrícula al centro se asimila a la figura de la autorización en Derecho Administrativo, en tanto que, comparten en el núcleo esencial de su motivación y la finalidad para que la que se insta.

1.2.4. La organización del sistema y el grupo normativo regulador.

La propia Ley Orgánica de Educación articula la organización del Sistema Educativo Español en torno a etapas, ciclos, grados, cursos y niveles de formación, los cuales permiten la transición entre los mismos. Las enseñanzas que ofrece el Sistema Educativo son las siguientes⁶⁵⁷: a) Educación Infantil; b) Educación Primaria; c) Educación Secundaria Obligatoria; d) Bachillerato; e) Formación Profesional; f)

⁶⁵⁷ Vide Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, artículo 3: «1. El sistema educativo se organiza en etapas, ciclos, grados, cursos y niveles de enseñanza de forma que asegure la transición entre los mismos y, en su caso, dentro de cada uno de ellos. 2. Las enseñanzas que ofrece el sistema educativo son las siguientes: a) Educación infantil, b) Educación primaria, c) Educación secundaria obligatoria, d) Bachillerato, e) Formación profesional, f) Enseñanzas de idiomas, g) Enseñanzas artísticas, h) Enseñanzas deportivas, i) Educación de personas adultas, j) Enseñanza universitaria. 3. La educación primaria y la educación secundaria obligatoria constituyen la educación básica. 4. La educación secundaria se divide en educación secundaria obligatoria y educación secundaria postobligatoria. Constituyen la educación secundaria postobligatoria el bachillerato, la formación profesional de grado medio, las enseñanzas profesionales de artes plásticas y diseño de grado medio y las enseñanzas deportivas de grado medio. 5. La enseñanza universitaria, las enseñanzas artísticas superiores, la formación profesional de grado superior, las enseñanzas profesionales de artes plásticas y diseño de grado superior y las enseñanzas deportivas de grado superior constituyen la educación superior. 6. Las enseñanzas de idiomas, las enseñanzas artísticas y las deportivas tendrán la consideración de enseñanzas de régimen especial. 7. La enseñanza universitaria se regula por sus normas específica. 8. Las enseñanzas a las que se refiere el apartado 2 se adaptarán al alumnado con necesidad específica de apoyo educativo. Dicha adaptación garantizará el acceso, la permanencia y la progresión de este alumnado en el sistema educativo. 9. Para garantizar el derecho a la educación de quienes no puedan asistir de modo regular a los centros docentes, se desarrollará una oferta adecuada de educación a distancia o, en su caso, de apoyo y atención educativa específica. 10. Los ciclos de Formación Profesional Básica serán de oferta obligatoria y carácter gratuito».

Enseñanzas de Idiomas; g) Enseñanzas artísticas; h) Enseñanzas Deportivas; i) Educación de personas adultas; y j) Enseñanza Universitaria.

Ahora bien, en lo que respecta al grupo normativo regulador, nos encontramos con diversidad de normativa que es necesarios sistematizar, en dos grandes bloques. Por un lado, la referente a la normativa de carácter estatal, y por tanto de carácter básico en la normativa de desarrollo de la educación, que engloba tantas leyes orgánicas como ordinarias.

LEYES ESTATALES
Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación
Ley 12/1987, de 2 de julio, sobre establecimiento de la gratuidad de los estudios de Bachillerato, Formación Profesional y Artes Aplicadas y Oficios Artísticos en los Centros públicos y la autonomía de gestión económica de los Centros docentes públicos no universitarios.
Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades
Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional
Ley 27/2005, de 30 de noviembre, de fomento de la educación y la cultura de la paz.
Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación
Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa
Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.

Y, por otro lado, la regulación que recibe la educación por las distintas Comunidades Autónomas:

COMUNIDADES AUTÓNOMAS	LEYES
ANDALUCÍA	<ul style="list-style-type: none"> - Ley 9/1999, de 18 de noviembre, de Solidaridad en la Educación. - Ley 17/2007, de 10 de diciembre, de Educación de Andalucía.
ARAGÓN	<ul style="list-style-type: none"> - Ley 15/2002, de 28 de junio, de Educación Permanente de Aragón - Ley 8/2012, de 13 de diciembre, de autoridad del profesorado en la Comunidad Autónoma de Aragón
CANARIAS	<ul style="list-style-type: none"> - Ley 13/2003, de 4 de abril, de Educación y Formación Permanente de Personas Adultas de Canarias - Ley 6/2014, de 25 de julio, Canaria de Educación no Universitaria
CANTABRIA	<ul style="list-style-type: none"> - Ley 6/2008, de 26 de diciembre, de Educación de Cantabria - Ley 4/2010, de 6 de julio, de educación en el tiempo libre
CASTILLA LA MANCHA	<ul style="list-style-type: none"> - Ley 3/2007, de 8 de marzo, de Participación social en la Educación en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha - Ley 7/2010, de 20 de julio, de Educación de Castilla-La Mancha - Ley 3/2012, de 10 de mayo, de autoridad del profesorado
CASTILLA Y LEÓN	<ul style="list-style-type: none"> - Ley 3/2002, de 9 de abril, de Educación de Personas Adultas de Castilla y León - Ley 3/2014, de 16 de abril, de autoridad del profesorado
CATALUÑA	<ul style="list-style-type: none"> - Ley 12/2009, de 10 de julio, de Educación.

	- Ley 35/2010, de 1 de octubre, del occitano, aranés en Arán
COMUNITAT VALENCIANA	- Ley 1/1995, de 20 de enero, de formación de las personas adultas - Ley 15/2010, de 3 de diciembre, de Autoridad del Profesorado
EXTREMADURA	- Ley 4/2011, de 7 de marzo, de educación de Extremadura
GALICIA	- Ley 9/1992, de 24 de julio, de educación y promoción de adultos. - Ley 4/2011, de 30 de junio, de convivencia y participación de la comunidad educativa
ILLES BALEARS	- Ley 4/2006, de 30 de marzo, de educación y formación permanente de personas adultas de las Illes Ballears
LA RIOJA	- Ley 2/2011, de 1 de marzo, de autoridad del profesor y de la convivencia en los centros educativos de la Comunidad Autónoma de la Rioja
MADRID	- Ley 2/2010, de 15 de junio, de Autoridad del Profesor
NAVARRA	- Ley Foral 11/1998, de 3 de julio, por la que se regula la financiación pública de los centros de iniciativa social que impartan las enseñanzas de bachillerato, ciclos formativos de grado medio y programas de garantía social. - Ley Foral 19/2002, de 21 de junio, reguladora de la educación de personas adultas
PAÍS VASCO	- Ley 29/1983, de 25 de noviembre, de creación del Instituto de Alfabetización y Reeskaldunización de Adultos y de Regulación de los Euskaltegis
PRINCIPADO DE ASTURIAS	- Ley 3/2013, de 28 de junio, de medidas de autoridad del profesorado

REGIÓN MURCIA	DE	- Ley 1/2013, de 15 de febrero, de Autoridad Docente de la Región de Murcia
------------------	----	---

1.2.5. La financiación del Sistema Educativo Español.

La consecución y garantía del derecho a la educación es solamente posible a través de una financiación suficiente de los servicios que se prestan. El Estado tiene la obligación de poner a disposición de los ciudadanos todos los recursos y medios necesarios para la consecución del derecho. Sin embargo, el derecho no involucra solamente el coste de las etapas determinadas por ley como gratuitas, sino que, dentro de éste hay que incluir otras ayudas complementarias que se conceden a los ciudadanos.

El problema es que en España es difícil calcular cuál es el gasto total de las prestaciones del sistema educativo, dado que, no está implantado un sistema de contabilidad analítica, ni siquiera en el ámbito universitario. En todo caso, podemos advertir que los gastos corresponden al coste del personal docente y administrativo, el coste del funcionamiento de los centros, y las actividades de adecuación o inversión en equipamientos e instalaciones. Así, en lo que a términos de financiación del derecho se refiere, una parte de la misma proviene de las arcas estatales, pero son las Comunidades Autónomas quienes asumen la mayor parte de ésta a través de los impuestos que tienen cedidos. Sin embargo, y como una dicotomía más sumada a los ya existentes, la titularidad de las infraestructuras y centros corresponde a las administraciones de ámbito local dónde éstas se hallen. De este modo, son los Ayuntamientos quienes adquieren una serie de competencias impropias, asumiendo un coste en el mantenimiento cotidiano de estas infraestructuras⁶⁵⁸.

A estos gastos habría que sumar las ayudas y becas al estudio. Desde la entrada en vigor del Real Decreto 1721/2007, cada año se aprueba mediante esta misma norma la convocatoria de ayudas para el curso académico siguiente. En la convocatoria se ajusta los umbrales de renta y patrimonio familiar que serán tenidos en cuenta para la concesión

⁶⁵⁸ Vide Carlos VIDAL PRADO, *El derecho a la educación en España. Bases constitucionales para el acuerdo y cuestiones controvertidas*, Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 105-106.

y cuantía de las ayudas, de acuerdo con unos topes de gastos anualmente presupuestados⁶⁵⁹.

No obstante, y a pesar de no poder delimitar con exactitud cuál es el coste de la educación en España, la Comisión Europea advierte de que la inversión que se hace continúa siendo baja si lo comparamos con otros países de la Unión Europea. Además, de tal y como advierte, la Unión Europea es un presupuesto que se ha quedado estático respecto del PIB, permaneciendo prácticamente congelado durante años⁶⁶⁰. Sin contar que la falta de esfuerzos para acordar reformas a largo plazo en el sistema educativo se ha visto frenada, en un contexto dónde, cada vez es más necesaria una intervención solvente del legislativo.

El alto nivel de abandono escolar prematuro y el elevado porcentaje de personas con baja cualificación entre la población aún constituyen grandes dificultades para España⁶⁶¹. Nuestro país, se enfrenta a graves problemas en el panorama educativo. La necesidad de reforma del sistema es evidente, y existe un consenso político y social que está de acuerdo en promover unas modificaciones ajustada a las necesidades de la época. El problema es que ésta únicamente puede ser auspiciada por plan un económico y financiero, capaz de avalar la inversión y la apuesta por las nuevas tecnologías que necesitamos.

1.2.6. Los principales problemas del Sistema Educativo.

A lo largo del texto se han ido desarrollando algunos de los problemas más evidentes que presenta nuestro sistema educativo. En general, podemos sistematizarlos en tres grandes bloques.

En primer lugar, la evolución histórica de las distintas leyes educativas, durante la democracia, permite apreciar la falta de consenso político en su aprobación. La carencia de un plan estratégico que marque el futuro de España en términos educativos, y por ende su mercado laboral, nos está pasando factura ya. La expansión sin rumbo (y obligada por

⁶⁵⁹ Vide Carlos VIDAL PRADO, *El derecho a la educación en España. Bases constitucionales para el acuerdo y cuestiones controvertidas*, Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 120-125.

⁶⁶⁰ Vide COMISIÓN EUROPEA, *Education and Training: Monitor 2019*, Bruselas, 2019, p. 104 y ss.

⁶⁶¹ Vide OCDE, *Estrategia de las competencias de la OCDE 2019. Competencias para construir un futuro mejor*, Fundación Santillana, 2019, p. 34.

la Unión Europea) de los títulos superiores a todas las personas sin control, y sin una planificación a largo plazo del mercado laboral está devaluando las credenciales educativas de nuestro país.

No se puede seguir formando graduados, sin estructurar un mercado que los acoja y permita el desempeño de sus funciones. Además, esta realidad se plasma en la consecución de empleos, con peores condiciones, para los universitarios⁶⁶². La preparación de los jóvenes cada vez es mayor, lo que puede llegar a provocar frustración social al no encontrar puesto de trabajo para los que se está preparado, sino que se opta por otros precarios y para los que está sobrecualificado. Así, la mayoría de los profesionales se ven obligados a emigrar a un mercado económico más fuerte⁶⁶³, generalmente dentro del marco de la Unión Europea.

Mientras que, España lo que acoge es mano de obra con baja o poca cualificación, cuyo mercado admite fácilmente. Al mismo tiempo que, España tiene un problema con los “ni-nis”, es decir, jóvenes de entre 20 y 24 años que ni estudian ni trabajan. Según el Eurostat de 2019, el porcentaje de estos jóvenes asciende al 19,6%. La OCDE advierte esto puede tener consecuencias demoledoras para la sociedad en su conjunto, ya que, descienden sus posibilidades laborales y las perspectivas de tener ingresos más altos⁶⁶⁴.

En segundo lugar, es necesario modificar el planteamiento primigenio del sistema educativo. El conocimiento y los procesos de aprendizaje vienen marcados hoy en día por la conectividad entre los distintos territorios. La globalización también se refleja en los procesos educativos, y nos lleva a un incremento de la autonomía del aprendizaje, a cambios en la organización y en los espacios educativos, y a modificaciones entre las figuras tradicionales de profesor y alumno. Los procesos formativos se encuentran cada vez más condicionados al mercado de trabajo. Y, siendo ésta una de las grandes preocupaciones de la Unión Europea, es necesaria su intervención, puesto que, la educación devendrá en la profesionalización de la sociedad. Por ello, es necesaria la

⁶⁶² Vide Luis ORTIZ GERVASI y Jorge RODRÍGUEZ MENES, “Expansión educativa y devaluación parcial de los títulos”, *Observatorio social La Caixa*, (2016), <https://observatoriosociallacaixa.org/-/expansion-educativa-y-devaluacion-parcial-de-los-titulos>

⁶⁶³ Vide Miriam CUETO PÉREZ, “Administraciones públicas y emigración” en Alejandro BOTO Álvarez y Pilar RODRÍGUEZ MATEOS, *Los flujos migratorios en el ordenamiento jurídico español*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 408 y ss.

⁶⁶⁴ Vide OCDE, *Estrategia de las competencias de la OCDE 2019. Competencias para construir un futuro mejor*, Fundación Santillana, 2019, p. 34.

adopción de pruebas cognitivas y habilidades frente a las de conocimiento y acabar con los estandarizados sistemas de calificación que existen en nuestro país⁶⁶⁵.

La educación debe evolucionar de la memorización del conocimiento hacia la adquisición de competencias que hagan a las personas capaces de enfrentarse a un mundo en constante cambio. Más aún, dentro del entorno de la sociedad digital y cómo ésta ha arrasado los modelos tradicionales de formación. Hoy en día cualquier persona puede aprender a hacer cualquier cosa: siempre hay un tutorial de YouTube donde se muestra el proceso para su desarrollo. Por ello, la educación tiene que avanzar hacia el pensamiento racional y crítico del aprendizaje, dejando de lado la retención del conocimiento sin control.

Y, en tercer lugar, el problema de la financiación de la educación. El Estado español tiene que ser consciente que la apuesta por la instrucción de la sociedad no es un gasto, sino una inversión a medio plazo de la sociedad que quiere construir⁶⁶⁶. Unos ciudadanos con niveles de educación más altos accederán a una mejor remuneración, lo que implica una mayor contribución de éstos dentro del sistema. Y, consecuentemente para ello, el gobierno español debe ser capaz de reestructurar el mercado laboral para que acoja el empleo para el que forma. Por ello, debe revertir la tendencia experimentada en los últimos años de reducción del gasto en este sector.

Las políticas austeras, obviando las consecuencias sociales que tenían, no han beneficiado a la protección del derecho⁶⁶⁷. La bajada de los presupuestos estaba dirigida hacia personal, libros y comidas, e incluso e infraestructuras, de forma indiscriminada, sin atender a criterios racionales de resolución de los problemas sociales. Sin embargo, al mismo tiempo, se subvencionan con generosidad las escuelas concertadas con dinero público. En España, la enseñanza concertada y privada, en la escuela primaria supone un 32%, mientras que el resto de Europa, salvo Bélgica, está rondando el 10%⁶⁶⁸. El

⁶⁶⁵ Vide Joan Lluís PÉREZ FRANCESCH, “Tendencias y escenarios en el sistema educativo. Desarrollo del capital humano y social en la Unión Europea y España”, *Instituto Español de Estudios Estratégicos*, 116, (2017), p. 15-16.

⁶⁶⁶ Vide Miriam CUETO PÉREZ, “Universidades, investigación y ciencia”, en Antonio EZQUERRA HUERVA, *Crisis económica y derecho administrativo: una visión general sectorial de las reformas implantadas con ocasión de la crisis económica*, Aranzadi, Pamplona, 2016, pp. 300 y ss.

⁶⁶⁷ Vide Miriam CUETO PÉREZ, “Sistema educativo y crisis económica. Especial referencia al ámbito universitario”, *Revista jurídica de Asturias*, 40, (2017), p. 149.

⁶⁶⁸ Vide Ricardo GARCÍA MACHO, “El deterioro del Estado Social y derechos sociales en España”, en Luciano PAREJO ALFONSO y José VIDA FERNÁNDEZ, *Los retos del Estado y la Administración en el*

problema es que, limitando el derecho a la educación, se está restringiendo el derecho a la igualdad: la igualdad de tener derecho a las mismas oportunidades, y esto no puede ser obviado.

2. La Seguridad Social como la columna del Estado de Bienestar.

2.1. La regulación jurídica del derecho a la seguridad social.

2.1.1. Las normas de derecho internacional.

La Organización Internacional del Trabajo destaca la importancia de la seguridad social, como un elemento fundamental de las políticas ejecutadas por los Estados modernos⁶⁶⁹. El derecho a la seguridad social se convierte así en un derecho humano⁶⁷⁰, y cuyo concepto instrumental permite garantizar la cohesión, la paz y la integración social. Tras el pacto social que se produce una vez finalizada la II Guerra Mundial, todos los Estados se encuentran obligados a configurar un régimen de protección de los trabajadores⁶⁷¹. Así como también, un régimen solidario de distribución de la riqueza, que permita aunar las posturas entre las distintas clases sociales y sea garantistas con una serie de valores y principios que deben inspirar las políticas sociales en democracia.

S. XXI. *Libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo*, Vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 1316.

⁶⁶⁹ Vide ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Seguridad social. Un nuevo consenso*, Ginebra, 2001, p. 1-2, «La Seguridad Social es muy importante para el bienestar de los trabajadores, de sus familias y de toda la sociedad. Es un derecho humano fundamental, y un instrumento esencial para crear cohesión social, y de ese modo contribuye a garantizar la paz y la integración social. Forma parte indispensable de la política social de los gobiernos y es una herramienta importante para evitar y aliviar la pobreza. A través de la solidaridad nacional y la distribución justa de la carga, puede contribuir a la dignidad humana, a la equidad y a la justicia social. También es importante para la integración política, la participación de los ciudadanos y el desarrollo de la democracia».

⁶⁷⁰ Vide ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, París, 1948, artículo 22: «Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad».

⁶⁷¹ Vide ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Políticos*, New York, 1966, artículo 9: «Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social».

En lo que respecta a la regulación internacional del derecho a la seguridad social, existen normas de distinta generación. Si bien, al objeto de esta parte de la tesis, solamente interesan las promulgadas tras la constitución e implantación del “nuevo pacto social” y, por ende, las configuradoras de los Estados del Bienestar. La protección que brinda el derecho a la seguridad social está directamente relacionada con el trabajo que se desempeña.

De tal manera que, en síntesis, lo que viene a regular son las contribuciones que los trabajadores aportan al sistema para acometer la función que tiene el Estado de distribución de la riqueza y la financiación de las prestaciones y servicios ofrecidos, en base a los derechos reconocidos en su legislación. Las normas encargadas de la extensión del contenido del derecho van a estar enfocadas a la consecución de dos objetivos claramente diferenciados: uno relacionado con las políticas migratorias, y otros, con la convergencia de los distintos sistemas de protección interestatales.

En lo que respecta al primer ámbito, los convenios y acuerdos firmados por España vienen a configurar un sistema de reglas comunes, de manera que permita la coordinación entre los distintos modelos de protección para los trabajadores emigrantes. En otras palabras, el régimen estatal establece un conjunto de normas que permiten el reconocimiento de los períodos de trabajo cotizados en otros países, ampliando las garantías de protección de los trabajadores. Y, en segundo lugar, en lo relativo a la armonización de los sistemas de protección, existen un conjunto de acuerdos que abogan por la unificación de los modelos de protección, a través de la regulación jurídica de mínimos comunes para todos los trabajadores⁶⁷².

No obstante, en lo que respecta a los límites mínimos de protección que se deben brindar a los trabajadores, España ha ratificado el Convenio 102 de la OIT⁶⁷³. Este texto legal configura un régimen de protección de prestaciones hacia los trabajadores ante distintas situaciones y ámbitos de prestación. Al mismo tiempo que, a este convenio le resultan de aplicación otros textos internacionales y recomendaciones útiles para la interpretación y concreción de las prestaciones a desarrollar.

⁶⁷² Vide Luis MONEREO PÉREZ, *Manual de seguridad social*, o.c., pp. 44-45.

⁶⁷³ Vide ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *C102 - Convenio sobre la seguridad social*, 102, 1952.

En primer lugar, en lo relativo a la prestación del ámbito relacionado con la salud, se garantiza la asistencia médica en general⁶⁷⁴, el suministro de productos farmacéuticos y la hospitalización⁶⁷⁵. En segundo lugar, otras prestaciones relacionadas con el desempleo, es decir a las contingencias cubiertas en caso de una persona desprotegida que sea apta para trabajar⁶⁷⁶. En tercer lugar, las prestaciones relacionadas con la jubilación⁶⁷⁷. En cuarto lugar, las prestaciones en caso de accidente de trabajo o de enfermedad profesional, estableciendo un régimen de protección amplio frente a los cónyuges e hijos⁶⁷⁸. En quinto lugar, se crea la protección relativa a las prestaciones familiares⁶⁷⁹. En sexto lugar, las prestaciones relativas al estado de maternidad, tanto durante el período de embarazo como con posterioridad del parto hasta la reinserción laboral⁶⁸⁰. En séptimo lugar en caso de invalidez o falta de aptitud de los trabajadores

⁶⁷⁴ *Vide* ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, C102 - Convenio sobre la seguridad social, 102, 1952, artículo 7: «Todo Miembro para el cual esté en vigor esta parte del Convenio deberá garantizar a las personas protegidas la concesión, cuando su estado lo requiera, de asistencia médica, de carácter preventivo o curativo, de conformidad con los artículos siguientes de esta parte».

⁶⁷⁵ *Ibidem* Artículo 10.1: «Las prestaciones deberán comprender, por lo menos: (a) en caso de estado mórbido: (i) la asistencia médica general, comprendida la visita a domicilio; (ii) la asistencia por especialistas, prestada en hospitales a personas hospitalizadas o no hospitalizadas, y la asistencia que pueda ser prestada por especialistas fuera de los hospitales; (iii) el suministro de productos farmacéuticos esenciales recetados por médicos u otros profesionales calificados; y (iv) la hospitalización, cuando fuere necesaria; y (b) en caso de embarazo, parto y sus consecuencias; (i) la asistencia prenatal, la asistencia durante el parto y la asistencia puerperal prestada por un médico o por una comadrona diplomada; y (ii) la hospitalización, cuando fuere necesaria».

⁶⁷⁶ *Ibidem* Artículo 20: «La contingencia cubierta deberá comprender la suspensión de ganancias, según la define la legislación nacional, ocasionada por la imposibilidad de obtener un empleo conveniente en el caso de una persona protegida que sea apta para trabajar y esté disponible para el trabajo».

⁶⁷⁷ *Ibidem* Artículo 25: «Todo Miembro para el cual esté en vigor esta parte del Convenio deberá garantizar a las personas protegidas la concesión de prestaciones de vejez, de conformidad con los artículos siguientes de esta parte».

⁶⁷⁸ *Ibidem* Artículo 32: «Las contingencias cubiertas deberán comprender las siguientes, cuando sean ocasionadas por un accidente de trabajo o una enfermedad profesional prescritos: (a) estado mórbido; (b) incapacidad para trabajar que resulte de un estado mórbido y entrañe la suspensión de ganancias, según la defina la legislación nacional; (c) pérdida total de la capacidad para ganar o pérdida parcial que exceda de un grado prescrito, cuando sea probable que dicha pérdida total o parcial sea permanente, o disminución correspondiente de las facultades físicas; y (d) pérdida de medios de existencia sufrida por la viuda o los hijos como consecuencia de la muerte del sostén de familia; en el caso de la viuda, el derecho a las prestaciones puede quedar condicionado a la presunción, conforme a la legislación nacional, de que es incapaz de subvenir a sus propias necesidades».

⁶⁷⁹ *Ibidem* Artículo 42: «Las prestaciones deberán comprender: (a) sea un pago periódico concedido a toda persona protegida que haya cumplido el período de calificación prescrito; (b) sea el suministro a los hijos, o para los hijos, de alimentos, vestido, vivienda y el disfrute de vacaciones o de asistencia doméstica; (c) o bien una combinación de las prestaciones mencionadas en a) y b)».

⁶⁸⁰ *Ibidem* Artículo 47: «La contingencia cubierta deberá comprender el embarazo, el parto y sus consecuencias, y la suspensión de ganancias resultantes de los mismos, según la defina la legislación nacional».

para el desempeño de sus funciones⁶⁸¹. Y en octavo, y último lugar, de prestaciones en caso de sobrevivientes, que hace referencia, de igual manera a las consecuencias de la muerte de la persona que sustente el núcleo familiar⁶⁸².

No obstante, la OIT no sólo establece un conjunto de mínimos indispensables, sino que también aboga por el trato igualitario entre los trabajadores inmigrantes. Para ello se ha articulado un régimen internacional para el mantenimiento de los derechos de las personas que emigran de un país a otro a trabajar, así como la ampliación de las coberturas, en la medida que resulte posible. En este sentido destaca el Convenio sobre la Igualdad de trabajo⁶⁸³ que promueve la igualdad entre todos los trabajadores con independencia de su nacionalidad; y de igual modo, el Convenio sobre la conservación de derechos en materia de seguridad social⁶⁸⁴. A estos convenios internacionales hay que sumar los acuerdos bilaterales y los convenios multilaterales ratificados por España en esta materia. Dentro de estos destacan especialmente las relaciones con latino América⁶⁸⁵ y algunos países africanos⁶⁸⁶.

2.1.2. El derecho comunitario.

En el marco de la Unión Europea las competencias en materia de seguridad social han sido bastante limitadas, ciñéndose, en gran medida, a la regulación jurídica de la libre

⁶⁸¹ Vide ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, C102 - Convenio sobre la seguridad social, 102, 1952, artículo 54: «La contingencia cubierta deberá comprender la ineptitud para ejercer una actividad profesional, en un grado prescrito, cuando sea probable que esta ineptitud será permanente o cuando la misma subsista después de cesar las prestaciones monetarias de enfermedad».

⁶⁸² *Ibidem* Artículo 60: «1. La contingencia cubierta deberá comprender la pérdida de medios de existencia sufrida por la viuda o los hijos como consecuencia de la muerte del sostén de familia; en el caso de la viuda, el derecho a la prestación podrá quedar condicionado a la presunción, según la legislación nacional, de que es incapaz de subvenir a sus propias necesidades. 2. La legislación nacional podrá suspender la prestación si la persona que habría tenido derecho a ella ejerce ciertas actividades remuneradas prescritas, o podrá reducir las prestaciones contributivas cuando las ganancias del beneficiario excedan de un valor prescrito, y las prestaciones no contributivas, cuando las ganancias del beneficiario, o sus demás recursos, o ambos conjuntamente, excedan de un valor prescrito».

⁶⁸³ Vide ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, C118-Convenio sobre la igualdad de trato, 118, 1962.

⁶⁸⁴ Vide ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, C157-Convenio sobre la conservación de los derechos en materia de seguridad social, 157, 1982.

⁶⁸⁵ Vide ORGANIZACIÓN IBEROAMERICANA DE LA SEGURIDAD SOCIAL, Convenio multilateral iberoamericano de seguridad social, 2007.

⁶⁸⁶ Vide ESPAÑA Y REINO DE MARRUECOS, Convenio sobre seguridad social entre España y el reino de Marruecos, 1982; Vide ESPAÑA Y REPÚBLICA DE TÚNEZ, Convenio de Seguridad Social entre el reino de España y la república de Túnez, 2001.

circulación de trabajadores. Por ello, hasta este momento, no se ha establecido un marco único de seguridad social en toda la Unión Europea, sino que, la normativa se ha limitado a la coordinación entre los distintos sistemas interestatales.

Las normas principales en materia comunitaria son la Carta Social Europea⁶⁸⁷, el Código Europeo de Seguridad Social⁶⁸⁸ y la Carta de los Derechos Fundamentales⁶⁸⁹ de la Unión Europea⁶⁹⁰. Ahora bien, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea se convierte en el eje estructural de ejecución de las políticas en materia de seguridad social, concretamente el art. 48 manifiesta lo siguiente:

⁶⁸⁷ Vide CONSEJO DE EUROPA, *Carta Social Europea*, Turín, 1961, artículo 12: «Derecho a la seguridad social. Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la seguridad social, las Partes Contratantes se comprometen: 1. A establecer o mantener un régimen de seguridad social. 2. A mantener el régimen de seguridad social en un nivel satisfactorio, equivalente, por lo menos, al exigido para la ratificación del Convenio internacional del trabajo (número 102) sobre normas mínimas de seguridad social. 3. A esforzarse por elevar progresivamente el nivel del régimen de seguridad social. 4. A adoptar medidas, mediante la conclusión de los oportunos acuerdos bilaterales o multilaterales, o por otros medios, sin perjuicio de las condiciones establecidas en esos acuerdos, encaminadas a conseguir: a) La igualdad de trato entre los nacionales de cada una de las Partes Contratantes y los de las demás Partes en lo relativo a los derechos de seguridad social, incluida la conservación de las ventajas concedidas por las leyes de seguridad social, sean cuales fueren los desplazamientos que las personas protegidas pudieren efectuar entre los territorios de las Partes Contratantes. b) La concesión, mantenimiento y restablecimiento de los derechos de seguridad social, por medios tales como la acumulación de los períodos de seguro o de empleo completados de conformidad con la legislación de cada una de las Partes Contratantes».

⁶⁸⁸ Vide CONSEJO DE EUROPA, *Código europeo de Seguridad Social*, Estrasburgo, 1964, Preámbulo, «Considerando que el objetivo del Consejo de Europa es conseguir una unión más estrecha entre sus Miembros con el fin, especialmente, de favorecer su progreso social; Considerando que uno de los objetivos del programa social del Consejo de Europa consiste en estimular a todos los Miembros a que desarrollen más su sistema de seguridad social; Reconociendo la oportunidad de armonizar las cargas sociales de los Países miembros; Convencidos de que es conveniente establecer un Código europeo de Seguridad Social a un nivel más elevado que la norma mínima definida en el Convenio Internacional del Trabajo número 102 relativo a la norma mínima de seguridad social».

⁶⁸⁹ Vide PARLAMENTO EUROPEO, CONSEJO Y COMISIÓN EUROPA, *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión*, Niza, 2000, artículo 34: «1. La Unión reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales que garantizan una protección en casos como la maternidad, la enfermedad, los accidentes laborales, la dependencia o la vejez, así como en caso de pérdida de empleo, según las modalidades establecidas por el Derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales. 2. Toda persona que resida y se desplace legalmente dentro de la Unión tiene derecho a las prestaciones de seguridad social y a las ventajas sociales con arreglo al Derecho comunitario y a las legislaciones y prácticas nacionales. 3. Con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales».

⁶⁹⁰ Vide Marta ORTEGA GÓMEZ, “La política social, el empleo y otras normas sociales de la Unión Europea”, en Beatriz, AÑOVEROS TERRADES, *Las políticas de la Unión Europea en el S. XXI*, Bosch, Madrid, 2017, p. 383: «En todo caso, la eficacia práctica y el respeto efectivo de los derechos fundamentales reconocidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión está condicionado en los términos del artículo 51 de la misma (...). A partir de aquí, los derechos sociales a los que se ha hecho referencia serán derechos susceptibles de ser invocados y alegados judicialmente por las personas frente a las instituciones de la unión o ante los jueces nacionales frente a los Estados miembros cuando éstos actúan en el ámbito de la UE, salvo en el caso de que los derechos en cuestión entronquen con la actividad normativa de la UE».

«El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, adoptarán, en materia de seguridad social, las medidas necesarias para el establecimiento de la libre circulación de los trabajadores, creando, en especial, un sistema que permita garantizar a los trabajadores migrantes por cuenta ajena y por cuenta propia, así como a sus derechohabientes: a) la acumulación de todos los períodos tomados en consideración por las distintas legislaciones nacionales para adquirir y conservar el derecho a las prestaciones sociales, así como para el cálculo de éstas; b) el pago de las prestaciones a las personas que residan en los territorios de los Estados miembros (...).».

De forma que, alrededor del TFUE se configura un régimen de protección y concesión de prestaciones en torno a una serie de principios. En primer lugar, el principio que rige es la igualdad de trato. La estructura de funcionamiento en base al principio de igualdad es clave, puesto que no puede existir libertad de circulación de trabajadores si éstos no van a ser tratados en las mismas condiciones que los nacionales. A sensu contrario, lo que se articula es un régimen de prohibición de discriminación o de trato desigual entre unos y otros trabajadores por motivos de su nacionalidad. De forma que, un Estado no puede reservar prerrogativas para sus nacionales si los demás residentes no se encuentran en igualdad de condiciones, es decir, que se acredite la existencia de una actividad profesional, ya sea por cuenta propia o ajena. Este principio de igualdad se va a extender sobre todas las personas, los derechos y las obligaciones, siempre que se hallen en territorio de un Estado miembro. Y, en segundo lugar, una serie de principios generales que van referidos a las prestaciones, como los principios de totalización de los períodos en cualquier Estado miembro para contabilizar las prestaciones; la no acumulación de prestaciones de la misma naturaleza, en caso de que compute en varios períodos; el prorrateo de las prestaciones, y la exportación de las mismas⁶⁹¹.

⁶⁹¹ Vide Luis MONEREO PÉREZ, *Manual de seguridad social*, o.c., pp. 47-48.

2.1.3. La protección de la Seguridad Social en la Constitución.

La Constitución regula y garantiza la protección de un régimen de seguridad social para los ciudadanos en el artículo 41:

«Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres».

De la configuración del derecho se desprenden una serie de características propias. En primer lugar, es una facultad cuyo desarrollo y forma de gestión queda en mano de los poderes públicos, es decir, es el Estado quien se va a encargar, a través de las estructuras que estime convenientes, de la protección de este derecho. Sin embargo, pese a que se configura un régimen público de seguridad social, no se prohíbe la inserción de un sistema de protección privada complementario a éste. Como consecuencia se rechaza el monopolio exclusivo de control del régimen por parte del Estado. Lo que permite, a sensu contrario, delimitar la libertad y voluntariedad como los caracteres identificativos del régimen privativo⁶⁹².

En segundo lugar, es un régimen de protección universalista, que va a amparar una serie de garantías para todos los ciudadanos. El articulado no distingue entre trabajadores o desempleados, nacionales o extranjeros, sino que utiliza el término “ciudadanos” para referirse al régimen de protección que se va a desarrollar. No obstante, no significa esto que las prestaciones se van a otorgar a todos los ciudadanos, sino que, por ley, se van a establecer una serie de limitaciones, atendiendo a los criterios de si son prestaciones contributivas o no contributivas.

En tercer lugar, la finalidad básica que persigue es la de otorgar prestaciones ante un enumerado de situaciones que, además, deben de ser “suficientes”. Es decir, no basta con la aportación de una cantidad o una prestación, sino que esta debe cubrir las necesidades de la población. Sin duda, esta es la parte más conflictiva del artículo, ¿qué

⁶⁹² Vide Juan GORELLI HERNÁNDEZ y otros, *Lecciones de Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 2017, pp. 29-30.

se entiende por suficiente? Obviamente, aquello que los poderes políticos interpreten que lo es, de acuerdo con el nivel de vida y económico de la sociedad.

En cuarto lugar, no se configura un modelo cerrado de prestaciones y asistencia social, sino que es un programa abierto al desarrollo e iniciativa política. El problema de esta situación es que va a dejar un régimen abierto de protección para que los poderes públicos, en función del interés y voluntad política, creen un modelo de seguridad social acorde con las necesidades sociales. En palabras del Tribunal Constitucional el régimen de la seguridad social queda delimitado de la siguiente manera:

«El texto constitucional consagra una institución protegiéndola contra alteraciones que puedan desnaturalizar su esencia, pero no cierra posibilidades para la evolución del sistema de Seguridad Social hacia ámbitos desconocidos en la actualidad o hacia técnicas que hasta ahora no se han querido o podido utilizar»⁶⁹³.

La Constitución además hace una serie de consideraciones sobre la Seguridad Social en términos más genéricos. Como por ejemplo el art. 25.2 CE⁶⁹⁴, cuya regulación está dirigida al cumplimiento de las penas privativas de libertad, generado la obligación para el Estado de que, en caso de que se realice un trabajo, éste deberá de ser remunerado y gozar de los beneficios correspondientes de la seguridad social. Además, el art. 129.1 CE⁶⁹⁵, que viene a definir el modelo abierto de Seguridad Social, y la obligación de su regulación a través de ley por parte de los poderes del Estado. Y, finalmente, el art. 149.1. 17^a⁶⁹⁶ CE, el cual viene a atribuir la competencia exclusiva de gestión y regulación de la Seguridad Social al Estado, excepto por la ejecución de los servicios que corresponda a las Comunidades Autónomas. No obstante, hay otra serie de artículos que, pese a que no hacen una referencia directa a la Seguridad Social están íntimamente relacionados. Por

⁶⁹³ Vide STC 206/1997, de 27 de noviembre de 1997, FJ. 5.

⁶⁹⁴ Vide CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, de 29 de diciembre de 1978, artículo 25.2: « (...) En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad».

⁶⁹⁵ Ibidem Artículo 129.1: «La ley establecerá las formas de participación de los interesados en la Seguridad Social y en la actividad de los organismos públicos cuya función afecte directamente a la calidad de la vida o al bienestar general».

⁶⁹⁶ Ibidem Artículo 149.1. 17^a: «1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 17.ª Legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas».

ejemplo, el derecho de protección a la familia⁶⁹⁷, la protección del derecho a la salud en las relaciones laborales⁶⁹⁸, la protección de personas con discapacidad⁶⁹⁹, o la protección de la tercera edad⁷⁰⁰.

Por último, sobre la configuración del régimen de protección que se estructura en nuestra Constitución se aprecian una serie de caracteres. En primer lugar, no es un régimen unificado de protección, sino que, los preceptos se encuentran dispersos a lo largo del texto constitucional. En general, son un conjunto de normas que, en lugar de estar recogidas de modo uniforme en todos los aspectos que regulan la seguridad social, vienen a establecer un sistema de protección general para todos, pero que hace especial énfasis en los sectores históricamente más desprotegidos. En segundo lugar, la mayoría del articulado se encuentra ubicado entorno a “los principios rectores de la política social y económica”, lo que va a limitar su eficacia puesto que no dejan de ser preceptos programáticos. De manera que, queda en manos de los poderes públicos tanto la elección del modelo, como de su gestión, garantía y control para el cumplimiento del mandato constitucional⁷⁰¹.

2.2. El régimen de protección de la Seguridad Social en España.

2.2.1. La regulación legal del derecho a la Seguridad Social y sus caracteres.

El Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social⁷⁰² configura la estructura general de la Seguridad Social. Este texto viene a suceder a la Ley de Bases de la Seguridad Social de 1963 que continua simbólicamente vigente.

El Régimen de la Seguridad Social en España cuenta con una serie de características. En primer lugar, la universalidad del derecho de acceso a este régimen. El texto habla de la creación de un derecho subjetivo de “los españoles” a la Seguridad

⁶⁹⁷ Vide CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, de 29 de diciembre de 1978, artículo 39.1: «Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia».

⁶⁹⁸ *Ibidem* Artículo 43.

⁶⁹⁹ *Ibidem* Artículo 49.

⁷⁰⁰ *Ibidem* Artículo 50.

⁷⁰¹ Vide José Luis MONEREO PÉREZ, *Manual de Seguridad Social*, o.c., pp. 40-41.

⁷⁰² Vide Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

Social⁷⁰³, de forma que, parece que reinterpreta la universalidad del sistema únicamente hacia las personas que ostentan la nacionalidad española. Sin embargo, ya de entrada nos encontramos que los ciudadanos comunitarios están plenamente equiparados a los españoles en términos de seguridad social⁷⁰⁴. Y de igual modo, los extranjeros que residan legalmente en España a quienes les resulta de aplicación directa el sistema⁷⁰⁵. Por tanto, la nacionalidad no es un criterio de exclusividad de acceso al sistema de Seguridad Social.

No obstante, es necesario añadir que, en lo que respecta a las prestaciones no contributivas, es decir, aquellas que se otorgan en situaciones de necesidad, el criterio de universalidad se circunscribe al principio de residencia. Así, el derecho de acceso va a estar condicionado a que los perceptores sean residentes durante un cierto periodo de tiempo con anterioridad a la solicitud, en una determinada localidad. El objetivo de este principio es evitar la quiebra del sistema de seguridad social frente a aquellos extranjeros que accedan a territorio español sin ningún tipo de recursos económicos. De igual manera que, el criterio de residencia permitirá la perduración o no en el tiempo de la prestación⁷⁰⁶.

En segundo lugar, la configuración de un régimen público cuya competencia es exclusiva del Estado. Tal y como se avanza en la regulación constitucional, la Ley se aferra a que las competencias de regulación de la seguridad son exclusivas del Estado. La normativa parece obviar la repercusión trascendental que han ido adquiriendo las Comunidades Autónomas en la gestión de estos recursos. Así, la idea principal de la norma era que el régimen de protección establecido tuviera la consideración de público, y el resto de las entidades crearan un sistema complementario. Además, la norma va un paso más allá prohibiendo el ánimo de lucro en la gestión de las prestaciones⁷⁰⁷.

⁷⁰³ Vide Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, artículo 1: «El derecho de los españoles a la Seguridad Social, establecido en el artículo 41 de la Constitución, se ajustará a lo dispuesto en la presente ley».

⁷⁰⁴ Vide CONSEJO DE EUROPA, *Reglamento (CE) n o 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social*, 2004.

⁷⁰⁵ Vide Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, artículo 14.1: «Los extranjeros residentes tienen derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles».

⁷⁰⁶ Vide Juan GORELLI HERNÁNDEZ y otros, *Lecciones de Seguridad Social*, Tecnos, o.c. pp. 33-34.

⁷⁰⁷ Vide Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, artículo 4: «1. Corresponde al Estado la ordenación, jurisdicción e inspección de la Seguridad Social. 2. Los trabajadores y empresarios colaborarán en la gestión de la Seguridad Social en los términos previstos en la presente ley, sin perjuicio de otras formas de participación de los interesados establecidas por las leyes, de acuerdo con el artículo 129.1 de la Constitución. 3. En

En tercer lugar, la división del sistema en prestaciones contributivas y no contributivas. Históricamente, la asistencia y la seguridad social eran regímenes confusos que no se encontraban una regulación propia. Así, hasta 1990⁷⁰⁸ no se establece por primera vez la regulación jurídica de las prestaciones no contributivas cuya base de financiación es presupuestaria, y se diferencian claramente de aquellas que son contributivas afianzadas a las aportaciones que realizan los trabajadores a la seguridad social.

Y, en cuarto lugar, se establece un sistema de protección de régimen general y otro de los regímenes especiales, dado el carácter profesional originario de nuestro sistema. Debemos partir de la idea de que, tradicionalmente, el régimen de protección fue concebido para los trabajadores de la industria y obreros, y que paulatinamente se fue extendiendo sobre todos los trabajadores. En consecuencia, esta realidad ha llevado a conservar en la actualidad una serie de regímenes especiales, de algunos sectores, considerados como marginales por el sistema común.

De tal manera que los regímenes especiales de la seguridad social se encuadran en la siguiente estructura: 1) Regímenes que recogen a trabajadores por cuenta ajena: a) Régimen especial de la seguridad social (que incluye el antiguo régimen del hogar y agrario) y b) El régimen especial de la minería. 2) Regímenes que encuadran trabajadores por cuenta propia o RETA. 3) Regímenes que engloba tanto a trabajadores por cuenta propia como ajena: a) Régimen especial del mar. 4) Regímenes funcionario: a) Los funcionarios de la Administración del Estado, b) Los funcionarios de la Administración de Justicia, y c) Las Fuerzas Armadas; 5) Régimen especial de estudiantes⁷⁰⁹.

2.2.2. La gestión y régimen económico-financiero de la Seguridad Social.

La titularidad estatal de la gestión del sistema de Seguridad Social excluye la participación de las Comunidades Autónomas. El capítulo V del Título I del TRLGSS se encarga de disponer las normas aplicables a esta materia. La organización administrativa de la Seguridad Social está sujeta a los principios de simplificación, racionalización,

ningún caso, la ordenación de la Seguridad Social podrá servir de fundamento a operaciones de lucro mercantil».

⁷⁰⁸ Vide Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas.

⁷⁰⁹ Vide José Luis MONEREO PÉREZ, *Manual de Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 2018, pp. 55-57.

economía de costes, solidaridad financiera, unidad de caja, eficacia social y descentralización.

La gestión se encomienda a una serie de órganos específicos que tienen naturaleza de entidades de derecho público: el Instituto Nacional de Seguridad Social; el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria; el Instituto de Mayores y Servicios Sociales; el Servicio Público de Empleo Estatal; y el Instituto Social de la Marina⁷¹⁰. Junto a estas instituciones existen una serie de entidades colaboradoras de carácter privado como las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales; las empresas y las asociaciones, fundaciones y entidades públicas y privadas⁷¹¹.

Las empresas se convierten en colaboradores necesarios para el desarrollo de las funciones de la seguridad social acometiendo dos tipos de actividades: unas de carácter voluntario y otras de carácter obligatorio. Dentro de las acciones de carácter voluntario destaca el caso de que quiera autoasegurar una serie de prestaciones a sus trabajadores, como pueden ser las coberturas de prestaciones de asistencia sanitaria o de incapacidad temporal, así como la cobertura de prestaciones económicas por incapacidad temporal en caso de enfermedad o accidente laboral. Y, en lo que respecta a las colaboraciones que son de carácter obligatorio, resulta como ejemplo claro el pago por parte de la empresa de determinadas prestaciones económicas por delegación de la entidad gestora. En este caso se incluyen el pago de las prestaciones por desempleo parcial e incapacidad temporal con independencia de la contingencia que derive⁷¹².

⁷¹⁰ *Vide* Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, artículo 66: «1. La gestión y administración de la Seguridad Social se efectuará, bajo la dirección y tutela de los respectivos departamentos ministeriales, con sujeción a los principios de simplificación, racionalización, economía de costes, solidaridad financiera y unidad de caja, eficacia social y descentralización, por las siguientes entidades gestoras: a) El Instituto Nacional de la Seguridad Social, para la gestión y administración de las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social, con excepción de las que se mencionan en el apartado c) siguiente. b) El Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, para la administración y gestión de servicios sanitarios. c) El Instituto de Mayores y Servicios Sociales, para la gestión de las pensiones no contributivas de invalidez y de jubilación, así como de los servicios complementarios de las prestaciones del sistema de la Seguridad Social. 2. Las distintas entidades gestoras, a efectos de la debida homogeneización y racionalización de los servicios, coordinarán su actuación en orden a la utilización de instalaciones sanitarias, mediante los conciertos o colaboraciones que al efecto se determinen entre las mismas».

⁷¹¹ *Ibidem* Artículo 79: «1. La colaboración en la gestión del sistema de la Seguridad Social se llevará a cabo por mutuas colaboradoras con la Seguridad Social y por empresas, de acuerdo con lo establecido en el presente capítulo. 2. La colaboración en la gestión se podrá realizar también por asociaciones, fundaciones y entidades públicas y privadas, previa su inscripción en un registro público».

⁷¹² *Vide* Juan GORELLI HERNÁNDEZ y otros, *Lecciones de Seguridad Social*, o.c., pp. 63-64.

Las mutuas⁷¹³, sin embargo, ejercen una actividad diferenciada de las empresas. Éstas se constituyen como entidades de naturaleza jurídico-privada, cuya existencia va a depender de la voluntad empresarial. La financiación de la mutualidad se va a ejecutar a través de las cuotas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales que recauda la Tesorería General de la Seguridad Social; un porcentaje de las contingencias comunes que reciben como contraprestación por la gestión de la prestación de incapacidad temporal de las contingencias comunes, y la cuota por cese de actividad de los trabajadores autónomos⁷¹⁴.

A las mutuas se le va a encomendar la gestión de la protección de los trabajadores al servicio de empresas asociadas por accidente de trabajo y enfermedad profesional, y la prestación económica por incapacidad temporal de los trabajadores del RETA y del SETA. Sin embargo, no asumen el coste de todas las prestaciones. Por ejemplo, en el caso de la incapacidad temporal, ésta se encarga de la expedición de partes médicos, así como el procedimiento de declaración del derecho de subsidio; o sobre las lesiones permanentes, pero no invalidantes se encarga de abonar la indemnización, pero no de verificar la situación. No obstante, la ley obliga a las mutuas a capitalizar el importe de las pensiones, por lo que el pago de las mismas se hace a través de la Seguridad Social⁷¹⁵.

2.2.3. La materialización del derecho a través de las prestaciones.

La propia Constitución española hace referencia a la consecución del derecho a través de un sistema de prestaciones. Si bien, se establece la obligación al Estado de mantener un “régimen público de asistencia y prestaciones sociales suficiente ante

⁷¹³ Vide Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, artículo 80.1: «Asociaciones de empresarios constituidas mediante autorización del Ministerio de Empleo y Seguridad Social e inscripción en el registro especial dependiente de este, que tienen por finalidad colaborar en la gestión de la Seguridad Social, bajo la dirección y tutela del mismo, sin ánimo de lucro y asumiendo sus asociados responsabilidad mancomunada en los supuestos y con el alcance establecidos en esta ley».

⁷¹⁴ Vide Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, artículo 84.1: «1. El sostenimiento y funcionamiento de las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, así como de las actividades, prestaciones y servicios comprendidos en su objeto, se financiarán mediante las cuotas de la Seguridad Social adscritas a las mismas, los rendimientos, incrementos, contraprestaciones y compensaciones obtenidos tanto de la inversión financiera de estos recursos como de la enajenación y cese de la adscripción por cualquier título de los bienes muebles e inmuebles de la Seguridad Social que estén adscritos a aquellas y, en general, mediante cualquier ingreso obtenido en virtud del ejercicio de la colaboración o por el empleo de los medios de la misma».

⁷¹⁵ Vide José Luis MONEREO PÉREZ, *Manual de Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 2018, pp. 115-116.

situaciones de necesidad”. La clasificación de las distintas prestaciones de la seguridad social es heterogénea. No obstante, la primera de las diferenciaciones es la que la propia ley establece, relativa a su característica de contributiva o no. Así, en esta parte de la tesis sólo nos interesa aquellas prestaciones de carácter contributivo, pues las de carácter no contributivo serán estudiadas dentro del marco de la asistencia social. De esta forma, la regulación jurídica que realiza la propia norma nos permite distinguir distintas modalidades de prestaciones.

En primer lugar, las prestaciones por incapacidad temporal. Así, las situaciones protegidas dentro de esta prestación son dos: por un lado, la alteración de la salud en cualquier momento y cuando se necesite asistencia sanitaria. Y, por otro lado, los períodos de observación profesional en los que se prescriba baja. Además, estas adquieren la nota de temporalidad, en tanto en cuanto, suponen el retorno del trabajador en un espacio breve de tiempo, aunque no existe una certeza de su no derivación a una incapacidad permanente⁷¹⁶.

En segundo lugar, se estructura un régimen de prestaciones relacionadas con la protección de la institución de la familia. Dentro de estas distinguimos: a) Las prestaciones en caso de maternidad. La maternidad por ser una cuestión biológica, pero también por la importancia social que implica, se encuentra especialmente protegida en nuestra legislación. Se distinguen claramente dos períodos: uno relativo al periodo de descanso suspensivo del contrato por maternidad-biológica, y otro referido al período de suspensión por adopción⁷¹⁷; b) Las prestaciones por riesgo durante el embarazo y la lactancia natural⁷¹⁸; c) Las prestaciones por paternidad. Por causas distintas, se configura

⁷¹⁶ Vide Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, artículo 169.1: «1. Tendrán la consideración de situaciones determinantes de incapacidad temporal: a) Las debidas a enfermedad común o profesional y a accidente, sea o no de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo, con una duración máxima de trescientos sesenta y cinco días, prorrogables por otros ciento ochenta días cuando se presuma que durante ellos puede el trabajador ser dado de alta médica por curación. b) Los períodos de observación por enfermedad profesional en los que se prescriba la baja en el trabajo durante los mismos, con una duración máxima de seis meses, prorrogables por otros seis cuando se estime necesario para el estudio y diagnóstico de la enfermedad».

⁷¹⁷ Vide José Luis MONEREO PÉREZ, *Manual de Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 2018, pp. 255-256.

⁷¹⁸ Vide Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, artículo 186: «A los efectos de la prestación económica por riesgo durante el embarazo, se considera situación protegida el periodo de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que, debiendo la mujer trabajadora cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su estado, en los términos previstos en el artículo 26.3 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados».

además la prestación por paternidad, como una medida de fomentar la igualdad entre géneros e incentivar la participación en el cuidado del hogar; d) Las prestaciones económicas por cuidado de un menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave. Esta prestación busca la conciliación entre la vida laboral y el cuidado de los menores afectados por este tipo de enfermedad, durante el tiempo que dure el tratamiento, que conlleva una reducción de la jornada⁷¹⁹.

En tercer lugar, se desarrollan las prestaciones en caso de invalidez o incapacidad permanente. La incapacidad permanente no es más que una actividad de constatación administrativa, un término legal para referirnos a una situación de hecho⁷²⁰. En consecuencia, los elementos que definen la situación de incapacidad permanente son: la persistencia previsiblemente definitiva de una alteración grave del estado de salud, pese a haber seguido un tratamiento; la determinación objetiva mediante dictamen científico-médico, la reducción de la capacidad para trabajar y el carácter permanente. Al mismo tiempo, estas incapacidades van a tener una serie de grados: parcial, total, absoluta o gran invalidez⁷²¹.

En cuarto lugar, se encuentran las prestaciones de protección de la vejez y por jubilación⁷²². Estas prestaciones vienen a amparar un sector históricamente desprotegido, en tanto en cuanto, deja de formar parte del mercado de trabajo. Para alcanzar a esta prestación es necesario el cese del trabajo realizado por cuenta ajena, el cumplimiento de

⁷¹⁹ Vide Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, artículo 192: «A efectos de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, se considera situación protegida la reducción de la jornada de trabajo de al menos un 50 por ciento que, de acuerdo con lo previsto en el párrafo tercero del artículo 37.6 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, lleven a cabo los progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores de carácter permanente, cuando ambos trabajen, para el cuidado directo, continuo y permanente del menor a su cargo afectado por cáncer (tumores malignos, melanomas y carcinomas) o por cualquier otra enfermedad grave que requiera ingreso hospitalario de larga duración, durante el tiempo de hospitalización y tratamiento continuado de la enfermedad».

⁷²⁰ *Ibidem* Artículo 183: «la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral. No obstará a tal calificación la posibilidad de recuperación de la capacidad laboral del incapacitado, si dicha posibilidad se estima médicamente como incierta o a largo plazo».

⁷²¹ Vide José Luis MONEREO PÉREZ, *Manual de Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 2018, pp. 272-277.

⁷²² Vide Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, artículo 204: «La prestación económica por causa de jubilación, en su modalidad contributiva, será única para cada beneficiario y consistirá en una pensión vitalicia que le será reconocida, en las condiciones, cuantía y forma que reglamentariamente se determinen, cuando, alcanzada la edad establecida, cese o haya cesado en el trabajo por cuenta ajena».

la edad pensionable y la existencia de un período previo de cotización. La pensión que se articula tiene carácter vitalicio, de carácter único, periódico, pecuniario y viene a sustituir a las rentas derivadas de la obtención del salario. Además, es una prestación incompatible con todo trabajo profesional del pensionista e imprescriptible, de manera que, mientras viva el beneficiado podrá disponer de ella⁷²³.

En quinto lugar, estarían las prestaciones de protección para situaciones derivadas de muerte o prestaciones a supervivientes. La ley configura un régimen de protección ante determinadas situaciones: a) Un auxilio por defunción, b) Una pensión vitalicia de viudedad, c) Una prestación temporal de viudedad, d) Una pensión de orfandad y, e) Una pensión vitalicia o, en su caso, subsidio temporal en favor de familiares⁷²⁴. Como vemos, la normativa prevé ante unas situaciones especiales un régimen de protección frente a aquellos que se quedan más desprotegidos ante una muerte, ya sean el cónyuge sobreviviente o los propios hijos.

En sexto lugar, estarían las prestaciones de protección a la familia. Esta modalidad es algo difusa y converge con la de asistencia social. No obstante, en su modalidad contributiva se establece la exención general de cotizar al sistema durante el período de excedencia por cuidado de familiares. En lo que respecta a las distintas modalidades vamos a distinguir entre: el subsidio por cuidado de un hijo a cargo, cuando se carezca de los recursos suficientes, cuya prestación es periódica y temporal; y las prestaciones económicas de pago único, ya se bien por nacimiento o adopción de un hijo en supuestos de familias numerosas, monoparentales y de madres con discapacidad, o bien por prestación económica por parto o adopción múltiple⁷²⁵.

En séptimo lugar, la protección en caso de desempleo. La función principal que cumplen estas prestaciones es la de garantizar una cobertura al individuo de unas prestaciones mínimas para aquellas personas que no encuentran trabajo, y han realizado previamente una serie de cotizaciones. Para ello se articula un régimen contributivo y otro asistencial⁷²⁶. El sistema de protección se articula en torno a los artículos 262 y siguientes

⁷²³ Vide José Luis MONEREO PÉREZ, *Manual de Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 2018, pp. 301-303.

⁷²⁴ Vide Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, Artículo 216.1.

⁷²⁵ Vide José Luis MONEREO PÉREZ, *Manual de Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 2018, pp. 366-377.

⁷²⁶ Vide Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, artículo 263: «1. La protección por desempleo se estructura en un nivel contributivo y en un nivel asistencial, ambos de carácter público y obligatorio. 2. El nivel contributivo

de la TRLGSS, cuyas especificidades y caracteres, varían tanto desde las cotizaciones, la edad de los perceptores y el trabajo desempeñado.

2.3. Naturaleza jurídica.

En esencia el sistema de la Seguridad Social español es la materialización de un régimen estructurado de prestaciones, que responde al cumplimiento de un mandato constitucional y demás normas de carácter internacional y comunitario que resultan aplicables. Por tanto, lo que se estructura es un modelo de concesión de una serie de prestaciones para los ciudadanos con la finalidad de cubrir determinadas contingencias. En consecuencia, el Sistema de la Seguridad Social en España se estructura como un servicio público, cumpliendo con las notas características de esta figura.

En primer lugar, es el Estado quién asume la titularidad del mismo a través de la “publicatio” del servicio. De este modo, éste se atribuye la potestad de creación de un sistema de protección para todos los trabajadores, basado en la universalidad y la protección de la sociedad. Al mismo tiempo que, excluye a otros entes u organismos de su gestión, a pesar de tener ciertos agentes colaboradores que ayudan y complementan en el cumplimiento de su misión. Aunque existen ciertas excepciones a la norma, como es el caso del régimen del País Vasco y los territorios forales.

Y, en segundo lugar, en lo que respecta al interés general, la Seguridad Social en España cumple una gran misión social dentro de nuestro territorio. Dentro del sistema democrático, éste es un derecho de carácter prestacional que estructura un régimen de protección ante las distintas contingencias que pueden ocasionar problemas en el normal desarrollo de la vida de los trabajadores y sus familiares, como una respuesta a los problemas normales del mercado laboral.

Además, no sólo se garantiza la necesidad de intervenir a través de una serie de prestaciones, sino que, éstas deben ser suficientes para cubrir sus necesidades. No obstante, y a pesar de que la financiación del mismo está basada en las propias aportaciones de los trabajadores, el Estado ayuda a que éstas sean en consecuencia con

tiene como objeto proporcionar prestaciones sustitutivas de las rentas salariales dejadas de percibir como consecuencia de la pérdida de un empleo anterior o de la suspensión del contrato o reducción de la jornada. 3. El nivel asistencial, complementario del anterior, garantiza la protección a los trabajadores desempleados que se encuentren en alguno de los supuestos incluidos en el artículo 274».

las necesidades de la población, colaborando con su mantenimiento vía presupuestos generales.

De este modo, se puede afirmar que el derecho de la seguridad social en España, y consecuentemente, la estructura a través de la que se desarrolla cumple con algunas de las notas características de los servicios públicos. De forma que, existe un interés general evidente, así como una prestación del servicio encomendada a una serie de organizaciones de Derecho Público, aunque, cuentan con la colaboración de entidades de naturaleza privada.

2.4. Elementos configuradores del régimen de Seguridad Social.

Los elementos que configura el Régimen de la Seguridad Social pueden ser desglosados en tres: subjetivo, objetivo y conectivo, los cuales van a tener una serie de caracteres a lo largo de la relación jurídica.

En primer lugar, el elemento subjetivo tiene dos partes. Una activa que se configura entorno a la posición del Estado que tiene atribuida la competencia exclusiva de su gestión, aunque en colaboración, en algunos casos, con las mutuas. Para ello se han creado una serie de órganos de Derecho Público que se encargan de la gestión del mismo. Y, por otro lado, otra parte pasiva que estaría representando por los trabajadores, es decir, aquellas personas que, reuniendo una serie de requisitos previa, participarán dentro del sistema con sus aportaciones, lo que les permitirá recibir las distintas prestaciones reguladas en la normativa a ellas, o a sus familiares directos.

En segundo lugar, el elemento objetivo se corresponde con las distintas prestaciones que se configuran por las leyes y normas aplicables, ya sean de carácter contributivo, como no contributivo. En consecuencia, el elemento objetivo se corresponde a todos los servicios y subsidios que, dentro del marco legal, el Estado organice para satisfacer las situaciones de necesidad, derivadas de la protección de las contingencias a las que pueden enfrentarse los trabajadores.

En tercer lugar, el elemento conectivo que tendrá siempre un componente fijo, y otro variable, dependiente de las prestaciones a las que se pretenda acceder. Si bien, el rasgo común dentro de las prestaciones contributivas será la previa participación en el sistema de la Seguridad Social, a través de la aportación que se realizan mediante la

cotización por el trabajo. Mientras que, en lo que respecta a los elementos variables dependerán del tipo de prestaciones a las que se pretenda acceder. Así, por ejemplo, la prestación por desempleo va a estar condicionada a la capacidad del trabajador y la búsqueda por su parte de empleo, o la duración y cuantía de las cotizaciones previas a la seguridad social; o, en las prestaciones en caso de maternidad y/o paternidad el elemento conectivo es la situación de hecho de haber tenido un hijo.

De este modo, como en toda relación jurídica, la percepción de las distintas prestaciones va a estar sujeta al cumplimiento de una serie de requisitos que deberán perdurar a lo largo del tiempo. Así, en tanto que cambie la realidad o situación de hecho se modificará el derecho de ayuda ante estas contingencias. Y de igual modo, éstas están sujetadas a unas condiciones legalmente establecidas que configuran el régimen de requisitos previos, duración y cuantía en el tiempo.

2.5. La financiación de la Seguridad Social.

El régimen de financiación de la Seguridad Social se encuentra regulado en el TRLGSS, Título I, Capítulo VII, del y, junto a esta norma base, se han estructurado una serie de reglamentos de desarrollo⁷²⁷. De tal manera que, en España, los recursos de financiación del sistema de la seguridad social quedan sistematizados de la siguiente manera: a) las aportaciones del Estado, b) las cuotas de las personas obligadas, c) las cantidades recaudadas en concepto de recargos, sanciones u otras de naturaleza análoga, d) los frutos, rentas o intereses y cualquier otro producto de sus recursos patrimoniales y e) cualesquiera otros ingresos⁷²⁸.

En lo que atiene a la financiación de las prestaciones se distingue entre las prestaciones contributivas y no contributivas. A lo que este apartado respecta, las

⁷²⁷ Vide Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social; Vide Real Decreto 1221/1992, de 9 de octubre, sobre el patrimonio de la Seguridad Social; y Vide Real Decreto 696/2018, de 29 de junio, por el que se aprueba el Reglamento general de la gestión financiera de la Seguridad Social.

⁷²⁸ Vide Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, artículo 109.1: «1. Los recursos para la financiación de la Seguridad Social estarán constituidos por: a) Las aportaciones progresivas del Estado, que se consignarán con carácter permanente en sus Presupuestos Generales, y las que se acuerden para atenciones especiales o resulten precisas por exigencia de la coyuntura. b) Las cuotas de las personas obligadas. c) Las cantidades recaudadas en concepto de recargos, sanciones u otras de naturaleza análoga. d) Los frutos, rentas o intereses y cualquier otro producto de sus recursos patrimoniales. e) Cualquiera otros ingresos, sin perjuicio de lo previsto en la disposición adicional décima».

prestaciones contributivas se financian básicamente por las cotizaciones de las personas obligadas. De manera que, se configura un sistema de reparto entre los beneficiarios, aunque no rige en la totalidad de los casos, puesto que se establece una excepción en materia de accidentes de trabajo, y en las pensiones por invalidez permanente o muerte⁷²⁹.

Además, la Ley establece un fondo de estabilización único para todo el sistema de Seguridad social, cuya finalidad es atender las diferencias entre los ingresos y los gastos, y atenuar los efectos cíclicos del capitalismo. De esta forma, el Estado evita la necesidad de tener que estar acudiendo de manera constante a la subida de impuestos para solventar las crisis financieras. No obstante, estas reservas de estabilización pueden ser invertidas en medidas de carácter social, para obtener liquidez, rentabilidad y seguridad⁷³⁰. Además, la ley configura un fondo de reserva⁷³¹ para atender las necesidades futuras del sistema en materia de prestaciones contributivas, que se estructura a través de los excedentes de los ingresos que financian los gastos contributivos⁷³².

2.6. Las deficiencias evidentes del Sistema.

El Sistema de Seguridad Social español se está enfrentando a una serie de dicotomías que, a medio-largo plazo, se van a ir acrecentando. Los principios que rigen su financiación necesitan una reestructuración para afrontar la realidad social se que atisba desde hace unos años: el envejecimiento demográfico y el descenso de la natalidad. Nuestro sistema, se sustenta a través de las cotizaciones que efectúan los propios trabajadores, consecuentemente, es insostenible mantener las pensiones de unos mayores que cada vez viven más años, sin una natalidad que acompañe este crecimiento.

⁷²⁹ Vide Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, artículo 110.1: «1. El sistema financiero de todos los regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social será el de reparto, para todas las contingencias y situaciones amparadas por cada uno de ellos, sin perjuicio de lo previsto en el apartado 3».

⁷³⁰ *Ibidem* artículo 111. Inversiones. «Las reservas de estabilización que no hayan de destinarse de modo inmediato al cumplimiento de las obligaciones reglamentarias serán invertidas de forma que se coordinen las finalidades de carácter social con la obtención del grado de liquidez, rentabilidad y seguridad técnicamente preciso».

⁷³¹ Vide Ley 28/2003, de 29 de septiembre, reguladora del Fondo de Reserva de la Seguridad Social.

⁷³² *Ibidem* Artículo 118: «1. Los excedentes de ingresos que financian las prestaciones de carácter contributivo y demás gastos necesarios para su gestión que, en su caso, resulten de la consignación presupuestaria de cada ejercicio o de la liquidación presupuestaria del mismo se destinarán prioritaria y mayoritariamente, siempre que las posibilidades económicas y la situación financiera del sistema de Seguridad Social lo permitan, al Fondo de Reserva de la Seguridad Social».

La baja tasa de natalidad está directamente relacionada con el mercado de trabajo, y a su vez, éste, está influenciado por dos factores. En primer lugar, la incorporación, cada vez más creciente, de la mujer al mundo laboral. La carencia, o prácticamente inexistencia, de políticas de conciliación entre la vida laboral y familiar impiden la formación de familias de más de uno o dos hijos, y en los casos que llega a constituirse, porque no todos deciden tener hijos.

Y, en segundo lugar, la precariedad del empleo que configura el mercado genera inestabilidad e insuficiencia de seguridad para crear una familia. Los contratos son, en su mayoría, a tiempo parcial y de poca duración lo que provoca tener que estar constantemente encadenando unos contratos con otros y, a lo que se suma la incertidumbre de saber cuándo será el último.

El Estado debe asumir un rol más efectivo, ayudando a esas familias que quieren tener (más) hijos, y que no pueden porque el empleo al que pueden acceder es pobre e inestable. Así, si el Estado no asume que debe colaborar con las familias y promover ayudas para la concepción, para intentar mantener el actual sistema, éste tiene los días contados, y la viabilidad del sistema de pensiones está más que en riesgo. En la actualidad, existe una gran conciencia social acerca de la necesidad de reformar el Pacto de Toledo, o promover uno nuevo, que garantice el mantenimiento de las pensiones de jubilación.

Por otro lado, la crisis del año 2008 provocó un fenómeno migratorio, entre los más jóvenes del tejido laboral, que está teniendo consecuencias adversas para la configuración de nuestro régimen de la Seguridad Social. España está mandando profesionales altamente cualificados, formados por el sistema público de educación, hacia otros países de la Unión Europea en búsqueda de empleo cualificado. Y, en cambio, nuestro modelo de empleo acoge a profesionales inmigrantes poco cualificados para el sostenimiento de la economía, cuyas aportaciones a la seguridad social son inferiores. España debe optar por cambiar el modelo laboral que tiene implantado: nuestro sistema no acoge a los profesionales que forma, invirtiendo gran parte de su presupuesto en instruir a trabajadores que luego no le aportan ningún beneficio porque tienen que emigrar para encontrar empleo.

Y a esta situación, al Estado se le suma tener que enfrentarse a las nuevas demandas sociales, y legislar ante la realidad de la revolución tecnológica que se atisba. El cambio de modelo trabajo, hacia uno ampliamente robotizado y con la inteligencia artificial como sustento, y donde el trabajo físico de los seres humanos está condenado a

desaparecer, instiga al gobierno a su regulación. Si bien, la Seguridad Social profesionalizada tiene fecha de caducidad, y no estamos preparados. ¿Qué pasa cuando la mayor parte de las cotizaciones desaparezcan porque la actividad es realizada por máquinas? ¿Cuáles son los planes del gobierno para paliar la situación de los miles de empleos que van a desaparecer?

Consecuentemente, la pregunta que debemos plantear es la siguiente: ¿Las políticas que debe de desarrollar el gobierno deben limitarse a corregir las entropías propias y comenzar a afrontar la realidad de la dependencia y la posibilidad de la prestación de las rentas mínimas? O, por el contrario, ¿configurar completamente un nuevo sistema que se adapte, de forma paulatina, a la configuración del régimen del mercado laboral ya instaurado en nuestra sociedad?

En mi opinión, el “trabajo”, en sentido estricto, ha evolucionado tanto, y en menos de veinte años, que no puede seguir pasando inadvertido para el legislador. La evidencia más práctica de su transformación se refleja en las continuas modificaciones que ha experimentado la normativa de desarrollo. El trabajo, de una determinada profesión, presencial y físico ha evolucionado de forma inexorable hacia el uso cognitivo de la inteligencia del ser humano, y que, gracias a las posibilidades de las nuevas tecnologías, se ha configurado con unos caracteres distintos.

3. La salud como pilar básico de protección.

3.1. La regulación jurídica del derecho a la salud.

3.1.1. El derecho internacional.

La protección internacional del derecho a la salud se encuentra recogida, principalmente, en dos instrumentos jurídicos: la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. La Declaración Universal de los Derechos Humanos se refiere a la protección del derecho a la salud de la siguiente manera:

«Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el

vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad»⁷³³.

De este modo, se reconoce el derecho de toda persona a la salud, a la asistencia médica, así como también, al seguro en caso de enfermedad. El tratamiento de la salud que se realiza por la comunidad internacional está íntimamente vinculado con los sistemas de protección social y sus regímenes de seguridad y cobertura a los trabajadores. La conceptualización de la protección de la salud unida al derecho de seguridad social va a persistir en nuestro ordenamiento jurídico hasta nuestros días, a pesar de haber evolucionado hacia un régimen propio⁷³⁴.

El PIDESC va un paso más allá en la protección de la salud y aspira a “*el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*”. De forma que, ya no se trata única y exclusivamente de proteger la salud trabajadores, sino que pretende garantizar el máximo nivel de salud posible entre la ciudadanía. Para ello, la comunidad internacional promueve a los Estados para que adopten medidas para mejorar ciertos aspectos de la salud como, por ejemplo: la reducción de la mortalidad infantil y el pleno desarrollo de los niños; la mejora de la higiene en el trabajo; la prevención y el tratamiento de enfermedades epidémicas, endémicas y profesionales; así como la creación de sistemas e infraestructuras que aseguren la asistencia y servicios médicos⁷³⁵.

⁷³³ Vide ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, París, 1948, artículo 25.1.

⁷³⁴ Vide José Luis MONEREO PÉREZ, “La salud como derecho humano fundamental”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 9, (2014), p. 53: «*el derecho a la salud pertenece tanto histórica como actualmente en la tradición de los derechos humanos del constitucionalismo democrático-social al más amplio y comprensivo derecho a la Seguridad Social. Sucede, no obstante, que su extraordinaria importancia (como ha ocurrido también con otros derechos humanos fundamentales) ha determinado la conveniencia político-jurídica de su especificación y diferenciación precisamente para garantizar una garantía más efectiva y adecuada, pero sin perder de vista los nexos inescindibles que presenta con el derecho matriz a la Seguridad Social que lo enmarca a todos los efectos*».

⁷³⁵ Vide ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Políticos*, New York, 1966, artículo 12: «*1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) La reducción de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas,*

El contenido del PIDESC, en lo que se respecta la protección de la salud, es ampliado a través de la Observación General nº 14⁷³⁶. En este texto, no sólo se reconoce la evidente relación de la protección de la salud con el derecho a la vida y dignidad de la persona⁷³⁷, sino que, avanza y reconoce su evolución como un derecho inclusivo que abarca otros factores que la condicionan⁷³⁸. Si bien, el propio texto es quién articula como se va a garantizar de forma adecuada y suficiente la protección del derecho a la salud por parte de los Estados.

Para ello, estructura una serie de principios o caracteres⁷³⁹ que deben ser respaldados en todo caso: en primer lugar, la disponibilidad del sistema. Cada Estado deberá contar un número suficiente de bienes y servicios públicos de salud, así como centros para poder atender las necesidades su población, siempre en relación a sus posibilidad posibilidades y recursos económicos, y de igual manera, a su nivel de desarrollo⁷⁴⁰; en segundo lugar, el sistema debe de ser accesible a todos, lo que implica

endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad».

⁷³⁶ Vide COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, *Observación general 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*, E/C.12/2000/4, Ginebra, 2000.

⁷³⁷ *Ibidem* Párrafo 3: «El derecho a la salud está estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos y depende de esos derechos, que se enuncian en la Carta Internacional de Derechos, en particular el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación. Esos y otros derechos y libertades abordan los componentes integrales del derecho a la salud».

⁷³⁸ *Ibidem* Párrafo 11: «El Comité interpreta el derecho a la salud, definido en el apartado 1 del artículo 12, como un derecho inclusivo que no sólo abarca la atención de salud oportuna y apropiada sino también los principales factores determinantes de la salud, como el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, una nutrición adecuada, una vivienda adecuada, condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva. Otro aspecto importante es la participación de la población en todo el proceso de adopción de decisiones sobre las cuestiones relacionadas con la salud en los planos comunitario, nacional e internacional».

⁷³⁹ Vide Óscar CABRERA y Andrés CONSTANTIN, “Salud Global y Derecho”, en Laura SALAMERO TEIXIDÓ, *Retos del Derecho a la salud y de la salud pública en el S. XXI*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020, p. 81.

⁷⁴⁰ Vide COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, *Observación general 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*, E/C.12/2000/4, Ginebra, 2000, Párrafo 12 a): «El derecho a la salud en todas sus formas y a todos los niveles abarca los siguientes elementos esenciales e interrelacionados, cuya aplicación dependerá de las condiciones prevalecientes en un determinado Estado Parte: a) Disponibilidad. Cada Estado Parte deberá contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas. La naturaleza precisa de los establecimientos, bienes y servicios dependerá de diversos factores, en particular el nivel de desarrollo del Estado Parte. Con todo, esos servicios incluirán los factores determinantes básicos de la salud, como agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas, hospitales, clínicas y demás establecimientos relacionados con la salud, personal médico y profesional

la aplicación del principio de no discriminación, la accesibilidad física de los bienes, centros y establecimientos sanitarios, la accesibilidad económica o asequibilidad del servicio, y el acceso a la información sobre las cuestiones relacionadas con la salud⁷⁴¹; en tercer lugar, es necesaria la aceptabilidad y respeto, por parte, de los bienes y servicios de salud, a las condiciones culturales y éticas de las personas⁷⁴²; y, en cuarto lugar, en lo referente a la calidad, éste debe dotarse de unos medios apropiados, desde el punto de vista científico y médico, para poder prestar estos servicios en las condiciones necesarias⁷⁴³.

capacitado y bien remunerado habida cuenta de las condiciones que existen en el país, así como los medicamentos esenciales definidos en el Programa de Acción sobre medicamentos esenciales de la OMS».

⁷⁴¹ *Vide COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, Observación general 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, E/C.12/2000/4, Ginebra, 2000, Párrafo 12 b): «El derecho a la salud en todas sus formas y a todos los niveles abarca los siguientes elementos esenciales e interrelacionados, cuya aplicación dependerá de las condiciones prevalecientes en un determinado Estado Parte: b) Accesibilidad. Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas: i) No discriminación: los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles, de hecho y de derecho, a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos. ii) Accesibilidad física: los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance geográfico de todos los sectores de la población, en especial los grupos vulnerables o marginados, como las minorías étnicas y poblaciones indígenas, las mujeres, los niños, los adolescentes, las personas mayores, las personas con discapacidades y las personas con VIH/SIDA. La accesibilidad también implica que los servicios médicos y los factores determinantes básicos de la salud, como el agua limpia potable y los servicios sanitarios adecuados, se encuentran a una distancia geográfica razonable, incluso en lo que se refiere a las zonas rurales. Además, la accesibilidad comprende el acceso adecuado a los edificios para las personas con discapacidades. iii) Accesibilidad económica (asequibilidad): los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance de todos. Los pagos por servicios de atención de la salud y servicios relacionados con los factores determinantes básicos de la salud deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos. La equidad exige que sobre los hogares más pobres no recaiga una carga desproporcionada, en lo que se refiere a los gastos de salud, en comparación con los hogares más ricos. iv) Acceso a la información: ese acceso comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud. Con todo, el acceso a la información no debe menoscabar el derecho de que los datos personales relativos a la salud sean tratados con confidencialidad».*

⁷⁴² *Ibidem Párrafo 12 c): «El derecho a la salud en todas sus formas y a todos los niveles abarca los siguientes elementos esenciales e interrelacionados, cuya aplicación dependerá de las condiciones prevalecientes en un determinado Estado Parte: c) Aceptabilidad. Todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados, es decir respetuosos de la cultura de las personas, las minorías, los pueblos y las comunidades, a la par que sensibles a los requisitos del género y el ciclo de vida, y deberán estar concebidos para respetar la confidencialidad y mejorar el estado de salud de las personas de que se trate».*

⁷⁴³ *Ibidem Párrafo 12 d): «El derecho a la salud en todas sus formas y a todos los niveles abarca los siguientes elementos esenciales e interrelacionados, cuya aplicación dependerá de las condiciones prevalecientes en un determinado Estado Parte: d) Calidad. Además de aceptables desde el punto de vista cultural, los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser también apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad. Ello requiere, entre otras cosas, personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas».*

En mayor abundamiento, el PIDESC también establece una serie de obligaciones generales para todos los Estados aplicables a los derechos humanos. Así, es necesario recalcar la obligación de progresividad en el reconocimiento del derecho, en tanto que éste representa un derecho extensivo que tiene que ir ampliando sus garantías, aunque la expansión estará limitada a los recursos disponibles de los distintos países⁷⁴⁴. Además, como el resto de los derechos humanos, el derecho a la salud va a generar tres niveles de obligaciones para los Estados: respetar, proteger y cumplir que, a su vez, compromete la necesidad de facilitar, proporcionar y promover⁷⁴⁵.

Complementariamente a estos instrumentos, la Organización Mundial de la Salud también ha proporcionado una serie de mecanismos legislativos en consonancia con la protección del derecho que se pretende garantizar a la sociedad. Entre los mismos destaca la Constitución de la OMS⁷⁴⁶ y el Reglamento Sanitario Internacional⁷⁴⁷. Además, es necesario señalar que el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos no hace expresa referencia en su articulado a la protección de este derecho. No obstante, de manera indirecta se refiere a él cuando garantiza la necesidad de respeto a la vida por parte de los Estados, limitando la capacidad de injerencia de los mismos sobre los ciudadanos a determinadas circunstancias⁷⁴⁸.

⁷⁴⁴ Vide ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Políticos*, New York, 1966, artículo 2: «1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos».

⁷⁴⁵ Vide COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, *Observación general 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*, E/C.12/2000/4, Ginebra, 2000, párrafo 33: «Al igual que todos los derechos humanos, el derecho a la salud impone tres tipos o niveles de obligaciones a los Estados Partes: la obligación de respetar, proteger y cumplir. A su vez, la obligación de cumplir comprende la obligación de facilitar, proporcionar y promover. La obligación de respetar exige que los Estados se abstengan de injerirse directa o indirectamente en el disfrute del derecho a la salud. La obligación de proteger requiere que los Estados adopten medidas para impedir que terceros interfieran en la aplicación de las garantías prevista en el artículo 12. Por último, la obligación de cumplir requiere que los Estados adopten medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole para dar plena efectividad al derecho a la salud.»

⁷⁴⁶ Vide ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Constitución adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional*, New York, 1946.

⁷⁴⁷ Vide ASAMBLEA MUNDIAL DE LA SALUD, *Reglamento Sanitario Internacional*, Ginebra, 2005.

⁷⁴⁸ Vide CONSEJO DE EUROPA, *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, Roma, 1950, artículo 8.2: «No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás».

3.1.2. La normativa comunitaria.

Aunque no es derecho de la Unión Europea, dentro de Europa brilla con luz propia la Carta Social Europea⁷⁴⁹, donde se garantiza el derecho de toda persona a gozar del mejor estado de salud posible, y obliga a los Estados a prestar los recursos suficientes en materia de asistencia social y médica⁷⁵⁰. Y, en términos similares se expresa la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, comprometiéndose con el derecho a la prevención sanitaria y el acceso al sistema de protección de la salud, en los términos que establezcan las legislaciones estatales⁷⁵¹.

No obstante, la protección del derecho a la salud se convierte en un eje transversal de las políticas a desarrollar por la Unión Europea. Ésta asume competencias compartidas con los Estados miembros en materia de salud pública⁷⁵². De igual manera que se compromete a apoyar, organizar o complementar la acción de los distintos países, en materia de protección y mejora de la salud⁷⁵³. Para ello, el Tratado de Funcionamiento

⁷⁴⁹ Vide CONSEJO DE EUROPA, *Carta social europea*, Turín, 1961, artículo 11: «Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la protección de la salud, las Partes Contratantes se comprometen a adoptar, directamente o en cooperación con organizaciones públicas o privadas, medidas adecuadas para entre otros fines: 1. Eliminar, en lo posible, las causas de una salud deficiente. 2. Establecer servicios educacionales y de consulta dirigidos a la mejora de la salud y a estimular el sentido de responsabilidad individual en lo concerniente a la misma. 3. Prevenir, en lo posible, las enfermedades epidémicas, endémicas y otras».

⁷⁵⁰ *Ibidem* Artículo 13: «Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la asistencia social y médica, las Partes Contratantes se comprometen: 1. A velar por que toda persona que no disponga de recursos suficientes y no esté en condiciones de conseguirlo por su propio esfuerzo o de recibirlos de otras fuentes, especialmente por vía de prestaciones de un régimen de seguridad social, pueda obtener una asistencia adecuada y, en caso de enfermedad, los cuidados que exija su estado. 2. A velar por que las personas que se beneficien de tal asistencia no sufran por ese motivo disminución alguna en sus derechos políticos y sociales. 3. A disponer lo preciso para que todas las personas puedan obtener por medio de servicios adecuados, públicos o privados, el asesoramiento y ayuda personales necesarios para prevenir, eliminar o aliviar su estado de necesidad personal o familiar. 4. Aplicar las disposiciones mencionadas en los párrafos 1, 2 y 3 del presente artículo, en condiciones de igualdad con sus nacionales, a los de las restantes Partes Contratantes que se encuentren legalmente en su territorio, conforme a las obligaciones derivadas del Convenio Europeo de Asistencia Social y Médica, firmado en París el 11 de diciembre de 1953».

⁷⁵¹ Vide PARLAMENTO EUROPEO, EL CONSEJO Y LA COMISIÓN EUROPEA, *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Niza, 2000, artículo 35: «Toda persona tiene derecho a acceder a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un nivel elevado de protección de la salud humana».

⁷⁵² Vide Joaquín FERNÁNDEZ-CREHUET NAVAJAS y otros, “La salud y sus determinantes. Concepto de medicina preventiva y salud pública. Desigualdad en salud”, *Medicina preventiva y salud pública*, Elsevier, Madrid, 2015, p. 3: «La salud pública es una actividad organizada de la sociedad para promover, proteger, mejorar y, cuando sea necesario, restaurar la salud de los individuos, grupos específicos o de la población entera».

⁷⁵³ Vide UNIÓN EUROPEA, *Tratado de Lisboa*, Lisboa, 2007, artículo 4.2: «Las competencias compartidas entre la Unión y los Estados miembros se aplicarán a los siguientes ámbitos principales: k)

de la Unión Europea recoge las políticas de coordinación en materia de salud pública, para prevenir enfermedades, evitar fuentes de peligro y luchar contra las enfermedades más graves y difundidas⁷⁵⁴.

El tratamiento que se efectúa vía derecho comunitario sobre la protección de la salud, permite diferenciarlo claramente, de los derechos de seguridad social. La evolución que ha experimentado, gracias a la intervención legislativa, ha promovido que este derecho posea una serie de caracteres que lo hacen comportarse como un derecho

los asuntos comunes de seguridad en materia de salud pública, en los aspectos definidos en el presente Tratado».

⁷⁵⁴ Vide UNIÓN EUROPEA, *Tratado de Lisboa*, Lisboa, 2007, artículo 168: «1. Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana. La acción de la Unión, que complementará las políticas nacionales, se encaminará a mejorar la salud pública, prevenir las enfermedades humanas y evitar las fuentes de peligro para la salud física y psíquica. Dicha acción abarcará la lucha contra las enfermedades más graves y ampliamente difundidas, apoyando la investigación de su etiología, de su transmisión y de su prevención, así como la información y la educación sanitarias, y la vigilancia de las amenazas transfronterizas graves para la salud, la alerta en caso de tales amenazas y la lucha contra ellas. La Unión complementará la acción de los Estados miembros dirigida a reducir los daños a la salud producidos por las drogas, incluidas la información y la prevención. 2. La Unión fomentará la cooperación entre los Estados miembros en los ámbitos contemplados en el presente artículo y, en caso necesario, prestará apoyo a su acción. Fomentará, en particular, la cooperación entre los Estados miembros destinada a mejorar la complementariedad de sus servicios de salud en las regiones fronterizas. Los Estados miembros, en colaboración con la Comisión, coordinarán entre sí sus políticas y programas respectivos en los ámbitos a que se refiere el apartado 1. La Comisión, en estrecho contacto con los Estados miembros, podrá adoptar cualquier iniciativa útil para fomentar dicha coordinación, en particular iniciativas tendentes a establecer orientaciones e indicadores, organizar el intercambio de mejores prácticas y preparar los elementos necesarios para el control y la evaluación periódicos. Se informará cumplidamente al Parlamento Europeo. 3. La Unión y los Estados miembros favorecerán la cooperación con terceros países y las organizaciones internacionales competentes en materia de salud pública. 4. No obstante lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 2 y en la letra a) del artículo 6, y de conformidad con la letra k) del apartado 2 del artículo 4, el Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, contribuirán a la consecución de los objetivos del presente artículo adoptando, para hacer frente a los problemas comunes de seguridad: medidas que establezcan altos niveles de calidad y seguridad de los órganos y sustancias de origen humano, así como de la sangre y derivados de la sangre; estas medidas no impedirán a ningún Estado miembro mantener o introducir medidas de protección más estrictas; medidas en los ámbitos veterinario y fitosanitario que tengan como objetivo directo la protección de la salud pública; medidas que establezcan normas elevadas de calidad y seguridad de los medicamentos y productos sanitarios. 5. El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, podrán adoptar también medidas de fomento destinadas a proteger y mejorar la salud humana y, en particular, a luchar contra las pandemias transfronterizas, medidas relativas a la vigilancia de las amenazas transfronterizas graves para la salud, a la alerta en caso de tales amenazas y a la lucha contra las mismas, así como medidas que tengan directamente como objetivo la protección de la salud pública en lo que se refiere al tabaco y al consumo excesivo de alcohol, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros. 6. El Consejo, a propuesta de la Comisión, podrá también adoptar recomendaciones para los fines establecidos en el presente artículo. 7. La acción de la Unión en el ámbito de la salud pública respetará las responsabilidades de los Estados miembros por lo que respecta a la definición de su política de salud, así como a la organización y prestación de servicios sanitarios y atención médica. Las responsabilidades de los Estados miembros incluyen la gestión de los servicios de salud y de atención médica, así como la asignación de los recursos que se destinan a dichos servicios. Las medidas contempladas en la letra a) del apartado 4 se entenderán sin perjuicio de las disposiciones nacionales en materia de donaciones o uso médico de órganos y sangre».

independiente. De tal manera que, de la configuración legal que recibe, se pueden observar caracteres propios. En primer lugar, circunscribe la protección de la salud sobre todas las personas, apostando por la universalidad del mismo, y como un auténtico derecho subjetivo perteneciente al ser humano y, no como ocurre en los sistemas de seguridad social, que tienden a proteger al trabajador. Además, se puede observar una clara preferencia de la Unión Europea por la organización de los sistemas nacionales de salud por vía impositiva, y no por vía de cotizaciones, aunque siempre deja libertad de actuación⁷⁵⁵.

Y, en segundo lugar, la Unión Europea promueve alcanzar una equidad entre los distintos sistemas de protección, con independencia de las formas de gestión, organización y financiación de los mismos. El tratamiento igualitario para todas las personas supone alcanzar otros caracteres como son la accesibilidad, sobre todo en términos económicos del servicio. Y es por ello por lo que, la Unión Europea debe recurrir a la solidaridad entre los distintos Estados miembros para promover esa igualdad real entre las regiones, e implantar un sistema de calidad para todos los ciudadanos de la Unión⁷⁵⁶.

Y será por estos motivos que la protección a la salud adquiera en el marco de la Unión Europea la concepción de servicios no económicos generales o de solidaridad, tal y como se viene defendido con anterioridad. Si bien, aunque la Unión Europea se ha limitado hasta el momento a dar libertad absoluta a los Estados miembros para que desarrollen estos derechos de conformidad con sus intereses, sí que es cierto que, en consonancia con los valores de libre mercado, no está ayudando a implantar un modelo sanitario público pleno, sino que posibilita diversidad de modelos de gestión.

3.1.3. El derecho a la salud en la Constitución.

⁷⁵⁵ Vide Juan Luis BELTRÁN AGUIRRE, “La universalización de la asistencia sanitaria en España en el marco de los objetivos de la Unión Europea en materia de salud y del artículo 35 de la Carta de los Derechos fundamentales”, en Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ y Rafael BARRANCO VELA, *Derecho y salud en la Unión Europea*, Comares, Granada, 2013, pp. 105-106.

⁷⁵⁶ *Ídem* pp. 107-108.

A. La regulación jurídica del derecho a la salud.

El derecho a la salud se encuentra incardinado dentro de los principios rectores de la política social y económica. De forma que, su contenido, desarrollo y protección gozará de inferiores garantías respecto de derechos que son fundamentales como la educación. El texto constitucional, se pronuncia en el artículo 43, de la siguiente forma:

«1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud.

2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.

3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo, facilitarán la adecuada utilización del ocio».

No obstante, la Constitución también hace mención indirecta a la protección de la salud a través del artículo 49 CE⁷⁵⁷, en relación con las políticas a desarrollar para la integración y tratamiento de las personas con discapacidad; el artículo 50 CE⁷⁵⁸, que habla del establecimiento de un sistema de seguros sociales en el que se garantice la salud a las personas de tercera edad; y el artículo el 51.1.⁷⁵⁹ CE, que trata la protección de la salud en los consumidores.

Además, en lo que respecta a las competencias del derecho se encuentran repartidas entre el Estado y las Comunidades Autónomas. En este sentido, la Constitución descentralizó las competencias en materia de salud, aunque el Estado continuó conservando determinadas actividades, con la finalidad de preservar la identidad del sistema, y el desarrollo de la coordinación y cooperación necesaria para una plena

⁷⁵⁷ Vide CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA de 29 de diciembre de 1978, artículo 49: «Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos».

⁷⁵⁸ Ibidem Artículo 50: «Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio».

⁷⁵⁹ Ibidem Artículo 51.1: «Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos».

protección del derecho. De esta forma, las competencias del Estado son la sanidad exterior, la legislación general de sanidad y de productos farmacéuticos⁷⁶⁰.

En primer lugar, las competencias en materia de sanidad exterior se encuentran reguladas en los artículos 38⁷⁶¹ y 39⁷⁶² de la Ley General de Sanidad; y de igual manera se recoge en los artículos 36 a 38 de la Ley General de Salud Pública, mediante los cuáles se establece la competencia del Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad como el responsable en materia de sanidad exterior. En este sentido, es necesario traer a colación la STC 252/1988, de 20 de diciembre (FJ3), que sentó las bases sobre la sanidad exterior, al rechazar las pretensiones autonómicas para desarrollar las competencias en esta materia, con la idea de realizar una actividad con una conexión internacional.

Y, posteriormente, la STC 329/1994, establece la delimitación conceptual entre sanidad exterior e interior, de manera que, la primera se conoce como:

«(aquella que) se halla directamente vinculada al tráfico internacional de personas y bienes , cuyo incremento a partir del pasado siglo -con los consiguientes riesgos de propagación de ciertas enfermedades que son epidémicas en algunas áreas del planeta- ha generado un importante fenómeno de cooperación sanitaria internacional del que son exponentes, de un lado, la creación de diversas instituciones intergubernamentales, como es el caso de la actual Organización Mundial de la Salud; y también, de otro, la adopción de

⁷⁶⁰ Vide CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA de 29 de diciembre de 1978, artículo 149.1: «El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 16ª Sanidad exterior. Bases y coordinación general de la sanidad. Legislación sobre productos farmacéuticos».

⁷⁶¹ Vide Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, artículo 38: «1. Son competencia exclusiva del Estado la sanidad exterior y las relaciones y acuerdos sanitarios internacionales. 2. Son actividades de sanidad exterior todas aquellas que se realicen en materia de vigilancia y control de los posibles riesgos para la salud derivados de la importación, exportación o tránsito de mercancías y del tráfico internacional de viajeros. 3. El Ministerio de Sanidad y Consumo colaborará con otros Departamentos para facilitar el que las actividades de inspección o control de sanidad exterior sean coordinadas con aquellas otras que pudieran estar relacionadas, al objeto de simplificar y agilizar el tráfico, y siempre de acuerdo con los convenios internacionales. 4. Las actividades y funciones de sanidad exterior se regularán por Real Decreto, a propuesta de los Departamentos competentes».

⁷⁶² Ibidem Artículo 39: «Mediante las relaciones y acuerdos sanitarios internacionales, España colaborará con otros países y Organismos internacionales: En el control epidemiológico; en la lucha contra las enfermedades transmisibles; en la conservación de un medio ambiente saludable; en la elaboración, perfeccionamiento y puesta en práctica de normativas internacionales; en la investigación biomédica y en todas aquellas acciones que se acuerden por estimarse beneficiosas para las partes en el campo de la salud. Prestará especial atención a la cooperación con las naciones con las que tiene mayores lazos por razones históricas, culturales, geográficas y de relaciones en otras áreas, así como a las acciones de cooperación sanitaria que tengan como finalidad el desarrollo de los pueblos. En el ejercicio de estas funciones, las autoridades sanitarias actuarán en colaboración con el Ministerio de Asuntos Exteriores».

normas internacionales, entre las que ocupa un lugar relevante el Reglamento Sanitario internacional, aprobado por la Asamblea de dicha Organización en 1951 y revisado posteriormente, al imponer específicas obligaciones a los Estados en esta materia, tanto respecto a notificaciones e informaciones epidemiológicas como en relación a la organización y funcionamiento de los servicios sanitarios apropiados para evitar tales riesgos»⁷⁶³.

En segundo lugar, las competencias del Estado en materia de sanidad interior quedan sistematizadas de la siguiente forma: legislación básica, coordinación y planificación, y alta de inspección.

En lo que se refiere al primer punto, sobre la legislación básica esta forma parte de las competencias del Estado por tres motivos principalmente: la necesidad de establecer una regulación homogénea en todo el país; lo que, faculta al Estado para establecer una legislación general sobre las actuaciones públicas⁷⁶⁴; y finalmente, esto permite establecer una regulación uniforme, en el sentido de sentar un sistema organizativo coherente y racional⁷⁶⁵.

En este sentido, las competencias del Estado sobre legislación básica se establecen en el artículo 40 de la Ley General de Sanidad. Al respecto, ha sido el Tribunal Constitucional el encargado de delimitar el desarrollo y caracteres de esta competencia. Así, por ejemplo, la STC 182/1988, de 13 de octubre, señala que el desarrollo legislativo básico debe tener una concreción suficiente en su determinación que permita a las CC.AA. tener certeza jurídica del contenido de la misma⁷⁶⁶. Y, posteriormente, la STC

⁷⁶³ Vide STC 329/1994, de 15 de diciembre, FJ 2.

⁷⁶⁴ Vide Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “Ordenación farmacéutica y libertad de establecimiento en la Unión Europea”, *Noticias de la Unión Europea*, 321, (2011), pp. 120 y ss.

⁷⁶⁵ Vide Miguel BELTRÁN FELIPE, “La formación y la crisis de los servicios sanitarios públicos”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 88, (1995), pp. 639 y ss.

⁷⁶⁶ Vide STC 182/1988, de 13 de octubre, FJ 5: «Lo que no es admisible constitucionalmente es que la norma pretendidamente básica -con independencia ahora del rango normativo que tenga- no concrete lo básico sino por remisión a una posterior labor deductiva a desarrollar sobre la propia disposición o sobre cualesquiera otras, ya que con ello se crea un ámbito de inseguridad y confusión radicalmente incompatible con el sistema de distribución de competencias constitucionalmente establecido. La consecuencia no puede ser otra, por tanto, que la de negar el carácter básico del art. 10.2 del Real Decreto impugnado, en cuanto condiciona el ejercicio de las competencias autonómicas a unos inconcretos y ambiguos principios generales en la coordinación y planificación, no pudiéndose reconocer en tal previsión un ejercicio adecuado de la competencia estatal para la ordenación de las bases de la materia de sanidad interior».

13/1989, de 26 de enero, FJ3, establece las condiciones que debe cumplir esta normativa básica:

«En primer lugar, el Estado debe garantizar, a través de las normas básicas, un común denominador normativo -dirigido a asegurar, de manera unitaria y en condiciones de igualdad, los intereses generales- a partir del cual pueda cada Comunidad Autónoma, en atención a sus propios intereses, introducir las peculiaridades que estime convenientes y oportunas, dentro del marco competencial que en la materia le asigne su Estatuto(...); en segundo término, en la definición de lo básico deben observarse también las impescindibles garantías de certidumbre jurídica, que permitan a las Comunidades Autónomas conocer con la mayor exactitud posible cuál es el marco normativo al que deben sujetarse en el ejercicio de sus competencias de desarrollo de la legislación estatal básica. A esta segunda finalidad se orienta la exigencia de que las "bases" se regulen, en principio, por Ley formal y de que la propia Ley declare expresamente el alcance básico de todas o parte de sus normas o, al menos, permita inferir esta condición de las mismas sin especial dificultad. No obstante es admisible, como excepción, que el Gobierno de la Nación pueda regular por Decreto alguno de los aspectos básicos de una materia cuando resultan complemento necesario para garantizar el fin a que responde la competencia estatal sobre las bases, excepción o dispensa de la exigencia normal de suficiencia de rango normativo, que encuentra su principal justificación en el caso de la legislación preconstitucional -o anterior a la aprobación de los Estatutos de Autonomía-, es decir, en aquellos supuestos en que no le era posible al Estado prever la ulterior atribución de competencias a las Comunidades Autónomas y desplegar la correspondiente actividad legislativa de delimitación de lo básico».

En lo que se refiere al segundo punto sobre coordinación y planificación, la Ley General de Sanidad regula en los artículos 70 a 77 la coordinación y planificación en materia sanitaria. Y, para completar el régimen jurídico se aprobó la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud cuyo objetivo principal es establecer el marco para las acciones de coordinación y cooperaciones de las distintas

Administraciones Públicas, y de los servicios y prestaciones sanitarias⁷⁶⁷. En este sentido, el Tribunal Constitucional entiende que en lo que se refiere a la coordinación general de la sanidad debe ser entendida como:

«debe ser entendida como la fijación de medios y de sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades sanitarias estatales y comunitarias en el ejercicio de sus respectivas competencias de tal modo que se logre la integración de actos parciales en la globalidad del sistema sanitario»⁷⁶⁸.

Y, finalmente, en lo que se refiere a la alta de inspección, ésta es una competencia reconocida del Estado en los distintos Estatutos de Autonomía que posibilita a supervisar que la legislación de desarrollo o ejecución establecida se adopta de acuerdo con las pautas marcadas en la legislación básica. En este sentido, la doctrina apunta que la alta inspección se configura como una competencia del Ministerio de Salud destinada a garantizar el correcto desarrollo de las responsabilidades de los actores del Sistema Nacional de Salud. Sin embargo, el Ministerio ha desempeñado esta función de forma restringida⁷⁶⁹.

En la actualidad, la regulación jurídica de esta actividad es realizada por la Ley 16/2013, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, en el artículo 76. No obstante, esta función tampoco ha estado exenta de controversia jurídica, en lo que se refiere a los límites de las actuaciones que puede realizar el Estado, y así mismo, se pronuncia el Tribunal Constitucional:

«La alta inspección constituye una competencia estatal de vigilancia, pero no un control genérico e indeterminado que implique dependencia jerárquica de las Comunidades Autónomas respecto a la Administración del Estado, sino un instrumento de verificación o fiscalización que puede llevar en su caso a instar la

⁷⁶⁷ Vide Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “Libertad de establecimiento de farmacias en la Unión Europea”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXV, Semestre II, (2010), pp. 382 y ss.

⁷⁶⁸ Vide STC 32/1983, de 28 de abril, FJ 2.

⁷⁶⁹ Vide José M^a VIA I REDONS, “Política sanitaria en la España de las autonomías”, *Revista de Humanidades*, 2, (2002), pp. 195 y ss.

actuación de los controles constitucionalmente establecidos en relación con las Comunidades Autónomas, pero no a sustituirlos convirtiendo a dicha alta inspección en un nuevo y autónomo mecanismo directo de control (...). Entre las funciones de la Alta Inspección pueden figurar las de supervisar y analizar, ya que en modo alguno suponen un control, tutela o superioridad jerárquica o el ejercicio de una actividad limitadora de alguna competencia de la Comunidad Autónoma, sino tan sólo el desarrollo de una actividad de tipo informativo o de comprobación»⁷⁷⁰.

Y, finalmente, las competencias del Estado en materia de productos farmacéuticos se estructuran de acuerdo con la Ley 16/1997, de 25 de abril, de Regulación de las Oficinas de Farmacia, que establece el marco jurídico básico, complementado con las disposiciones en esta materia de las Comunidades Autónomas⁷⁷¹. No obstante, en todo caso las Comunidades Autónomas deberán tener en cuenta las normas básicas que dicte el Estado, puesto que, la ordenación de las oficinas de farmacia⁷⁷², en cuanto que son establecimientos sanitarios, deberán respetar las bases constitucionales⁷⁷³. En este sentido, el Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, se establecen los criterios básicos de ordenación del sector farmacéutico⁷⁷⁴.

Mientras que las Comunidades Autónomas⁷⁷⁵ se encargarán de gestionar las políticas de sanidad, estructurar sus propios sistemas de asistencia sanitaria y farmacia⁷⁷⁶,

⁷⁷⁰ Vide STC 32/1983, de 28 de abril, FJ2.

⁷⁷¹ Vide Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “El futuro de la ordenación farmacéutica en Andalucía”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, 2, (2003), pp. 497 y ss.

⁷⁷² Vide Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “Reconocimiento del título de farmacéutico especialista en la Unión Europea: farmacia hospitalaria [Comentario a la STJCE (Sala 2ª) de 8 de mayo de 2008]”, *Noticias de la Unión Europea*, 306, (2010), p. 106 y ss.

⁷⁷³ Vide Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “Transmisibilidad, caducidad y cotitularidad de las farmacias (Comentario a la STC 109/2003, de 5 de junio)”, *Revista Jurídica de Navarra*, 36, (2003), p. 190.

⁷⁷⁴ Vide Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, *Comentarios al estatuto del personal estatutario de los servicios de salud*, Tomo I y II, Bosch, Barcelona, 2004, pp. 44 y ss.

⁷⁷⁵ Vide Miriam CUETO PÉREZ, “Las competencias de las Comunidades Autónomas en materia sanitaria”, *Actualidad Administrativa*, 46, (1996), pp. 986 y ss.

⁷⁷⁶ Vide Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “Competencias sobre salud, sanidad y farmacia”, en Santiago MUÑOZ MACHADO y Manuel REBOLLO PUIG, *Comentario al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 520 y ss.

e higiene en sus territorios⁷⁷⁷. En el caso de la regulación de las oficinas de farmacia⁷⁷⁸, depende de las Comunidades Autónomas, aunque el Estado puede establecer legislación básica, para garantizar un conjunto de mínimos a todos los ciudadanos⁷⁷⁹. No obstante, tal y como advierte Pérez Gálvez, también podría asumir las competencias en materias que el artículo 149.1 no reserva a la titularidad estatal; las no contempladas en el artículo 149.1; las competencias legislativas sobre materias de competencia estatal que una ley marco les atribuya; y las facultades correspondientes a materia de titularidad estatal que por ley orgánica se les transfiera o delegue⁷⁸⁰.

B. El contenido del derecho.

La salud es un concepto que engloba «*un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente como la ausencia de afecciones o enfermedades*»⁷⁸¹. En consecuencia, la configuración legal del derecho tiene en cuenta que, no sólo debe de promover la salud, en un sentido estricto, sino que, debe garantizar el bienestar general de los ciudadanos. Si bien, dentro del derecho a la salud, se distinguen dos partes: por un lado, el derecho a la salud, en sentido estricto y, por otro lado, el derecho a la prestación del servicio a la salud⁷⁸².

La salud, de forma rigurosa, responde a una situación determinada del individuo, y por tanto, el derecho a la salud protege una parte de la autonomía privada de éste. Pero, la salud también se proyecta sobre una serie de valores que se convierten en opciones para la persona como, por ejemplo, podría ser el inicio y fin de la vida, la donación de órganos, o la gestión de la propia muerte. Esta realidad ha llevado a una parte de la

⁷⁷⁷ Vide CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA de 29 de diciembre de 1978, artículo 148.1: «*Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias: 21.ª Sanidad e higiene*».

⁷⁷⁸ Vide Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “La Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de farmacia de Andalucía: transmisibilidad, cotitularidad y caducidad”, *Revista Mexicana Studium Rei Romanae de Derecho Administrativo (Homenaje Internacional a Jorge Fernández Ruiz)*, 1, (2008), p. 193.

⁷⁷⁹ Vide Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, *Farmacia y patrimonio*, Editorial Ibarra de Arce, Andújar (Jaén), 1999, p. 116.

⁷⁸⁰ Vide Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “Salud, sanidad y farmacia en el nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXIX*, (2007), pp. 302 y ss.

⁷⁸¹ Vide ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Constitución adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional*, New York, 1946, Preámbulo.

⁷⁸² Vide Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, *Prescripción, indicación, uso y autorización de dispensación de medicamentos y productos sanitarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 120.

doctrina ha defender la naturaleza jurídica del derecho a la salud como un derecho de cuarta generación⁷⁸³.

Por otro lado, el derecho implica la prestación de un servicio para proteger esa salud. Si bien, la Ley General de Sanidad es la que se encarga de dotar de contenido a esta parte del derecho, en consecuencia, advierte la obligación de los poderes públicos de promoción, prevención, curación, asistencia y rehabilitación de la salud⁷⁸⁴. De este modo, a través de esta normativa será la primera vez en nuestra historia que el contenido del derecho a la salud aúne la sanidad preventiva y la curativa. Si bien, la salud preventiva era una facultad que aún quedaba en manos de la labor de policía de la Administración, mientras que, la sanidad curativa estaba vinculada a la beneficencia y a los seguros sociales⁷⁸⁵.

No obstante, este derecho se configura como un derecho de aspiración, en tanto que, no reconoce que los poderes públicos garanticen una buena salud a todos los ciudadanos, sino que, su obligación es poner a nuestra disposición los medios más adecuados para conseguir “*el más alto nivel de salud posible*”. Por ello, el derecho a la salud se materializa a través de las distintas prestaciones y servicios que existen a nuestra disposición. El problema es que, esta realidad, siempre implica cierto grado de insatisfacción, porque la salud de una persona nunca va a ser plena, y además, depende del avance de la ciencia, las innovaciones tecnológicas, y los medios de los que disponen los Estados. Así, cuando apenas hemos resuelto el tratamiento para una determinada enfermedad, aparece otro que hay que solventar⁷⁸⁶.

⁷⁸³ Vide Yolanda GÓMEZ SÁNCHEZ, “El derecho a la salud: un nuevo derecho de libertad”, en Fernando BANDRÉS MOYA y Santiago DELGADO BUENO, *Tratado de medicina legal y ciencias forenses. Derecho sanitario y medicina legal en el trabajo*, Tomo I, Vol. II, Bosh, Sabadell, 2011, p. 10; Vide Pedro TENORIO SÁNCHEZ, “Naturaleza y contenido del derecho constitucional a la protección de la salud y jurisprudencia de nuestro tribunal constitucional relativa al mismo”, *Revista General de Derecho Constitucional*, 27, (2018), pp. 8-11.

⁷⁸⁴ Vide Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, artículo 6.1: «1. Las actuaciones de las Administraciones Públicas Sanitarias estarán orientadas: 1. A la promoción de la salud. 2. A promover el interés individual, familiar y social por la salud mediante la adecuada educación sanitaria de la población. 3. A garantizar que cuantas acciones sanitarias se desarrollen estén dirigidas a la prevención de las enfermedades y no sólo a la curación de las mismas. 4. A garantizar la asistencia sanitaria en todos los casos de pérdida de la salud. 5. A promover las acciones necesarias para la rehabilitación funcional y reinserción social del paciente».

⁷⁸⁵ Vide Miriam CUETO PÉREZ, “El sector público sanitario: horizonte 2020”, en Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, *Retos y propuestas para el Sistema de Salud*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 200-201.

⁷⁸⁶ Vide Pablo ACOSTA GALLO, “Restricciones de gasto, gestión privada y copago en el servicio público de salud”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 4, (2012), p. 74.

Además, el contenido del derecho a la salud es ampliado como consecuencia de la relación médico-paciente que genera un derecho secundario, o de adhesión, al que la doctrina denomina “derechos del paciente”⁷⁸⁷. Si bien, los derechos del paciente⁷⁸⁸, como usuarios del servicio público de salud en España, se pueden delimitar en los siguientes: derecho a la libre elección del profesional y centro sanitario; derecho a una segunda opinión médica; derecho al consejo genético y las pruebas predictivas; derecho del paciente a que se le extienda certificado acreditativo sobre su estado de salud; derecho del paciente a utilizar las vías de reclamación, quejas y sugerencias⁷⁸⁹.

No obstante, por la ubicación que tiene el derecho a la salud, supeditado a las políticas de desarrollo y recursos económicos del país, crea la sensación de escasa o poca protección dentro del ordenamiento. Pero esto no es del todo cierto, porque si cuenta con ciertas garantías. En lo que refiere al contenido y configuración del derecho, en palabras de Pérez Gálvez⁷⁹⁰. podemos sentenciar lo siguiente: en primer lugar, es un derecho de configuración legal, es decir, que son los órganos legislativos los encargados de determinar el contenido y desarrollo del mismo⁷⁹¹; en segundo lugar, que el derecho a la salud esté considerado como un principio rector no equivale a que el contenido del mismo sea inexistente, sino que, se genera una obligación a los poderes públicos en aras de determinar su contenido⁷⁹²; en tercer lugar, en lo que atiende a la condición de asegurado, y beneficiario, no existe un régimen prestaciones establecido en la Constitución para su

⁷⁸⁷ Vide Alejandro MARTÍNEZ NAVARRO, “Los derechos del paciente como usuario del servicio público de salud”, en Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, *La seguridad del paciente*, o.c., pp. 297-298: «Los derechos del paciente se originan como facultades que el ordenamiento jurídico le reconoce a un individuo o a las personas, para que exijan a la Administración pública, representada en los profesionales de la salud, un comportamiento determinado, o una abstención, que se constituye en un deber jurídico u obligación».

⁷⁸⁸ Vide Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “Derechos de los usuarios en los servicios sanitarios: propuesta de un nuevo catálogo”, *Actualidad Administrativa*, 47-48, (2003), edición electrónica sin numerar.

⁷⁸⁹ Vide Alejandro MARTÍNEZ NAVARRO, “Los derechos del paciente como usuario del servicio público de salud”, en Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, *La seguridad del paciente*, o.c., pp. 301-329

⁷⁹⁰ Vide Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “El cierre de grandes corporaciones o franquicias en España: una crisis sanitaria que deja indefensos a los ciudadanos”, *Retos y propuestas para el Sistema de Salud*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 27-35.

⁷⁹¹ Vide STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 4: «(...) que corresponde al legislador respetando los valores y los principios constitucionales, así como el contenido del artículo 43 CE en lo que atañe a las condiciones de acceso a las prestaciones sanitarias».

⁷⁹² Vide STC 139/2016, de 21 de julio, FJ 8: «La naturaleza del derecho a la salud como principio rector no implica que el art. 43 CE constituya una norma únicamente programática, vacía de contenido, sin referencias que lo informen, especialmente con relación al legislador, que debe configurarlo en virtud del mandato del art. 43.2 CE para que establezca las prestaciones necesarias para tutelar la salud pública».

consecución, por lo que los beneficiarios del derecho difieren de las condiciones del régimen de seguridad social⁷⁹³; y, en cuarto lugar, la prestación de este derecho tiende a la universalización de las prestaciones⁷⁹⁴. Esta tendencia ha quedado demostrada a raíz de la promulgación del Decreto⁷⁹⁵ del acceso universal al Sistema Nacional de Salud.

En consecuencia, el derecho a la salud se configura como un derecho de prestación o un derecho social cuya materialización se hace efectiva a través del Sistema Nacional de Salud, que se encarga de ejercitar las obligaciones genéricas anteriormente citadas. Ahora bien, serán el tipo de prestaciones, así como la organización y distribución del sistema, los que permitan aseverar la asunción o no de las normas y principios del derecho internacional. Es decir, la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad del sistema va a depender en gran medida del tipo de sistema de protección que se desarrolle.

3.2. El Sistema Nacional de Salud.

3.2.1. La regulación legal del Sistema Nacional de Salud y sus características.

El Sistema Nacional de Salud es la estructura a través de la cual se articula la prestación de la asistencia sanitaria en España, como materialización del derecho social propugnado en el art. 43 CE. Si bien, el Sistema Nacional de Salud «*integra todas las funciones y prestaciones sanitarias que (..) son responsabilidad de los poderes públicos para el debido cumplimiento del derecho a la protección de la salud*»⁷⁹⁶. De forma que,

⁷⁹³ Vide Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “El cierre de grandes corporaciones o franquicias en España: una crisis sanitaria que deja indefensos a los ciudadanos”, Retos y propuestas para el Sistema de Salud, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 29: «*La nueva regulación de la condición de asegurado y la limitación de la cobertura que resulta de las modificaciones introducidas por el Real Decreto-ley 16/2012 y el marco normativo preexistente. Supone un giro en la anterior política de progresiva extensión de la asistencia sanitaria gratuita o bonificada, a partir de la creación del Sistema Nacional de Salud*».

⁷⁹⁴ Ídem p. 29: «*La universalización del acceso a las prestaciones sanitarias sufragadas con fondos públicos ha sido, desde la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad (LGS), un objetivo a perseguir en el que no se ha llegado ni a la desvinculación absoluta con respecto a la Seguridad Social ni a un acceso incondicionado y gratuito para todos los residentes en territorio español*».

⁷⁹⁵ Vide Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud, Preámbulo: «*El presente real decreto-ley obedece fundamentalmente a la necesidad de garantizar la universalidad de la asistencia, es decir, a garantizar el derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria, en las mismas condiciones, a todas las personas que se encuentren en el Estado Español*».

⁷⁹⁶ Vide Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, artículo 45.

éste va a estar configurado por el conjunto de prestaciones sanitarias brindadas tanto por las Administración del Estado, como por las Comunidades Autónomas.

Nuestro sistema actual de salud se ha configurado después de un proceso continuo de reformas, fundamentalmente a partir de la Ley 14/1968, General de Sanidad, la Ley 16/2003 de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, la Ley 29/2006, de Garantía y usos racional de los medicamentos y productos sanitarios, el Real Decreto-ley 16/2012 de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, y la más reciente norma sobre la universalización del acceso al Sistema Nacional de Salud, mediante Real Decreto-Ley 7/2018⁷⁹⁷.

Las características fundamentales del Sistema Nacional de Salud son la universalización de los servicios; la organización adecuada para la prestación de la atención adecuada de la salud; la coordinación de los recursos sanitarios; la financiación de las obligaciones derivadas de la prestación de determinados servicios; y la prestación del servicio del cuidado de la salud procurando altos niveles de calidad⁷⁹⁸. Cada Comunidad Autónoma va a constituir su propio sistema de salud, el cual, respetando la normativa básica, se va a encargar de organizar todos los centros, servicios y establecimientos sanitarios de su territorio. Además, deberán de elaborar un plan de salud⁷⁹⁹ que recoja todas las acciones sanitarias necesarias para cumplir con la finalidad que tienen encomendados sus servicios⁸⁰⁰. No obstante, los servicios de salud que se

⁷⁹⁷ Vide Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud.

⁷⁹⁸ Vide Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, artículo 46: «Son características fundamentales del Sistema Nacional de Salud: a) La extensión de sus servicios a toda la población. b) La organización adecuada para prestar una atención integral a la salud, comprensiva tanto de la promoción de la salud y prevención de la enfermedad como de la curación y rehabilitación. c) La coordinación y, en su caso, la integración de todos los recursos sanitarios públicos en un dispositivo único. d) La financiación de las obligaciones derivadas de esta Ley se realizará mediante recursos de las Administraciones Públicas, cotizaciones y tasas por la prestación de determinados servicios. e) La prestación de una atención integral de la salud procurando altos niveles de calidad debidamente evaluados y controlados».

⁷⁹⁹ Vide María GARCÍA BARBERO y otros, “Planificación y programación en atención a la salud. Diseños de programas de salud”, en Joaquín FERNÁNDEZ-CREHUET NAVAJAS y otros, *Medicina preventiva y salud pública*, Elsevier, Madrid, 2015, pp. 902-906.

⁸⁰⁰ Vide Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, artículo 54: «Cada Comunidad Autónoma elaborará un Plan de Salud que comprenderá todas las acciones sanitarias necesarias para cumplir los objetivos de sus Servicios de Salud. El Plan de Salud de cada Comunidad Autónoma, que se ajustará a los criterios generales de coordinación aprobados por el Gobierno, deberá englobar el conjunto de planes de las diferentes Áreas de Salud».

configuren van a estar supeditados al cumplimiento de tres objetivos: sostenibilidad, eficiencia e igualdad.

Los fondos y recursos de los que disponen las Comunidades Autónomas no son ilimitados. De manera que, éstas deben racionalizar los recursos, ciñéndose a los presupuestos generales. Directamente relacionado con la sostenibilidad se encuentra la eficiencia en la utilización de los recursos. Una de las misiones que tienen encomendadas las Comunidades Autónomas es la organización del sistema de forma que, no se produzca un derroche de los bienes disponibles y se cubra de forma efectiva las necesidades sanitarias de la población. Y finalmente, deben promover la igualdad de trato entre todas las personas que sufran una necesidad de asistencia sanitaria o prestación de un determinado servicio. No cabiendo, por tanto, la posibilidad de trato discriminatorio de ningún tipo en la prestación de los servicios sanitarios⁸⁰¹.

El trato igualitario dentro de un sistema, que tiene diecisiete modalidades, con una normativa de desarrollo propia en cada uno ellos, es sin duda una cuestión a debatir. La controversia se puede centrar en dos vertientes. Por un lado, el catálogo de las prestaciones que se convienen, y la cobertura íntegra o parcial de éstas por el sistema. Y, por otro lado, el nivel y la calidad con la que se prestan estos servicios. Cada Comunidad Autónoma proveerá de recursos a su sistema sanitario en función de los presupuestos que maneje. Así, hay Comunidades, beneficiadas por el sistema de reparto financiero, como son el País Vasco y la Comunidad Foral de Navarra, que pueden permitirse invertir más y mejor en el sistema de salud. De forma que afirmar que todos los españoles reciban el mismo trato sanitario en condiciones de igualdad es altamente cuestionable.

Dentro de la organización de los distintos sistemas sanitarios regionales la prestación de los servicios se va a sistematizar en torno a dos estructuras. El primer nivel o de atención primaria⁸⁰² que sería la estructura más cercana a los ciudadanos, actuando

⁸⁰¹ Vide Manuel GARCÍA GOÑI y Ariadna GARCÍA PRADO, “Hacia una política sanitaria más dinámica: el caso español”, en Carlos MULAS GRANADOS, *El Estado dinamizador, nuevos riesgos, nuevas políticas y la reforma del Estado de Bienestar en Europa*, FIIAP, Madrid, 2010, pp. 161-162.

⁸⁰² Vide ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Declaración de Alma-Ata*, 1978, artículo VI: «La atención primaria de salud es la asistencia sanitaria esencial basada en métodos y tecnologías prácticos, científicamente fundados y socialmente aceptables, puesta al alcance de todos los individuos y familias de la comunidad mediante su plena participación y a un costo que la comunidad y el país puedan soportar, en todas y cada una de las etapas de su desarrollo con un espíritu de autorresponsabilidad y autodeterminación. La atención primaria forma parte integrante tanto del sistema nacional de salud, del que constituye la función central y el núcleo principal, como del desarrollo social y económico global de la comunidad. Representa el primer nivel de contacto de los individuos, la familia y la comunidad con el

como gestor de sus intereses, incluyendo tanto las acciones curativas como rehabilitadores, las de promoción de la salud y prevención de las enfermedades. Y, por otro lado, un segundo nivel o nivel especializado⁸⁰³, que incluye la asistencia domiciliaria, la hospitalización y la rehabilitación⁸⁰⁴.

3.2.2. Naturaleza jurídica de la protección de la salud.

El Sistema Nacional de Salud es el encargado de materializar la protección del derecho a la salud que se recoge en la Constitución, de forma que, a través de su estructura organizativa pública, presta servicios de asistencia sanitaria a la ciudadanía. En consecuencia, en tanto que esta actividad es prestada por una Administración Pública, la asistencia sanitaria tiene la consideración de servicio público. En consecuencia, la sanidad se convierte, por imperativo constitucional, en un servicio público al atribuir a los poderes públicos la capacidad de organización y de tutela de la salud pública. Por tanto, el Estado goza de título habilitante para intervenir en este sector, aunque no de forma exclusiva, sino que se permite la iniciativa privada. Además, éste tampoco ostenta un monopolio de su gestión, sino que se permite indirecta del servicio.

El derecho a la salud comparte ciertos caracteres con el derecho a la educación, en lo que respecta a su configuración y naturaleza jurídica. Si bien, en el propio texto constitucional se manifiesta el interés general que existe detrás de la protección a la salud, y que, a pesar de no ser un derecho fundamental, ha sido ampliamente regulado por nuestros legisladores⁸⁰⁵. Tal y como ya se ha advertido, éste no es un derecho vacío de

sistema nacional de salud, llevando lo más cerca posible la atención de salud al lugar donde residen y trabajan las personas, y constituye el primer elemento de un proceso permanente de asistencia sanitaria».

⁸⁰³ Vide Francisco GUILLÉN GRIMA y otros, “Área de salud. Atención especializada y hospitalización. Organización y Gestión de hospitales”, en Joaquín FERNÁNDEZ-CREHUET NAVAJAS y otros, *Medicina preventiva y salud pública*, o.c., pp. 1067-1068: «La atención especializada incluye: la ambulatoria, la hospitalaria, la coordinación de los niveles asistenciales, la atención hospitalaria de urgencia, la atención ambulatoria de día, y los centros, servicios y unidades de referencia».

⁸⁰⁴ Vide Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, artículo 18.2: «La atención primaria integral de la salud, incluyendo, además de las acciones curativas y rehabilitadoras, las que tiendan a la promoción de la salud y a la prevención de la enfermedad del individuo y de la comunidad. 3. La asistencia sanitaria especializada, que incluye la asistencia domiciliaria, la hospitalización y la rehabilitación».

⁸⁰⁵ Vide Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud, Preámbulo: «El presente real decreto-ley cumple con los principios de buena regulación a los que se refiere el artículo 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia y eficiencia, en tanto que el mismo persigue un interés general al pretender garantizar el derecho a la protección a la salud y a la atención sanitaria con carácter universal. No existe ninguna

contenido, sino que, por los intereses de la colectividad que protege, además de ser una de las grandes conquistas de los derechos sociales, ha sido consecuentemente reforzado a través de la normativa. Además, al igual que ocurre con el derecho a la educación, el criterio de continuidad en la prestación del servicio es evidente, si se tiene en consideración la red de estructuras e infraestructuras sanitarias que recorren nuestro país.

Sin embargo, en la “publicatio” del servicio si que existe cierta problemática. El texto constitucional no se pronuncia en ningún momento acerca de la exclusividad de prestación de este servicio por parte del poder público. De forma que, los servicios sanitarios podrán ser prestados por cualquier persona jurídica, admitida en derecho, que reúna los requisitos asentados en la normativa estatal. Sin embargo, al ser considerado éste como un servicio de carácter esencial, siguiendo la doctrina sentada por el tribunal constitucional, se encuentra incluido dentro del marco de los servicios públicos. Y es por ello, por lo que sólo tendrán la consideración de servicios públicos aquellos que sean prestados en el marco de una relación jurídica donde el sujeto activo sea una Administración Pública. El resto de los servicios prestados por entes de derecho privado no adquirirán tal condición.

Y, de igual manera, tampoco se obliga al Estado a la gestión directa de las prestaciones que realiza el Sistema Nacional de Salud, tal y como ha sido avalado por el Tribunal Constitucional⁸⁰⁶. La modalidad de gestión indirecta más extendida del servicio es el concierto. Si bien, esta comenzó a utilizarse como una forma de externalizar no estrictamente sanitarios (como el parking, la lavandería o el catering) y posteriormente, se ha ampliado a éstos. Mediante este modo de gestión, la totalidad de los servicios son asumidos (sanitarios y no sanitarios) son asumidos por el sector privado, pero mediante financiación pública, como norma general, a través de un sistema de pago capitativo. De este modo, la Comunidad Autónoma paga un porcentaje anual por los habitantes de la

alternativa regulatoria menos restrictiva de derechos y resulta coherente con el ordenamiento jurídico tanto nacional como europeo».

⁸⁰⁶ Vide STC 84/2015, de 30 de abril, FJ 8, “Por consiguiente, no podemos compartir la tesis defendida por los Senadores recurrentes en punto a la infracción del art. 43 CE. Tampoco podemos hacer nuestra la denuncia de vulneración de la competencia exclusiva del Estado sobre legislación básica en materia de sanidad (art. 149.1.16 CE), máxime si tenemos en cuenta que, como ya hemos indicado, el legislador autonómico madrileño se ha movido dentro de los límites definidos por el propio legislador básico estatal en la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud. La opción por un sistema de gestión indirecta de los hospitales a los que es aplicable el art. 62 de la Ley 8/2012, no representa, por ello mismo, una auténtica novedad sino la utilización de una posibilidad que, más allá de su mayor o menor novedad, abrió el legislador básico estatal en la Ley de 25 de abril de 1997”.

zona sanitaria, o toda el área de salud, por lo que, a priori, la gestión del servicio es a riesgo y ventura del contratista⁸⁰⁷. Sin embargo, si el contratista considera que la retribución no es suficiente para la gestión del servicio, se pone en riesgo la continuidad del mismo, y al final, los sobrecostos sobre el precio pactado deben ser asumidos por la Administración competente⁸⁰⁸.

La gestión indirecta de la prestación del servicio parece colisionar con los postulados de universalidad e igualdad de trato del derecho, por ello, no cuentan con aceptación popular. La relación del coste del servicio (si tenemos en cuenta que es una cuantía fija) y el beneficio empresarial que supone toda actividad lucrativa, puede poner en riesgo las bases de nuestro sistema. Así, por muchas ventajas que se pretenden atribuir a esta gestión, principalmente el ahorro de costes, no cuenta con confianza entre la sociedad. No obstante, es necesario añadir que la eficiencia del sistema no depende de la gestión pública o privada, sino de encontrar un modelo de gestión adecuado a las necesidades que se pretenden cubrir⁸⁰⁹.

3.2.3. Elementos que configuran el régimen de protección del derecho a la salud.

El derecho a la salud se configura por tres elementos. El primero de los elementos corresponde al elemento subjetivo que, a su vez, nos permite distinguir dos posiciones dentro de la relación jurídica. Por un lado, quién presta el servicio o sujeto activo de la relación y, por otro lado, quién recibe la prestación, o el sujeto pasivo. El sujeto activo está representado por los distintos sistemas de salud, promovidos por las Comunidades Autónomas, y cuya base general estaría sustentada por las disposiciones generales del Estado y la normativa básica de desarrollo. En otras palabras, se compone por todas las estructuras e infraestructuras de carácter público que desarrollan las funciones de

⁸⁰⁷ Vide Francisca VILLALBA PÉREZ, “Externalización de los servicios sanitarios: nuevas perspectivas y orientaciones”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 182, (2017), pp. 323-353: «No existe una transparencia real de riesgo dada la imposibilidad de cerrar los centros sanitarios como consecuencia de la obligación legal de la Administración sanitaria de prestar el servicio a la población. En este contexto las empresas adjudicadoras pueden forzar la negociación en un juego de “todo o nada” que permite renegociar condiciones para hacer siempre rentable la concesión».

⁸⁰⁸ Vide Miriam CUETO PÉREZ, “El sector público sanitario: horizonte 2020”, en Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, *Retos y propuestas para el Sistema de Salud*, o.c., pp. 185-187.

⁸⁰⁹ Vide Pablo ACOSTA GALLO, “Restricciones de gasto, gestión privada y copago en el servicio público de salud”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 4, (2012), p. 78.

asistencia sanitaria. Mientras que, el sujeto pasivo de la relación está representando por todos los ciudadanos. La discordia por la conceptualización de la universalidad del Sistema Nacional de Salud ha hecho correr ríos de tinta⁸¹⁰, tanto de doctrina como de jurisprudencia, distinguiendo el acceso al sistema de salud por criterios como la nacionalidad, la condición de beneficiario o de asegurado. Sin embargo, tras las modificaciones implantadas por la reforma de 2018, es palmario que el Sistema Nacional de Salud se caracteriza por abarcar con sus prestaciones a toda la ciudadanía⁸¹¹.

En segundo lugar, el elemento objetivo de la relación se corresponde con los servicios sanitarios que se prestan por parte de los distintos sistemas de salud. En este caso, englobaría el ya citado contenido del derecho, tanto de medicina preventiva, curativa, asistencial o de rehabilitación que, se preste a través de cualquiera de las infraestructuras públicas del elemento subjetivo activo de la relación.

En tercer lugar, el elemento conectivo se identifica con aquello que une tanto al elemento objetivo como subjetivo de la relación jurídica. El propio decreto de universalización de la sanidad vincula la prestación de los servicios con la necesidad de residencia en territorio español⁸¹². No obstante, la ley abarca como sujetos pasivos de la

⁸¹⁰ Vide Miriam CUETO PÉREZ, “El sector público sanitario: horizonte 2020”, en Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, *Retos y propuestas para el Sistema de Salud*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 200 y ss.

⁸¹¹ Vide Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud, Preámbulo: «Los antecedentes normativos existentes en nuestro país en reiteradas ocasiones han aludido a la universalidad de la atención sanitaria. Así, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que regula todas las acciones que permiten hacer efectivo el derecho a la protección de la salud reconocido en el artículo 43 y concordantes de la Constitución Española, establece los principios y criterios sustantivos que han permitido configurar el Sistema Nacional de Salud, como son el carácter público y la universalidad del sistema. Asimismo, la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, antes de su modificación en el año 2012, establecía, entre sus principios generales, el aseguramiento universal y público por parte del Estado y recogía los titulares de los derechos a la protección de la salud y a la atención sanitaria. La reforma que instauró el mencionado Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, desvirtuó el derecho a la protección de la salud al anular su vocación universal y eliminar la titularidad del derecho establecida en la Ley 16/2003, de 28 de mayo. Supuso, de este modo, una involución del esquema legal de cobertura hasta entonces armónico con los principios que, de conformidad con los tratados internacionales, la Constitución Española y la Ley 14/1986, de 25 de abril, deben imperar en las políticas sanitarias, en la actuación de los poderes públicos y la configuración de las características fundamentales del Sistema Nacional de Salud».

⁸¹² *Ibidem* Artículo 2: «Esto se lleva a cabo mediante la recuperación de la titularidad del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria a todas las personas, independientemente de su nacionalidad, que tengan establecida su residencia en el territorio español, incluyendo aquellas que en aplicación de los reglamentos comunitarios o convenios bilaterales tengan acceso a la misma en la forma que estas disposiciones lo indiquen»; *Ibidem* Artículo 3: «Son titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria todas las personas con nacionalidad española y las personas extranjeras que tengan establecida su residencia en el territorio español.»

prestación a aquellos que se encuentren de manera irregular en España⁸¹³. Esto genera cierta problemática, puesto que, la asistencia médica y sanitaria se provee en España sin necesidad de elemento acreditativo alguno de nacionalidad, residencia o expedición de tarjeta sanitaria.

Y, es por ello, por lo que el criterio de residencia resulta ante todo controvertido. Lo primero que se encuentra, es que la ley no define que debe entenderse por residencia a efectos de la prestación de los servicios sanitarios. De esta forma, es necesario acudir al derecho supletorio para ver que se entiende por residencia. Según el diccionario jurídico se define la residencia como *«el lugar en que se reside»*. Realmente este concepto no aporta ninguna solución al problema planteado. Si bien, en la normativa administrativa la residencia se demuestra a través del padrón de habitantes⁸¹⁴, pero esto excluiría a aquellas personas que no estén inscritas en este instrumento, es decir, las personas que residan de manera ilegal, lo que iría en contra de la norma que lo incluye expresamente.

Sin embargo, al añadir la nota de habitualidad en la residencia que, en algunas ocasiones, se utiliza en la propia normativa, sí que se esclarece un poco más la problemática. Por residencia habitual debe entenderse, según la RAE, *«el lugar donde una persona física está establecida a título principal, aunque no figure en registro alguno y aunque carezca de autorización de residencia»*.

Tal y como puede observarse, se obvia la necesidad de autorización y de inscripción en registro, lo que permitiría amparar a las personas en situación ilegal en España. De esta forma, el establecer el criterio de residencia habitual se podría incluir a toda la ciudadanía. No obstante, para mí lo que hace la Ley es establecer una presunción de residencia habitual de todas las personas que pretenden acceder al servicio sanitario. Por ello, no necesitan demostrar un vínculo o conexión con el territorio, sino que, basta

⁸¹³ La única exclusión de la asistencia sanitaria, en caso de extranjería, en favor de las personas no registradas ni autorizadas como residentes, consiste en la ausencia del derecho a la cobertura de la asistencia sanitaria fuera del territorio español financiada con cargo a los fondos públicos, *Ibidem* Artículo 3 ter apartado 2: *«La asistencia sanitaria a la que se refiere este artículo no genera un derecho a la cobertura de la asistencia sanitaria fuera del territorio español financiada con cargo a los fondos públicos de las administraciones competentes, sin perjuicio de lo dispuesto en las normas internacionales en materia de seguridad social aplicables»*.

⁸¹⁴ *Vide* Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, artículo 16.1.: *«El Padrón municipal es el registro administrativo donde constan los vecinos de un municipio. Sus datos constituyen prueba de la residencia en el municipio y del domicilio habitual en el mismo»*.

con la mera presencia física en un determinado lugar para presumir la residencia dentro de éste.

El elemento conectivo sería mucho más fácil de delimitar si la atención dentro del sistema sanitario requiriera de forma obligatoria la tarjeta sanitaria. Es más, el propio decreto de universalización señala que «*las Comunidades Autónomas las encargadas de fijar el procedimiento para la solicitud y expedición del documento certificativo que acredite a las personas extranjeras para poder residir en España*»⁸¹⁵. Sin embargo, la Ley no aclara si el acceso a la prestación se hace a través de la expedición de la tarjeta sanitaria, lo cual pueda permitir una mayor homogenización del procedimiento y facilitar la asistencia⁸¹⁶.

3.2.4. La organización del sistema y el grupo normativo regulador.

Las competencias de organización y gestión del sistema se encuentran distribuidas entre el Estado y las Comunidades Autónomas. De forma que, el grupo normativo regulador conforma un entramado de leyes en la protección del derecho a la salud. En primer lugar, y dentro del ámbito estatal debemos señalar las siguientes normas:

MATERIA	LEYES
SALUD PÚBLICA	<ul style="list-style-type: none"> - Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública. - Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. - Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública.
MEDICINA	<ul style="list-style-type: none"> - Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos. - Ley 29/1980, de 21 de junio, de autopsias clínicas.

⁸¹⁵ Vide Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud, artículo 3 ter.

⁸¹⁶ Vide Miriam CUETO PÉREZ, “El sector público sanitario: horizonte 2020”, en Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, *Retos y propuestas para el Sistema de Salud*, o.c., pp. 214-215.

	<ul style="list-style-type: none"> - Real Decreto 1088/2005, de 16 de septiembre, por el que se establecen los requisitos técnicos y condiciones mínimas de la hemodonación y de los centros y servicios de transfusión. - Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. - Real Decreto 825/2010, de 25 de junio, de desarrollo parcial de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. - Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad. - Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio, de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva.
<p>BIOLOGÍA Y GENÉTICA</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Ley 9/2003, de 25 de abril, por la que se establece el régimen jurídico de la utilización confinada, liberación voluntaria y comercialización de organismos modificados genéticamente. - Real Decreto 178/2004, de 30 de enero, por el que se aprueba el Reglamento general para el desarrollo y ejecución de la Ley 9/2003, de 25 de abril, por la que se establece el régimen jurídico de la utilización confinada, liberación voluntaria y comercialización de organismos modificados genéticamente. - Real Decreto 2132/2004, de 29 de octubre, por el que se establecen los requisitos y procedimientos para solicitar el desarrollo de proyectos de investigación con células troncales obtenidas de preembriones sobrantes. - Real Decreto 65/2006, de 30 de enero, por el que se establecen requisitos para la importación y exportación de muestras biológicas. - Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. - Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica.

	<ul style="list-style-type: none"> - Real Decreto 1716/2011, de 18 de noviembre, por el que se establecen los requisitos básicos de autorización y funcionamiento de los biobancos con fines de investigación biomédica y del tratamiento de las muestras biológicas de origen humano, y se regula el funcionamiento y organización del Registro Nacional de Biobancos para investigación biomédica. - Real Decreto-ley 9/2014, de 4 de julio, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos. - Real Decreto 318/2016, de 5 de agosto, por el que se regula el procedimiento de autorización para la realización de actividades de promoción y publicidad de la donación de células y tejidos humanos.
<p>ASISTENCIA SANITARIA</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Real Decreto 137/1984, de 11 de enero, sobre estructuras básicas de salud. - Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud. - Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. - Real Decreto 183/2004, de 30 de enero, por el que se regula la tarjeta sanitaria individual. - Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización. - Real Decreto 1207/2006, de 20 de octubre, por el que se regula la gestión del Fondo de cohesión sanitaria. - Real Decreto 1039/2011, de 15 de julio, por el que se establecen los criterios marco para garantizar un tiempo máximo de acceso a las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud.

	<ul style="list-style-type: none"> - Real Decreto-ley 9/2011, de 19 de agosto, de medidas para la mejora de la calidad y cohesión del sistema nacional de salud, de contribución a la consolidación fiscal, y de elevación del importe máximo de los avales del Estado para 2011. - Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones. - Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud. - Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud. - Real Decreto 576/2013, de 26 de julio, por el que se establecen los requisitos básicos del convenio especial de prestación de asistencia sanitaria a personas que no tengan la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud y se modifica el Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud. - Real Decreto 81/2014, de 7 de febrero, por el que se establecen normas para garantizar la asistencia sanitaria transfronteriza, y por el que se modifica el Real Decreto 1718/2010, de 17 de diciembre, sobre receta médica y órdenes de dispensación.
<p>DERECHOS Y DEBERES DE LOS USUARIOS</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Real Decreto 1575/1993, de 10 de septiembre, por el que se regula la libre elección de médico en los servicios de atención primaria del Instituto Nacional de la Salud. - Real Decreto 8/1996, de 15 de enero, sobre libre elección de médico en los servicios de atención especializada del Instituto Nacional de la Salud.

	<ul style="list-style-type: none"> - Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. - Real Decreto 124/2007, de 2 de febrero, por el que se regula el Registro nacional de instrucciones previas y el correspondiente fichero automatizado de datos de carácter personal. - Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal. - Real Decreto 1093/2010, de 3 de septiembre, por el que se aprueba el conjunto mínimo de datos de los informes clínicos en el Sistema Nacional de Salud. - Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.
--	--

Mientras que, en lo que respecta a la normativa desarrollada por las Comunidades Autónomas, resultan de aplicación las siguientes leyes:

COMUNIDAD AUTÓNOMA	LEY
ANDALUCÍA	<ul style="list-style-type: none"> - Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía. - Ley 7/2003, de 20 de octubre, por la que se regula la investigación en Andalucía con preembriones humanos no viables para la fecundación in vitro. - Ley 5/2003, de 9 de octubre, de declaración de voluntad vital anticipada. - Ley 1/2007, de 16 de marzo, por la que se regula la investigación en reprogramación celular con finalidad exclusivamente terapéutica.

	<ul style="list-style-type: none"> - Ley 11/2007, de 26 de noviembre, Reguladora del Consejo Genético, de protección de los derechos de las personas que se sometan a análisis genéticos y de los bancos de ADN humano en Andalucía. - Ley 2/2010, de 8 de abril, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte. - Ley 16/2011, de 23 de diciembre, de Salud Pública de Andalucía
ARAGÓN	<ul style="list-style-type: none"> - Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón. - Ley 10/2011, de 24 de marzo, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de morir y de la muerte. - Ley 5/2014, de 26 de junio, de Salud Pública de Aragón
CANARIAS	<ul style="list-style-type: none"> - Ley 1/2015, de 9 de febrero, de derechos y garantías de la dignidad de la persona ante el proceso final de su vida.
CANTABRIA	<ul style="list-style-type: none"> - Ley 7/2006, de 15 de junio, de garantías de tiempos máximos de respuesta en atención sanitaria especializada en el sistema sanitario público de Cantabria.
CASTILLA LA MANCHA	<ul style="list-style-type: none"> - Ley 6/2005, de 7 de julio, sobre la Declaración de Voluntades Anticipadas en materia de la propia salud. - Ley 5/2010, de 24 de junio, sobre derechos y deberes en materia de salud de Castilla-La Mancha. - Ley 3/2014, de 21 de julio, de garantía de la atención sanitaria y del ejercicio de la libre elección en las prestaciones del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha.
CASTILLA Y LEÓN	<ul style="list-style-type: none"> - Ley 8/2003, de 8 de abril, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud. - Ley 10/2010, de 27 de septiembre, de salud pública y seguridad alimentaria de Castilla y León.

CATALUÑA	<ul style="list-style-type: none"> - Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica. - Ley 7/2003, de 25 de abril, de Protección de la Salud. - Ley 18/2009, de 22 de octubre, de salud pública.
COMUNITAT VALENCIANA	<ul style="list-style-type: none"> - Ley 10/2014, de 29 de diciembre, de Salud de la Comunitat Valenciana.
EXTREMADURA	<ul style="list-style-type: none"> - Ley 10/2001, de 28 de junio, de Salud de Extremadura. - Ley 1/2005, de 24 de junio, de tiempos de respuesta en la atención sanitaria especializada del sistema sanitario público de Extremadura. - Ley 3/2005, de 8 de julio, de información sanitaria y autonomía del paciente. - Ley 7/2011, de 23 de marzo, de salud pública de Extremadura
GALICIA	<ul style="list-style-type: none"> - Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes. - Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia. - Ley 12/2013, de 9 de diciembre, de garantías de prestaciones sanitarias. - Ley 5/2015, de 26 de junio, de derechos y garantías de la dignidad de las personas enfermas terminales
ILLES BALEARS	<ul style="list-style-type: none"> - Ley 5/2003, de 4 de abril, de Salud de las Illes Balears. - Ley 1/2006, de 3 de marzo, de voluntades anticipadas. - Ley 16/2010, de 28 de diciembre, de salud pública de las Illes Balears. - Ley 4/2015, de 23 de marzo, de derechos y garantías de la persona en el proceso de morir.
LA RIOJA	<ul style="list-style-type: none"> - Ley 2/2002, de 17 de abril, de Salud.

	<ul style="list-style-type: none"> - Ley 9/2005, de 30 de septiembre, reguladora del documento de instrucciones previas en el ámbito de la sanidad.
MADRID	<ul style="list-style-type: none"> - Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de medidas en materia sanitaria. - Ley 3/2005, de 23 de mayo, por la que se regula el ejercicio del derecho a formular instrucciones previas en el ámbito sanitario y se crea el registro correspondiente. - Ley 6/2009, de 16 de noviembre, de Libertad de Elección en la Sanidad de la Comunidad de Madrid. - Ley 4/2017, de 9 de marzo, de Derechos y Garantías de las Personas en el Proceso de Morir
NAVARRA	<ul style="list-style-type: none"> - Ley Foral 10/1990, de 23 de noviembre, de Salud. - Ley Foral 12/1999, de 6 de abril, reguladora del Programa de Evaluación y Actuación sobre las listas de Espera Quirúrgicas Programadas del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea. - Ley Foral 14/2008, de 2 de julio, de Garantías de Espera en Atención Especializada. - Ley Foral 17/2010, de 8 de noviembre, de derechos y deberes de las personas en materia de salud en la Comunidad Foral de Navarra. - Ley Foral 8/2011, de 24 de marzo, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte. - Ley Foral 2/2013, de 14 de febrero, sobre atención sanitaria, continuada y urgente.
PAÍS VASCO	<ul style="list-style-type: none"> - Ley 7/2002, de 12 de diciembre, de las voluntades anticipadas en el ámbito de la sanidad. - Ley 12/2012, de 21 de junio, contra el Dopaje en el Deporte. - Ley 11/2016, de 8 de julio, de garantía de los derechos y de la dignidad de las personas en el proceso final de su vida.

PRINCIPADO DE ASTURIAS	- Ley 7/2019, de 29 de marzo, de Salud.
REGIÓN DE MURCIA	- Ley 4/1994, de 26 de julio, de Salud de la Región de Murcia. - Ley 3/2009, de 11 de mayo, de los derechos y deberes de los usuarios del sistema sanitario de la Región de Murcia.

3.2.5. La financiación del Sistema Nacional de Salud.

El Sistema Nacional de Salud al tener su origen directamente vinculado con la protección de la Seguridad Social compartirá con esta parte de su sistema de financiación. Así, el coste de las prestaciones del Sistema Nacional de Salud, hasta el año 1989 era asumida íntegramente por el Sistema de la Seguridad Social, que procedía de las contribuciones de los asalariados. Sin embargo, a partir de la promulgación de la Ley General de Sanidad, la financiación comienza a correr con cargo a los presupuestos generales del Estado, y de forma paulatina es asumida por éste. La finalización del proceso no se completará hasta el año 1999, en el que es financiado íntegramente a través de estos.

Con la promulgación de la Ley 21/2002, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del sistema de financiación de las Comunidades Autónomas, el Estado cede a las Comunidades Autónomas lo recaudado a través de una serie de impuestos, para que sean éstas mismas las que se encarguen de su gestión. En consecuencia, la financiación actual del sistema se realiza por vía impuestos generales no finalistas, y cuya gestión es autonómica. Esta situación está dejando en evidencia, cada vez más, la obsoleta redacción que recibe la protección del derecho a la salud en nuestra Constitución. El legislador debería resolver los problemas de confusión existentes entre las normas dirigidas a la Seguridad Social y aquellas destinadas al Sistema Nacional de Salud⁸¹⁷.

⁸¹⁷ Vide Tomás GÓMEZ FRANCO y José Ramón REPULLO LABRADOR, “Buscando el reforzamiento constitucional efectivo y proporcionado del derecho a la protección de la salud”, *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, 23, (2016), p. 19.

No obstante, lo que más preocupa de la financiación y gestión de la salud⁸¹⁸ no es tanto la ambigüedad de los términos y su relación con la seguridad social, sino la protección que se debe blindar a este derecho. No sólo el contenido del mismo, el cual como derecho social de reconocido interés general debería de conformarse en torno a los derechos fundamentales, sino también el régimen de financiación y los mínimos indispensables que las autoridades deben de proveer.

3.2.6. Los principales problemas del sistema.

El desarrollo de la protección del derecho a la salud en España se halla condicionada por factores sociales, como la esperanza de vida de la población, o los cambios en los valores, u otros de tipo económico, como la financiación y el modelo de gestión y sostenimiento del Sistema Nacional de Salud.

En primer lugar, en las últimas décadas se ha experimentado un descenso de la natalidad y aumento de la esperanza de vida en nuestro país. Sin embargo, la longevidad en sí misma de la población no se puede considerar como un problema, sino más bien, el origen de otros problemas, como pueden ser las enfermedades crónicas y, con ellas, el aumento del gasto sanitario, tanto en prestación asistencial, como farmacológico⁸¹⁹. En este sentido, señala Pérez Gálvez que:

«Los diferentes subsistemas han generado inercias que desbordan la naturaleza jurídica del mismo, que simplemente, de facto, se ha visto superado. Más que un sistema (en los términos que he expuesto), se fío la sostenibilidad del mismo a la cooperación, coordinación y colaboración, y esta, no ha conseguido vertebrar esta realidad. Quizás se pueda achacar el defecto a una deficiente regulación constitucional o legal, o quizás a la fuerza normativa de lo fáctico, pero es un hecho constatable, que el Sistema Nacional de Salud no es un sistema, o el mismo supone un fracaso efectivo de su desarrollo y mantenimiento. La Ley de Cohesión y Calidad del SNS trató de hacer frente a esta situación, pero no ha

⁸¹⁸ Vide Miriam CUETO PÉREZ, “Responsabilidad patrimonial de la administración y gestión de servicios sanitarios: incidencia de las Leyes 39/2015 y 40/2015 en el modelo actual”, *Derecho y Salud*, 26, (2016), pp. 335 y ss.

⁸¹⁹ Vide Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “Indicación, uso y autorización de dispensación de medicamentos y productos sanitarios de uso humano: acreditación”, *Derecho y Salud*, Vol. 26-Extra, (2016), p. 102.

conseguido coordinar y cohesionar una realidad descentralizada y plenamente operativa»⁸²⁰.

La propia OCDE ha advertido que el gasto sanitario de los países crece hace años, a consecuencia de los pacientes crónicos y los multipatológicos, convirtiéndose en una tendencia que se consolida⁸²¹. Además, nos encontramos una sociedad envejecida, como consecuencia de esa alta tasa de esperanza de vida y el descenso de la natalidad. Si bien, el descenso de la natalidad en nuestro país está influenciado por la falta de estabilidad del mercado de laboral, y por la incorporación plena de la mujer al mismos. En este sentido, las políticas de conciliación entre la vida laboral y personal no ayudan demasiado y, si sumamos, el cambio de valores sociales donde, para una gran parte de familias, tener hijos se ha convertido en una opción, y no como una obligación que culturalmente se imponía en otras épocas.

En segundo lugar, los movimientos migratorios que influyen en el régimen de la Seguridad Social también tienen consecuencias sobre la salud. En nuestro país, entran al año miles de personas por trabajo, o por turismo, creando dos tendencias migratorias: por un lado, lado las personas provenientes de países como Marruecos, Látino-América, o Europa del Este⁸²², que intentan mejorar su nivel de vida, y que configuran, en su mayoría, la mano de obra barata de nuestro país, puesto que acceden a empleos precarios; y por otro lado, una población mayor, o en edad de jubilación, que busca en España su lugar de retiro, sobre todo provenientes de Reino Unido y Alemania⁸²³.

Ambas tendencias necesitan una asistencia sanitaria especializada, y una proyección en los planes de salud que se adapte a sus necesidades. España puede llegar convertirse en la residencia para mayores de los países ricos de Europa, pero eso tiene un

⁸²⁰ Vide Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ y Antonia VILLEGAS OLIVA, “Medicamentos y productos sanitarios de uso humano: acreditación y competencias profesionales”, en Juan Francisco Pérez Gálvez (Dir), *Profesionales de la salud. Problemas jurídicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 157.

⁸²¹ Vide Manuel GARCÍA GOÑI y Ariadna GARCÍA PRADO, “Hacia una política sanitaria más dinámica: el caso español”, en Carlos MULAS GRANADOS, *El Estado dinamizador, nuevos riesgos, nuevas políticas y la reforma del Estado de Bienestar en Europa*, o.c., p. 166.

⁸²² Vide Miriam CUETO PÉREZ, “Sanidad”, en Alejandro BOTO Álvarez y Pilar RODRÍGUEZ MATEOS, *Los flujos migratorios en el ordenamiento jurídico español*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 210 y ss.

⁸²³ Vide Manuel GARCÍA GOÑI y Ariadna GARCÍA PRADO, “Hacia una política sanitaria más dinámica: el caso español”, en Carlos MULAS GRANADOS, *El Estado dinamizador, nuevos riesgos, nuevas políticas y la reforma del Estado de Bienestar en Europa*, o.c., p. 167.

coste económico que debe programarse, y encontrar una forma de financiación y gestión adecuada, teniendo en cuenta el empleo (y con él, las cotizaciones a la Seguridad Social) que acoge nuestro país.

En tercer lugar, en la prestación de los servicios influye el fenómeno de la globalización y el avance de la sociedad gracias a las nuevas tecnologías. Cualquier situación que ocurra en algún lugar del mundo, puede tener grandes consecuencias en nuestro país. Sólo hace falta reflexionar sobre lo ocurrido con el Covid-19, y los efectos que la expansión del virus ha provocado, afectando de pleno a nuestro sistema sanitario. Además, tampoco se puede obviar el efecto revolucionario que las nuevas tecnologías pueden tener en un sector tan importante como la salud, sobre la mejora de las condiciones de vida de las personas. Si bien, éstas están llegando para quedarse, y cuanto más tardemos en adaptarnos, más problemas ocasionará en la sociedad.

Al final el debate de la salud se centra en la sostenibilidad del Sistema Sanitario por el alto coste de las prestaciones y las necesidades, cada vez mayores, de la población que tienden a la inviabilidad presupuestaria de su gestión a corto plazo. El envejecimiento de la población, las crecientes exigencias de la población en la calidad y cantidad de los cuidados que reciben, así como también, y la exigencia de implantación de las innovaciones tecnológicas dificulta una gestión efectiva y sostenible de éste⁸²⁴.

Al mismo tiempo, la burocracia del sistema, la descoordinación entre las Administraciones, y la ausencia de una programación exhaustivas de las necesidades concretas de la población, van a impedir una efectiva protección del derecho a la salud⁸²⁵. Como ejemplo concreto, nuestro sistema adolece del escaso desarrollo de la atención de pacientes crónicos, y la desorganización con los problemas sociosanitario, así como también de un alto gasto farmacéutico y de medicina preventiva⁸²⁶. Además, de una

⁸²⁴ Vide Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “La sostenibilidad de los sistemas de salud en Europa y la nueva economía”, en Daniel MÁRQUEZ GÓMEZ (Coordinador), *Derecho Administrativo*, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas-Colegio Nacional, México D.F., México, 2019, pp. 141 y ss.

⁸²⁵ Vide Carlos ÁLVAREZ-DARDET DÍAZ, “Modelos de sistemas sanitarios. Financiación de los sistemas de salud. Análisis en el sistema de salud español”, en Joaquín FERNÁNDEZ-CREHUET NAVAJAS y otros, *Medicina preventiva y salud pública*, o.c., p. 1047.

⁸²⁶ Vide José Luis ALFONSO SÁNCHEZ y otros, “Sistema Sanitario español”, en Joaquín FERNÁNDEZ-CREHUET NAVAJAS y otros, *Medicina preventiva y salud pública*, o.c, pp. 1056-1057.

población que no sabe hacer uso de los servicios y que utiliza las urgencias en lugar de la atención primaria, colapsando las infraestructuras del sistema.

En consecuencia, la viabilidad del Sistema Nacional de Salud se está buscando en otras formas de gestión, por cualquiera de los medios admitidos en derecho, ya sea gestión privada, mixta o a través de Administraciones instrumentales. Pero esto no es la solución al problema, sino que será el modelo de servicios que queremos instaurar lo que va a permitir su viabilidad: son los programas de protección, prevención y coordinación de las distintas estructuras lo que permitirá garantizar su viabilidad.

Por ejemplo, la medicina predictiva puede ser un gran instrumento para la corrección de los problemas de salud, actuando incluso antes de que estos aparezcan. La medicina predictiva que, en esencia, es ir un paso hacia delante de la medicina preventiva, consiste en detectar las enfermedades precozmente por la predisposición genética de la enfermedad. El problema evidente de esta técnica es que plantea cuestiones ético-morales que deben contar con el consentimiento plenamente informado de los pacientes⁸²⁷.

4. La asistencia social como eje vertebrador de políticas.

4.1. La regulación jurídica del derecho a la asistencia social.

4.1.1. La protección internacional como garantía de las necesidades sociales.

La regulación de los servicios sociales va a ser una competencia propia de los distintos Estados. Sin embargo, no significa esto que la protección internacional que se brinda sobre el derecho carezca de importancia, sino todo lo contrario. La dimensión internacional, como consecuencia de la globalización, permite que las realidades exteriores tengan repercusión sobre los distintos países, de forma que, las soluciones a adoptar ante las disyuntivas sean comunes.

En el marco de la regulación y protección del derecho, éste se suele utilizar por parte de la comunidad internacional como instrumento de presión ante los Estados, para

⁸²⁷ Vide Joaquín FERNÁNDEZ-CREHUET NAVAJAS y otros, “La salud y sus determinantes. Concepto de medicina preventiva y salud pública. Desigualdad en salud”, *Medicina preventiva y salud pública*, o.c., p. 11.

que se esfuercen en mejorar las condiciones de sus ciudadanos, además de convertirse en útiles de legitimación de la sociedad. De este modo, con la finalidad de establecer un régimen de cohesión social del tratamiento del derecho, se utilizan una serie de instrumentos normativos, que permiten al menos promover un tratamiento similar de cada Estado, en sus términos y condiciones, de los problemas sociales⁸²⁸.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoce una serie de derechos a toda persona, por su condición de ser humano, relacionados con la necesidad de un nivel adecuado de vida, donde especialmente se incluye la garantía de la alimentación, el vestido, la vivienda la asistencia médica y los servicios sociales necesarios⁸²⁹. A este texto, hay que sumar lo que dispone el Pacto Internacional de los Derechos Sociales, Culturales y Políticos de 1966 que, aunque no de forma directa como un derecho propio, expresa que éste genera una serie de obligaciones para los Estados otorgando el derecho a la familia de la más amplia protección y asistencia que fuere posible.

Al mismo tiempo que, el texto, identifica una serie de sectores poblaciones, los cuales, históricamente, han tenido la consideración de más necesitados como son mujeres, niños, ancianos, las personas discapacitadas y los desempleados⁸³⁰. Si bien, el régimen de protección que se estructura converge con las nociones y principios que vertebran los

⁸²⁸ Vide Carmen ALEMÁN BRACHO y Antonio TRINIDAD REQUENA, “Los servicios sociales: la dimensión internacional”, en *Servicios sociales: Planificación y evaluación*, Thomson Civitas, Navarra, 2006, pp. 34-35.

⁸²⁹ Vide ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, 1948, artículo 25.1: «Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad».

⁸³⁰ Vide ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Políticos*, New York, 1966, artículo 10: «Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: 1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges. 2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social. 3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil».

derechos de seguridad social, ya que, al igual que ocurre con el derecho de protección de la salud, éste nace al amparo de la protección de los trabajadores. No obstante, éste va a convertirse en un derecho totalmente independiente, tras su desarrollo y extensión con unos caracteres propios que lo configuran.

La Comunidad Internacional es consciente de la necesidad de adecuación de los principios y valores de la diversidad de las sociedades para establecer el marco jurídico del derecho. Este es el motivo de que, en base los principios de solidaridad y cooperación internacional, se llegue a abarcar la cohesión social y acabar con las diferencias entre los distintos países.

El reflejo evidente de esta preocupación se manifiesta en la propuesta de 17 objetivo de desarrollo sostenible y 169 metas conexas, para el año 2030, acordadas en la II Cumbre de New York. De esta manera, establecieron su firme compromiso a:

«resueltos a poner fin a la pobreza y el hambre en todo el mundo de aquí a 2030, a combatir las desigualdades dentro de los países y entre ellos, a construir sociedades pacíficas, justas e inclusivas, a proteger los derechos humanos, y promover la igualdad entre los géneros y el empoderamiento de las mujeres y niñas, y a garantizar una protección duradera del planeta y sus recursos naturales, y a crear las condiciones necesarios para un crecimiento económico sostenible, inclusivo y sostenido, una prosperidad compartida y el trabajo decente para todos»⁸³¹.

Sin embargo, los instrumentos de la comunidad internacional en este ámbito se van a materializar en convenios concretos de cooperación al desarrollo entre los distintos Estados, quedando más en la voluntad de los países, la concreción y materialización de los mismos.

4.1.2. La normativa comunitaria en materia de prestaciones sociales.

Europa es un magnífico ejemplo de ejecución de competencias que no son explícitas, pero que implícitamente han sido asumidas por el Consejo de Europa. No

⁸³¹ Vide ONU, “Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible”, de 25 de septiembre de 2015, Preámbulo.

obstante, a pesar de no ser Derecho comunitario, la Carta Social Europea manifiesta el claro arquetipo de preocupación por la cuestión social dentro del marco comunitario. Si bien, a lo largo del texto, se recogen una serie de derechos directamente relacionados con la asistencia social: por un lado, el derecho a la asistencia social, aunque entremezclado con el derecho a la asistencia médica, como una parte intrínseca del mismo. Este derecho obliga a los Estados a velar por aquellas personas que no dispongan de recursos suficientes por sí mismas o por no poder recibirlos de otras fuentes, a través del asesoramiento y ayuda para superar su situación de necesidad⁸³²; y, por otro lado, se estructura un derecho específico de beneficio de los servicios sociales fomentando la organización, o los métodos que ayudan al desarrollo de los individuos y su adaptación dentro de la comunidad. De igual manera que, debe fomentarse la participación de organizaciones benéficas u otro tipo de carácter privado para promover la consecución del derecho⁸³³.

Y finalmente, la Carta viene a concretar una serie de sectores específicos que necesitan de una especial protección en todo caso. Como por ejemplo las personas con

⁸³² Vide CONSEJO DE EUROPA, *Carta Social Europea*, Turín, 18 de octubre 1961, artículo 13: «Derecho a la asistencia social y médica. Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la asistencia social y médica, las Partes Contratantes se comprometen: 1. A velar por que toda persona que no disponga de recursos suficientes y no esté en condiciones de conseguirlo por su propio esfuerzo o de recibirlos de otras fuentes, especialmente por vía de prestaciones de un régimen de seguridad social, pueda obtener una asistencia adecuada y, en caso de enfermedad, los cuidados que exija su estado. 2. A velar por que las personas que se beneficien de tal asistencia no sufran por ese motivo disminución alguna en sus derechos políticos y sociales. 3. A disponer lo preciso para que todas las personas puedan obtener por medio de servicios adecuados, públicos o privados, el asesoramiento y ayuda personales necesarios para prevenir, eliminar o aliviar su estado de necesidad personal o familiar. 4. Aplicar las disposiciones mencionadas en los párrafos 1, 2 y 3 del presente artículo, en condiciones de igualdad con sus nacionales, a los de las restantes Partes Contratantes que se encuentren legalmente en su territorio, conforme a las obligaciones derivadas del Convenio Europeo de Asistencia Social y Médica, firmado en París el 11 de diciembre de 1953».

⁸³³ *Ibidem* Artículo 14: «Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a beneficiarse de los servicios sociales, las Partes Contratantes se comprometen: 1. A fomentar u organizar servicios que, utilizando los métodos de un servicio social, contribuyan al bienestar y al desarrollo de los individuos y de los grupos en la comunidad, así como a su adaptación al medio o entorno social. 2. A estimular la participación de los individuos y de las organizaciones benéficas o de otra clase en la creación y mantenimiento de tales servicios».

discapacidades⁸³⁴, así como también, la familia como estructura social⁸³⁵ y, la figura de la mujer y los hijos⁸³⁶. Como otro elemento de protección del derecho se instaura la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. A pesar de que la regulación jurídica que recibe la asistencia social es conjunta con la seguridad social, se puede advertir el reconocimiento de un derecho independiente. La Carta habla de la necesidad de ejercer un régimen de protección en casos específicos como la maternidad, la dependencia o la vejez, fuera de la institución de la seguridad social. Al mismo tiempo que, la Unión Europea establece como objetivo, combatir la exclusión social y la pobreza, respetando una serie de derechos como puede ser el acceso a una vivienda digna u otro tipo de ayudas sociales, que permitan alcanzar un nivel de vida digno⁸³⁷.

Con posterioridad será el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea quién recoja como misión promover la cohesión social entre los distintos Estados miembros⁸³⁸.

⁸³⁴ Vide CONSEJO DE EUROPA, *Carta Social Europea*, Turín, 18 de octubre 1961, artículo 15: «Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de las personas físicas o mentalmente disminuidas a la formación profesional y a la readaptación profesional y social, las Partes Contratantes se comprometen: 1. A tomar las medidas adecuadas para procurar a los interesados medios para su formación profesional e incluso, si fuese necesario, las oportunas instituciones especializadas, ya sean privadas o públicas. 2. A adoptar las medidas adecuadas para proporcionar un puesto de trabajo a los minusválidos, particularmente por medio de servicios especiales de colocación, posibilidades de empleo protegido y medidas destinadas a estimular a los empleadores a su contratación».

⁸³⁵ *Ibidem* Artículo 16: «Con miras a lograr las condiciones de vida indispensables para un pleno desarrollo de la familia, célula fundamental de la sociedad, las Partes Contratantes se comprometen a fomentar la protección económica, jurídica y social de la familia, especialmente mediante prestaciones sociales y familiares, disposiciones fiscales, apoyo a la construcción de viviendas adaptadas a las necesidades de las familias, ayuda a los recién casados o por medio de cualesquiera otras medidas adecuadas».

⁸³⁶ *Ibidem* Artículo 17: «Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de las madres y los niños a una protección social y económica, las Partes Contratantes adoptarán cuantas medidas fueren necesarias y adecuadas a ese fin, incluyendo la creación o mantenimiento de instituciones o servicios apropiados».

⁸³⁷ Vide PARLAMENTO EUROPEO, CONSEJO Y COMISIÓN EUROPA, *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión*, Niza, 2000, artículo 34: «1. La Unión reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales que garantizan una protección en casos como la maternidad, la enfermedad, los accidentes laborales, la dependencia o la vejez, así como en caso de pérdida de empleo, según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y las legislaciones y prácticas nacionales. 2. Toda persona que resida y se desplace legalmente dentro de la Unión tiene derecho a las prestaciones de seguridad social y a las ventajas sociales de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales. 3. Con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y por las legislaciones y prácticas nacionales».

⁸³⁸ Vide UNIÓN EUROPEA, *Tratado de Lisboa* por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, Lisboa, 2007, artículo 5.3: «3. La Unión podrá tomar iniciativas para garantizar la coordinación de las políticas sociales de los Estados miembros»; Artículo 14: «Sin perjuicio del artículo 4 del Tratado de la Unión Europea y de los artículos 93, 106 y 107 del presente Tratado, y a la vista del lugar que los servicios de interés económico general ocupan entre los valores comunes de la Unión, así como de su papel en la promoción de la cohesión social y territorial, la Unión y los Estados miembros, con arreglo a sus competencias respectivas y en el ámbito de aplicación de

De forma que, la Unión Europea debe, a través de las políticas que desarrolla, garantizar una protección social adecuada y luchar contra la exclusión social⁸³⁹. Así, el contenido de las políticas de la Unión, desarrolladas en el ámbito de asistencia social, están destinadas a luchar contra el rechazo y la discriminación, y mejorar las condiciones de vida de los ciudadanos. En adición, y en aras de conseguir este objetivo, se han promovido diversos fondos económicos (el Fondo Social Europeo y el Fondo de Desarrollo Regional) cuya finalidad es alcanzar unas mejores condiciones de vida de la población europea y mayor igualdad entre los distintos países.

4.1.3. La Constitución en materia de asistencia social.

En el texto constitucional no se hace una mención de manera expresa sobre el reconocimiento de la asistencia o prestación de servicios sociales por parte del Estado español. Consecuentemente, ésta es una realidad que obstaculiza aún más su protección dentro del marco de Estado Social, Democrático y de Derecho en el que vivimos. Además, la regulación legal que esta experimenta está altamente influenciada por su tradición histórica dentro de nuestro ordenamiento jurídico como una actividad de naturaleza privada, y no como un auténtico servicio público que debe asumir el Estado. Así, el tratamiento que se le va a conceder, en su origen, no es como un verdadero derecho. Sin embargo, a medida que se ha ido asentado el Estado de Bienestar, éste ha evolucionado hasta convertirse en un auténtico derecho con tendencia a la universalidad, y con normativa y desarrollo propio.

A pesar de que no existe una regulación expresa del derecho, sí que se producen menciones indirectas sobre la necesidad de protección del derecho a la asistencia social. En primer lugar, el artículo 43 CE⁸⁴⁰ menciona la necesidad de creación de un régimen

los Tratados, velarán por que dichos servicios actúen con arreglo a principios y condiciones, en particular económicas y financieras, que les permitan cumplir su cometido. El Parlamento Europeo y el Consejo establecerán dichos principios y condiciones mediante reglamentos, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, sin perjuicio de la competencia que incumbe a los Estados miembros, dentro del respeto a los Tratados, para prestar, encargar y financiar dichos servicios».

⁸³⁹ *Ibidem* Artículo 9: «En la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tendrá en cuenta las exigencias relacionadas con la promoción de un nivel de empleo elevado, con la garantía de una protección social adecuada, con la lucha contra la exclusión social y con un nivel elevado de educación, formación y protección de la salud humana».

⁸⁴⁰ *Vide* CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, de 29 de diciembre de 1978, artículo 43: «1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud. 2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los

de seguridad social y de prestaciones sociales; en segundo lugar, el art. 47 CE⁸⁴¹, sobre la necesidad de que los poderes públicos promuevan el disfrute de todos los españoles a una vivienda digna y adecuada, haciendo referencia a esa necesidad de condiciones mínimas para el desarrollo de la vida en sociedad; en tercer lugar, el artículo 48 CE⁸⁴², la obligación de ayudar a los jóvenes en su desarrollo, puesto que, ellos representan el motor de la sociedad del futuro; en cuarto lugar, el artículo 49 CE⁸⁴³, sobre la protección y reintegración a la sociedad de las personas con capacidades modificadas; y, en último lugar, el artículo 50 CE⁸⁴⁴ relativo a la de la tercera edad, como un colectivo específico que necesita de servicios sociales para atender sus necesidades.

Sin embargo, la falta de regulación expresa del derecho debería ser corregida, y configurar un verdadero derecho propio de asistencia social, puesto que, no tiene sentido que dentro de nuestra Carta Magna no se incluya un derecho específico, y con posterioridad se atribuyan las competencias de su gestión a las Comunidades Autónomas⁸⁴⁵.

No obstante, es el propio Tribunal Constitucional reconoce la asistencia social como un derecho derivado de la seguridad social que, con independencia de su evolución, genera una obligación frente a los poderes públicos:

«La noción de asistencia social no está precisada en el Texto constitucional, por lo que ha de entenderse remitida a conceptos elaborados en el plano de la legislación general, que no han dejado de ser tenidos en cuenta por

derechos y deberes de todos al respecto. 3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo, facilitarán la adecuada utilización del ocio».

⁸⁴¹ *Ibidem* Artículo 47: «Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos».

⁸⁴² *Ibidem* Artículo 48: «Los poderes públicos promoverán las condiciones para la participación libre y eficaz de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural».

⁸⁴³ *Ibidem* Artículo 49: «Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos».

⁸⁴⁴ *Ibidem* Artículo 50: «Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio».

⁸⁴⁵ *Ibidem* Artículo 148.1: «Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias: 20.ª Asistencia social».

el constituyente. De la legislación vigente se deduce la existencia de una asistencia social externo al sistema de Seguridad Social, y no integrada en él, a la que ha de entenderse hecha la remisión contenida en el art. 148.1.20 de la C.E. y, por tanto, code las Comunidades Autónomas, y que en concreto el País Vasco ha asumido en virtud del art. 10.12 de su Estatuto. Esta asistencia social aparece como un mecanismo protector de situaciones de necesidad específicas, sentidas por grupos de población a los que no alcanza aquel sistema y que opera mediante técnicas distintas de las propias de la Seguridad Social. En el momento actual - con independencia de que la evolución del sistema de Seguridad Social pueda ir en la misma dirección-, es característica de la asistencia social su sostenimiento al margen de toda obligación contributiva o previa colaboración económica de los destinatarios o beneficiarios»⁸⁴⁶.

Consecuentemente, y a pesar, de que tiene un origen dependiente del Sistema de Seguridad Social, éste ha derivado en un derecho independiente, que configura la asistencia social como una competencia que debe ser asumida por el Estado. En palabras de Garcés San Agustín:

«Lo que debe entender por asistencia social, en sentido abstracto, abarca una técnica de protección fuera del sistema de Seguridad Social, con caracteres propios, que lo separan de otras afines o próximas a ella»⁸⁴⁷.

Así, aunque éste carezca de regulación específica, no significa que éste no forme parte dentro del desarrollo y contenido del Estado social. Nuestra Constitución es un texto caracterizado con el compromiso social, pero que plantea y aborda el tema de la asistencia o ayuda social destinado a colectivos subjetivos, y no como un derecho concreto⁸⁴⁸. Es más, el mandato genérico del art. 9.2. CE viene a imponer:

«una nueva dimensión de la igualdad que comprende un principio de redistribución y un principio de compensación por el que se enriquecen los

⁸⁴⁶ Vide STC 76/1986, 9 de junio de 1986, FJ 6.

⁸⁴⁷ Vide Ángel GARCÉS SANAGUSTÍN, *La Acción Social: delimitación conceptual y régimen jurídico*, Zaragoza, Diputación General de Aragón 1988, pp. 66-67.

⁸⁴⁸ *Ídem* pp. 55-56.

derechos de aquellos menos dotados y se limitan aquellos de quienes tienen una superación natural, social o económica»⁸⁴⁹.

Pero, si hay un artículo en nuestra constitución que garantiza y promueve la idea de necesidad de un sistema de servicios sociales es el artículo 14 CE: «*Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*».

No se puede pretender hablar de igualdad, ni mucho de su materialización, sin la implantación de un derecho de asistencia y servicios sociales. De esta forma, el contenido del derecho quedaría recogido de la siguiente manera: la obligación de los poderes públicos de crear un sistema de servicios sociales que deba promover el bienestar de sus ciudadanos, atendiendo a sus problemas específicos de salud, dependencia, vivienda, cultura y ocio.

4.2. El Sistema de Asistencia Social en España.

4.2.1. La regulación legal de los derechos de asistencia social.

A. Concepto.

El sistema de asistencia social se concibe como un sistema estructurado de prestaciones sociales que son creadas presupuestariamente, y cuya concesión no se rige por criterios discrecionales, sino por pautas marcadas legalmente⁸⁵⁰. En consecuencia, la asistencia social es definida como un mecanismo de protección de situaciones de necesidad específicas, externas al Sistema de Seguridad Social; activado por los entes públicos y organismos dependientes, aunque colaboran también las entidades privadas;

⁸⁴⁹ Vide Javier SÁNCHEZ AGESTA, *Sistema político de la Constitución española de 1978*, Nacional, Madrid, 1981, p. 85.

⁸⁵⁰ Vide Carmen ALEMÁN BRACHO, “Los servicios sociales en la democracia”, en Carmen ALEMÁN BRACHO y José M. ALONSO SECO, *Fundamentos de servicios sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 194.

dirigido frente a grupos poblaciones que no alcanzan la cobertura de la Seguridad Social que demuestran carencia de recursos; financiado por fondos públicos; y cuya finalidad es atender las necesidades básicas de las personas para alcanzar un nivel de vida digno⁸⁵¹.

No obstante, la primera regulación legal del derecho es la que realiza la Ley General de Seguridad Social. Ésta lleva a cabo dos presupuestos distintos para su concepción. En primer lugar, habla de la protección del núcleo familiar ante situaciones de necesidad, especialmente a mujeres e hijos⁸⁵². Y, en segundo lugar, menciona el contenido de las ayudas asistenciales no contributivas, así como los motivos de concesión y los sectores a los que están destinados⁸⁵³. Sin embargo, el marco normativo actual se organiza a través de la Ley de Dependencia, quién ayuda a las personas cuya autonomía personal está limitada, en cooperación con las Comunidades Autónomas⁸⁵⁴.

⁸⁵¹ Vide Juan Luis BELTRÁN AGUIRRE, *El régimen jurídico de la acción social pública*, HAEE/IVAP, Bilbao, 1992, pp. 65 y ss.

⁸⁵² Vide Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, artículo 64: «1. La Seguridad Social, con cargo a los fondos que a tal efecto se determinen, podrá dispensar a las personas incluidas en su campo de aplicación y a los familiares o asimilados que de ellas dependan los servicios y auxilios económicos que, en atención a estados y situaciones de necesidad, se consideren precisos, previa demostración, salvo en casos de urgencia, de que el interesado carece de los recursos indispensables para hacer frente a tales estados o situaciones. En las mismas condiciones, en los casos de separación judicial o divorcio, tendrán derecho a las prestaciones de asistencia social el cónyuge o excónyuge y los descendientes que hubieran sido beneficiarios por razón de matrimonio o filiación. Reglamentariamente se determinarán las condiciones de la prestación de asistencia social al cónyuge e hijos, en los casos de separación de hecho, de las personas incluidas en el campo de aplicación de la Seguridad Social(...)».

⁸⁵³ *Ibidem* Artículo 65: «Las ayudas asistenciales comprenderán, entre otras, las que se dispensen por tratamientos o intervenciones especiales, en casos de carácter excepcional, por un determinado facultativo o en determinada institución; por pérdida de ingresos como consecuencia de la rotura fortuita de aparatos de prótesis, y cualesquiera otras análogas cuya percepción no esté regulada en esta ley ni en las normas específicas aplicables a los regímenes especiales».

⁸⁵⁴ Vide Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y de Atención a las personas en situación de dependencia, artículo 10: «1. En el seno del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas acordarán el marco de cooperación interadministrativa que se desarrollará mediante los correspondientes Convenios entre la Administración General del Estado y cada una de las Comunidades Autónomas. 2. A través de los Convenios a los que se refiere el apartado anterior, la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas acordarán los objetivos, medios y recursos para la aplicación de los servicios y prestaciones recogidos en el Capítulo II del presente Título, incrementando el nivel mínimo de protección fijado por el Estado de acuerdo con el artículo 9. 3. En aplicación de lo previsto en el apartado anterior, el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia establecerá los criterios para determinar la intensidad de protección de cada uno de los servicios previstos en el Catálogo, y la compatibilidad e incompatibilidad entre los mismos, para su aprobación por el Gobierno mediante Real Decreto. 4. Los Convenios establecerán la financiación que corresponda a cada Administración para este nivel de prestación, en los términos establecidos en el artículo 32 y en la disposición transitoria primera de esta Ley, así como los términos y condiciones para su revisión. Igualmente, los Convenios recogerán las aportaciones del Estado derivadas de la garantía del nivel de protección definido en el artículo 9».

B. La gestión del servicio público.

Las actividades de prestación y garantía de la asistencia social se encuentran atribuidas a las Comunidades Autónomas. Si bien, cada Comunidad Autónoma tendrá su propia ley de servicios sociales, donde se regula de forma clasificadora, tanto los derechos que se reconocen, como las garantías y prestaciones que regulen mismos. Además, éstas cuentan con la colaboración y apoyo, en determinados aspectos, de los Ayuntamientos y Diputaciones provinciales. La asistencia social tiene como finalidad proteger al individuo en su esfera más íntima, por ello, es lógico que se coopere entre las distintas Administraciones, para hallar aquellas que es más cercano al ciudadano y, por tanto, mejor conocedora de sus necesidades, para garantizar de manera más eficaz su protección.

La Ley de Bases de Régimen Local es la encargada de estructurar los servicios sociales en España. En primer lugar, describe dentro de las competencias del municipio la promoción y prestación de los servicios que contribuyan a satisfacer las necesidades de la población⁸⁵⁵. Además, les otorga potestad legislativa en términos de evaluación, información y prestación de servicios sociales a las personas en situación de necesidad⁸⁵⁶. En este sentido, Moreno Molina realiza una descripción brillante de las competencias de las Administraciones de régimen local, distinguiendo entre la asistencia general a las personas sin recursos económicos y a los “sin techo”; la asistencia y socorro a mujeres víctimas de violencia de género; a niños y jóvenes en riesgo de pobreza o exclusión social; atención a ancianos, a personas con movilidad reducida y a discapacitados físicos o psíquicos; programas de prevención y asistencia en materia de drogodependencia, bienestar para la población rural, de emergencia social, y de prevención e inserción social⁸⁵⁷. En lo que respecta a las Diputaciones, les corresponde a éstas la prestación de

⁸⁵⁵ Vide Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, artículo 25.1: «1. El Municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover actividades y prestar los servicios públicos que contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal en los términos previstos en este artículo».

⁸⁵⁶ *Ibidem* Artículo 25.2: «El Municipio ejercerá en todo caso como competencias propias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en las siguientes materias: e) Evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social».

⁸⁵⁷ Vide Ángel Manuel MORENO MOLINA, “Organización administrativa, servicios sociales y crisis: el cambio de modelo arbitrario por la reforma local”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, *Memorial para la reforma del Estado: estudios en homenaje al profesor Santiago MUÑOZ MACHADO*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016, p. 188 y ss.

los servicios públicos y la coordinación supramunicipal de los mismos, y de igual manera, la cooperación en el fomento del desarrollo económico y social⁸⁵⁸.

C. Los servicios sociales como actividad prestacional.

La actividad de asistencia social que prestan las distintas Administraciones se va a instrumentalizar a través de los distintos servicios sociales. Los servicios sociales pueden ser entendidos como, aquellos que, a través de las Administraciones e instituciones de la sociedad, tienen la finalidad de integrar y compensar a los ciudadanos, y los grupos más desfavorecidos, y de promocionar y universalizar el bienestar social⁸⁵⁹.

Dentro de la clasificación general de los servicios sociales vamos a distinguir entre aquellas prestaciones que son de servicio, o realizadas por equipos profesionales, cuya finalidad es la atención y asistencia de los ciudadanos; y aquellas, de carácter económico, destinadas a las personas que no disponen de recursos económicos suficientes para afrontar sus necesidades más básicas, y/o no están en condiciones de conseguirlos o recibirlos de otras fuentes⁸⁶⁰. Sobre las prestaciones de carácter económico, a su vez, podremos diferenciar entre las pensiones no contributivas de jubilación e invalidez; las de carácter complementario; aquellas destinadas a situaciones de emergencia o urgencia social; y aquellas, para la promoción y autonomía personal de las personas en situación de dependencia o la renta social básica⁸⁶¹.

Al mismo tiempo que, cada Comunidad Autónoma en su desarrollo legislativo, ha contemplado una serie de derechos y deberes para los usuarios de los servicios

⁸⁵⁸ Vide Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, artículo 36: «Son competencias propias de la Diputación o entidad equivalente las que le atribuyan en este concepto las leyes del Estado y de las Comunidades Autónomas en los diferentes sectores de la acción pública y, en todo caso, las siguientes: c) La prestación de servicios públicos de carácter supramunicipal y, en su caso, supracomarcal y el fomento o, en su caso, coordinación de la prestación unificada de servicios de los municipios de su respectivo ámbito territorial. En particular, asumirá la prestación de los servicios de tratamiento de residuos en los municipios de menos de 5.000 habitantes, y de prevención y extinción de incendios en los de menos de 20.000 habitantes, cuando éstos no procedan a su prestación. d) La cooperación en el fomento del desarrollo económico y social y en la planificación en el territorio provincial, de acuerdo con las competencias de las demás Administraciones Públicas en este ámbito».

⁸⁵⁹ Vide Jorge GARCÉS FERRER, *Sistema político y administrativo de los servicios sociales*, Tirant lo Blanch, Madrid, 1996, p. 55.

⁸⁶⁰ Vide Mar MORENO REBATO, "La protección de la tercera edad", *Documentación administrativa*, pp. 271-272, (2005), p. 158.

⁸⁶¹ Vide Francisco Javier FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Acción social en España: centros, servicios y establecimientos de servicios sociales*, ACCI, Madrid, 2014, pp. 77-88.

sociales. Como norma general, esto ha dado lugar una configuración de un catálogo de prestaciones y servicios sociales y que, a pesar de ser dispar dependiendo de la Comunidad Autónoma, tiene un núcleo común que se repite en todas ellas.

De esta forma, se pueden resumir los derechos en los siguientes: a) Derecho acceder a los servicios sociales en condiciones de igualdad; b) Derecho de confidencialidad de los datos de carácter personal; c) Derecho a dar o denegar el consentimiento libre para el ingreso en un centro residencial; d) Derecho a escoger el tipo de modalidad de servicios más adecuado a sus necesidades; e) Derecho a disponer de información suficiente; f) Derecho a disponer de un plan de atención personalizada; g) Derecho a la calidad de las prestaciones y servicios. De igual manera que se estructuran una serie de deberes: a) Cumplir las normas y requisitos establecidos en relación con las prestaciones y servicios; b) Facilitar la información necesaria y veraz sobre las circunstancias personales, sociales y económicas; c) Destinar las prestaciones económicas a la finalidad concedida; y d) Contribuir, cuando proceda a la financiación del coste del servicio⁸⁶².

D. La estructura de funcionamiento de los servicios sociales.

Los sistemas de servicios sociales se van a dividir en dos estructuras: funcional y territorial. El nivel funcional hace referencia a la organización de los medios y servicios dentro del sistema, mientras que, el territorial a cómo se estructuran estas prestaciones en relación con un determinado territorio.

Dentro del ámbito funcional, este se encuentra estructurado en torno a dos niveles de protección, caracterizados por los servicios sociales que se prestan. En el primer nivel se encuentran los denominados como servicios sociales generales, y que, a pesar de la disparidad regulación de las Comunidades Autónomas, todos utilizan un lenguaje similar en referencia a estos servicios, cuya gestión está atribuida a los municipios y que vienen a identificar a aquellos servicios que tienen carácter polivalente y están dirigidos a toda la población, y que se caracterizan por su proximidad al ciudadano, ofreciéndoles

⁸⁶² *Vide* José María ALONSO SECO y Pedro FERNÁNDEZ SANTIAGO, “El sistema público de servicios sociales”, en Carmen ALEMÁN BRACHO y José María ALONSO SECO, *Fundamentos de servicios sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 264-265.

información y participación, detectando sus necesidades sociales y atendiendo sus inmediatas carencias o primeras demandas.

Este nivel va a cubrir una serie de funciones generales como son la primera orientación e información sobre los servicios sociales, la valoración de las situaciones de necesidad, proporcionar los recursos y medios para facilitar la integración y participación social en la comunidad, la realización de actividades preventivas, la gestión de los servicios sociales de atención primaria, y la colaboración con los servicios sociales de atención especializada. Los servicios sociales que se encuentran incluidos son: la acogida y orientación social; ayuda a domicilio; teleasistencia domiciliaria; la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia; intervención familiar; de promoción y cooperación social; e incorporación social⁸⁶³.

Y, por otro lado, el segundo nivel de atención que requiere una especialización técnica y cuyo objeto son aquellas prestaciones en que la intervención revista una especial intensidad, o complejidad, que se ofrece en centros y servicios específicos. De esta forma, estarían compuestos por un conjunto de recursos sociales destinados a sectores poblaciones concretos, cuyas necesidades necesitan una actuación integral específica. Las funciones que realizan son: evaluar y diagnosticar situaciones de desprotección severa; prevenir y atender las situaciones de dependencia; valorar el acceso a las prestaciones económicas; la realización de intervenciones específicas; la gestión de recursos y centros; y dar a poyo técnico con los servicios sociales de atención primaria⁸⁶⁴.

La segunda estructura u organización territorial de los servicios sociales hace referencia a la adscripción de centros, servicios y recursos a un ámbito territorial determinado. De forma que, para permitir la coordinación administrativa y que el acceso a los recursos se materialice de forma evidente, evitando duplicidades o ausencia de los mismos, estos se organizan en torno a unas determinadas condiciones territoriales. Los principios básicos de su regulación son la descentralización, la proximidad a la ciudadanía, la eficacia, el equilibrio y homogeneidad territorial, la accesibilidad en la información y la coordinación y trabajo en red⁸⁶⁵.

⁸⁶³ Vide José María ALONSO SECO y Pedro FERNÁNDEZ SANTIAGO, "El sistema público de servicios sociales", en Carmen ALEMÁN BRACHO y José María ALONSO SECO, *Fundamentos de servicios sociales, Fundamentos de servicios sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 265-273.

⁸⁶⁴ *Ídem* pp. 275-276.

⁸⁶⁵ *Ídem* pp. 281-282.

4.2.2. Naturaleza jurídica del derecho.

Los servicios sociales deben ser catalogados como un servicio de naturaleza jurídica pública. En tanto en cuanto, existe un mandato constitucional que obliga a los poderes públicos a proveer de un sistema de asistencia social a los ciudadanos, y las normas constitucionales delegan la gestión de este servicio a las competencias atribuidas a las Comunidades Autónomas. Aunque, estos conviven en nuestro país con los servicios sociales que se prestan por parte de las entidades privadas.

Por tanto, la gestión de los servicios sociales se encomienda a determinadas Administraciones Públicas. Éstas serán los encargados de proveer de las infraestructuras, prestaciones y servicios necesarios para la cobertura de las necesidades sociales. Este hecho dará lugar a la existencia de diversos sistemas autonómicos, cada uno con una regulación legal propia. No obstante, y a pesar de las diferencias entre los mismos, siguen unas mismas pautas de atribución, y comparten una serie de características: la responsabilidad pública, la universalidad, la igualdad, la prevención, la atención personalizada, la proximidad, la participación ciudadana y la calidad⁸⁶⁶.

Pese a lo expuesto, hay algunos autores discrepan sobre la naturaleza de servicio público de la prestación, en gran medida, porque parte del grupo de actividades de asistencia social no ha sido asumida de forma íntegra por el Estado. Sino que, por el contrario, tanto la financiación como la gestión no es a cargo de los presupuestos generales del Estado y, por tanto, la asistencia social no se puede equiparar a una asistencia pública⁸⁶⁷.

Sin embargo, la asistencia social debe ser entendida como un servicio público de carácter prestacional⁸⁶⁸ que, por razones de solidaridad, intenta superar situaciones de necesidad, y procurar el bienestar de las personas. Y que, junto a este, colaboran otros sectores de la población, en la búsqueda y consecución del equilibrio e igualdad entre las distintas personas. El interés general que recoge este servicio se identifica con los principios que rigen en nuestro sistema democrático de derecho, como una forma de

⁸⁶⁶ Vide José María ALONSO SECO y Pedro FERNÁNDEZ SANTIAGO, "El sistema público de servicios sociales", en Carmen ALEMÁN BRACHO y José María ALONSO SECO, *Fundamentos de servicios sociales, Fundamentos de servicios sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 262.

⁸⁶⁷ Vide SEMINARIO TAXONÓMICO, *Conceptos básicos del bienestar social*, Ed. Colegio de Doctores y Licenciados en Ciencias Políticas y Sociología, Madrid, 1987, p. 117.

⁸⁶⁸ Vide Ángel GARCÉS SANAGUSTÍN, *La Acción Social: delimitación conceptual y régimen jurídico*, Zaragoza, Diputación General de Aragón, 1988, p. 46.

alcanzar esa igualdad material entre las personas. Además, la estructura organización y funcional instrumentada y con una amplia consolidación permite afirmar la habitualidad de la prestación del servicio.

4.2.3. Elementos configuradores del derecho a la asistencia social.

El servicio de asistencia social en España se configura por una serie de elementos: subjetivo, objetivo y conectivo. En primer lugar, dentro del elemento subjetivo se distingue a la parte activa que presta el servicio, y que corresponde con las distintas Comunidades Autónomas que, en colaboración con los municipios y diputaciones, establecen un sistema estructurado y organizado de asistencia social. Es, por tanto, una Administración o su delegación en un ente de derecho público quién se va a encargar de prestar el servicio.

Mientras que, en lo que respecta al sujeto pasivo de esta relación, no existe uniformidad en las regulaciones autonómicas acerca de quiénes pueden ser destinatarios del servicio, puesto que va a diferir su tratamiento dependiendo del servicio, presupuestos y otros requisitos como la nacionalidad, o la residencia. No obstante, debemos señalar que, como el resto de los pilares del Estado del Bienestar, éste tiende a la universalización y a la protección íntegra de la persona, continuando con los esquemas de protección del derecho internacional y comunitario. Sin embargo, y pese a lo dispuesto anteriormente, podemos delimitar que podrán ser posibles sujetos pasivos de las prestaciones, aquellas personas que, cumpliendo unos requisitos previos delimitados por la legislación, además sean nacionales españoles o de algún Estado miembro, residan en el lugar donde se solicita la prestación, o las personas que se encuentren en situación de emergencia social con independencia de otros criterios.

Por otro lado, el elemento objetivo va a corresponderse con la prestación o servicio que, dentro de la estructura de organización pública, se garantice a las personas con determinadas necesidades. Si bien, dentro de estas se pueden distinguir las prestaciones profesionales, las retributivas o las tecnológicas. Y que, consecuentemente, se correspondería con la materialización que, a través de la Administración Públicas, se prevea para cubrir las necesidades específicas de una persona, con cargo al erario.

Y, por último, el elemento conectivo de esta relación estará vinculado, de igual manera que en el derecho a la salud, con la presunción de residencia habitual. Las

Comunidades Autónomas van a ejercer la gestión de estos servicios única y exclusivamente en su territorio, por tanto, cuando una persona accede al sistema de asistencia social, se presume, su residencia habitual dentro de este lugar, salvo en los casos que sean necesarios otros requisitos.

4.2.4. La organización del sistema y el grupo normativo regulador.

Respecto la organización del sistema y el grupo normativo regulador, es necesario referirse a la normativa expresa por la que cada Comunidad Autónoma articula su sistema de prestaciones sociales. De forma que, esta quedaría sistematizada de la siguiente manera:

COMUNIDAD AUTÓNOMA	LEY
ANDALUCÍA	Ley 9/2016 de 27 de diciembre, de Servicios Sociales de Andalucía
ARAGÓN	Ley 5/2009, de 30 de junio, de Servicios Sociales de Aragón
ASTURIAS	Ley 1/2003 de 24 de febrero, de Servicios Sociales
ILLES BALEARS	Ley 4/2009, de 11 de junio, de Servicios Sociales de la Illes Balears
CANARIAS	Ley 16/2019, de 2 de mayo, de Servicios Sociales de Canarias.
CANTABRIA	Ley de Cantabria 2/2007, de 27 de marzo, de derechos y servicios sociales
CASTILLA Y LEÓN	Ley 16/2010, de 20 de diciembre, de Servicios Sociales de Castilla y León, m
CASTILLA LA MANCHA	Ley 14/2010 de 16 de diciembre, de Servicios Sociales de Castilla-La Mancha

CATALUÑA	Ley 12/2007 de 11 de octubre, de Servicios Sociales,
COMUNITAT VALENCIANA	Ley 3/2019, de 18 de febrero, de la Generalitat, de Servicios Sociales Inclusivos de la Comunitat Valenciana
EXTREMADURA	Ley 14/2015, de 9 de abril, de Servicios Sociales de Extremadura
GALICIA	Ley 13/2008, de 3 de diciembre, de Servicios Sociales
LA RIOJA	Ley 7/2009, de 22 de diciembre, de Servicios Sociales
MADRID	Ley 11/2003 de 27 de marzo, de Servicios Sociales
NAVARRA	Ley Foral 15/2006 de 14 de diciembre, sobre Servicios Sociales
PAÍS VASCO	Ley 12/2008, de 5 de diciembre, de Servicios Sociales
REGIÓN DE MURCIA	Ley 3/2003 de 10 de abril, del Sistema de Servicios Sociales

4.2.5. La financiación del Sistema Asistencial Español.

La financiación del sistema asistencial está prevista en la Ley de Financiación de las Comunidades Autónomas⁸⁶⁹ y la Ley de los Fondos de compensación interterritorial⁸⁷⁰. Ahora bien, los recursos de los que se servirán para financiar están recogidos en el art. 157.1 de la Constitución española y son los siguientes: a) Impuestos cedidos total o parcialmente por el Estado; recargos sobre impuestos estatales y otras participaciones en los ingresos del Estado, b) Sus propios impuestos, tasas y contribuciones especiales, c) Transferencias de un Fondo de Compensación interterritorial y otras asignaciones con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, d) Rendimientos procedentes de su patrimonio e ingresos de derecho privado; y e) El producto de las operaciones de crédito. Los instrumentos de financiación suelen ser los

⁸⁶⁹ Vide Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas.

⁸⁷⁰ Vide Ley 22/2001, de 27 de diciembre, reguladora de los Fondos de Compensación Interterritorial.

convenios interadministrativos entre el Estado y las Comunidades Autónomas, y al mismo tiempo, entre éstas y los ayuntamientos.

El gasto social en España tiene tendencia a aumentar, al igual que ocurre con el servicio sanitario⁸⁷¹. Y, por ello, el modelo de financiación y gestión de los recursos es de vital importancia si se pretende mantener el sistema público de servicios sociales⁸⁷². No obstante, la Unión Europea ya advierte de que el montante que se está invirtiendo en gasto social es insuficiente e ineficaz, así se señala la siguiente problemática a solventar:

- a) *«La Unión Europea advierte que la tasa de pobreza en España sigue siendo demasiado alta. La recuperación económica continúa frenando la pobreza, pero esta sigue siendo alta. En los últimos tres años, el porcentaje de personas en riesgo de pobreza o exclusión social se redujo en 2,6 puntos porcentuales, hasta el 26,6 % en 2017.*
- b) *El gasto social para las familias con niños está mal orientado y se mantiene entre los más bajos de la UE, lo que resulta en un nivel de eficacia muy deficiente. En 2016, el gasto público dedicado a prestaciones familiares fue poco más de la mitad del gasto medio de la UE (1,3 % del PIB frente al 2,4 %)*
- c) *La vivienda asequible es un reto para los arrendatarios, los hogares de renta baja con niños y las personas nacidas fuera de la UE.*
- d) *La cobertura de los servicios asistenciales de larga duración ha aumentado, incluso entre quienes presentan menores niveles de dependencia. En 2016, el gasto público en asistencia de larga duración como porcentaje del PIB fue inferior a la mitad de la media de la UE (0,8 % frente a 1,8 %). En 2018, la cobertura de las personas con dependencia severa aumentó hasta el 87,2 %»⁸⁷³.*

⁸⁷¹ Vide Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “Aproximación metodológica y conceptual a los centros, servicios y establecimientos sanitarios”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, 47, (2002), p. 268.

⁸⁷² Vide Antonio EZQUERRA HUERVA, “El impacto de la crisis económica en el terreno de los servicios sociales”, en Antonio EZQUERRA HUERVA, *Crisis económica y derecho administrativo: una visión general sectorial de las reformas implantadas con ocasión de la crisis económica*, Aranzadi, Pamplona, 2016, pp. 230 y ss.

⁸⁷³ Vide COMISIÓN EUROPEA, *Informe sobre España 2019, con un examen exhaustivo en lo que respecta a la prevención y la corrección de los desequilibrios macroeconómicos*, Bruselas, 2019, pp. 66 y ss.

Todo esto lleva a plantear la imperiosa necesidad de intervención de los poderes públicos para enfrentarse a los próximos retos sociales de la ciudadanía. Es necesario hablar de prioridades, de jerarquización, del modo de financiación y de la gestión de los servicios sociales. Si bien, la importancia de establecer un modelo de asistencia social eficiente es evidente para las necesidades que experimente la población en el futuro. Además, es necesario tener en cuenta, que si éste se elabora de forma coherente puede repercutir positivamente en la reducción de gasto del resto de los pilares del Estado de Bienestar.

4.2.6. Los principales problemas asistenciales.

El primer problema evidente de asistencia social se halla en su desregulación o regulación derivada, de forma que, la primera necesidad es su inclusión específica dentro del texto constitucional, y que consecuentemente, permita un tratamiento inequívoco del derecho⁸⁷⁴. Así, por las competencias derivadas que se atribuyen a las Comunidades Autónomas, y con posterioridad, principalmente a los municipios, garantizar el principio de igualdad va a resultar cuanto menos difícil.

No obstante, en lo que respecta a la organización y funcionamiento del sistema, es necesario diseñar un modelo estratégico de asistencia social en nuestro país en consonancia con los cambios sociales que se prevén que se experimentarán en los próximos años. Hace falta una legislación estatal que sirva de marco para el desarrollo ulterior por el resto de las Administraciones Públicas.

Así, como una red de asistencia social claramente identificable para el ciudadano que, de igual manera que acude al hospital cuando se siente enfermo sepa a qué Administración dirigirse en caso de tener problemas para cubrir sus necesidades vitales. Una infraestructura social que proteja al ciudadano y que sea capaz de dar cobertura a sus necesidades desde la cuna hasta la sepultura. No implica que el Estado tenga que asumir el coste íntegro de estas prestaciones, pero sí ayudar para que todas las personas alcancen un nivel de vida digno. Para ello es necesario la creación de una infraestructura que cuente

⁸⁷⁴ Vide Rafael DE LORENZO, “Los servicios sociales en la Constitución española”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 52, (2019), p. 19.

con profesionales suficientes capaces de prestar sus servicios, así como de los medios y recursos necesarios para el ejercicio de sus funciones.

No obstante, existen otros grandes problemas dentro de la organización de servicios sociales públicos. Así, siguiendo el esquema de Alemán Bracho se pueden distinguir los siguientes⁸⁷⁵:

En primer lugar, es necesario recalcar las desigualdades que se generan entre unos y otros sectores territoriales o regionales. Como cada Comunidad Autónoma regula y establece su propio catálogo de servicios y de prestaciones, no se puede garantizar que exista una homogenización en el tratamiento de la ciudadanía, lo que nos lleva a solicitar de nuevo al poder político una norma base de regulación. Si bien, *«la autonomía en que está basada nuestra constitución es difícil de compatibilizar con una igualdad absoluta de los ciudadanos en todas partes del territorio»*⁸⁷⁶.

En segundo lugar, hay un problema evidente con la descentralización de los servicios sociales y la distribución de las competencias entre las Comunidades Autónomas y los municipios⁸⁷⁷. La gestión de los servicios sociales debería estar totalmente delimitada, así como, la coordinación, el control y la supervisión de la prestación de estos servicios. La necesidad de trabajo en equipo entre las distintas Administraciones es un objetivo por conseguir, de forma que se obtenga un trato igualitario entre todos los ciudadanos.

En tercer lugar, y directamente relacionado con lo anterior, está el problema de la evaluación de los resultados y el análisis del coste del sistema de servicios sociales. Al igual que ocurre con el resto de los pilares del Estado de Bienestar, la asistencia tiene un problema de financiación, más aún cuando no se encuentra regulado de forma expresa en la Constitución. Este derecho no cuenta con una obligación formal de dotarlo presupuestariamente, lo que dificultará en los próximos años su desarrollo. No obstante,

⁸⁷⁵ Vide Carmen ALEMÁN BRACHO, “Situación actual y perspectivas de los servicios sociales en España, en Carmen ALEMÁN BRACHO y José M. ALONSO SECO, *Fundamentos de servicios sociales*, o.c. pp. 303 y ss.

⁸⁷⁶ Vide Rafael DE LORENZO, “Reforma Social de la Constitución: comentarios y reflexiones al artículo 49”, *Anales de Derecho y Discapacidad*, 3, (2018), p. 25.

⁸⁷⁷ Vide Leopoldo TOLIVAR ALAS, “Servicios sociales locales: competencias propias e impropias”, *Revista de Estudios Locales*, 123, (2009), pp. 33 y ss.

no se puede obviar que la eficacia del sistema pasa por un buen plan de prevención y programación, y una gestión más adecuada de los servicios.

Sin embargo, el Estado debe plantearse que, a corto plazo, va a tener una población envejecida, cuyas cotizaciones a la seguridad social han sido escasas a consecuencia del empleo precario durante su vida laboral, y que le van a dificultar la consolidación de unas condiciones de vida digna. La renta mínima universal se convierte en una alternativa contemplada ya en numerosos países, como una medida complementaria a los problemas que devienen relacionados con el mercado laboral y la protección y garantía de los derechos humanos.

En España, tras la crisis del Covid-19, ha sido necesario implantar esta figura en nuestro ordenamiento, como una medida de garantía de aquellas personas sin recursos, o en situación de vulnerabilidad económica para el desarrollo de una vida en condiciones de dignidad. Un paso muy importante en el desarrollo de la asistencia social. Así, aún a falta de determinar la duración de esta renta, puesto que, aún se desconoce cuánto tiempo perdurará vigente, sí que se puede afirmar que ésta ha supuesto un salvavidas para millones de familias que han tenido que volver pedir alimentos y asistencia básica, como ocurrió durante la crisis del año 2008.

5. Los principales problemas que condicionan la sostenibilidad del Estado de Bienestar.

5.1. La insuficiencia de los recursos financieros.

A lo largo del análisis de cada uno de los pilares que sustentan el Estado del Bienestar se repite el problema de insuficiencia financiera y la necesidad de reconstrucción para hacer viable su sostenibilidad. Los límites expansivos del Estado del Bienestar están condicionados por la inversión que se realice, sobre todo, en nuevas tecnologías y sociedad digital. No obstante, los problemas económicos se pueden desligar en distintas categorías.

En primer lugar, la obligación de cumplimiento del pago de la deuda europea. El Estado de Bienestar español se enfrenta a necesidad de cumplir con los presupuestos fijados, y cuyas directrices de la Unión Europea son muy claras en materia de contención

de gasto. Por ello, las políticas de austeridad impuestas están impidiendo esa evolución que el Estado de Bienestar necesita.

En segundo lugar, los problemas derivados del sistema actual. Nuestro régimen de protección se encontraba en vías de consolidación, y la crisis del año 2008 no ha permitido acercarnos a los estándares de Europa⁸⁷⁸. Por ello, una de las principales tareas que debe acometer el ejecutivo es delimitar cuáles son las necesidades de la población, y cuáles serán éstas en un futuro a corto-medio plazo, asentando las bases de cómo queremos que evolucione nuestro sistema. No basta con analizar cuál es el problema del hoy, sino que se debe comenzar a analizar los problemas del mañana, para evitar quedar estancados en la consecución de derechos y prestaciones que ya no representan necesidades o inquietudes de la población.

El Estado de Bienestar tiene un problema financiero y de estructuración en la prestación de los servicios. Los pilares se tambalean, es el momento de consolidarlos, a través de garantías instrumentales como la regulación exhaustiva de sus condiciones, y, por ende, de unos mecanismos de financiación que lo avalen. Por ello, al Estado de Bienestar hay que ponerle límites, no cabe dejar al libre albedrío político, de criterios de racionalidad y eficiencia económica, el desarrollo y la protección de los derechos sociales⁸⁷⁹.

El Estado de Bienestar debe tener asegurado la provisión de un presupuesto acorde con las necesidades que tiene la obligación, como Estado social, de cumplir. Si los derechos sociales son considerados como la consecución material de los derechos civiles y políticos, no es menos arriesgado afirmar que, sin el amparo normativo de la financiación justa y racional del Estado de Bienestar, la reducción de las garantías de estos derechos queda bajo el yugo de los intereses políticos de un determinado momento⁸⁸⁰. Además, el sistema de financiación debe reformularse para hacer partícipes

⁸⁷⁸ Vide Eduardo BANDRÉS MOLINÉ, “Democracia y Estado de Bienestar: una perspectiva económica”, en Benigno PENDAS GARCÍA, *España constitucional (1078-2018) trayectorias y perspectivas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, p. 4513.

⁸⁷⁹ Vide CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978, de 29 de diciembre, artículo 53.3: «*El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen*».

⁸⁸⁰ Vide Gerardo RUIZ-RICO RUIZ, *Los derechos sociales en el Estado Constitucional*, Editorial Porrúa, Ciudad de México, 2016.

a las clases medias que, imitando al modelo socialdemócrata, ayudarán a aumentar la calidad del sistema.

En tercer lugar, los problemas de financiación de las Comunidades Autónomas. El sistema de solidaridad sobre el que se sustentan las Comunidades Autónomas es ciertamente insostenible. La configuración del régimen no permite avanzar en el desarrollo a ciertas comunidades, históricamente más adelantadas y fuertemente industrializadas, como es el caso de Madrid, Cataluña y País Vasco. Al igual que ocurre con las regiones sostenidas por la construcción y el turismo, como son Comunidad Valencia, Baleares, y Canarias. Sobre estas recae el peso de otras regiones estructuralmente muy atrasadas, incapaces de hacer frente al coste de la prestación de los servicios que ejecuta. El sistema está fallando, y cada vez se hace más insostenible mantener una estructura que sea sólida y eficaz.

En cuarto lugar, la falta de eficiencia del sector público y de su adaptación a las nuevas tecnologías, está llevando a una ruptura del consenso social que se había mantenido desde la segunda guerra mundial. El Estado debe prepararse a través de la renovación de las infraestructuras con planes sofisticados de prevención, control y coordinación de las necesidades sociales, para responder con eficiencia a las demandas sociales. Hay que buscar y encontrar mecanismos alternativos de financiación, así como una gestión más eficiente de los servicios públicos. La necesidad de implantación de nuevos impuestos, destinados a los sectores relacionados con el mercado digital y las nuevas tecnologías, puede ser una de las soluciones al problema, aunque no la gallina de los huevos de oro.

5.2. El mercado laboral.

Los problemas del mercado laboral español tienen una gran amplitud de variedades que van desde la reestructuración de una economía basada en el sector servicios hasta la precariedad del empleo. Esta situación permite delimitarlos en distintos ámbitos.

En primer lugar, el problema del mercado económico español. No tiene sentido que el gobierno español vea que la economía alemana que apuesta por la innovación tecnológica y el desarrollo vaya a buen ritmo, y España continúe anclada en las viejas instituciones que nos llevaron a la peor crisis de nuestra historia, y cuyas consecuencias aún estamos pagando. Es una necesidad imperiosa el cambio paulatino de una economía

basada en el sector servicios, el turismo y la vivienda principalmente, hacia otra respetuosa con el medio ambiente y los recursos.

El mercado digital y las nuevas tecnologías va a suponer una nueva conceptualización de cómo entender el trabajo, y, por ende, es necesario abarcar y adelantarnos a esas posibilidades. Los incentivos por parte de los gobiernos, ya sea vía impuestos o a través de subvenciones, deben estar dirigidos a estos mercados en auge y que marcarán el futuro de las sociedades. Es evidente que un país como España no puede aspirar al nivel de protección de Finlandia sin la economía de Alemania y con la conciencia social de Tanzania.

En segundo lugar, los problemas derivados de la configuración actual del mercado: la precariedad laboral y la brecha salarial. Los problemas relacionados con la precariedad laboral están suponiendo un ascenso en la inversión de las políticas sociales que, de manera complementaria van a necesitar los individuos para llegar a un mínimo de vida exigible. La falta de empleo estable y contratos a jornada completa está perjudicando el sistema, de forma que, lo que se hace es falsear las cifras de la tasa de ocupación de la población pero que garantiza un nivel de vida digno. Así, se ha generado una nueva tendencia en Europa de “trabajadores pobres” que únicamente promueve la consolidación de las desigualdades sociales y la instauración de la pobreza, y el lema de sobrevivir como se pueda como medio de vida.

Pero es que, además, el papel de la mujer, y los nuevos movimientos de empoderamiento femenino están revolucionando la sociedad en la que vivimos. Por ello, no se concibe que los gobiernos permitan la consolidación de la brecha salarial. Las mujeres de hoy en día están mejor formadas, y son igualmente capaces para ocupar puestos de gran responsabilidad en dentro del marco empresarial. La incorporación de la mujer al mundo laboral ha tenido consecuencias evidentes en la economía, pero también, en el sistema educativo.

Un gran porcentaje de las mujeres trabajan, y éstas no pueden ejercer el rol tradicional de cuidado de los hijos. Después de la baja temporal por maternidad (de tan sólo veinte semanas) debe de reincorporarse al puesto de trabajo, con la única opción de dejar a los menores en manos de familiares o en centros de educación infantil. Los centros públicos de 0-3 años son escasos, mientras que los privados tienen un coste de alrededor de 400€, lo que acrecienta las desigualdades entre las familias con menos recursos. Las

ayudas en esta materia son escasas, y en su mayoría de carácter autonómico, lo que frena el aumento de la natalidad.

Pero esto sólo es el principio del problema. Como tanto hombres como mujeres trabajan, los problemas del cuidado de los hijos se acrecientan en edades posteriores, pues surge el problema de quién cuida de los menores. La oferta de actividad de ocio o extraescolares para los menores por los propios centros educativos es limitada, aunque ésta no sería ni mucho menos una solución, sino una mitigación del problema. España debe plantarse la necesidad de la reestructuración de la jornada laboral, de forma que, permita la conciliación y el cuidado de la familia, tanto de hombres como de mujeres. La flexibilización de la jornada y el lugar para desarrollar el trabajo, deben ser implantadas de raíz en el marco del derecho laboral.

En tercer lugar, el mercado laboral del futuro. Los cambios que va a experimentar la sociedad en su conjunto harán que se plantee la necesidad de creación de un nuevo pacto social. La sociedad digital y robotizada va a cambiar la estructura y forma que tenemos de relacionarnos en el mundo, y, por ende, todo lo que con él se entabla: derechos y obligaciones, el mercado, y la sociedad en su conjunto. Así, en el mundo globalizado que se ha impuesto, no cabe hablar de que cada Estado promueve su propio contrato social, sino que es necesario hacer un acuerdo unánime que englobe a todos los Estados.

5.3. El contexto demográfico y el cambio de mentalidad.

El problema demográfico es común en el mundo globalizado en el que vivimos, y éste lleva aparejado un cambio en la mentalidad de la sociedad. La transición demográfica es correlativa al desarrollo y transformación de la economía. En esta época, los cambios demográficos incluyen el descenso de las tasas de mortalidad y de fertilidad⁸⁸¹, el decrecimiento de la disminución de hogares, en los cuales convivían tres generaciones y el paso a familias más reducidas. Las tendencias en relación con esto último incluyen el aumento de los divorcios y de nuevos matrimonios posteriores y el número creciente de familias monoparentales⁸⁸².

⁸⁸¹ Vide Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “La sostenibilidad del sistema nacional de salud”, en *La sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud en el S. XXI*, Comares, Granada, 2015, p. 67.

⁸⁸² Vide Ian GOUGH, “Los Estados de bienestar europeos: lecciones para países en desarrollo”, *Papeles*, 99, (2007), p. 17.

La institución de la familia “tradicional” ha sido modificada y reconfigurada adaptándose a la realidad social existente⁸⁸³. La figura del papá y la mamá que conviven en un solo domicilio con los hijos comunes ha evolucionado a la de mujer o al hombre, separado o divorciado, que convive con sus hijos (de forma alterna), o con los hijos de su pareja, y en caso de los hubiere, con los niños concebidos con su nueva pareja. Pero, no sólo esto, cada vez es mucho más común la familia monoparental, en la que una persona decide adoptar, o concebir descendencia, sin necesidad de que sean dos personas las que están a cargo de los menores. Además, a esto hay que sumarle la posibilidad de no construcción de familia tradicional en la que se formaba un núcleo independiente de los progenitores.

Esta tendencia influye en las políticas de protección social que se proyectan a través de las instituciones del Estado. La familia representa un papel fundamental en la gestión del mercado laboral y consecuentemente en la configuración del Estado de Bienestar. Resulta habitual encontrarse con nuevos modelos de familia que, al mismo tiempo, van a condicionar los resultados demográficos, y esto es, porque permiten o dificultan la capacidad de las mujeres y hombres para combinar el trabajo remunerado y el cuidado de los hijos, fomentando la fertilidad, retrasándola o desalentándola. De este modo, la fertilidad se convierte así en un factor endógeno de los diferentes sistemas de bienestar⁸⁸⁴.

De igual manera que, el problema del aumento del envejecimiento de la población y la esperanza de vida va a condicionar nuestro sistema. España tendrá la mayor tasa de esperanza de vida del mundo para el año 2040⁸⁸⁵. Y esto es un problema que solventar por parte de los gobiernos que, o bien reestructuran los sistemas de pensiones, alcanzando una edad mayor de jubilación, o buscan alternativas a su financiación. Además, del incremento del gasto que esto supone en otros sectores como la asistencia social o sanitaria.

⁸⁸³ Vide Judith ASTELARRA y Gustavo ZARAGOZA, “El Estado de Bienestar en España. Criterios de sostenibilidad”, *Equidad Internacional: Welfare Policies and Social Work*, 1, (2014), p. 62.

⁸⁸⁴ Vide Francis CASTLES, “The world turned upside down: below replacement fertility, changing preferences and family-friendly public policy in 21 OECD countries”, *Journal of European Social Policy*, 13, (2002), pp. 209-227.

⁸⁸⁵ Vide https://elpais.com/sociedad/2018/10/16/actualidad/1539678495_813483.html

5.4. La inmigración.

Los problemas derivados de la inmigración no son exclusivos del Estado español, sino que afectan a toda la Unión Europea y, es por ello, la regulación del problema debería provenir de sus instituciones. España tiene poco margen de actuación en la resolución de esta disyuntiva. No obstante, la inmigración irregular afecta a nuestro Estado de Bienestar y, por tanto, debe ser tratado por nuestros legisladores.

Si bien es cierto que la inmigración, sobre todo desde el punto de vista irregular, afecta a nuestro Estado de Bienestar y por tanto debe ser prevista por nuestros legisladores. El problema reside en la universalización o no de las prestaciones que se brindan. Tal y como se ha expuesto en los párrafos precedentes, la presunción de residencia habitual es uno de los criterios que permite el acceso a nuestros recursos. Por ello, las medidas que se han ido adoptando a lo largo de estos años de crisis han estado encaminadas a restringir el acceso a estas prestaciones según la nacionalidad, participación dentro del sistema contributivo, o residencia.

La inmigración, de la que se sirvió Europa para crecer, se contempla en la actualidad como una amenaza para la cohesión social, y con ella, al sostenimiento de los Estados de Bienestar⁸⁸⁶. El auge de los movimientos nacionalistas, que defienden a ultranza la xenofobia o la aporofobia, tienen representación parlamentaria en la mayoría de los países. Todo ello cuando se cumplen 75 años del aniversario de la liberación de Auschwitz. No aprendemos del pasado o no queremos aprender. Sin embargo, antes de atribuir como causa de los problemas de nuestro sistema a los inmigrantes, es necesario plantear cuanto influyen en los fallos del sistema⁸⁸⁷. No se puede acusar de colapso de nuestros servicios, su mal funcionamiento y falta de calidad, sin una evidencia de que esto sea así⁸⁸⁸.

⁸⁸⁶ Vide Ian GOUGH, “Los Estados de bienestar europeos: lecciones para países en desarrollo”, *Papeles*, 99, (2007), p. 19.

⁸⁸⁷ Vide Miriam CUETO PÉREZ, “Reparto competencial sobre las políticas de inmigración y su incidencia en la prestación de servicios públicos”, en Alejandro BOTO ÁLVAREZ y Pilar RODRÍGUEZ MATEOS, *Los flujos migratorios en el ordenamiento jurídico español*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, p. 193.

⁸⁸⁸ Vide https://www.elconfidencial.com/alma-corazon-vida/2009-06-23/los-inmigrantes-acuden-menos-al-medico-que-los-espanoles_240482/

Y, de igual manera, el problema de la inmigración también se traslada al panorama del mercado laboral⁸⁸⁹. La inmigración que acoge España es de personal poco cualificado, de forma que, los empleos de los mismos no favorecen unas mayores aportaciones al sistema fiscal. Mientras que, España continúa mandando trabajadores cualificados a otros países, principalmente de la Unión Europea, cuyo mercado sí los acoge.

5.5. El cambio climático.

La totalidad de la tesis está centrada en los derechos de segunda generación o sociales. Sin embargo, no podemos obviar los derechos relacionados con el medio ambiente o de tercera generación. La sociedad se ha concienciado acerca de la necesidad de la protección medioambiente, y de la adopción de las medidas hacia la transición de una sociedad más ecológica y respetuosa con el medio.

Los problemas derivados del cambio climático en nuestra sociedad están aún por definirse, puesto que no concebimos la magnitud de los mismos. Estamos hablando de fenómenos como las sequías, las inundaciones o las plagas. Por no hablar de que, el aumento del nivel del mar va a provocar la inaccesibilidad de multitud de terrenos. Los efectos van a varias dependiendo de muchos factores, atendiendo a la zona geográfica, el aumento de las temperaturas y la variabilidad climática, así como, a la pérdida de la fertilidad de los suelos⁸⁹⁰.

Un país como España rodeado de agua, y cuyos problemas de abastecimiento de los recursos se han dejado en evidencia en innumerables ocasiones, convierte al problema

⁸⁸⁹ Vide Juan Eduardo GONZÁLEZ GONZÁLEZ y Miriam CUETO PÉREZ, “Educación”, en Alejandro BOTO Álvarez y Pilar RODRÍGUEZ MATEOS, *Los flujos migratorios en el ordenamiento jurídico español*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, p. 230 y ss.

⁸⁹⁰ Vide FAO, “Informe sobre el cambio climático”, FAO, 2017, «*Los cambios en el clima ya están socavando la producción de algunos cultivos principales como el trigo, arroz y maíz en las regiones tropicales y templadas y, si no se desarrolla resiliencia climática, se espera que la situación empeore a medida que las temperaturas aumentan y se vuelven más extremas. El análisis incluido en el informe indica que la prevalencia y el número de personas subalimentadas tienden a ser más elevados en países muy expuestos a fenómenos climáticos extremos. La subalimentación es también mayor cuando la exposición a estos eventos extremos se ve agravada por un alto porcentaje de población depende de sistemas agrícolas que son muy sensibles a la variabilidad de lluvias y temperaturas. Las temperaturas anómalas en las áreas agrícolas continuaron siendo más altas que la media a largo plazo en el periodo 2011-2016, lo que provocó episodios más frecuentes de calor extremo en los últimos cinco años. La naturaleza de las temporadas de lluvia también está cambiando, con el inicio tardío o temprano de las precipitaciones y su distribución desigual dentro de la propia temporada. Los daños a la producción agrícola contribuyen a la falta de disponibilidad de alimentos, con efectos colaterales que provocan alzas en los precios alimentarios y pérdidas de ingresos que reducen el acceso de la población a los alimentos*»

del cambio climático en una realidad. Y, si a este estado le sumamos la importancia que tiene el turismo dentro de nuestra economía, pone en grave riesgo nuestra supervivencia. El turismo en España, y por ende el sector servicios⁸⁹¹, representa una gran parte de nuestra economía, y es obvio la necesidad de su protección, para que, al menos, hasta que se produzca una transición, continúe siéndolo.

Por estos motivos, el Estado español debe apostar de forma más vehemente por medidas de carácter imperativo que modifiquen los hábitos y patrones de comportamiento de nuestra sociedad. Reciclar debería ser obligatorio en nuestro España, no una opción del ciudadano. Además, todos aquellos que no lo llevaran a cabo deberían ser sancionados por la Administración competente.

Además, se habla ya de la figura del “refugiado medioambiental”. La Organización Internacional para las Migraciones propone la siguiente definición para los inmigrantes del medio ambiente:

«Los Migrantes ambientales son personas o grupos de personas que, por razones imperiosas de cambios repentinos o progresivos en el medio ambiente que afectan negativamente a la vida o las condiciones de vida, se ven obligados a abandonar sus hogares habituales, o deciden hacerlo, ya sea de forma temporal o permanentemente, y que se mueven ya sea dentro de su país o hacia el extranjero»⁸⁹².

Sólo tenemos un mundo, y no podemos abogar por la sostenibilidad del Estado del Bienestar, sin antes sentar las bases legislativas para que éste cuente con un lugar físico en el que consolidarse.

⁸⁹¹ Vide Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “Turismo de salud: autorización y registro de balnearios, estaciones termales y curhoteles en Andalucía”, en Jorge FERNÁNDEZ RUIZ y Javier SANTIAGO SÁNCHEZ (Coord), *Régimen jurídico del turismo y de la zona marítimo-terrestre (Memoria del Congreso Internacional de Derecho Turístico)*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2009, p. 613.

⁸⁹² Vide https://www.iom.int/jahia/webdav/shared/shared/mainsite/about_iom/en/council/94/f

CAPÍTULO SEGUNDO

LA REVOLUCIÓN “INTERNET”: EL IMPULSOR DE LA SOCIEDAD DIGITAL

CAPÍTULO SEGUNDO

LA REVOLUCIÓN “INTERNET”: EL IMPULSOR DE LA SOCIEDAD DIGITAL

I. Introducción.

El primer capítulo de la tesis analiza los efectos que la I Revolución Industrial tiene sobre el conjunto global de la sociedad. Así, el orden económico industrial obliga a los distintos actores (Estado, empresas y ciudadanos) a ponerse de acuerdo para establecer un nuevo pacto social, mediante el cual se reconoce y garantiza la protección de una segunda generación de derechos del individuo. Asimismo, gracias al desarrollo y consolidación de los derechos sociales se ha creado, de forma paulatina, la base sobre la que se construyen los pilares que configuran los distintos Estados de Bienestar.

De este modo, los avances tecnológicos del S. XVIII, consolidados durante los siglos posteriores, que modificaron la forma de producir bienes y prestar servicios, transformaron la sociedad y gestaron un orden social con unos principios, caracteres y derechos auténticos. En consecuencia, los cambios introducidos obligaron a los distintos Estados a intervenir garantizando la protección de estos derechos a través de prestaciones concretas organizadas por las distintas estructuras que configuran del Estado de Bienestar.

La estructura de este segundo capítulo es similar al anterior, pero esta vez, partiendo del descubrimiento de Internet y la revolución que ha supuesto su extensión generalizada en la sociedad. La incorporación de Internet y TIC ha modificado la conducta del ser humano, el mercado y las formas de trabajo, o la manera de relacionarse los poderes del Estado entre sí y con los ciudadanos. En este sentido, el proceso de

digitalización⁸⁹³ de la sociedad está configurando un ordenamiento jurídico que pretende adaptarse a la realidad, donde el elemento digital es el preponderante en todas las relaciones. Así, las reformas en las distintas áreas donde tiene una mayor incidencia se han sucedido en los últimos años, intentando adaptar el régimen de protección del individuo al nuevo medio por el que transitan los seres humanos: el ciberespacio.

El Estado de Bienestar, de forma específica, también se ha tenido que adaptar a este proceso transformación. La incorporación de Internet ha tenido efectos beneficiosos para su estructura y procedimiento, sobre todo, agilizando, simplificando y ahorrando tiempo en el desarrollo de sus actividades. A la par que, éste ha implicado (y lo seguirá conllevando en los próximos años) un elevado desembolso económico para las distintas Administraciones Públicas: adaptando las infraestructuras y estructuras para posibilitar la conexión de red, adquiriendo material electrónico, y formando a su personal.

Sin embargo, el alcance de Internet sobre la configuración del Estado de Bienestar va mucho más allá de su mera adaptación a las nuevas tecnologías y sistemas de funcionamiento, sino que éste implica otras modificaciones “sui generis” de su estructura. Internet y las TIC están configurando una sociedad distinta, con unos intereses, caracteres y necesidades propias. Lo que, en sentido contrario, obliga a que éste rediseñe sus políticas de protección y proporción de bienestar atendiendo a las cualidades y necesidades de esta nueva sociedad. En consecuencia, se advierte que Internet influye en el Estado de Bienestar desde dos perspectivas: por un lado, de adaptación de los recursos propios al medio digital; y, por otro lado, en la configuración de una sociedad con necesidades inéditas hasta el momento que obligará a adaptar los objetivos que éste debe acometer.

En primer lugar, en lo que se refiere a esa modificación de sus relaciones y adaptación de los recursos, el Estado de Bienestar ha incorporado la prestación de determinados servicios públicos a través del medio digital. Para ello, se ha llevado a cabo un proceso de digitalización que afecta, de forma distinta, a los pilares que lo constituyen. Por ejemplo, dentro del ámbito educativo se ha dotado a los centros escolares de conexión

⁸⁹³ Vide Pascal SAINT-AMANS, “¿Están las grandes compañías de Internet modelando un nuevo sistema económico? Los retos de las políticas tributarias, *Vanguardia Dossier*, 63, (2017), p. 61: «La digitalización afecta no sólo a la innovación respecto a métodos de producción, modelos de cadena de valor, y, de una forma más general, a modelos de negocio. Tales transformaciones han llevado a un volumen creciente de iniciativas sociales y económicas a emigrar a Internet, como por ejemplo comercios que han abandonado una buena ubicación urbana y se han reconvertido en tiendas y plataformas online».

a Internet y material electrónico, o se permite la realización de la matrícula al centro educativo on-line a través de plataformas habilitadas para ello. En el ámbito de la Seguridad Social, todos los procedimientos se han digitalizado de manera que la mayoría de los certificados se tramitan y expiden a través de la red, desde pedir un documento acreditativo de la vida laboral hasta la solicitud de prestación por desempleo. De forma similar ocurre en materia de asistencia social, donde todos los trámites se han digitalizado, se ha constituido el historial social electrónico, o herramientas digitales de ayudas a personas en situación de vulnerabilidad, como víctimas de violencia de género, o personas con necesidades especiales.

Sin embargo, uno de los cambios de mayor trascendencia se ha producido en el ámbito sanitario y de protección de la salud. La inclusión de las técnicas de salud electrónica posibilita un mejor tratamiento y seguimiento de los pacientes, así como también, amplían algunos de los derechos que éstos ya tenían consolidados. A modo de ejemplo, la telemedicina permite el examen de especialistas en provincias distintas sin la necesidad de desplazarse. Sin contar las múltiples ventajas del historial clínico electrónico que permite conocer la situación y condiciones previas de los pacientes desde la misma ambulancia.

Y, segundo lugar, en lo que se refiere a la modificación de los servicios que debe prestar éstos responden a los cambios que Internet ha implantado en las relaciones sociales, tanto personales, laborales o las institucionales, creando dos universos paralelos pero interconectados: el mundo físico y el digital. Las transformaciones que provoca de la red de redes cada vez son más profundas, hasta el punto de que se están imponiendo las relaciones del medio electrónico o digital frente a las presenciales. De este modo, Internet ha pasado de ser un medio alternativo de comunicación, a convertirse en obligatorio para mantener parte de las relaciones convencionales. En consecuencia, no tener acceso a Internet, y a un dispositivo conectable, limita las posibilidades de crecimiento de las personas dentro de su entorno social. Lo que, “*a sensu contrario*”, esta situación provoca desigualdad entre quienes tienen acceso a estos medios, y aquellos otros que no.

De este modo, la posibilidad o no de tener conexión a Internet, dentro de un país desarrollado, limita el ejercicio de otros derechos como, por ejemplo, el derecho a la libertad de información y expresión. Pero, también de otros derechos sociales como el acceso a una mejor formación y preparación para el mundo laboral, lo que condiciona la

obtención de mejores puestos de trabajo. Esta realidad en sentido contrario atenta directamente contra el derecho a la igualdad y la no discriminación, y en determinadas ocasiones a la dignidad del individuo. Internet se ha convertido en un instrumento habilitador que posibilita el ejercicio funcional de otros derechos sociales. De ahí deviene la importancia de su regulación y necesidad de reconocimiento dentro de nuestro ordenamiento jurídico, como consecuencia de la situación de desigualdad que se está gestando entre distintos sectores de la población, y que el Estado de Bienestar debe corregir.

En consecuencia, se está originando una nueva necesidad social a la que el Estado de Bienestar debe dar una respuesta para corregir las desigualdades que se están instaurando en nuestra sociedad. Así, los cambios no han hecho nada más que comenzar. La Revolución Internet es sólo la punta del iceberg de lo que las nuevas tecnologías van a terminar por transformar la forma de relacionarse de los seres humanos y, sobre todo, de entender el trabajo. En la actualidad estamos inmersos en un período de iguales características revolucionarias que lo que sucedió durante la I Revolución Industrial. En este caso, es la llegada de la IV Revolución Industrial o Digital la que está rompiendo con los parámetros sociales establecidos, marcando un ritmo de crecimiento y de modificación de la sociedad sin precedentes.

El problema es que el legislador actual se está limitando a adaptar el régimen existente a las nuevas modificaciones, pero este Derecho no resuelve los problemas que se está generando. Por ello, el legislador no se puede limitar sólo a acondicionar el Derecho, sino que, debe ir un paso más allá creándolo. Tenemos delante de nosotros la puerta hacia un nuevo período de la humanidad, y nuestra generación tiene la obligación de sentar unas bases justas y especialmente sociales, para garantizar el bienestar de la sociedad en su conjunta. La Era Digital se vislumbra, y hay que comenzar a tomar decisiones sobre lo que queremos llegar a ser, los límites de su actuación y, por supuesto, la responsabilidad de todos aquellos que no actúen de conformidad con los principios y valores de nuestro ordenamiento.

II. Internet: el descubrimiento que marcó una era.

1. Los orígenes de Internet.

La “*red de redes*” es el resultado de los trabajos de investigación realizados por la Agencia de Proyectos de Investigaciones Avanzadas del Departamento de Defensa de los Estados Unidos (ARPA) durante la Guerra Fría⁸⁹⁴. Sin embargo, la motivación⁸⁹⁵ por la que se lleva a cabo este descubrimiento continúa siendo una incógnita⁸⁹⁶. La base del proyecto se centraba en encontrar un método alternativo de comunicación que, en el caso de que las redes convencionales fueran bloqueadas, permitiera seguir manteniendo el contacto. Así nace ARPANET (nombre que recibe el proyecto) que rompe con la forma tradicional de comunicación basada en un servidor principal, e instaura el principio de individualidad de las redes. Esta innovación permite que, ante cualquier fallo o daño del sistema, la red busque o transmita automáticamente por otra ruta, de forma que, el mensaje termina encontrando a su destinatario utilizando cualquiera de las vías que tiene a su disposición⁸⁹⁷. Esta innovación es trascendental para la evolución de las comunicaciones, pero la comunidad científica jamás hubiera podido prever el potencial alcance de los resultados de sus investigaciones.

ARPANET comenzó a operar, realizando las primeras conexiones internacionales, a partir de la década de los años 70'. En sus inicios, el éxito del trabajo se vio cuestionado por los problemas de interoperabilidad de los protocolos de comunicación, pero esta cuestión técnica se resolvió rápidamente obligando a los fabricantes a la instalación de un sistema común: *Network Control Protocol* (NCP). No obstante, durante la década de los 80' comenzaron a surgir otras redes autónomas: algunas con protocolos distintos, pero que terminarán por reconvertirse para formar parte del sistema; y otras, afines desde su origen a la tecnología TCP/IP (una mejora del NCP)

⁸⁹⁴ Cada paso de la evolución se asienta en los avances de épocas anteriores. Por ello, no se puede desmerecer las aportaciones que realizaron “los abuelos de internet”: Samuel Morse en 1837, inventor del código morse (o binario); Huges en 1878 que construyó el primer micrófono para un sistema telefónico; y Guglielmo Marconi en 1901, con el descubrimiento del uso de las ondas radiofónicas.

⁸⁹⁵ A priori, parece ser que el objetivo del estudio estaba en la creación de una red para interconectar los ordenadores de ARPA y los de distintas universidades y laboratorios afines, de forma que, se agilizaran y garantizaran las relaciones. Aunque, otra teoría apunta a que la causa pudiera haber sido un intento fallido por la conquista del espacio, tras el lanzamiento del satélite soviético Sputnik en 1957. O, también, podría ser la búsqueda de un sistema alternativo de relaciones que garantizara la posibilidad de respuesta en caso de un ataque nuclear.

⁸⁹⁶ Vide Pablo GARCÍA MEXÍA, *Historias de Internet: Casos y cosas de la Red de red*, Tirant Humanidades, Valencia, 2012, p. 32.; Vide Moisés BARRIO ANDRÉS, *Fundamentos del Derecho de Internet*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2017, p. 68.

⁸⁹⁷ Vide Moisés BARRIO ANDRÉS, *Derecho Público e Internet: la actividad administrativa de regulación de la red*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2017, pp. 81 y ss.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA REVOLUCIÓN “INTERNET”: EL IMPULSOR DE LA SOCIEDAD DIGITAL

como CSNET (*Computer Science Network*) o MILNET (red correspondiente al Departamento de Defensa de EE. UU.)⁸⁹⁸.

No obstante, el nacimiento de la “*red de redes*”⁸⁹⁹ no se produce hasta 1983 con la interconexión de ARPANET, CSNET y MILNET que permitió la creación de una red pública capaz de “*superar la heterogeneidad técnica en todos los niveles*”⁹⁰⁰. De este modo, surge la diferenciación entre “*internet*” e “*Internet*”: el primero representa a cualquier red interconectada; mientras que, el segundo, es una red muy concreta, de naturaleza pública y subvencionada por el Gobierno. No obstante, la creación de Internet *stricto sensu*, tal y como lo conocemos, no se produce hasta el nacimiento de la *National Science Foundation of Net* (NSFNET). Al inicio, el objetivo principal que desarrollaba esta organización es el de facilitar a la comunidad científica el acceso a la supercomputación de ARPANET. Pero, tras un incremento inesperado de la demanda por utilizar el servicio, tanto del sector universitario como de diversas organizaciones, ésta termina extendiéndose de manera global. El éxito fue tal que se desbordaron las previsiones iniciales, obligando a realizar sucesivas ampliaciones de la capacidad de las redes troncales de comunicación, para extenderlo por todo el mundo. De esto modo, es como se pusieron en línea comunidades como Canadá, Europa, Australia y Japón⁹⁰¹.

El potencial de la innovación no pasó desapercibido para el sector empresarial que, desde los inicios del proceso de expansión, intentaron formar parte del proyecto: bien disfrutando de los servicios que prestaba; o bien, ayudando a extender y desarrollar las posibilidades de la red, es decir, participando activamente en su consolidación. Hasta que, finalmente, consiguieron ser parte de la configuración de la red de redes. El acceso del sector privado provoca que comience a desvirtuarse la naturaleza pública con la nace el proyecto, haciéndola accesible a todos los sectores de la sociedad. Y, si a esto le añadimos los problemas técnicos y financieros para continuar ampliando el servicio, junto

⁸⁹⁸ El NCP basaba sus reglas básicas de funcionamiento en las siguientes: las redes no podían sufrir modificaciones ni requerir cambios para conectarlas a ARPANET; el sistema de retransmisión debía de apoyarse en el principio “*best effort*”, es decir, reintentar desde origen la emisión de la información cuando ésta no llegara a su destino; las redes debían de conectarse a partir de “*routers*”; y la inexistencia de control global de las operaciones en la red.

⁸⁹⁹ Vide Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “Reflexiones en torno a la organización de los servicios sanitarios y el ejercicio profesional en la Unión Europea”, en Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ y Rafael BARRANCO VELA (Dir), *Derecho y salud en la Unión Europea*, Comares, Granada, 2013, p. 205.

⁹⁰⁰ Vide Janet ABBATE, *Inventing the internet (inside technology)*, The Mit Press, Cambridge, 1999, p. 78.

⁹⁰¹ Vide Moisés BARRIO ANDRÉS, *Derecho Público e Internet: la actividad administrativa de regulación de la red*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2017, pp. 85 y ss.

con la internalización del proyecto, al final terminó por provocar cambios sustanciales sobre la finalidad que persigue éste en origen. Hasta que, finalmente, todos estos elementos provocaron la privatización del sector a partir de 1995. No obstante, su organización continuó bajo el control de una entidad reguladora, dirigida por el Gobierno de los Estados Unidos, para garantizar determinadas características en el servicio⁹⁰².

En consecuencia, Internet nace en el seno de un proyecto de defensa armamentística para interceptar y recibir comunicaciones, y que, tras conocer la infinidad de posibilidades que permite, se abre a la comunidad científica. Las universidades e investigadores encuentran en éste, un mecanismo idóneo para compartir el conocimiento y los resultados de sus investigaciones, de forma que, éste pasa a ser una herramienta imprescindible para el desarrollo y la innovación. Y, finalmente, tras la diversidad de facultades que ofrece, termina extendiéndose, primero al sector empresarial, y después a la sociedad en su conjunto.

En la actualidad, Internet se ha consolidado como un modelo de colaboración e interacción de las personas y sus ordenadores (u otros dispositivos interconectables), rompiendo con los principios de temporalidad, ubicuidad y proximidad de los seres humanos. El descubrimiento de Internet cambia la dirección de la evolución del desarrollo del ser humano. De este modo, comienza con él a gestarse un proceso de metamorfosis de la sociedad que terminará por provocar el nacimiento de una nueva Era.

2. Concepto.

El término *Internet* es una palabra compuesta que se forma a partir de la fusión de “*inter*”, palabra inglesa que hace referencia a la posibilidad de conexión; y “*net*” (del inglés “*network*”) que significa red. El análisis morfológico permite hacer un primer acercamiento al concepto como el conjunto de redes que se encuentran interconectadas. Sin embargo, cuando nos referimos a *Internet* como término propio, se hace referencia a una red muy concreta y especial, que atiende a una dimensión tecnológica y a la apertura

⁹⁰² Vide Moisés BARRIO ANDRÉS, *Fundamentos del derecho de internet, Fundamentos del Derecho de Internet*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2017, pp. 72-78.

de infinitud de posibilidades⁹⁰³. En este sentido, la Real Academia Española define Internet como:

«la red informática mundial, descentralizada, formada por la conexión directa entre computadoras mediante un protocolo especial de comunicación»⁹⁰⁴.

Como se observa, el término pasa de englobar a simples redes conectadas entre ordenadores, a la necesidad de que éstas cuenten con un protocolo especial para poder relacionarse entre sí. En este sentido, el Diccionario del español jurídico recoge esta misma conceptualización, pero, además, amplía el concepto en los siguientes términos:

«Red mundial descentralizada, formada por la conexión directa entre ordenadores y demás dispositivos mediante un protocolo especial de comunicación, el TCP/IP, con el propósito de que los usuarios puedan comunicarse en el “ciberespacio” y acceder a grandes cantidades de información de todo el mundo. Internet se conoce como la red de redes, y consiste en millones de redes públicas, privadas, académicas, empresariales y gubernamentales que están conectadas entre sí a través de enlaces de fibra óptica, satelitales, inalámbricos y de otras tecnologías de transmisión de datos. Su característica primordial es la de ser un sistema universal de comunicaciones capaz de acomodar la más absoluta diversidad tecnológica, permitiendo que equipos de toda índole puedan comunicarse entre sí mediante el empleo de cualquier tipo de tecnologías y medios de transmisión»⁹⁰⁵.

De este modo, Internet deja de ser una simple conexión entre redes para implicar un entramado mucho más grande y complejo: se convierte en una organización mundial que conecta a millones de redes de todo tipo (públicas, privadas, científicas o empresariales) en un espacio diferente (ciberespacio), gracias a la conexión de ordenadores u otros dispositivos, para compartir y acceder a todo tipo de información.

⁹⁰³ Vide Moisés BARRIO ANDRÉS, *Fundamentos del derecho de internet, Fundamentos del Derecho de Internet*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2017, p. 34.

⁹⁰⁴ Vide <https://dle.rae.es/internet>

⁹⁰⁵ Vide <https://dpej.rae.es/lema/internet>

En consecuencia, Internet no es sólo una red conexcionada, sino que presenta distintos estratos que permiten su configuración: el estrato físico, lógico, y el de servicio y contenidos. En primer lugar, el estrato físico que engloba la propia red, es decir, la estructura material que posibilita la conectividad, además del complejo sistema de conexiones necesarias para que se produzca la comunicación. En segundo lugar, el estrato lógico o la interfaz, esto hace referencia a la unión o coordinación funcional entre los dispositivos, es decir, el software, protocolos de comunicación, u otras configuraciones técnicas. Y, en tercer lugar, la diversidad de contenidos o servicios que ofrece internet que van desde la World Wide Web, los portales, las redes sociales, YouTube, o el correo electrónico, entre otros⁹⁰⁶.

Además, dentro de Internet también encontramos la *deep web*, o web invisible, que recoge toda la información que está en línea, pero a la que no se puede acceder fácilmente puesto que no está indexada en los buscadores más conocidos, ya que se ha protegido mediante contraseñas o previo pago. Y, también, la *dark net* a la que solamente se puede acceder mediante aplicaciones específicas y que dan acceso a una parte de la red que está oculta. Entre las plataformas de acceso destaca Zero Net o TOR, las cuales son utilizadas por una media diaria de 50.000 personas⁹⁰⁷. Si bien, la característica de esta capa de la red es que se encuentra al margen de cualquier restricción legal, por ello, en sus páginas se difunde contenido ilícito y acceso a servicios ilegales como pornografía, venta de sustancia estupefacientes, compra de armas, o trata de seres humanos⁹⁰⁸.

No obstante, la red de redes, en sí misma, no es un concepto cerrado, sino que está en constante evolución, o en un proceso permanente de cambio. Tal y como manifestó el Foro Económico Mundial en el año 2013, «*Internet es el sistema adaptativo complejo más grande y de más rápida evolución en la Historia de la Humanidad*». En este sentido, desde su llegada a nuestras vidas, se ha transformado la sociedad en su totalidad, puesto que ésta necesita de la red para gestionar la mayor parte de su actividad.

⁹⁰⁶ Vide Pompeu CASANOVAS ROMEU, “Derecho, Internet y Web semántica”, en Carlos GÓMEZ MARTÍN, *Derecho a la intimidad y nuevas tecnologías*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2004, pp. 15 y ss.; Vide Pablo GARCÍA MEXÍA, *Derecho europeo de internet*, Netbiblo, A Coruña, 2009, pp. 12 y ss.

⁹⁰⁷ Vide Carlos B. FERNÁNDEZ HERÁNDEZ, “En España 50.000 personas utilizan a diario la Dark web”, *Diario LA LEY CIBERDERECHO*, 41, (2020), p. 3.

⁹⁰⁸ Vide Moisés BARRIOS ANDRÉS, *Manual de Derecho Digital*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 50.

3. Naturaleza jurídica.

Internet es la base elemental por la que se estructura un régimen complejo e inédito de relaciones sociales. Éste se ha convertido en el instrumento que articula una sociedad con unos caracteres propios. Por ello, desde una perspectiva técnica, Internet debe catalogarse como una modalidad de telecomunicación, atendiendo a la finalidad que persigue la prestación del servicio. En este sentido, la Ley General de las Telecomunicaciones determina esta actividad como “*servicio de interés general que se presta en régimen de competencia*”⁹⁰⁹.

El término implica el equilibrio entre un servicio de carácter económico, pero en el que confluye el interés general de la población, como consecuencia de su carácter esencial para el desarrollo de las relaciones⁹¹⁰. Por ello, esta actividad tiene ciertas peculiaridades, dado que, se impone a los operadores privados el cumplimiento de obligaciones propias de los servicios públicos en su desarrollo y prestación. Hasta el punto de que, si éstas no se cumplen, la autoridad competente podrá designar a uno o varios operadores para llevarla a cabo.

De este modo, surge el principio de subsidiariedad en la intervención de la gestión de las telecomunicaciones por parte del Estado, cuyo fundamento jurídico se encuentra en el artículo 106.2 TFUE, y en los mismos términos, en los artículos 128.2 CE y el 38 CE. Asimismo, la Ley General de las Telecomunicaciones obliga a los operadores a someterse a un régimen de obligaciones de servicio y carácter público, respetando los principios de igualdad, transparencia, no discriminación, continuidad, disponibilidad o permanencia, entre otros⁹¹¹. En otras palabras, donde el mercado falle para asegurar ciertos niveles de garantía en estos servicios, los poderes públicos deben intervenir para garantizar el acceso de los ciudadanos a estos servicios esenciales⁹¹². La Ley distingue

⁹⁰⁹ Vide Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, artículo 2.

⁹¹⁰ Vide Matilde CARLÓN RUIZ, “Las obligaciones de servicio público: en especial, el servicio universal de telecomunicaciones”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO *Derecho de las Telecomunicaciones*, Civitas, Madrid, 2015, edición electrónica sin numerar.

⁹¹¹ Vide Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, artículo 23.

⁹¹² Vide Matilde CARLÓN RUIZ, “Las obligaciones de servicio público: en especial, el servicio universal de telecomunicaciones”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, *Derecho de las Telecomunicaciones*, Civitas, Madrid, 2015, edición electrónica sin numerar

entre dos categorías de obligaciones de servicio público: el servicio universal y otras obligaciones impuestas por razones de interés general⁹¹³.

En primer lugar, en lo que se refiere a Internet como servicio universal, esta naturaleza jurídica implica una serie de obligaciones a los prestadores del servicio de acceso a Internet. La universalidad supone garantizar el desarrollo de esta actividad a todos los hipotéticos usuarios, con independencia del lugar geográfico en el que se encuentren, así como también, con una calidad y precio asequible⁹¹⁴. En consecuencia, de la definición de la universal se desprenden una serie de elementos como son la accesibilidad, la asequibilidad y la calidad del servicio. Pero, a estos hay que sumar otros caracteres que concretan el derecho como universal que son el carácter evolutivo en la prestación del servicio⁹¹⁵, y el principio de subsidiariedad respecto del mercado⁹¹⁶.

No obstante, la propia ley delimita y conceptualiza los límites formales a las obligaciones generales que se imponen. En primer lugar, en lo que se refiere al elemento subjetivo pasivo, la “universalidad” de todos los posibles usuarios finales se condiciona a criterios de razonabilidad en la prestación del servicio, cuya base principal es el coste que éste suponga⁹¹⁷. En consecuencia, ya no es un servicio que se presta en igualdad de condiciones para todos aquellos que lo soliciten, sino que, el acceso a Internet está restringido a las personas que, por razón de su ubicación geográfica, atendiendo a criterios propios de mercado (como es el coste de la prestación) puedan acceder a él.

En segundo lugar, el elemento objetivo de la prestación se limita a *“realizar comunicaciones de voz, fax y datos, a velocidad suficiente para acceder de forma funcional a Internet”*.

⁹¹³ Vide Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, artículo 24.

⁹¹⁴ *Ibidem* Artículo 25.1.

⁹¹⁵ Vide Matilde CARLÓN RUIZ, “Las obligaciones de servicio público: en especial, el servicio universal de telecomunicaciones”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO *Derecho de las Telecomunicaciones*, Civitas, Madrid, 2015, edición electrónica sin numerar,

⁹¹⁶ Vide Juan MONTERO RODIL, “Análisis crítico de la actual regulación de los mercados de comunicaciones electrónicos: la perspectiva de telefónica España”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, *Derecho de las Telecomunicaciones*, Civitas, Madrid, 2015, edición electrónica sin numerar, «Precisamente la importancia de asegurar la accesibilidad a la sociedad digital a todos los ciudadanos en España obliga a los poderes públicos a afrontar con un análisis enormemente riguroso cada ocasión en la que deban revisar y determinar de nuevo el alcance de las obligaciones de servicio universal y las empresas obligadas a satisfacerlas».

⁹¹⁷ Vide Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, artículo 25.1. a).

CAPÍTULO SEGUNDO

LA REVOLUCIÓN “INTERNET”: EL IMPULSOR DE LA SOCIEDAD DIGITAL

La norma utiliza conceptos generales para definir la actividad que se presta, como velocidad suficiente, pero sin establecer un valor determinado que permita precisar el contenido de esa prestación. Sin embargo, es imprescindible disponer por parte de la población de redes con la cobertura y velocidad para soportar la demanda, actual y futura, así como para incrementar la capacidad de innovación de la sociedad⁹¹⁸. O, también, hace alusión a que el servicio sea funcional, cuando esto depende de la finalidad de la actividad para la que se contrata Internet. No es lo mismo la actividad en la red que se realiza en un domicilio, que aquella que lleva a cabo una Administración Pública. No obstante, para las redes públicas sí que se establece el límite mínimo de 1Mbit de velocidad en sentido descendente en la prestación del servicio (velocidad que podrá actualizarse atendiendo a la evolución que experimente el mercado)⁹¹⁹.

Y, en tercer lugar, en lo referido al precio asequible del servicio, el Ministerio competente tiene la posibilidad de establecer limitaciones a los precios, o tarifas comunes, que permitan la equiparación geográfica de la prestación del servicio⁹²⁰. Si bien, es el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios en el artículo 35.3 el encargado de atribuir la función de supervisión de la evolución y la tarificación de los servicios que se ofrecen a la ciudadanía.

Sin embargo, para que los precios sean asequibles existe la obligación de compensar a los operadores por prestar el servicio en régimen de universalidad, por la que, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones financia parte de la prestación del servicio. No obstante, esta compensación sólo está justificada si la carga impuesta al operador es desproporcionada, y, en consecuencia, le haya ocasionado al operador un coste neto. En rigor, los criterios de verificación se producen en un orden inverso: si existe un coste neto positivo, atendiendo al procedimiento de licitación, u otro posterior pero

⁹¹⁸ Vide María Nieves DE LA SERNA BILBAO, “La conectividad digital y los desafíos en el despliegue de redes e infraestructuras en el interior de las edificaciones; el nuevo régimen legal”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, *Derecho de las Telecomunicaciones*, Civitas, Madrid, 2015, edición electrónica sin numerar.

⁹¹⁹ Vide Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, artículo 25.1. a).

⁹²⁰ *Ibidem* Artículo 25.1. f)

esta vez como competencia del CNMC⁹²¹, es cuando se valora si existe carga injustificada para el operador⁹²².

En este sentido, las compensaciones por la prestación del servicio universal se pagarán con cargo al Fondo del Servicio Universal de las Telecomunicaciones⁹²³. Y, además, para que el precio sea asequible a los consumidores se prevé la posibilidad de que se ofrezcan paquetes de tarifas especiales, para que las personas con necesidades sociales, o en riesgo, puedan tener acceso a este servicio. Para complementar el régimen, es necesario traer a colación la Orden PRE/1619/2010, por lo que la se modifica el umbral de renta familiar que da derecho al abono social⁹²⁴, y que se encarga de fijar los criterios para recibir estas ayudas sociales.

No obstante, también se prevé la posibilidad de imponer otras obligaciones propias del servicio público distinto al carácter de universal, atendiendo a necesidades específicas de seguridad pública, defensa nacional, seguridad vial, o de los servicios que afecten a la seguridad de las personas. En este sentido, el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, señala que las medidas que se impongan a los operadores deberán seguir los criterios: de no imposición de cargas excesivas; objetividad y transparencia en los métodos utilizado para determinar el operador obligado, y la financiación y ayudas de las que disfrutará; la no discriminación; la neutralidad económica; y la prioridad de las opciones que supongan un menor coste para el conjunto del sector⁹²⁵.

Sin embargo, previo informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, podrán adoptarse otras obligaciones a razón de cohesión territorial, o la

⁹²¹ *Vide* Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, artículo 27.2.

⁹²² *Vide* STS 7726/2007 de 10 de julio, FJ6.

⁹²³ *Vide* Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, artículo 27.2

⁹²⁴ *Vide* Orden PRE/1619/2010, de 14 de junio, por la que se publica el Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos de 13 de mayo de 2010, por el que se modifica el umbral de renta familiar que da acceso al abono social.

⁹²⁵ *Vide* Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, artículo 26.

extensión del uso de los nuevos servicios y tecnologías, especialmente, en sanidad, educación y acción social⁹²⁶. Por tanto, la autoridad competente puede aumentar las obligaciones a los operadores privados ante supuestos diversos y suficientemente amplios como para incluir cualquier necesidad de la población. El establecimiento de obligaciones propias del servicio público implica que, en este proceso de metamorfosis de la naturaleza de la actividad, pasando de ser un servicio público “*en sentido estricto*” a servicio de interés general, las autoridades competentes no se desentienden por completo de su prestación y el establecimiento de garantías. Para ello, éstos establecen una serie de estándares básicos y condiciones de calidad y precio, como las que han sido anteriormente señaladas⁹²⁷.

No obstante, pese a la naturaleza jurídica de servicio de interés general en régimen de competencia que le atribuye la Ley, se prevén dos excepciones que permiten transformarlo en un servicio público, aunque de carácter temporal. En este sentido, el derecho europeo no prohíbe la iniciativa pública en este sector, pero sí que condiciona su actuación en la medida que resulte necesaria, además de proporcionada para satisfacer concretos objetivos de interés general⁹²⁸. Por ello, las situaciones ante las que se puede convertir la naturaleza del servicio se encuentran tasadas en la normativa.

En primer lugar, se dispone que, ante circunstancias extraordinarias que afecten al orden público, la seguridad pública y nacional, el Estado podrá asumir la gestión directa, o la intervención de las redes y servicios de comunicaciones electrónicas. Aunque, la prestación del servicio por parte del Estado estará limitada a la excepcionalidad de la situación, de manera que la gestión directa de la actividad tendrá carácter transitorio. Y, en segundo lugar, cuando se incumplan las obligaciones de servicio público, previo informe preceptivo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, se podrá acordar la gestión directa, la intervención, o la explotación

⁹²⁶ Vide Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, artículo 28.

⁹²⁷ Vide Matilde CARLÓN RUIZ, “Las obligaciones de servicio público: en especial, el servicio universal de telecomunicaciones”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, *Derecho de las Telecomunicaciones*, Civitas, Madrid, 2015, edición electrónica sin numerar.

⁹²⁸ Vide José Carlos LAGUNA DE PAZ, “Acceso al mercado y ejercicio de la actividad”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, *Derecho de las Telecomunicaciones*, Civitas, Madrid, 2015, edición electrónica sin numerar.

de las redes, en las mismas condiciones que en el supuesto anterior, es decir, de forma provisional y siempre motivado por circunstancias extraordinarias⁹²⁹.

En consecuencia, Internet tiene la naturaleza jurídica de un servicio de interés general en régimen de competencia, y sometido a obligaciones propias de los servicios públicos. Pero, el Estado puede gestionar la prestación de la actividad ante determinadas situaciones excepcionales como, la no continuidad de la prestación del servicio, el incumplimiento de las obligaciones impuestas, o que estén en peligro determinados bienes jurídicos tales como, la protección de la seguridad nacional o pública. Por tanto, en estos casos, Internet pasaría a gestionarse por el Estado, y tener consideración de servicio público, por el carácter de universalidad que reside en su naturaleza y la obligación de satisfacer unas necesidades generales o comunes para el desarrollo de la sociedad.

A modo de reflexión, en puridad, la prestación del servicio de Internet cumple con casi todas las características del servicio público, puesto que, es un servicio de interés general, se presta de forma regular y continuada, y responde a una necesidad colectiva de carácter universal. Aunque, falta la nota definitoria más importante: el Estado no se ha reservado la titularidad, para gestionar y dirigir, la prestación del servicio. En este sentido, si atendemos a las obligaciones especiales que se imponen a los operadores, y la actividad de dirección y control que ejercen las Administraciones competentes, los límites que diferencian la naturaleza jurídica de la actividad (entre servicio de interés general sometido a obligaciones de servicio público y servicio público) son efímeros.

Si bien es cierto que las telecomunicaciones, a pesar de haber sido en origen un servicio público clásico, han evolucionado hacia la liberalización del sector, pero sometidos a un amplio control administrativo y régimen de garantías, casi como si de un servicio público se tratara. En este punto es donde se encuentra el matiz de la futura evolución y desarrollo del sector de las telecomunicaciones. La especial trascendencia que ha adquirido Internet en la configuración de la sociedad, seguramente, provocará que sea necesario garantizar la prestación del servicio en igualdad de condiciones para todas las personas. Así, al igual que ocurrió en su día con el agua, la luz, o los servicios urbanos de recogida de residuos, Internet se ha convertido en elemento imprescindible para el desarrollo de nuestra vida. De este modo, la misión del Estado será la de salvar las

⁹²⁹ *Vide* Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, artículo 4.6.

desigualdades de acceso al medio digital, evitando que se establezcan mayores diferencias sociales entre la población.

No obstante, no opino que una mayor implicación del Estado en este sector tenga que conllevar una regulación del servicio de las telecomunicaciones a través del servicio público clásico. Éste es un sector lo suficientemente consolidado, y que funciona con la suficiente solvencia en la prestación del servicio que no es necesaria una intervención o control estatal máximo del ejercicio de la actividad. Sin embargo, sí que es cierto que el actual régimen es demasiado laxo, y a veces impreciso en algunos términos, especialmente en las cualidades de universalidad, calidad y asequibilidad de la prestación. Y, es justo en estos aspectos donde el legislador debe focalizar su atención.

En este sentido, el desarrollo de las telecomunicaciones no sólo mejora el servicio en términos objetivos para los usuarios, sino que, además, favorecerá el desarrollo y consolidación de la sociedad digital. Internet es la base instrumental de la sociedad del futuro, y es imprescindible contar con una estructura sólida, especialmente en lo que se refiere a su desarrollo normativo, para estar preparados a los cambios que se introducirán en el sistema.

4. Caracteres.

Internet, como herramienta de comunicación, ha triunfado frente a otros instrumentos por la instantaneidad e inmediatez del servicio para compartir información. Pero, además presenta otra serie de caracteres que lo definen: es una red global, que cuenta con 170 millones de servidores, 155 millones de sitios web y 3.300 millones de usuarios; plural, acogiendo a múltiples nacionalidades, creencias, edades y niveles culturales; fácil de usar, la web es intuitiva por lo que no genera grandes dificultades para su uso; accesible económicamente, puesto que los precios son muy competitivos; plurilingüe, los recursos se ofrecen en multitud de idiomas; multiusos, se puede aplicar a todos los campos imaginables (educación, ciencia, empresas, música, salud); y cuenta con multitud de aplicaciones⁹³⁰.

⁹³⁰ Vide Alejandro BIA PLATAS y Aurelio LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, “Fundamentos técnicos y organizativos de Internet”, Aurelio LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ y Carmen María GARCÍA MIRETE, *Derecho TIC: Derecho de las tecnologías de la información y de la comunicación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 9-12.

En lo que se refiere al plano técnico de Internet, existen otra serie de caracteres que lo definen. En primer lugar, éste es un entorno digital, es decir, todas las formas de relación y comunicación que se producen en la red se encuentran digitalizadas en código binario. En segundo lugar, Internet es una estructura descentralizada, cada red conectada funciona de forma independiente, de manera que, los datos circulan por distintas rutas, no siendo obligatorio pasar por una red central para llegar a su destinatario. En tercer lugar, la logística del sistema está basada en la conmutación de paquetes, es decir, la información se agrupa en pequeños grupos o paquetes que pueden atravesar diferentes redes hasta llegar a su destinatario. En cuarto lugar, es una plataforma abierta tanto por los protocolos TCP/IP que utiliza, las convenciones de funcionamiento que son públicas y accesibles a todos, y además puede ser utilizada por cualquiera dentro de un Estado democrático, sin necesidad de licencia administrativa. En quinto lugar, y que define de igual manera su naturaleza, es la ausencia de un soberano, puesto que, no existe un organismo con las facultades exclusivas y suficientes para regular lo que ocurre en la red. Y, en sexto lugar, es un entorno de inseguridad, donde cualquier paquete de datos puede acabar leído por el destinatario erróneo, dada la facilidad para acceder a sus contenidos que tienen algunos profesionales⁹³¹.

5. La gobernanza de Internet.

5.1. La batalla doctrinal por someterlo al Derecho.

Desde que se produce la expansión de Internet en la sociedad, los Gobiernos de todo el mundo se lanzaron a la batalla por intentar delimitar la estructura y actividades que se desarrollan en la web. De esta forma, han ido intercediendo progresivamente en la regulación de los distintos estratos que lo configuran.

A priori, la red de redes es un medio de comunicación y, por tanto, queda encuadrado dentro del Derecho de las Telecomunicaciones, por lo que la estructura física y logística no ha suscitado grandes problemas. Pero, éste abarca también otras posibilidades que exceden del mero intercambio de información, entre un emisor y un

⁹³¹ Vide Moisés BARRIO ANDRÉS, *Derecho Público e Internet: la actividad administrativa de regulación de la red*, *Derecho Público e Internet: la actividad administrativa de regulación de la red*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2017, pp. 27-31.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA REVOLUCIÓN “INTERNET”: EL IMPULSOR DE LA SOCIEDAD DIGITAL

receptor, tal y como ocurre con otros instrumentos de comunicación, como la radio o el teléfono. Internet pone a nuestra disposición la existencia de un ciberespacio⁹³², plagado de servicios tan amplios y diversos como podamos soñar, y medios que se coordinan con la actividad del mundo real⁹³³. De ahí el interés por intentar gobernar lo que sucede en la red, pero ¿qué es realmente el ciberespacio? Desde una concepción funcional se puede entender que:

«está constituido a través de las interacciones entre la práctica, la conceptualización y la representación. Es un nexo de la interacción social de los seres humanos, un sitio para la promulgación de visiones acerca de la organización ideal de la actividad social y económica, y un catalizador para volver a imaginar la democracia»⁹³⁴.

Sin embargo, desde un punto de vista instrumental, o de las herramientas de las que éste se sirve para funcionar, puede definirse como:

«un espacio mundial dentro del entorno de información cuyo carácter distintivo y único está enmarcado por el uso de la electrónica y el espectro electromagnético para crear, almacenar, modificar, intercambiar y explotar la información a través de redes interdependientes e interconectadas utilizando las TIC»⁹³⁵.

No obstante, la conceptualización más completa de todo lo que engloba el ciberespacio es la que lo comprende como:

⁹³² Vide Moisés BARRIO ANDRÉS, *Manual de Derecho digital*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 50, «El término «ciberespacio» (cyberspace) hunde sus raíces etimológicas en la palabra griega κυβερνήτης, que significa gobernar o pilotar un navío. Sin embargo, el uso moderno de la palabra «cibernética» fue retomado por el matemático Norbert Wiener en su libro *Cybernetics: Or, Control and Communication in the Animal and the Machine*. El empleo de la palabra ciber por parte de Wiener está en línea con la definición griega e implica la interacción de lo biológico y lo mecánico. El campo de la cibernética, que fue establecido por Wiener, tenía notables seguidores en los ámbitos universitarios y gubernamentales; sin embargo, el momento de este movimiento que buscaba integrar al hombre y a la máquina no se correspondía con la tecnología disponible entonces y, finalmente, la disciplina quedó relegada».

⁹³³ Vide Pablo GARCÍA MEXIA, *Derecho europeo de Internet*, o.c., pp. 14 y ss.

⁹³⁴ Vide Julie COHEN, “Cyberspace as/and space”, *Columbia Law Review*, 107, (2007), p. 236.

⁹³⁵ Vide Daniel KUEHL, “From cyberspace to cyberpower: defining the problem”, en Franklin KRAMER, *Cyberpower and National Security*, Editorial National Defense University Press, Washington, 2009, p. 28.

«el espacio global en el entorno de la Sociedad de la Información que consiste en el conjunto interdependiente de infraestructuras de TIC, y que incluye a Internet, las redes de telecomunicaciones, los sistemas informáticos y los procesadores y controladores integrados propios del Internet de las Cosas (IoT)»⁹³⁶.

En consecuencia, el ciberespacio se ha convertido en el nuevo medio de relación de los seres humanos, a través de unas infraestructuras propias, gracias al uso de la electrónica, y que ha terminado por configurar una sociedad con unos caracteres propios: de la información. Sin embargo, las relaciones humanas no están exentas de generar complicaciones y problemas por cambiar el medio en el que éstas se producen. Así, los intercambios sociales, de interés económicos, o vínculos más complejos que los poderes públicos, siempre generarán desavenencias entre las partes que podrán afectar a los derechos y obligaciones que se recogen en nuestro ordenamiento jurídico.

Por tanto, estos problemas, en los que se lesionen o se limiten derechos⁹³⁷ de los ciudadanos deben ser resueltos aplicando el Derecho. Esta situación es la que ha llevado a los distintos gobiernos (internacional, comunitario o estatal) a intentar controlar (sin demasiado éxito en algunas parcelas) el ciberespacio. De este modo, a medida que aumentan los participantes y se incrementan las relaciones, se agudiza el interés por regular el ciberespacio por parte de los Estados y organizaciones internacionales. Así, una vez que el proyecto pasa de incluir redes académicas y científicas y se extiende sin control por todo el mundo, es palpable la necesidad de instaurar un régimen común aplicable para todos, pero ¿quién representa a ese todos, es decir, a los cibernautas?

El nacimiento libre y universal de Internet es el principal obstáculo al que se han tenido que enfrentar los Estados. A priori, al ciberespacio no le resultan aplicables limitaciones geográficas y, por tanto, en sentido contrario, ningún Estado u entidad tiene

⁹³⁶ Vide Moisés BARRIO ANDRÉS, *Ciberderecho: bases estructurales, modelo de regulación e instituciones de gobernanza*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 25.

⁹³⁷ Vide Stefano RODOTÀ, “¿Cuál Derecho para el nuevo mundo?”, *Revista de Derecho Privado*, 9, (2005), pp. 5 y ss.: «Es un lugar de conflictos en el que la libertad se presenta como enemiga de la seguridad; las razones de la propiedad contrastan con aquellas del acceso; el pensamiento libre desafía la censura; la participación real de los ciudadanos repudia los espejismos engañosos de la democracia plebiscitaria. Precisamente por ser un lugar de conflictos, Internet debe encontrar su propia Constitución, debe producir sus propias instituciones de libertad. En efecto, confiar su futuro a la ausencia de toda regla, sería la mejor garantía sólo en apariencia».

poder para encargarse de establecer restricciones o instaurar un régimen que configure el derecho aplicable. La estructura de Internet no se encuentra en un lugar físico concreto y, además, los terminales o puntos de acceso están distribuidos por todos los continentes. Los ciudadanos del mundo virtual no tienen un Gobierno o poder superior que determine lo correcto, o impida determinadas actuaciones, sino que, son ellos mismos los que acotan sus actividades.

Esta teoría fue acogida en sus inicios por la doctrina⁹³⁸ quienes veían en esta corriente la posibilidad de que Internet trajera la democratización del mundo entero, puesto que, sólo los cibernautas tenían facultades para determinar el sistema de gobierno aplicable⁹³⁹. La representación más significativa de esta corriente es la Declaración de Independencia del Ciberespacio que, siguiendo con el ideal libertario del país en el que nace Internet, realiza una manifestación declarando el autogobierno y libertad del mundo virtual:

«Gobiernos del Mundo Industrial, vosotros, cansados gigantes de carne y acero, vengo del Ciberespacio, el nuevo hogar de la mente. En nombre del futuro, os pido en el pasado que nos dejéis en paz. No sois bienvenidos entre nosotros. No ejercéis ninguna soberanía sobre el lugar donde nos reunimos. No hemos elegido ningún gobierno, ni pretendemos tenerlo, así que me dirijo a vosotros sin más autoridad que aquella con la que la libertad siempre habla. Declaro el espacio social global que estamos construyendo independiente por naturaleza de las tiranías que estáis buscando imponernos. No tenéis ningún derecho moral a gobernarnos ni poseéis métodos para hacernos cumplir vuestra ley que debemos temer verdaderamente.

Los gobiernos derivan sus justos poderes del consentimiento de los que son gobernados. No habéis pedido ni recibido el nuestro. No os hemos invitado. No nos conocéis, ni conocéis nuestro mundo. El Ciberespacio no se halla dentro de vuestras fronteras. No penséis que podéis construirlo, como si fuera un proyecto público de construcción. No podéis. Es un acto natural que crece de

⁹³⁸ Vide David JHONSON y David POST, “Law and border: the rise of law in cyberspace”, *Stanford Law Review*, 48, (1996), pp. 1402 y ss.

⁹³⁹ Vide Pompeu CASANOVAS ROMEU, “Cambio tecnológico, pluralismo jurídico, Estado de derechos”, en María Jesús GARCÍA MORALES, *Internet y pluralismo jurídico: formas emergentes de regulación*, Comares, Granada, 2003, pp. 10 y ss.

nuestras acciones colectivas. No os habéis unido a nuestra gran conversación colectiva, ni creasteis la riqueza de nuestros mercados. No conocéis nuestra cultura, nuestra ética, o los códigos no escritos que ya proporcionan a nuestra sociedad más orden que el que podría obtenerse por cualquiera de vuestras imposiciones»⁹⁴⁰.

Sin embargo, la teoría de los límites del Estado sobre la gobernanza de Internet es rápidamente superada, cuando los distintos Gobiernos se dan cuenta de los problemas de la globalidad de la red, donde los comportamientos convencionales se sobrepasan y se producen nuevos tipos de daños. Si bien, este ideal libertario con el que nace Internet⁹⁴¹ lo va a acompañar hasta nuestros días, pero en una medida más justa y acertada.

En consecuencia, con posterioridad, empezaron a surgir nuevas teorías que, aun defendiendo la independencia del ciberespacio y donde cada ordenador representa su propio soberano, la necesidad de intervención gubernativa era cada vez más evidente. No obstante, la doctrina defiende que los límites al ejercicio de la actividad en la red no pueden establecerse desde el derecho convencional, puesto que los problemas creados en el mundo virtual necesitan de un nuevo derecho para resolver sus disyuntivas específicas:

«Surgirán nuevas reglas para disciplinar una amplia gama de nuevos fenómenos que no tienen un claro paralelo en el mundo no virtual. Estas nuevas reglas jugarán el papel de ley definiendo la personalidad jurídica y la propiedad, resolviendo disputas y cristalizando en una conversación colectiva sobre los valores fundamentales de los participantes en línea»⁹⁴².

En este sentido, hay autores que afirman que es un absurdo en sí mismo intentar instaurar un Derecho para Internet separado del resto del ordenamiento. La comparativa

⁹⁴⁰ Vide John PERRY BARLOW, *Declaración de Independencia del Ciberespacio*, Suiza, 8 de febrero de 1996.

⁹⁴¹ Vide Santiago MUÑOZ MACHADO, *La regulación de la red. Poder y Derecho en Internet*, Taurus, Madrid, 2000, p. 35: «La red no sólo fue creado para el descontrol, sino que se desarrolló con entusiasmo por universitarios convencidos de que en ella estaba la base para el desarrollo de la contestación y de una nueva contracultura, fuera de los convencionalismos y del orden jerarquizado de la política y de la sociedad. Un enteron, en fin, para la liberated».

⁹⁴² Vide David JHONSON y David POST, “Law and border: the rise of law in cyberspace”, *Stanford Law Review*, 48, (1996), pp. 1402 y ss.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA REVOLUCIÓN “INTERNET”: EL IMPULSOR DE LA SOCIEDAD DIGITAL

que se realiza es que configurar un Derecho de Internet es lo mismo que crear un “*Derecho del Caballo*”, puesto que, no son disciplinas autónomas, sino que debemos aplicar los mismos principios jurídicos existentes en nuestro ordenamiento, pero adaptados a un nuevo medio⁹⁴³.

Pero, este ideal ácrata y excéntrico no impide que surjan otras posiciones que instan a una regulación mínima de Internet. De este modo, el único límite que se puede imponer a esta actividad se encuentra en el asentamiento de unos principios que faciliten la actividad económica entre los distintos mercados, creando un entorno proclive a su progreso, y sin establecer obstáculos a sus avances. La mayor expresión de esta doctrina nace con el “*Framework for Global Electronic Commerce*”⁹⁴⁴, cuya intención era crear un instrumento de recomendación para los distintos Gobiernos, disuadiéndoles de la idea de legislar sobre Internet en todos aquellos aspectos que limitaran su expansión:

*«Governments can have a profound effect on the growth of commerce on the Internet. By their actions, they can facilitate electronic trade or inhibit it. Knowing when to act and -- at least as important -- when not to act, will be crucial to the development of electronic commerce. This report articulates the Administration's vision for the emergence of the GII as a vibrant global marketplace by suggesting a set of principles, presenting a series of policies, and establishing a road map for international discussions and agreements to facilitate the growth of commerce on the Internet»*⁹⁴⁵.

En consecuencia, lo que se pretende es establecer unas reglas mínimas regulatorias sobre las que descansen las relaciones dentro del comercio electrónico, facilitando el intercambio de mercancías entre la comunidad internacional. Por tanto, únicamente se pretende legislar sobre una pequeña parcela de lo que supone Internet, pero no establecer una actividad regulatoria sobre todo lo que en él sucede. Así, la visión

⁹⁴³ Vide Frank EASTERBROOK, *Cyberspace and the Law of the horse*, University of Chicago Legal Forum, 1, 1996, p. 208: «When asked to talk about “Property in Cyberspace”, my immediate reaction was, “Isn’t this just the law of the horse?”. I don’t know much about cyberspace; what I do know will be outdated in five year (if not five months); and my predictions about the direction of change are worthless, making any effort to tailor the law to the subject futile. And If I did know something about computer networks, all I could do in discussing “Property in Cyberspace” would be to isolate the subject from the rest of the law of intellectual property, making the assessment weaker».

⁹⁴⁴ Vide Bill CLINTON, *Framework for Global Commerce*, New York, 1 de Julio de 1998.

⁹⁴⁵ *Ídem* p. 3.

desorganizada o sin un soberano que dicte las normas, comenzará a cuestionarse por diversos autores, para quienes los límites territoriales no representan una frontera al ejercicio del poder de los Estados, en la medida en la que, este seguirá participando en su configuración y desarrollo.

En otras palabras, aunque los Gobiernos no puedan influir directamente sobre la regulación del ciberespacio puesto que se escapa de su control, sí que influyen en la arquitectura de la red y los acuerdos de negociación que lo configuran. En este sentido destacan autores como Goldsmith quien defendía que el ciberespacio:

«no representaba un lugar distinto del mundo real, en la medida en que las operaciones llevadas a cabo no difieren en modo alguno de las realizadas en éste»⁹⁴⁶.

De tal manera que, esto provocaba que los Estados aplicaran su ordenamiento jurídico, pero sólo sobre aquellas personas, o más bien equipamientos, que realizaran estas actividades dentro de sus fronteras. O, continuando con el esquema del liberalismo económico, actuar solamente donde fuera necesario establecer límites de actuación a sus ciudadanos en la democracia liberal, para garantizar la supervivencia y avance del sistema⁹⁴⁷.

No obstante, surgirán nuevos autores para quienes la necesidad de regulación del ciberespacio es intrínseca a su propia existencia, puesto que necesita de un “código” de conducta que garantice el libre ejercicio de los derechos en este medio⁹⁴⁸. Mientras que, por el contrario para otros, los niveles de control del ciberespacio no se pueden limitar a meras normas sociales, sino que, es necesario instaurar un auténtico régimen de jerarquía normativa⁹⁴⁹.

⁹⁴⁶ Vide Jack GOLDSMITH, “Against cyberanarchy”, *University of Chicago Law Review*, 65, (1998), p. 1199.

⁹⁴⁷ Vide Neil NETANEL, “Cyberspace self-governance: a sceptical view from liberal democratic theory”, *California Law Review*, 88, (1999), p. 88.

⁹⁴⁸ Vide Laurence LESSING, *Code and other laws of cyberspace*, Harvard University Press, Cambridge, 2006, pp. 232 y ss.

⁹⁴⁹ Vide Andrew MURRAY y Colin SCOTT, “Controlling the new media: hybrid responses to new forms of power”, *The modern Law Review*, 65, 4, (2002), p. 65.

En consecuencia, las tesis iniciales que defendían la incapacidad de los Estados para regular Internet en base a los principios de territorialidad se han superado, en virtud de aquellas que entienden que, éste como *producto del ingenio humano*, debe someterse al Derecho⁹⁵⁰. Pero, además, hay quienes apuntan a la necesidad de una intervención mayor por parte del Estado para adaptarse a estas imperiosas modificaciones que afectan a los seres humanos⁹⁵¹.

De tal manera que, la doctrina ha consensuado que son cuatro los modelos regulatorios posibles del ciberespacio en el plano teórico que, sistematizados como arquetipos, presentan los siguientes caracteres⁹⁵².

En primer lugar, estaría el sistema basado en la extensión de la soberanía territorial de los Estados sobre Internet, que es en la actualidad el modelo predominante, pero que, termina produciendo normas inflexibles que frenan su desarrollo.

En segundo lugar, un modelo de gobernanza basado en acuerdos internacionales que garanticen una regulación armonizada, pero que, sin embargo, es el menos proactivo en la actualidad, puesto que, implica la transferencia de poder de los Estados a un órgano supraestatal.

En tercer lugar, un modelo gestionado por nuevos organismos internacionales que adquieran la competencia exclusiva para regular Internet. El problema del sistema anterior persiste también en este arquetipo, dado que, los Estados no quieren ceder facultades a ningún organismo superior.

Y, en cuarto lugar, un régimen que aboga por regular la forma seminal de internet, cuya principal defensa es que la arquitectura no conoce de excepciones como si hace el Derecho, y las capacidades tecnológicas se imponen a las reglas. No obstante, esto provocaría la intervención de actores privados que operarían de forma autónoma, y que colisionaría irremediabilmente con los ordenamientos jurídicos.

⁹⁵⁰ Vide Moisés BARRIO ANDRÉS, *Ciberderecho: bases estructurales, modelo de regulación e instituciones de gobernanza*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 57.

⁹⁵¹ Vide Pablo GARCÍA MEXÍA, *Derecho europeo de internet*, o.c., p. 17.

⁹⁵² Vide Moisés BARRIOS ANDRÉS, *Fundamentos del Derecho de Internet*, o.c., pp. 140-143.

5.2. El derecho internacional y la gobernanza de Internet.

Una vez resuelta la paradoja de por qué Internet tiene que someterse al control del Derecho, puesto que, el interés económico y social que subyace en él es obvio, es necesario analizar el modelo de gobernanza internacional que se ha generado. El sistema organizativo se denomina *multistakeholder*: este modelo se basa en la cooperación de distintos grupos de interés como el sector privado, la sociedad civil, los gobiernos, las academias y la comunidad técnica para encontrar soluciones a los problemas u objetivos comunes de la sociedad global. Sin embargo, en lo que respecta a los ámbitos de regulación de Internet distinguimos entre la gobernanza técnica y la gobernanza social⁹⁵³.

En primer lugar, en lo que se refiere a la gobernanza técnica, sobre la estructura de Internet es de destacar la ISOC como una asociación no gubernamental y sin ánimo de lucro dedicada a asegurar que Internet siga siendo abierta y transparente. Se creó en 1991 y de ella dependen el IETF (*Internet Engineering Task Force*), IAB (*LA Internet Architecture Board*) y IESG (*Internet Engineering Steering Group*), organizaciones que desempeñan un papel muy importante sobre la estructura de Internet. La principal encomienda que ejerce esta organización es la de promover tendencias y posturas de especial interés para la comunidad internacional sobre la gobernanza de Internet⁹⁵⁴.

Mientras que, en lo referido a la regulación de la parte logística de la red son objeto de tratamiento las direcciones IP, los nombres de dominio y los parámetros o protocolos que posibilitan las comunicaciones (es lo que se denomina por la comunidad internacional como IANA⁹⁵⁵). Desde su origen en 1998, éstos han estado gestionados por ICANN (*Internet Corporation for Assigned Named and Numbers*) una entidad privada sin ánimo de lucro, pero que se encontraba bajo la supervisión de los Estados Unidos quién se reservó ciertos privilegios tras la creación de Internet. La principal función que se le encomienda es la de mejorar la arquitectura y funcionamiento de la red, pero en la que

⁹⁵³ Vide Zoraida FRÍAS BARROSO, Jorge PÉREZ MARTÍNEZ, Christoph STECK, “Gobernanza de Internet y derecho digitales”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO y José Luis PIÑAR MAÑAS, *Sociedad digital y derecho*, Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, Madrid, 2018, pp. 543-535.

⁹⁵⁴ Vide Moisés BARRIO ANDRÉS, *Fundamentos del Derecho de Internet*, o.c., p. 171.

⁹⁵⁵ Vide Javier TORRE DE SILVA Y LÓPEZ DE LETONA, *Internet, propiedad industrial y competencia desleal*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 47: «habitualmente se menciona a IANA como si fuera una entidad. No obstante, propiamente es una forma de denominar un conjunto de funciones».

puede participar cualquier sector de la sociedad que, con los apoyos suficientes, puede introducir modificaciones o mejoras en la red⁹⁵⁶.

Los distintos Estados intentaron revertir esta situación de control de EE. UU. sobre el desarrollo de Internet, canalizado sus peticiones a través de las Naciones Unidas, con mayor énfasis a partir del año 2000, cuando Internet empieza a alcanzar su esplendor y se visibilizan sus posibilidades. Este interés queda retratado a través de la celebración de la Cumbre Mundial de la Sociedad de la Información que se produce en dos fases. La primera convención se celebra en 2003 en Ginebra, donde los acuerdos y discusiones se centran en debatir la importancia que Internet tiene para el desarrollo de la sociedad de la información, y cómo deben de poder intervenir todos los Estados, así como los distintos sectores de la sociedad⁹⁵⁷, para direccionar su desarrollo.

No obstante, la segunda parte se culmina con la necesidad de instaurar un Foro para la Gobernanza de Internet (IGF) en el que puedan participar los distintos grupos de interés⁹⁵⁸. El IGF se ha ido celebrando casi de manera anual desde su primera convocatoria. Si bien, los objetivos se han centrado en el acceso, la seguridad, la apertura y la diversidad de Internet, aunque se ha ampliado a la consideración de los derechos digitales. Además, la presión internacional ha conseguido la cesión de la gestión de las competencias de ICANA a PTI (*Public Technical Identifiers*), organización que aparece en el mundo jurídico en el año 2014. La transmisión de sus atribuciones ha dado lugar a una entidad plenamente independiente, sin la injerencia de EE. UU., que aporta seguridad y garantías sobre la neutralidad en la gobernanza de Internet⁹⁵⁹.

⁹⁵⁶ Vide Moisés BARRIO ANDRÉS, *Fundamentos del Derecho de Internet*, o.c., p. 171.

⁹⁵⁷ Vide CUMBRE MUNDIAL SOBRE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN, *Declaración de principios: una sociedad de la información para todos*, Ginebra, 2003, artículo 20: «Los gobiernos, al igual que el sector privado, la sociedad civil, las Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales, tienen una función y una responsabilidad importantes en el desarrollo de la Sociedad de la Información y, en su caso, en el proceso de toma de decisiones. La construcción de una Sociedad de la Información centrada en la persona es un esfuerzo conjunto que necesita la cooperación y la asociación de todas las partes interesadas».

⁹⁵⁸ Vide CUMBRE MUNDIAL SOBRE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN, *Agenda de Túnez para la sociedad de la Información*, Túnez, 2005, artículo 72: «Solicitamos al Secretario General de las Naciones Unidas, en un proceso abierto e integrador, que convoque para el segundo trimestre de 2006 una reunión del nuevo foro para diálogo sobre políticas de las múltiples partes interesadas (Foro para la Gobernanza de Internet – IGF) (...)».

⁹⁵⁹ Vide Zoraida FRÍAS BARROSO, Jorge PÉREZ MARTÍNEZ, Christoph STECK, “Gobernanza de Internet y derecho digitales”, Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO y José Luis PIÑAR MAÑAS, *Sociedad digital y derecho*, o.c., p. 541.

En segundo lugar, en lo que atiende a la organización social de Internet debemos distinguir entre la WCIT (*World Conference on International Telecommunications*) y la NETmundial. La WCIT se celebró en Dubái en 2012 con la intención de revisar el Reglamento de las Telecomunicaciones Internacionales de 1988, donde el tráfico de Internet se encontraba excluido. Sin embargo, las posiciones enfrentadas de la mayoría de los países que defendían mantener un Internet abierto chocaban con los intereses de Estados como China o Rusia que pretendían ampliar su jurisdicción al tráfico de Internet para poder intervenir las comunicaciones. Esta situación terminó derivando en la aprobación de un acuerdo internacional insuficientemente ratificado, y que convive con el anterior⁹⁶⁰.

Y, por otro lado, la NETmundial que se presenta como el resultado del esfuerzo del Gobierno Brasileño, tras las declaraciones del espía norteamericano Edward Snowden, por diseñar un modelo multistakeholder de gobernanza de Internet en el que se pretenden preservar los derechos de privacidad e intimidad de los ciudadanos⁹⁶¹. Si bien, a pesar de su carácter no vinculante, ha despertado la atención internacional por su intento de equiparar el reconocimiento de los derechos humanos con los que se producen en la red⁹⁶², pudiendo llegar a sentar un precedente como la nueva Declaración de Derechos Humanos⁹⁶³.

6. Las Tecnologías de la Información y la Comunicación.

⁹⁶⁰ Vide UIT, *Revisión del Reglamento de Telecomunicaciones Internacionales*, Dubái, 2012.

⁹⁶¹ Vide NETmundial, *Declaración multisectorial de Sao Paolo*, 2012, Sao Paolo, p. 7: «*The Panel recognizes, fully supports, and adopts the IG Principles produced in the NETmundial Statement, which “identified a set of common principles and important values that contribute to an inclusive, multistakeholder, effective, legitimate, and evolving IG framework and recognized that the Internet is a global resource which should be managed in the public interest”*».

⁹⁶² *Ibidem* p. 31: «*Human rights are universal as reflected in the Universal Declaration of Human Rights and that should underpin Internet governance principles. Rights that people have offline must also be protected online, in accordance with international human rights legal obligations, including the International Covenants on Civil and Political Rights and Economic, Social and Cultural Rights, and the Convention on the Rights of Persons with Disabilities*».

⁹⁶³ Vide Zoraida FRÍAS BARROSO, Jorge PÉREZ MARTÍNEZ, Christoph STECK, “Gobernanza de Internet y derecho digitales”, Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO y José Luis PIÑAR MAÑAS, *Sociedad digital y derecho*, o.c., pp. 543-544.

6.1. Concepto.

El éxito de Internet como tecnología disruptiva no se entiende si no va acompañado por el avance de las tecnologías de la información y la comunicación. No podemos obviar que Internet es inmaterial, no representa una realidad física, puesto que, al final son paquetes de datos que circulan por las redes de telecomunicaciones. De forma que, para tener acceso a Internet es necesario un soporte corpóreo, ya sea un ordenador, un teléfono móvil o cualquier aparato interconectable. Por ahora, el ser humano no es capaz de percibir los datos que se envían y reciben, o de traducir los 1-0 en lenguaje comprensible, sin utilizar un soporte digital o electrónico. En consecuencia, el crecimiento del uso de estos dispositivos es lo que ha facilitado la propagación de Internet y los servicios que ofrece por todo el mundo, ya que son el instrumento indispensable para que se produzca el acceso a la red.

En puridad, gran parte de los efectos de esta revolución se la debemos a Alan Turing, padre del ordenador moderno, cuando diseñó en 1938 un sistema mecánico capaz de realizar cálculos lógicos. Este científico definió el ordenador como:

*«una unidad lógica de cálculo donde el procesador ejecuta operaciones deterministas que conducen a resultados predecibles»*⁹⁶⁴.

La otra gran aportación de Turing, que revolucionó el mundo de las TIC, está relacionada con el uso de algoritmos. Este investigador fue capaz de sentar un sistema para descifrar mensajes ocultos basado en la utilización de algoritmos. Esta es la conocida como máquina Enigma que ayudó a decantar la balanza sobre los vencedores en la II Guerra Mundial. La importancia de su contribución se basa en la simbiosis de utilizar algoritmos matemáticos que podían ser ejecutados en la primera computadora electromecánica, es decir, posibilitaba la operacionalización de ordenador y la conjunción de determinados algoritmos, que después supondrán el origen de la programación informática⁹⁶⁵.

Sentada la base anterior, se produce el desarrollo del sistema hacia un mecanismo electrónico, gracias a las aportaciones de Claude Shannon quién aplicando la teoría de la

⁹⁶⁴ Vide Luis MORENO FERNÁNDEZ y Raúl JIMENEZ TELLADO, *Democracias robotizadas: escenarios futuros en Estados Unidos y la Unión Europea*, Catarata, Madrid, 2018, pp. 26.

⁹⁶⁵ *Ídem* pp. 26-27.

información, que el mismo creó, demostró cómo era posible aplicar la lógica de los circuitos a la máquina para hacerla más eficiente. En consecuencia, los avances en microelectrónica, en programación, y en la informática de manera generalizada, han permitido la configuración de instrumentos de comunicación mucho más sofisticados, con mayor capacidad de procesamiento, y que nos permiten multitud de actuaciones denominadas como TIC.

En este sentido, Fernández Muñoz define las tecnologías de la información y la comunicación como:

«(...) las TIC se definen colectivamente como innovaciones en microelectrónica, computación (hardware y software), telecomunicaciones y optoelectrónica (microprocesadores, semiconductores, fibra óptica) que permiten el procesamiento y acumulación de enormes cantidades de información, además de una rápida distribución de la información a través de redes de comunicación. La vinculación de estos dispositivos electrónicos, permitiendo que se comuniquen entre sí, crea sistemas de información en red basados en un protocolo en común. Esto va cambiando radicalmente el acceso a la información y la estructura de la comunicación, extendiendo el alcance de la red a casi todo el mundo»⁹⁶⁶.

En consecuencia, las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) son entendidas como:

«una gama amplia de servicios, aplicaciones, y tecnologías, que utilizan diversos tipos de equipos y de programas informáticos, y que a menudo se transmiten a través de las redes de telecomunicaciones»⁹⁶⁷. Aunque, también puede ser definida esta figura como «una serie de descubrimientos científicos y desarrollos tecnológicos que afectan a los procesos de producción y gestión en mayor medida que a los productos»⁹⁶⁸.

⁹⁶⁶ Vide Ricardo FERNÁNDEZ MUÑOZ, *Marco conceptual de las nuevas tecnologías aplicadas a la educación*, Universidad de Castilla La Mancha, España, 2005, <http://www.uclm.es/profesorado/ricardo>.

⁹⁶⁷ Vide COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación (2001)770, de 14 de diciembre, al Consejo y al Parlamento Europeo: Tecnologías de la información y de la comunicación en el ámbito del desarrollo. El papel de las TIC en la política comunitaria de desarrollo*, Bruselas, p. 2.

⁹⁶⁸ Vide Antonio GORREL GUIN y Llorenç GUILERA AGÜERA, “Las sucesivas revoluciones industriales”, *La industria 4.0. en la sociedad digital*, ICG Marge S.L., Barcelona, 2019, p. 121.

En definitiva, las TIC son el instrumento o herramienta a través del cual se produce el acceso a Internet, puesto que se han programado con un lenguaje específico para conectarse a la red y ser capaces de traducir los datos que se intercambian en ella. De este modo, se convierte en el portal material a través del que tenemos acceso a todos los servicios de Internet.

La amplitud de este concepto deriva de la cantidad de aplicaciones y utilidades prácticas que tiene la utilización de las TIC en otros sectores que no pertenecen estrictamente a la comunicación de los seres humanos. Estas tecnologías aportan nuevas facultades para mejorar los procesos de fabricación, desarrollo, control, y entrega de los productos, modificando los sistemas de mercado e industria preestablecidos hasta el momento. Por tanto, de esa capacidad para generar cambios en la sociedad es dónde radica su especial importancia dentro de otras innovaciones. Además, Internet y las Tecnologías de la Información y la Comunicación conforman los avances principales que representan la III Revolución Industrial.

6.2. Caracteres.

Las TIC incluyen los servicios de telecomunicaciones, como la telefonía o el fax, el correo electrónico, la transferencia de archivos, la videollamada, la conexión entre ordenadores, o las televisiones multicanales. Sin embargo, la importancia de estos instrumentos no es la tecnología en sí misma, sino el hecho de que permiten el acceso al conocimiento, la información y las comunicaciones. Las TIC tienen como características principales que son tecnologías habilitadoras y facilitadoras que pueden utilizarse en cualquier sector, pero además abaratan costes económicos y suponen una menor pérdida de tiempo. Además, la creación de infraestructuras para el uso de las TIC requiere inversiones elevadas, por ello, predominantemente se han realizado por el Sector Público, pero son más económicas si se comparan con otras infraestructuras, puesto que el dinamismo y repercusión sobre la sociedad es mucho más amplio. Y, además, su valor y posibilidades aumentan a medida que se acrecienta el número de usuarios en la red, puesto

que, mayores son los beneficios y actividades pueden llegar a reportar o proporcionar a los ciudadanos⁹⁶⁹.

La llegada de estos instrumentos ha generado mutaciones culturales como consecuencia de la variación de las dimensiones espaciotemporales que éstas han sufrido. De forma que, se han terminado alterando las relaciones entre las personas, los empleadores y trabajadores, y también con los poderes públicos⁹⁷⁰.

En este sentido, las TIC se han convertido en sistemas tecnológicos con amplitud de aplicaciones dentro de nuestra sociedad: por un lado, nos permiten acceder a grandes cantidades de información y, además, cuentan con gran capacidad de penetración y efecto sobre la economía; y, por otro lado, son herramientas interconectables de forma sencilla y económica, y reprogramables sin necesidad de conocimientos técnicos⁹⁷¹.

III. La sociedad de Internet.

1. La transformación de la sociedad: de la información hacia la digitalización.

1.1. Introducción.

Internet y las TIC han afectado a la configuración del tejido social y económico de nuestra sociedad. Éstas han excedido con creces el ámbito de aplicación para la que se crearon, y han terminado repercutiendo en todos los sectores de la población. La sociedad en su conjunto no ha quedado impasible ante la repercusión de estas innovaciones y se ha visto obligada a evolucionar para adaptarse al medio que le rodea.

⁹⁶⁹ Vide COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación (2001)770, de 14 de diciembre, al Consejo y al Parlamento Europeo: Tecnologías de la información y de la comunicación en el ámbito del desarrollo. El papel de las TIC en la política comunitaria de desarrollo*, Bruselas, pp. 3 y ss.

⁹⁷⁰ Vide José Julio FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Ciberseguridad: ¿desafío insuperable? En búsqueda de escenarios de respuesta adecuados, en César GARCÍA NOVOA y Diana SANTIAGO IGLEASI, *4º Revolución Industrial. Impacto de la automatización y la inteligencia artificial en la sociedad de economía digital*, Aranzadi, Navarra, 2018, pp. 54 y ss.

⁹⁷¹ Vide Manuel CASTELLS OLIVÁN, *La sociedad red: La era de la información: economía, sociedad y cultural*, Alianza Editorial, Madrid, 1997, pp. 105 y ss.

De este modo, al igual que ocurrió durante la I Revolución Industrial, donde se distinguía entre los territorios que habían sido o no industrializados, la sociedad se ha vuelto a dividir entre quienes han sucumbido o no la III Revolución Industrial⁹⁷². La Unión Europea ha ratificado el proceso de cambio que se describe tras el análisis de la transformación que estaba experimentando la economía mundial. Si bien, ésta no sólo observa que la sociedad está cambiando, sino que, encuentra en estas modificaciones el camino hacia el futuro de la humanidad⁹⁷³.

En consecuencia, la sociedad de la información sería el resultado de cómo afectan todos estos cambios a los ciudadanos y sus relaciones. Si bien, ésta desde una concepción instrumental puede entenderse como:

*«la extraordinaria expansión de las redes de telecomunicaciones y, en especial, de Internet como vehículo de transmisión e intercambio de todo tipo de información. Su incorporación a la vida económica y social ofrece innumerables ventajas, como la mejora de la eficiencia empresarial, el incremento de las posibilidades de elección de los usuarios y la aparición de nuevas fuentes de empleo»*⁹⁷⁴.

Pero, también puede ser entendida desde la conceptualización finalista como:

«aquel estadio de desarrollo social caracterizado por la capacidad de sus miembros (sociedades, empresas y administraciones públicas) para obtener y

⁹⁷² Vide Luis ÁNGEL BALLESTERO MOFFA, “La tierra prometida de la Administración electrónica en la prestación de servicios públicos y desarrollo de la economía digital”, en Luciano José PAREJO ALFONSO, José VIDA FERNÁNDEZ, Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, *Los retos del Estado y la Administración en el S.XXI: libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo*, II, Tirant, Valencia, 2017, p. 1689.

⁹⁷³ Vide COMISIÓN EUROPEA, COM (94) 0440, de 25 de octubre, *Libro Verde sobre la liberalización de las infraestructuras de telecomunicaciones y redes de televisión por cable: principios y calendarios*, I parte, Bruselas, Prefacio: «La sociedad de la información está en camino. La tecnología digital transforma los sectores de las telecomunicaciones, la informática, la información y los medios audiovisuales. De hecho, está haciendo que todos converjan en uno. También comienza a dejar sentir un profundo efecto en la sociedad y la economía, transformando el modo en que trabajamos, vivimos y jugamos, hacemos negocios, nos organizamos e interactuamos. Estos cambios se están produciendo en el mundo entero, y todos están preparándose y adaptándose a los retos de la nueva sociedad de la información».

⁹⁷⁴ Vide Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, Exposición de motivos.

compartir cualquier información, instantáneamente desde el lugar y de la forma que prefieran»⁹⁷⁵.

En otras palabras, se puede definir la sociedad de la información como una nueva forma de organización social en la que la generación, el procesamiento y la transmisión de la información se convierten en las fuentes fundamentales de la productividad y el poder, debido a las nuevas condiciones tecnológicas. En consecuencia, la sociedad del conocimiento⁹⁷⁶ no es más que el advenimiento de estas nuevas tecnologías y la adaptación de nuestras relaciones a estas transformaciones que se han experimentado: extensión de la comunicación y aumento de la difusión y conservación del conocimiento, y con ellas, la datificación de nuestra actividad⁹⁷⁷.

No obstante, la sociedad de la información responde a las consecuencias de la llegada de Internet, pero la extensión generalizada y su consolidación como una herramienta indispensable está provocando cambios profundos en el conjunto social. De este modo, la sociedad de la información se corresponde con el primer período o la recepción de estas tecnologías por los ciudadanos. Pero, ésta con posterioridad está evolucionando a una sociedad con unos caracteres diversos y auténticos a los de su predecesora. Los distintos avances e innovaciones tecnológicas de los últimos diez años han permitido que ésta madure, y con ella, se ha producido la consolidación del mundo digital. Éste se ha configurado como un universo paralelo, pero muy vinculado a nuestra realidad física, convirtiéndose en un nuevo medio en el que los seres humanos se relacionan⁹⁷⁸.

⁹⁷⁵ Vide Marisa SERRANO FERNÁNDEZ, *El impacto de la sociedad de la información en la propiedad industrial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 11-12.

⁹⁷⁶ Vide José María CASTELLS ARTECHE, “La limitación informática”, en Sebastián MARTÍN - RETORTILLO BAQUER, *Libro homenaje al Profesor Dr. D. Eduardo García de Enterría: estudios sobre la constitución española*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 907 y 908: «*la sociedad del conocimiento ha revelado de inmediato la íntima imbricación que existe entre el acopio informativo y el propio poder político, puesto que quien es dueño de la información es precisamente quien la contralará y la manipulará y por lo tanto se encontrará en inmejorables condiciones de imponer su voluntad*».

⁹⁷⁷ Vide Alessandro MANTELERO, “Ciudadanía y gobernanza digital entre política, ética y derecho”, en Tomás DE LA QUADRA SALCEDO y José Luis PIÑAR MAÑAS, *Sociedad digital y derecho*, o.c., pp. 159 y ss.

⁹⁷⁸ Vide Mikkel FLYVERBOM, “Geopolítica digital: el control de la información y el poder de las visibilidades”, *Vanguardia Dossier*, 72, (2019), p. 33: «*Las plataformas digitales constituyen la infraestructura y el fundamento de tantas parcelas de la vida social, económica y cultural que apenas tiene sentido seguir distinguiendo entre mundos en línea y fuera de línea*».

El afianzamiento de este cosmos se ha producido principalmente gracias al avance en los componentes de los chips procesadores y la evolución de la conectividad, a través de la banda ancha de mejor calidad y a precios económicos.

En primer lugar, en lo que se refiere a los chips, se puede situar al transistor⁹⁷⁹ como el elemento fundamental a través del cual han evolucionado los procesadores. Así mismo, la evolución de su densidad permite explicar el progreso que ésta ha experimentado. Por ejemplo, en el año 1971 el primer modelo 4004 (8 bits pre-PC) tenía 2.300 transistores; en el año 2000, el modelo Pentium 4 (32 bits) tenía 42.000.000 de transistores; y en 2019 el Ryzen Threadripper 3970X tiene 23.540.000.000 de transistores.

Mientras que, en segundo lugar, en lo que se refiere a la evolución de la conectividad, los progresos principales se producen gracias a las comunicaciones por satélite, las redes inalámbricas, la ampliación de la banda suministrada y la expansión territorial de las mismas. La telefonía móvil tiene ya cinco generaciones, dentro de las cuales, nos centramos en las tres últimas, puesto que el Internet de primera y segunda generación no eran lo suficientemente sofisticados para garantizar la conectividad de los dispositivos. Si bien, a partir del 3G, en el año 2004, permitía la utilización de la voz y datos con acceso a internet a altas velocidades (de hasta un flujo de datos máximo de 2 Mbps), y no será hasta la llegada de la cuarta generación en el año 2013 donde se consiga la velocidad de entre 100 Mbps para la movilidad alta y 1Gbps para la baja⁹⁸⁰. En la actualidad nos encontramos inmersos en un período de transición, tras la promesa de la llegada en el año 2020 de la tecnología 5G con velocidades de hasta 20 Gbps de descarga y 10 Gbps de subida⁹⁸¹.

De este modo, el afianzamiento de este cosmos, junto con la llegada de determinadas innovaciones dentro de otras áreas, está originando una transformación

⁹⁷⁹ Vide Antonio GORRELL GUIM y Llorenç GUILERA AGÜERA, “La sociedad 4.0”, *La industria 4.0. en la sociedad digital*, o.c., p. 30: “Un transistor es el procesador físico de un solo bit y se necesitan complejas estructuras de circuitos integrados de millones de transistores para conseguir la potencia de procesamiento de los actuales chips informáticos”.

⁹⁸⁰ *Ídem* pp. 33-35.

⁹⁸¹ Vide Ramón MUÑOZ, “Llega el 5G a España y esto es todo lo que tienes que saber”, *El País Digital*, 13 de septiembre de 2020, «*Movistar ha encendido ya su red en ocho grandes capitales de provincia con la promesa de extender la cobertura del 5G al 75% de la población antes de finales de año, incluyendo las 150 ciudades de más de 50.000 habitantes. Pero, ojo, aún no se puede contratar y habrá que esperar a finales de octubre o principios de noviembre para el lanzamiento comercial*».

global la conducta, las relaciones y del propio individuo⁹⁸². No obstante, este proceso de cambio, o salto cualitativo de la estructura de la sociedad, ya fue advertido por uno de los actores más relevantes de este movimiento como es Bill Gates, quién ya avanzaba:

«Casi ha llegado el día en que podremos dirigir negocios fácilmente, estudiar, explorar el mundo y sus culturas, disfrutar de un gran espectáculo, hacer amigos, ir a mercados locales y enseñar fotos a los parientes, sin que importe el lugar donde se encuentren, sin abandonar nuestra mesa de trabajo o nuestro sillón. Una vez que esta nueva era este en pleno apogeo, no abandonaremos nuestra conexión a la red en la oficina o en el aula. Nuestra conexión será más que un dispositivo que hemos comprado o un objeto que portamos, será nuestro pasaporte para un modo de vida nuevo y “transmitido”»⁹⁸³.

En consecuencia, la sociedad simplemente informada está floreciendo hacia una estructura social mucho más compleja, una realidad ratificada por nuestro propio ordenamiento jurídico⁹⁸⁴. En consecuencia, estamos siendo testigos de un período de transición histórico: la metamorfosis hacia la sociedad digital⁹⁸⁵ o 4.0⁹⁸⁶.

⁹⁸² Vide José Julio FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Ciberseguridad: ¿desafío insuperable? En búsqueda de escenarios de respuesta adecuados, en César GARCÍA NOVOA y Diana SANTIAGO IGLESIAS, *4º Revolución Industrial. Impacto de la automatización y la inteligencia artificial en la sociedad de economía digital*, o.c., p. 52.

⁹⁸³ Vide Bill GATES, *Camino al futuro*, Aravaca, Madrid, 1995, p. 15: *«Internet, por otra parte, se ha convertido en una realidad omnipresente tanto en nuestra vida personal como colectiva. Una gran parte de nuestra actividad profesional, económica y privada se desarrolla en la Red y adquiere una importancia fundamental tanto para la comunicación humana como para el desarrollo de nuestra vida en sociedad. Ya en los años noventa, y conscientes del impacto que iba a producir Internet en nuestras vidas, los pioneros de la Red propusieron elaborar una Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en Internet. Hoy identificamos con bastante claridad los riesgos y oportunidades que el mundo de las redes ofrece a la ciudadanía. Corresponde a los poderes públicos impulsar políticas que hagan efectivos los derechos de la ciudadanía en Internet promoviendo la igualdad de los ciudadanos y de los grupos en los que se integran para hacer posible el pleno ejercicio de los derechos fundamentales en la realidad digital. La transformación digital de nuestra sociedad es ya una realidad en nuestro desarrollo presente y futuro tanto a nivel social como económico».*

⁹⁸⁴ Vide Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, Exposición de Motivos.

⁹⁸⁵ Vide Moisés BARRIO ANDRÉS, *Ciberderecho: bases estructurales, modelo de regulación e instituciones de gobernanza*, o.c., p. 61.

⁹⁸⁶ El término de sociedad 4.0 se utiliza en referencia a la concordancia temporal con la IV Revolución Industria.

1.2. Concepto.

La sociedad digital sólo ha dado los primeros pasos hacia la creación de una nueva forma de organización social. De tal manera que, su contenido, extensión y caracteres están limitados a lo que somos capaces de percibir en la actualidad, pero no engloba todo lo que puede llegar a ser. Por tanto, éste es un concepto en evolución, y del que sólo podemos dar las primeras pinceladas de lo que va a terminar por describir. No obstante, se puede realizar un análisis preliminar de la situación.

En primer lugar, a modo de acercamiento a la materia, según la RAE, se debe entender la sociedad como «*el conjunto de personas, pueblos o naciones que conviven bajo normas comunes*»⁹⁸⁷, es decir, un grupo de seres humanos que terminan desarrollando su vida bajo unos principios, normas y reglas que son universales para todos ellos.

Mientras que, por digital la RAE entiende lo «*dicho de un dispositivo o sistema: que crea, presenta, transporta o almacena información mediante la combinación de bits*»⁹⁸⁸. En consecuencia, digital es una cualidad que se desprende de cualquier objeto o instrumento que utiliza un lenguaje singular (0 y 1) para el tratamiento de la información. El carácter digital es innato al nacimiento de Internet, por el procedimiento de creación y transporte de la información en paquetes que realiza y, por ende, se desprende igualmente de las TIC, que utilizan el mismo idioma para poder comunicarse. Estas herramientas son las que han consolidado el mundo virtual, el cual se rige por las mismas normas de procesamiento: el código binario. En consecuencia, el carácter digital que se pretende asociar con la sociedad está directamente relacionado con estas nuevas tecnologías.

Sin embargo, en un primer acercamiento a la materia, ambas palabras son contrapuestas, puesto que, describen dos visiones distintas. La sociedad como concepto es material y plenamente tangible a los ojos, ya que es una representación de nuestra realidad fáctica. Mientras que, el carácter digital es la concreción en un lenguaje incomprensible e incorpóreo por el ser humano, para cuyo entendimiento necesita de otros instrumentos, como un ordenador o un teléfono móvil, capaz de convertir esos datos.

⁹⁸⁷ Vide <https://dle.rae.es/sociedad>

⁹⁸⁸ Vide <https://dle.rae.es/digital>

Y, es por ello, que se entiende que el fin intrínseco de esta asociación (“sociedad digital”) sea el de digitalizar el mundo de los hechos. La acción de digitalizar, según la RAE, consiste en:

«convertir o codificar en números dígitos datos o informaciones de carácter continuo, como una imagen fotográfica, un documento o un libro»⁹⁸⁹. De este modo, en la sociedad digital «todo lo que se pueda digitalizar se digitalizará; todo lo que se pueda conectar se conectará; y, todo lo que se pueda analizar se analizará»⁹⁹⁰.

Esta facilidad, para convertir los bienes y actividades humanas en virtuales, ha facultado la creación de un mundo digital que nos permite casi las mismas acciones que realizamos en nuestra vida “real”. No obstante, y en puridad, sólo hemos conseguido digitalizar dos de los cinco sentidos: la vista y el oído. Aunque, el resto (olfato, gusto y tacto) están siendo objeto de investigaciones bastante avanzadas para lograr su consecución. Y, realmente, no están tan lejos los científicos de encontrar la forma de estimular los sentidos que faltan, sobre todo, si se pone en relación con la credibilidad que ya representan la *realidad virtual*, la *realidad aumentada* y la *realidad mixta*⁹⁹¹.

Sin embargo, el mundo virtual no es sólo la traslación de nuestra actividad en el mundo físico a la web, sino que Internet y las TIC han creado su propio régimen de actividades para los seres humanos. En otras palabras, la extensión generalizada de estas

⁹⁸⁹ Vide <https://dle.rae.es/digitalizar>

⁹⁹⁰ Vide CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE ORGANIZACIONES EMPRESARIALES, *Plan digital 2020: la digitalización de la sociedad española*, CEOE, Madrid, 2018, p. 11.

⁹⁹¹ Vide Antonio GORRELL GUIM y Llorenç GUILERA AGÜERA, “La sociedad 4.0”, *La industria 4.0. en la sociedad digital*, o.c., pp. 74-75: «La realidad virtual consiste en producir mediante programación informática un entorno que parece a los ojos del usuario como real e inmerso en él mediante el equipamiento de hardware adecuado (gafas tridimensionales y, optativamente guantes y traje especial para sensaciones táctiles). Se usa en la industria para aprendizaje inmersivo de procesos y en marketing para la promoción inmersiva de productos a la venta. La realidad aumentada es la visión que se obtiene de un entorno físico del mundo real, a través de un dispositivo tecnológico que añade información adicional a la percibida por el ojo humano. Mediante un dispositivo o conjunto de dispositivos, se añade información virtual (que puede ser multimedia) a la información física percibida por la visión natural. Los elementos físicos tangibles se combinan con elementos virtuales y crean una realidad aumentada en tiempo real. (...) La realidad mixta es la unión de un escenario virtual proporcionado por la realidad virtual con la información proporcionada por la realidad aumentada. Mediante unas gafas adecuadas, el usuario puede percibir en su PC o en su teléfono inteligente una tienda virtual por la que se mueve con total libertad y donde puede informarse inmediatamente y sin otra acción que fijarse en un producto concreto con todos los datos en línea que pueda necesitar: características técnicas, precio, plazo de entrega, garantías y soporte posventa, entre otros requisitos».

CAPÍTULO SEGUNDO

LA REVOLUCIÓN “INTERNET”: EL IMPULSOR DE LA SOCIEDAD DIGITAL

innovaciones tecnológicas por todo el globo terráqueo ha derivado en la configuración de dos mundos paralelos, pero interactuantes entre sí: el digital y el real. En este mismo sentido se expresa De la Quadra Salcedo, para quién la sociedad digital es lo que se ha construido sobre la base de descubrimientos, técnicas, dispositivos y aparatos creados por el ser humano, pero que no sólo facilitan los desplazamientos o la comunicación, sino que, han creado un mundo propio vinculado a nuestra vida, autosuficiente y en el que lo convencional acaba siendo accesorio⁹⁹².

Así, un concepto perfectamente válido de sociedad digital podría establecerse atendiendo a las facultades que estas nos otorgan como grupo colectivo. De tal manera que, por sociedad digital podría entenderse el conjunto de personas conectadas al entorno, debido al proceso de codificación de su actividad, que actúan de forma más inteligente y eficaz, gracias al análisis de los datos o información que obran en su poder.

La sociedad digital es vista a la vez como la solución a todos los problemas que acechan nuestra realidad, dado que, presenta diversidad de alternativas para solventarlos⁹⁹³ pero, la introducción de las bases por la que ésta se constituye genera grandes dudas, a la par que nuevas problemáticas. Así, a consecuencia de la incertidumbre que se cierne sobre este proceso, especialmente, en lo referido a su capacidad para cambiar el orden establecido, hay quienes afirman que la implantación de esta sociedad implicará reformular todos los valores y principios instaurados hasta el momento.

Si bien es cierto los cambios que se están produciendo en el ser humano, las relaciones y su entorno, están provocando la modificación de gran parte del ordenamiento jurídico. Y, sin embargo, a estos aún no han sumado los problemas derivados de la inteligencia artificial, la robótica, los problemas algorítmicos y el desarrollo de las actividades en biotecnología o neurología que son innovaciones completamente nuevas, y sin precedentes en nuestro ordenamiento. De manera que, ya se advierte que esta

⁹⁹² Vide Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, “Retos, riesgos y oportunidades de la sociedad digital”, Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO y José Luis PIÑAR MAÑAS, *Sociedad digital y derecho*, o.c., p. 22.

⁹⁹³ Vide COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación (2020) 67, de 19 de febrero, al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Configurar el futuro digital de Europa*, Bruselas, p. 32: «La sociedad digital debe entenderse como una sociedad que supondrá ventajas para todos. El despliegue de las TIC se está convirtiendo en un elemento crítico para la consecución de objetivos políticos tales como el apoyo a una sociedad que envejece, el cambio climático, la reducción del consumo energético, la mejora de la eficiencia del transporte y de la movilidad, la autonomización de los pacientes y la inclusión de las personas con discapacidad».

generación va a tener que enfrentarse a un reto de igual o superior entidad al de la I Revolución Industrial⁹⁹⁴.

Sin embargo, las dificultades no se limitan a los descubrimientos tecnológicos, sino que, también se están deteriorando los valores y principios de todo tipo: morales, culturales, políticos, religiosos, éticos, y hasta los del propio individuo. De forma que, si sumamos a las nuevas formas de interacción del ser humano, las posibilidades del medio digital y los avances de la IV Revolución Industrial, podemos estar contemplando la llegada de un nuevo período de la sociedad, que suponga el nacimiento de una nueva Era⁹⁹⁵. En este sentido, hay autores que definen la sociedad digital por:

«el debilitamiento del orden establecido, en la búsqueda de generar un reclamado nuevo orden, siguiendo el carácter cíclico de nuestra historia»⁹⁹⁶.

En lo que se refiere a los caracteres que van a identificar a esta sociedad, aunque es un fenómeno en expansión y hablar de elementos fijos supondría una distorsión de la realidad, hay cuatro fenómenos que se repiten: la movilidad, en relación con los activos intangibles y las funciones comerciales; se sirve de los datos para su exponencial crecimiento; depende de los sistemas de la red; y propicia la difusión de múltiples modalidades de negocio⁹⁹⁷. Por ello, atendiendo a esos valores que aparecen como inherentes a la metamorfosis que se está produciendo, se debe a comenzar a legislar, para sentar una base coherente para su posterior desarrollo, aunque luego haya caracteres que varíen o se introduzcan unos nuevos.

No obstante, esta generación no puede limitarse a refrendar el proceso de cambio, regulando aquellas parcelas o cualidades que presenten mayor problemática. Todo lo contrario. Esta generación debe asumir la obligación de que se adopten las medidas y garantías necesarias para sentar los principios, valores y derechos de la sociedad que

⁹⁹⁴ Vide José Luis PIÑAR MAÑAS, “¿Qué regulación de derechos en la sociedad digital?”, *Revista de Derecho Digital e Innovación*, 1, (2019), pp. 2 y ss.

⁹⁹⁵ Vide Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, “Derechos fundamentales, democracia y mercado en la edad digital”, *Revista de Derecho Digital e Innovación*, 1, (2019), pp. 1 y ss.

⁹⁹⁶ Vide Carlos CANTERO OJEDA, *Sociedad digital: razón y emoción*, Editorial UOC, Barcelona, 2018, p. 33.

⁹⁹⁷ Vide Pascal SAINT-AMANS, “¿Están las grandes compañías de Internet modelando un nuevo sistema económico? Los retos de las políticas tributarias”, *Vanguardia Dossier*, o.c., pp. 61-62.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA REVOLUCIÓN “INTERNET”: EL IMPULSOR DE LA SOCIEDAD DIGITAL

queremos llegar a ser. No podemos limitarnos a observar las alteraciones que se están produciendo, dejándonos llevar por los cambios que se imponen, sin pensar en hacia dónde nos están llevando. Nosotros debemos ser los agentes que favorezcan el cambio, pero no sin pensar en las consecuencias: somos la generación bisagra que permitirá sentar la sociedad del futuro. El grado de eficacia que alcancemos en este proceso influirá en el desarrollo del país, ya que éste repercute sobre su competitividad global y productividad, y que, por tanto, terminan afectando al bienestar social.

De este modo, tal y como se explica en el primer capítulo de la tesis, la falta de capacidad de un país que no promueve la llegada del progreso, ni trabaja para adaptarse a las innovaciones, perjudica directamente al bienestar de sus ciudadanos, puesto que la falta de medios termina por imponer regímenes con inferior protección y garantías sociales. En consecuencia, las distintas posibilidades que implica la sociedad digital pueden entenderse como enormes ventajas o riesgos, lo que dependerá de la postura que adoptemos para enfrentarnos al cambio. No obstante, el nivel de implicación de los Gobiernos en el proceso de digitalización está derivando en la existencia de distintos ritmos de crecimiento de la sociedad digital, diferenciando entre quienes apuestan firmemente por su consolidación, y para aquellos que es un objetivo a largo plazo.

En la actualidad están confluyendo ambas fases de evolución de la sociedad, la de la información y la digital, dependiendo de la actividad y el grado de las políticas que se estén llevando a cabo por los distintos Estados. Esta convergencia de períodos genera cierta confusión en la doctrina, que utiliza de manera indistinta ambos términos para referirse al proceso transformador que estamos viviendo. Sin embargo, es necesario aclarar que ambos no identifican la misma realidad: la sociedad de la información es dónde estamos inmersos la mayoría de los países globalizados, mientras que la sociedad digital es la meta por conquistar en el futuro.

La sociedad digital es el siguiente paso evolutivo de nuestra realidad, el inicio de una nueva Era, otra forma de entender el mundo que va a desarrollar unos caracteres y reglas propias. Pero, por su nacimiento derivado directamente de las posibilidades de la red, su naturaleza está vinculada a Internet. De alguna manera, la evolución que éste experimente supondrá la constitución, consolidación y desarrollo de la sociedad del futuro.

1.3. Caracteres.

La sociedad actual se está configurando con unas características propias⁹⁹⁸. En primer lugar, es una sociedad tecnificada y dependiente de las nuevas tecnologías⁹⁹⁹, hasta el punto de que son necesarias desde el inicio (nos despertamos con la alarma del teléfono móvil) al final de la jornada ordinaria (y nos dormimos con el celular en la mano consultando las últimas notificaciones). De forma que, cualquier tipo de interrupción de la conectividad puede suponer un perjuicio para el desarrollo convencional de la vida.

En segundo lugar, es una sociedad hipermedia, es decir, disfruta de multitud de canales conectados entre sí, que le permite el acceso inmediato a cualquier tipo de información y conocimiento. Además, derivado de la velocidad en la que se producen sus intercambios, está basada en la inmediatez y rapidez de las relaciones, puesto que éste es el valor principal que nos mueve. Buscamos la banda ancha más rápida, y el dispositivo con mayor velocidad de procesamiento de datos para ser los primeros en la red. Y relacionado con esto, es una sociedad altamente informada, hasta el punto de que se encuentra ahogada entre tanto dato, lo que le dificulta discernir las fuentes y la información de calidad y verificada. Si bien, este proceso de digitalización está afectando a todos los sectores de la población, pero de forma más profunda sobre el tejido profesional, creando nuevos puestos de trabajo y destruyendo otros tantos.

En tercer lugar, es una sociedad basada en las modas y tendencias, de manera que, los valores tradicionales están siendo desbancados por la relatividad de lo que se lleva, sobre todo, en redes sociales. De forma que, esto implica su subordinación a la opinión pública, debido a la sobreexposición de la vida privada en la red, y a la facilidad para comentar o criticar todo lo que hacemos. En consecuencia, se está configurando como una sociedad completamente superficial. La población no profundiza en el tratamiento de las cuestiones, a consecuencia de la falta de tiempo para atender toda la información que les llega, lo que impide reflexionar sobre los temas, y crea opiniones banales sobre lo que sucede alrededor.

⁹⁹⁸ Vide Antonio GORRELL GUIM y Llorenç GUILERA AGÜERA, “La sociedad 4.0”, *La industria 4.0. en la sociedad digital*, o.c., p. 37.

⁹⁹⁹ Vide Eduardo SÁNCHEZ IGLESIAS, “La dependencia tecnológica como rasgo determinante del modelo productivo español: el caso del sector industrial (2002-2016)”, *Gaceta sindical*, 28, (2017), p. 138.

1.4. Grupo normativo regulador.**1.4.1. Consideraciones previas.**

El desarrollo de la sociedad digital es un proyecto complejo, cuyo grupo normativo regulador es amplísimo, abarcando prácticamente la totalidad de los ámbitos del derecho, desde las telecomunicaciones, los servicios de la sociedad de la información, o la protección de datos. Pero, también se incluyen todas las normas destinadas al desarrollo de la economía, el impulso de nuevas actividades, la mejora de las establecidas, o la creación de derechos y obligaciones para los distintos estratos (Estado, empresas y civiles). Por ello, el grupo normativo regulador de la sociedad digital incluye todas las normas, directivas y reglamentos, tanto a nivel internacional, estatal como autonómico, que supongan un avance en la siguiente fase evolutiva de la sociedad.

Todo ese Derecho que ha sido creado de forma específica para auspiciar el proceso de cambio ha adquirido el calificativo de “digital”, y será analizado por sectores y ámbitos concretos en un apartado específico de la tesis. Si bien, en este punto, sólo se analizan los planes o proyectos, “*strictu sensu*”, de construcción y desarrollo de la sociedad digital. En este caso, partiendo de la iniciativa de la Unión Europea hasta su posterior concreción en el proyecto de sociedad digital en nuestro país. Huelga decir que, esto es sólo un análisis preliminar de la materia que será profundizado en los párrafos sucesivos.

1.4.2. El proyecto de sociedad digital en la Unión Europea.

En los inicios de la crisis más dura de nuestra historia, Europa comienza a plantear las nuevas tecnologías como una alternativa para salir de la situación de recesión y promover el crecimiento económico y social del continente. Las megatendencias de evolución ya se evidencian, se habla de economías interconectadas a nivel mundial; problemas derivados del gobierno de las relaciones comerciales; y un crecimiento exponencial de las TIC e Internet, donde parece estar el futuro de la humanidad.

Sin embargo, pese a que las nuevas tecnologías se consideran en todos los textos comunitarios como un ámbito o sector estratégico de desarrollo, en la actualidad, los tratados vigentes no realizan manifestaciones específicas relativas a las competencias

sobre las TIC. Aunque, sí que en el marco de las competencias en las políticas sectoriales puede intervenir en su regulación.

No obstante, en el año 2010, mediante la estrategia de “Europa 2020”, se manifiesta la necesidad de configurar una estrategia de crecimiento inteligente, para el futuro de Europa que se asiente sobre “una economía basada en el conocimiento y la innovación”:

«El crecimiento inteligente significa la consolidación del conocimiento y la innovación como impulsores de nuestro crecimiento futuro. Esto requiere mejorar la calidad de nuestra educación, consolidar los resultados de la investigación, promover la innovación y la transferencia de conocimientos en toda la Unión, explotar al máximo las TIC y asegurarse de que las ideas innovadoras puedan convertirse en nuevos productos y servicios que generen crecimiento y empleos de calidad y que ayuden a afrontar los retos derivados de los cambios sociales en Europa y en el mundo. Pero para tener éxito, esto debe combinarse con un espíritu emprendedor, financiación y una atención prioritaria a las necesidades de los usuarios y a las oportunidades del mercado»¹⁰⁰⁰.

A partir de este momento, la UE abre tres frentes sobre los que actuar, para la consecución de ese crecimiento inteligente: en primer lugar, aumentar el presupuesto en I+D, puesto que, este representa un porcentaje inferior de gasto que en otras potencias mundiales como China o EE.UU.; en segundo lugar, la educación debe aglutinar gran parte de las iniciativas, puesto que, uno de los objetivos principales consiste en mejorar los niveles formativos de la población, promoviendo una sociedad capaz de adaptarse al mercado laboral que se está constituyendo; y en tercer lugar, propone actuar sobre la configuración de la sociedad digital, mejorando la capacidad de Internet y las posibilidades de las TIC. Además, para alcanzar este último objetivo se crea una Agenda Digital para Europa.

En este sentido, aunque la agenda prioriza la constitución del mercado económico digital para asegurar el avance de la sociedad digital, se hacen ciertas recomendaciones para facilitar el proceso de digitalización entre los Estados miembros. La Comisión relata

¹⁰⁰⁰ Vide COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación (2010) 2020, de 3 de marzo, Europa 2020: una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*, Bruselas, p. 12.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA REVOLUCIÓN “INTERNET”: EL IMPULSOR DE LA SOCIEDAD DIGITAL

la necesidad de consolidar y mejorar ciertos aspectos como los problemas de interoperabilidad¹⁰⁰¹ de la red, considerando que es necesario mejorar el establecimiento de normas de TIC¹⁰⁰².

En la actualidad, la norma de cabecera es el Reglamento (UE) 2019/817, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativo al establecimiento de un marco para la interoperabilidad de los sistemas de información de la UE en el ámbito de las fronteras y los visados y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n° 767/2008, (UE) 2016/399, (UE) 2017/2226, (UE) 2018/1240, (UE) 2018/1726 y (UE) 2018/1861 del Parlamento Europeo y del Consejo, y las Decisiones 2004/512/CE y 2008/633/JAI del Consejo.

Y, junto a éste, Real Decreto 4/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Interoperabilidad en el ámbito de la Administración Electrónica. De este modo, tal y como advierte la doctrina:

«en el ámbito de las tecnologías de la información y la comunicación la interoperabilidad es un problema trascendental, por cuanto que la verdadera utilidad de una aplicación o sistema informático no reside en su uso autónomo, sino en su capacidad de compartir la información y el conocimiento con otras aplicaciones o sistemas, optimizando exponencialmente sus resultados»¹⁰⁰³.

Además, la Unión Europea entiende que debe apostar firmemente por la confianza y la seguridad en la red, y para ello, es imprescindible posibilitar el acceso ultrarrápido a Internet. A la vez, para darle una utilidad suficiente a la inversión es necesario apostar

¹⁰⁰¹ Vide Real Decreto 4/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Interoperabilidad en el ámbito de la Administración Electrónica, Exposición de motivos: «La interoperabilidad es la capacidad de los sistemas de información y de los procedimientos a los que éstos dan soporte, de compartir datos y posibilitar el intercambio de información y conocimiento entre ellos».

¹⁰⁰² Sobre la necesidad de reconfiguración de las políticas de normalización de las TIC en la Unión Europea ya sea pronunciaba el Libro Blanco de la Comisión en el año 2009, Vide COMISIÓN EUROPEA, COM (2009) 324 de 3 de julio, *Modernizar la normalización de las TIC en la UE, el camino a seguir*, Bruselas, p. 3.

¹⁰⁰³ Vide Eduardo GAMERO CASADO, “Interoperabilidad y administración electrónica: conéctese, por favor”, *Revista de Administración Pública*, 179, (2009), p. 292.

por la investigación e innovación digital, y fomentar la alfabetización, la capacitación y la inclusión en términos digitales¹⁰⁰⁴.

Sin embargo, pese al reconocimiento de su imprescindibilidad para avanzar, la Unión Europea se ve obligada a centrarse en otros aspectos como la gestión y control de la deuda pública que arrastran algunos miembros de la Unión, los problemas de empleo generalizado, así como el envejecimiento de la población. Y de conformidad con esta idea, en el año 2014, la Comisión refleja en sus documentos¹⁰⁰⁵ la carencia de inversión suficiente para la digitalización de la sociedad hasta ese momento, e insta a los distintos órganos a que apuesten decididamente por la evolución¹⁰⁰⁶.

La Unión Europea es consciente de que los programas de desarrollo de la sociedad digital están siendo insuficientes, más aún, si se pone en relación con el déficit de inversión durante los años de recesión, lo que provoca un desfase entre la demanda de tecnología punta y la oferta. No obstante, se observa que el principal obstáculo de la transformación digital parece estar en la falta de conectividad de alto rendimiento, y por ello, se anima, al mercado de las telecomunicaciones para que realice las inversiones pertinentes, de forma que, la quinta generación de Internet se convierta en realidad¹⁰⁰⁷.

Una vez cumplidos los plazos del año 2020 para digitalizar Europa, y no habiéndose alcanzado resultados satisfactorios, sobre todo, en la educación y formación,

¹⁰⁰⁴ Vide COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación (2010)2020, de 3 de marzo, Europa 2020: una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*, Bruselas, pp. 18-31.

¹⁰⁰⁵ Vide COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación (2014) 130, de 5 de marzo, al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico Social y Europeo y al Comité de las Regiones: Balance de la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*, Bruselas.

¹⁰⁰⁶ *Ibidem* p. 12: «Las comunicaciones electrónicas modernas y los servicios en línea, en particular la Administración electrónica, son, por derecho propio, sectores económicos importantes, pero también motores cruciales del crecimiento y la productividad de la economía en su conjunto. El hecho de que Europa invierta menos en TIC y las utilice también menos justifica en buena medida la diferencia de productividad de la mano de obra de la UE con respecto a la de EE. UU. La inversión de la UE en infraestructuras de comunicación de vanguardia también queda lejos de la de sus principales competidores, especialmente en lo que se refiere a las infraestructuras de telefonía móvil (...)».

¹⁰⁰⁷ Vide COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación (2016) 587, de 14 de septiembre, al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: la conectividad para un mercado único digital competitiva, hacia una sociedad europea del Gigabit*, Bruselas, pp. 1-2: «Esta Comunicación confirma la importancia de la conectividad a Internet para el mercado único digital y la necesidad de que Europa pueda desplegar ahora las redes para su futuro digital. A tal efecto, presenta una visión para una sociedad europea de alta velocidad, en la que la disponibilidad y la implantación de redes de muy alta capacidad permite la utilización generalizada de productos, servicios y aplicaciones en el mercado único digital».

CAPÍTULO SEGUNDO

LA REVOLUCIÓN “INTERNET”: EL IMPULSOR DE LA SOCIEDAD DIGITAL

así como, en la adquisición de competencias digitales de la población, la Comisión se marca unas nuevas metas.

Esta vez los esfuerzos se concentran en un período de cinco años, a través de los siguientes objetivos: en primer lugar, la necesidad de poner la tecnología al servicio de las personas, es decir, un proceso de cambio en el que la introducción de las innovaciones tecnológicas suponga una diferencia real en sus relaciones cotidianas; en segundo lugar, la adecuación de un economía justa y competitiva, en el que todas las empresas puedan disponer de los mismos medios para utilizar los servicios y productos que ofrece el mundo digital; y en tercer lugar, la construcción de una sociedad abierta, democrática y sostenible, donde el ciudadano mantenga el control de sus datos¹⁰⁰⁸.

Además, una de las novedades más significativas de la norma es la evaluación y revisión de las normas sobre competencia y de los tributos aplicables a los negocios digitales, lo que puede resultar trascendental para aumentar los ingresos de los Estados miembros. Junto a esta destaca especialmente el proyecto de crear una futura directiva de servicios digitales, regulando el sector digital que se rige en la actualidad por el Derecho de las Telecomunicaciones y de los servicios de la sociedad de la información.

Hasta el momento, la sociedad digital se está construyendo más por intuición evolutiva que por verdadera actividad legislativa. Los planes de la Unión Europea son ambiciosos, pero la inversión económica para su consecución no es proporcionada a los objetivos: bien porque, los Estados no están invirtiendo de forma eficiente (o suficiente) en el proceso de digitalización; o bien porque, la UE debería adoptar un papel con mayor protagonismo, y con éste, de sus fondos y recursos para la construcción de la sociedad digital. En puridad, no existe en la actualidad ninguna otra institución con capacidad y medios idóneos para dirigir este proceso de cambio. Más aún, si a esto le sumamos, la carencia de liderazgo político suficiente de nuestros representantes, y el declive económico en el que nos encontramos inmersos: la realidad es que no existen otras opciones factibles. Por ello, es necesario solicitar a la UE que dé el empuje que la sociedad digital necesita para consolidarse.

¹⁰⁰⁸ *Vide* COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación (2020) 67, de 19 de febrero, al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: configurar el futuro digital de Europa*, Bruselas, pp. 2-3.

1.4.3. El proceso de digitalización en España.

A. Los antecedentes al proyecto de digitalización de la sociedad.

La transformación digital de España se guía por las normas y recomendaciones que dicta la Unión Europea. Ésta marca las directrices generales de evolución, y el ejecutivo se limita a intentar alcanzar los objetivos que se proponen, mediante la elaboración de planes o políticas concretas. Los primeros planes en materia de modernización de la sociedad y advenimiento de la sociedad de la información fueron el Plan Info XXI¹⁰⁰⁹ en el año 2000, el Programa España.es¹⁰¹⁰ en 2003, el Plan Avanza¹⁰¹¹ en 2005, y el Plan Avanza2¹⁰¹² en 2010.

Sin embargo, el verdadero impulso a la configuración de la sociedad digital se produce con la Agenda Digital para España en el año 2013 que, siguiendo el plan europeo, sienta las bases del modelo a seguir en materia de TIC. Aunque, en puridad, el principal objetivo que intenta conseguir el Gobierno es la búsqueda de un mecanismo alternativo que ayude a alcanzar la senda de la recuperación económica lo antes posible.

La Agenda Digital se estructura en torno a seis grandes objetivos. En primer lugar, el fomento para el despliegue de redes y servicios que garanticen la conectividad digital; el desarrollo del mercado digital con una propuesta clave para la internacionalización de la empresa española; la mejora de la e-Administración y aumentar la eficacia de los servicios públicos prestados; reforzar la confianza de los españoles en el ámbito digital; impulsar el I+D+I en TIC; y promover la inclusión, alfabetización y formación de los nuevos profesionales en esta materia¹⁰¹³. De forma anual se revisaba el grado de consecución de los objetivos propuestos, las iniciativas realizadas, así como un resumen del contexto general de la situación española, a través de un informe del Gobierno.

¹⁰⁰⁹ Vide GOBIERNO DE ESPAÑA, “Plan INFO XXI: la sociedad de la información para todos”, 2000.

¹⁰¹⁰ Vide MINISTERIO DE CIENCIA Y TECNOLOGÍA, “España.es: programa de actuaciones para el desarrollo de la sociedad de la información en España”, 2004

¹⁰¹¹ Vide MINISTERIO DE INDUSTRIA, TURISMO Y COMERCIO, “Plan Avanza: 2006-2010 para el desarrollo de la sociedad de la información y la convergencia con Europea y entre Comunidades Autónomas y Ciudades Autónomas”, 2005.

¹⁰¹² Vide GOBIERNO DE ESPAÑA, “Plan avanza 2: estrategia 2011-2015”, 2010.

¹⁰¹³ Vide GOBIERNO DE ESPAÑA, *Agenda digital para España*, Madrid, febrero de 2013, p. 4.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA REVOLUCIÓN “INTERNET”: EL IMPULSOR DE LA SOCIEDAD DIGITAL

Con posterioridad se completa con planes específicos en áreas distintas. Como, por ejemplo, en materia de telecomunicaciones, con los planes de redes ultrarrápidas¹⁰¹⁴; en el ámbito del comercio, con el plan de impulso a la economía y contenido digitales¹⁰¹⁵, el plan digital para establecer un clima de confianza para que las TIC contribuyan al desarrollo económico social del país¹⁰¹⁶, el plan para la generación de empleo de las industrias del futuro¹⁰¹⁷; o en materia de Administración Pública, con el plan para el impulso de los servicios públicos digitales¹⁰¹⁸, el plan de ciudades inteligentes¹⁰¹⁹, o el plan de territorios inteligentes¹⁰²⁰. Sin embargo, la mayor parte de la acción se concentró en el año 2015 con el Plan de Transformación digital de la Administración General del Estado (AGE) y sus Organismos Públicos¹⁰²¹. Con posterioridad, no hay acciones relevantes que no sean derecho de la Unión Europea propiamente dicho.

Tanto es así, que el informe DESI del año 2019, manifiesta la falta de compromiso del ejecutivo, con motivo de su inactividad y falta de actualización de la Agenda. Si bien, se han incumplido la mayor parte de los objetivos propuestos: el capital humano formado en nuevas tecnologías es más bajo que la media de la Unión Europea y, además, una quinta parte de los españoles no están conectados a la red, y casi la mitad de la población no tiene competencias digitales básicas. No obstante, la situación de digitalización en España, pese al retraso que experimenta nuestro país, es positiva en tanto que, en la

¹⁰¹⁴ Vide MINISTERIO DE INDUSTRIA, TURISMO Y COMERCIO, *Plan de telecomunicaciones y redes ultrarrápidas*, junio de 2013.

¹⁰¹⁵ Vide MINISTERIO DE INDUSTRIA, TURISMO Y COMERCIO, *Plan de impulso de la economía digital y los contenidos digitales*, julio de 2013.

¹⁰¹⁶ Vide MINISTERIO DE INDUSTRIA, TURISMO Y COMERCIO, *Plan de confianza en el ámbito digital para establecer un clima de confianza para que las TIC contribuyan al desarrollo económico y social del país*, junio de 2013.

¹⁰¹⁷ Vide MINISTERIO DE INDUSTRIA, TURISMO Y COMERCIO, *Plan de desarrollo e innovación del sector TIC para aprovechar el potencial de crecimiento y de generación de empleo de las industrias de futuro*, junio de 2013.

¹⁰¹⁸ Vide MINISTERIO DE INDUSTRIA, TURISMO Y COMERCIO, *Plan de servicios públicos digitales para continuar impulsando la digitalización de los servicios públicos, con la finalidad de obtener mayor eficiencia y vertebración*, junio de 2013.

¹⁰¹⁹ Vide MINISTERIO DE INDUSTRIA, TURISMO Y COMERCIO, *Plan Nacional de Ciudades Inteligentes para impulsar en España la industria tecnológica de las Ciudades Inteligentes y para ayudar a las entidades locales en los procesos de transformación hacia Ciudades y Destinos Inteligentes*, marzo 2015.

¹⁰²⁰ Vide MINISTERIO DE ENERGÍA, TURISMO Y AGENDA DIGITAL, *Plan Nacional de territorios inteligentes*, diciembre de 2017.

¹⁰²¹ Vide GOBIERNO DE ESPAÑA, *Plan de transformación digital de la Administración General del Estado y sus organismos públicos: Estrategia TIC 2015-2020*, Madrid, 2015.

actualidad se encuentra en la posición undécima (57,5 puntos) dentro del ranking europeo de digitalización, y por encima de la media europea (52,5 puntos). Sin embargo, países como Malta, Estonia, o Luxemburgo nos superan, situación que insta a mejorar el proceso de digitalización del país¹⁰²².

B. El proyecto de digitalización para el año 2025.

Las perspectivas de digitalización de la sociedad española se han mermado a consecuencia de la inestabilidad política del país y la falta de inversión generalizada en los sectores estratégicos de las nuevas tecnologías durante los últimos años. Por ello, el año 2020 se contemplaba como símbolo de un nuevo comienzo, para marcar la hoja de ruta hacia la plena digitalización social. Sin embargo, nadie esperaba que esta nueva década empezara con una pandemia global que paralizara la actividad económica de nuestro país y pusiera, aún más, en jaque las bases de los pilares del Estado de Bienestar.

No obstante, pese a las fatales consecuencias provocadas por la crisis del Covid-19, es necesario matizar que ésta ha favorecido la extensión generalizada del uso de las TIC entre la población. El confinamiento obligatorio que se impuso a la sociedad, y con éste la imposibilidad de visitar a familiares y amigos, provocó un aumento de las videollamadas y el intercambio de mensajes, para mantener el contacto con nuestro círculo más cercano. Esto se traduce en un acercamiento de las nuevas tecnologías a la población, descubriendo funciones y actividades, hasta ahora utilizadas por unos pocos, como es el caso de las compras por Internet, el uso de las redes sociales como medios de comunicación, o la utilización de los servicios públicos digitales para relacionarse con las distintas Administraciones Públicas.

Sin embargo, la crisis del coronavirus no sólo ha afectado al aumento de las telecomunicaciones y el uso del teléfono móvil en general, sino que, el resto de nuestras actividades de la vida cotidiana han tenido que adaptarse al medio digital. Por ejemplo, es el caso del teletrabajo, hasta ese momento desincentivado y poco promovido por las empresas públicas y privadas. Pero, en la actualidad, ha adquirido tan buenos resultados que el Gobierno ha aprobado Ley del Trabajo a distancia, donde se recogen las distintas modalidades, las obligaciones y derechos de los trabajadores.

¹⁰²² Vide COMISION EUROPEA, *Índice de la Economía y la Sociedad Digitales: Informa del España 2019*, Bruselas, 2020, pp. 3 y ss.

Otro ejemplo, es el caso de la educación a distancia, o digital, que se convirtió durante la pandemia y la situación de confinamiento obligatorio, en la única forma de continuar con el curso académico “normal” de nuestros estudiantes. O, una situación similar ha ocurrido con la salud electrónica que se convirtió en el recurso idóneo para prestar asistencia sanitaria a los pacientes, disminuyendo los riesgos de contagio para el personal sanitario, pero también, de los propios enfermos.

En consecuencia, el uso de las nuevas tecnologías se convirtió en nuestro mejor aliado para combatir la crisis del Covid-19, paliando los efectos económicos y ayudando a combatir los problemas sanitarios. De este modo, el Derecho creado durante la pandemia, de carácter excepcional, ha promovido la evolución de la sociedad, en algunas parcelas, mucho más de lo efectuado por el derecho específico en esta materia en los últimos diez años en nuestro país.

Por ello, es necesario reflexionar si debemos incluir aquellas disposiciones innovadoras y que han obtenido buenos resultados como derecho ordinario dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Si bien es cierto, las crisis son el contexto perfecto de desorganización para abordar cambios y, por ello, en este caso, debería aprovecharse más que nunca para reconducir y marcar las directrices de la sociedad del futuro que queremos ser.

Esto mismo ha debido de pensar el ejecutivo que, aprovechando la coyuntura del proceso de digitalización de nuestro país, ha aprobado un nuevo Plan Digital para España¹⁰²³ con diversos objetivos.

En primer lugar, se prosigue con el proceso de implementación de la sociedad digital a través de tres grandes proyectos: la garantía de la conectividad de la población, el despliegue de las redes de Internet Tecnología 5G, y reforzar las capacidades digitales de la población. El primero de los objetivos consiste en dotar del servicio de Internet a la totalidad de la población, sin que quepan excepciones a la universalidad del servicio¹⁰²⁴.

Para ello, se adoptará el “Plan de Conectividad” que profundizará la conexión de las redes de acceso a Internet de banda ancha, en áreas rurales, centros urbanos, cascos

¹⁰²³ Vide GOBIERNO DE ESPAÑA, “*Plan España Digital 2025*”, Madrid, 2020, p. 6: «*La situación excepcional derivada de la pandemia de la COVID-19 ha acelerado el proceso de digitalización, poniendo de relieve las fortalezas y también las carencias tanto desde el punto de vista económico como social y territorial*».

¹⁰²⁴ *Ibidem* pp. 16-18.

históricos, y ámbitos industriales. Si bien, como medida para garantizar el acceso universal a la red, se contempla la posibilidad de desarrollar bonos sociales de conectividad para los colectivos más vulnerables, así como otros programas orientados a reducir las brechas sociales (aunque esto ya estaba previsto en la Ley General de las Telecomunicaciones¹⁰²⁵).

Además, también se prevé la aprobación de una nueva Ley General de las Telecomunicaciones, más adecuada a la realidad existente, y que refuerce el despliegue de redes de alta velocidad, y el avance en la protección de los derechos digitales, creando nuevos niveles de obligaciones para los operadores del servicio. No sabemos si el proyecto se quedará en la creación de un régimen auténtico, o en la mera modificación del marco jurídico vigente.

Mientras que, el segundo de los objetivos consiste en el despliegue total de las redes de 5G en nuestro país. Si bien, para su consecución se adoptarán medidas tales como, la asignación de las bandas de frecuencias prioritarias demandadas para 5G en 2021; y se convocará un plan de ayudas, con bonificaciones asociadas a la constitución de redes con base 5G, tanto en corredores primarios como secundarios, entre otras medidas. No obstante, las redes 5G, debido a su arquitectura, son más vulnerables frente a los ataques, de forma que, las amenazas de ciberseguridad aumentan y son más complejas. Por ello, es necesario prestar especial atención a la ciberseguridad para garantizar la autonomía y crecimiento de la sociedad digital¹⁰²⁶.

En lo que se refiere al despliegue de las redes 5G, la Comisión Europea ha aprobado un paquete de medidas de ciberseguridad para proteger su desarrollo dentro de la Unión Europea¹⁰²⁷. Este documento incluye la posibilidad de adoptar medidas estratégicas, para dotar a las Administraciones de mayores competencias reglamentarias para supervisar la contratación y el despliegue de redes, y otras decisiones específicas para abordar los riesgos en materia de vulnerabilidad de los sistemas. Entre estas medidas estratégicas destaca el fortalecimiento de las autoridades nacionales, la realización de

¹⁰²⁵ Vide Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, artículo 25.1. f)

¹⁰²⁶ Vide Carlos B. FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, “La Comisión aprueba medidas de ciberseguridad para proteger el despliegue de las redes de 5G en la Unión Europea”, *Diario LA LEY CIBERDERECHO*, 36, (2020), p. 2.

¹⁰²⁷ Vide COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación COM (2020) 50, de 29 de enero, al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Despliegue seguro de la 5G en la UE. Aplicación de la caja de herramientas de la UE*, Bruselas.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA REVOLUCIÓN “INTERNET”: EL IMPULSOR DE LA SOCIEDAD DIGITAL

auditorias, o el control del uso de los proveedores de servicios gestionados y el apoyo de los proveedores de equipo. Y también, otras disposiciones técnicas, abordando los riesgos concretos de seguridad de las redes y equipos 5G, tanto en los factores físicos como humanos. A modo de ejemplo, se puede señalar: garantizar la aplicación de los requisitos básicos de seguridad; evaluar la aplicación de medidas de seguridad; o realizar controles de acceso estricto¹⁰²⁸.

Y, para el tercer proyecto, la consecución de competencias digitales de la población, se prevé la concreción de distintos programas: por un lado, el programa “*Educa en Digital*” que consiste en la transformación del sistema educativo, mediante la dotación de dispositivos y recursos tecnológicos a todos los centros educativos; el “*Plan Nacional de Competencias digitales*” dirigido a todos los sectores de la población (ciudadanía, ámbito educativo, FP, trabajadores, y desde una perspectiva más avanzada, en tratamiento de datos y uso de la Inteligencia Artificial); y el “*Plan Uni-Digital*”, dirigido a las Universidades Públicas, para reforzar las competencias digitales del profesorado y estimular la innovación docente¹⁰²⁹.

En segundo lugar, se prevé reforzar la ciberseguridad de nuestro país, con las siguientes medidas: creación de un servicio público de ciberseguridad; se fortalecerá la ciberseguridad de ciudadanos, PYMES y profesionales, a través de campañas de sensibilización, la generación de talento en esta materia, y la creación de líneas ayudas para la adopción de herramientas que mitiguen este problema; y, además, se prevé la implantación de un Centro de Operaciones de Ciberseguridad que mejore la prevención, vigilancia y detección de estos problemas, y optimice la capacidad de reacción y respuesta ante un ciberataque, entre otras¹⁰³⁰.

En tercer lugar, se prevé la transformación digital del Sector Público, simplificando las relaciones de la ciudadanía con las Administraciones Públicas y personalizando los servicios públicos digitales. Para ello, se creará una APP fácil de utilizar, para gestionar solicitudes y citas previas desde el móvil, que permita el acceso a los distintos servicios públicos dentro del ámbito digital. Y, como novedad, se prevé la

¹⁰²⁸ Vide COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación COM (2020) 50, de 29 de enero, al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Despliegue seguro de la 5G en la UE. Aplicación de la caja de herramientas de la UE*, Bruselas, p. 5

¹⁰²⁹ Vide GOBIERNO DE ESPAÑA, “*Plan España Digital 2025*”, Madrid, 2020, pp. 30-31.

¹⁰³⁰ *Ibidem* pp. 34-35.

creación de un sistema centralizado de notificaciones electrónicas y de interconexión de registros públicos. Además, se reforzarán las infraestructuras tecnológicas del Sector Público, se crean nuevos puestos de trabajo adaptados a estas necesidades digitales, y se mejorará el marco regulatorio de la Administración Digital, entre otras medidas¹⁰³¹.

En cuarto lugar, se encuentra el bloque destinado a la transformación digital de las empresas, sobre todo dirigido a las PYMES, y el emprendimiento digital. La consecución de estos objetivos se centra en la creación de un “*Plan de impulso a la digitalización de PYMES*”; la configuración de una Ley de Start-ups que mejore las condiciones del emprendimiento en nuestro país; o la modernización de la financiación pública de apoyo en este sector. Además, se fomentarán aún más la colaboración público-privada, ligada al emprendimiento empresarial¹⁰³².

En quinto lugar, se prevé un proyecto transversal que afecta a distintos sectores de nuestra economía: se habla de impulsar un sector agroalimentario digital, que apueste por la industria 4.0, atendiendo a la eficiencia productiva y logística; un proyecto de salud digital con tres ámbitos de actuación, investigación de los resultados en salud y diseño preventivo, asistencia y herramientas a la ciudadanía para mejorar sus decisiones, y la dotación de herramientas de telemedicina y autodiagnóstico para modernizar su accesibilidad; otro proyecto centrado en la movilidad digital, enmarcada dentro del marco de las Smart Cities; la promoción del turismo inteligente, a través de la dotación de herramientas tecnológicas al sector, entre otros¹⁰³³. Y, además, se prevé la atracción de inversiones y talento del sector audiovisual, mediante la aprobación de una Ley General de Servicios de comunicación audiovisual, y el “*Plan Spain Audiovisual HUB*”¹⁰³⁴.

En sexto lugar, se promueve la transformación del sistema económico de nuestro país para focalizar una atención especial sobre la economía de los datos, impulsando la inteligencia artificial y la creación de un marco ético y jurídico para la IA basado en los valores compartidos de nuestra sociedad. Si bien, para la consecución de estos planes se prevé una estrategia nacional de inteligencia artificial; la creación de la Oficina del Dato, encargada de la buena gobernanza de los datos públicos y de diseñar estrategias de

¹⁰³¹ Vide GOBIERNO DE ESPAÑA, “*Plan España Digital 2025*”, Madrid, 2020, pp. 41-47.

¹⁰³² *Ibidem* pp. 51-54.

¹⁰³³ *Ibidem* pp. 59-61.

¹⁰³⁴ *Ibidem* pp. 64-65.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA REVOLUCIÓN “INTERNET”: EL IMPULSOR DE LA SOCIEDAD DIGITAL

crecimiento; la configuración de un Consejo Asesor de la Inteligencia Artificial, para el análisis de los cambios que se van a producir como consecuencia de la revolución tecnológicas de la IA y la robótica; y una estrategia de datos en la nube, siguiendo el modelo Europeo¹⁰³⁵.

Y, finalmente, se prevé la consolidación de los derechos digitales de la ciudadanía. Para ello, se elaborará una Carta de Derechos Digitales que contribuirá a superar las brechas digitales de la población, en todos sus términos (sociales, económicos, de género, generacionales o territoriales). Y, además, se llevará a cabo el Proyecto “*Digital Future Society*” para mejorar el impacto de la tecnología en la sociedad, y la modernización del marco laboral al trabajo a distancia, con la aprobación de la nueva ley mencionada con anterioridad¹⁰³⁶.

La elaboración de la Carta de Derechos Digitales, tal y como señala la doctrina, tiene una especial trascendencia para el desarrollo de la sociedad digital, y que debería ir a más de una mera declaración de intenciones. Incluso, hay quien aboga por el establecimiento de un procedimiento especial cautelar, o la creación de una jurisdicción específica para los asuntos relacionados con Internet¹⁰³⁷.

No obstante, la Carta de los Derechos Digitales cuenta ya con un precedente en nuestro ordenamiento jurídico en la legislación catalana¹⁰³⁸. Así, como derechos de contenido digital innovadores en el marco establecido en la Ley 3/2018, de Protección de Datos Personales y de Garantía de los Derechos Digitales, destacan los siguientes: el derecho a la identidad digital, como parte del desarrollo de la personalidad; el derecho al recuerdo digital; el derecho al desarrollo tecnológico sostenible; el derecho de asilo digital; el derecho a la participación en los asuntos públicos; o el derecho a la tutela judicial efectiva.

El nuevo plan de España para digitalizar la sociedad se presenta como una bocanada de aire fresco en nuestro ordenamiento que, aunque sigue persiguiendo objetivos no culminados en los procesos anteriores, al menos parece seguir las recomendaciones de la UE sobre los sectores estratégicos. La configuración de unos

¹⁰³⁵ Vide GOBIERNO DE ESPAÑA, “*Plan España Digital 2025*”, Madrid, 2020, pp. 70-71.

¹⁰³⁶ *Ibidem* pp. 75-76.

¹⁰³⁷ Vide Carlos B. FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, “El Gobierno pone en marcha la elaboración de una Carta de Derechos Digitales”, *Diario LA LEY CIBERDERECHO*, 41, (2020), p. 2.

¹⁰³⁸ Vide <http://www.icab.cat/files/242-500413-DOCUMENTO/CartaDretsDigitalsCAS-v1.pdf>

servicios públicos adaptados a las necesidades de la ciudadanía, dentro del ámbito digital, promover la consolidación de la economía de los datos, o comenzar a plantear cuestiones transversales como la irrupción de la inteligencia artificial y la robótica en nuestra sociedad, implican un cambio generacional en las políticas. A priori los objetivos son realistas y representan metas alcanzables dentro del contexto global en el que vivimos. Sin embargo, habrá que esperar para ver como el Gobierno pone en marcha todos estos planes, y si cuenta con los apoyos suficientes para su ejecución.

2. Las consecuencias de la digitalización en las personas.

2.1. Los cambios de comportamiento.

Los avances tecnológicos que permiten el proceso de digitalización del mundo real están provocando transformaciones en las relaciones de los seres humanos dentro de los ámbitos de la comunicación, la difusión y conservación del conocimiento, y el entretenimiento. Las personas se han topado con un entorno distinto que les permite relacionarse, pero al que han necesitado adaptar los comportamientos convencionales existentes hasta el momento.

2.1.1. La comunicación.

Internet ha provocado varias modificaciones en el ámbito de la comunicación como, incremento del número de intercambios, aumento de la difusión de la información, y hasta modificaciones en el lenguaje. Las TIC han cambiado la forma en la que estábamos acostumbrados a relacionarnos, pasando de ser un medio excepcional de telecomunicación a convertirse en el medio por excelencia. La facilidad y versatilidad que nos aportan estos nuevos instrumentos conllevan el aumento de los intercambios de comunicación en número, en personas, sin límites temporales y tampoco geográficos. Nos relacionamos más, para contar nimiedades de la vida diaria, sin necesidad de que sea relevante; lo hacemos con más personas, ampliando el radio de nuestro círculo más personal o habitual; sin ningún tipo de horario, puesto que, ya no existe un límite ético de lo que está bien o mal sobre las franjas horarias, ya que, recibimos mensajes y llamadas

CAPÍTULO SEGUNDO

LA REVOLUCIÓN “INTERNET”: EL IMPULSOR DE LA SOCIEDAD DIGITAL

a todas las horas del día; y lo hacemos en cualquier lugar del mundo, sólo basta con tener conexión a Internet y acceso a un dispositivo electrónico.

Además, la potencialidad de difusión de lo que pensamos, escribimos o relatamos es enorme si se compara con otras invenciones revolucionarias como la imprenta. Lo que se comparte en la red sale de nuestra comunidad, y traspasa todo tipo de fronteras. Si bien, la cantidad de información que se transmite es gracias a la facilidad para recoger todo aquello que sucede en el mundo de los hechos y digitalizarlo. Los dispositivos inteligentes permiten infinidad de acciones para las que, hace menos de diez años, eran necesarios de dos a tres útiles diferentes, como fotografiar, grabar, guardar y compartir en la web.

Esta evolución ha promovido un cambio de estereotipo de aquellos que usaban las TIC para comunicarse en los años 90', pasando de unos pocos eruditos de la informática, a la globalidad de la población. A modo de ejemplo, en la actualidad, en España, más del 90% de la población tiene Internet en casa. Mientras que, el 80% de los hogares, con al menos un miembro entre 16-74 años, dispone de algún tipo de ordenador¹⁰³⁹.

Y, por último, este auge de las TIC está provocando dos cambios importantes en el lenguaje. Por un lado, se está fomentando una sociedad multilingüe que, aunque con predominio de la lengua inglesa, también se orienta hacia el francés, el español o el italiano¹⁰⁴⁰. Y, por otro lado, se está promoviendo la evolución (o involución según se mire) de la lengua. No sólo se trata de acortar las palabras, de forma que quepan en mensajes cortos (140 caracteres, aunque recientemente pasó a 280)¹⁰⁴¹, sino que éste ha evolucionado hacia una comunicación basada en imágenes, tales como emoticonos, GIF (*Graphics Interchange Format*) o memes¹⁰⁴². Miles de personas son capaces de entenderse con el uso de estas herramientas.

¹⁰³⁹ Vide INE, *Equipamiento y uso de TIC en los hogares - Año 2019*, Madrid, 2019, p. 2.

¹⁰⁴⁰ Vide ONTSI, *Estudio de caracterización del sector de tecnologías en España*, Madrid, 2018, p. 17.

¹⁰⁴¹ Vide Rosa JIMÉNEZ CANO, “Twitter aumenta el límite a 280 caracteres para todos los usuarios”, *El País Digital*, 8 de noviembre de 2017, pp. 1 y ss.

¹⁰⁴² Vide Reyes MARTÍNEZ TORRIJOS, “El significado cultural del meme se propaga con el relajo cibernético”, *La Jornada*, 9 de julio de 2014, p. 2: «El término meme de internet se usa para describir una idea, concepto, situación, expresión o pensamiento, manifestado en cualquier tipo de medio virtual, cómic, vídeo, audio, textos, imágenes y todo tipo de construcción multimedia, que se replica mediante internet de persona a persona hasta alcanzar una amplia difusión».

Si bien, aunque la norma general de la evolución de la lengua es la simplificación del uso de letras o grafismos, esto está produciendo una pérdida importante de palabras, términos, expresiones y, de forma generalizada, un mal uso de la ortografía y la gramática. Si observan a su alrededor, pocos son los jóvenes universitarios que toman apuntes a mano en las lecciones, o realizan sus trabajos de forma manuscrita. Únicamente escriben de forma convencional en los exámenes o en las pruebas selectivas a las que se presentan. Sin duda, la escritura manuscrita parece utilizarse de forma residual por esta nueva generación, que se ve obligada a utilizar los sistemas de programación de textos para todas las actividades que realiza, menos para los sistemas de evaluación tradicionales. Esto no sólo evidencia que hay un problema entre cómo los profesores evalúan y como el alumno aprende, sino que, la escritura a mano está condenada a desaparecer.

Cada vez tiene menos sentido enseñar a los niños a realizar una actividad que no van a desempeñar en su vida adulta. Por ello, sería necesario repensar el modelo escolar, para inculcar desde pequeños como usar los programas de procesamiento de texto, y enseñarles las herramientas que van a utilizar realmente. No quiere decir esto que la enseñanza de la escritura deba desaparecer, sino que, a partir de ciertas edades, donde ya existe un conocimiento previo, debería ser sustituida por el aprendizaje en el uso de estos útiles. Si bien, muy probablemente, caligrafía se convertirá en una asignatura que, si será propia de los niños que comienzan con la lecto-escritura, pero, con posterioridad, su difusión se asemejará al estudio residual que tienen en la actualidad con el aprendizaje del latín o el griego.

Las nuevas generaciones¹⁰⁴³, seguramente, no van a hablar bien la lengua castellana, ni ninguna otra. Sin embargo, sí que serán capaces de comunicarse con cualquier persona del mundo, independientemente de su idioma, gracias a la creación de un lenguaje universal basado en imágenes y grafismos de comprensión global. Además, es un sistema de comunicación sobre el que las generaciones anteriores, si no están acostumbradas a relacionarse en el ciberespacio y utilizar los contenidos digitales, no tienen conocimientos de los términos, ni control de las expresiones que se utilizan. Es un

¹⁰⁴³ Los nativos digitales son aquellos que han crecido entre dispositivos digitales, la inmediatez de la información y la transversalidad del conocimiento. Estas generaciones presentan como rasgo principal la impaciencia, se muestran ansiosos cuando deben esperar más de un minuto para realizar cualquier tipo de actividad, puesto que están acostumbrados a tener todo lo que necesitan en un solo clic.

lenguaje que sólo aquel que se mueve dentro de la sociedad digital es capaz de comprender.

Estos nuevos caracteres deben ser tenidos en cuenta para el diseño de la educación del futuro, acorde con los valores y principios que se están gestando en nuestra sociedad. Si las generaciones cambian, el Estado de Bienestar tiene que evolucionar con éstos para adaptarse a estas nuevas necesidades sociales. Si bien, la nueva necesidad social por excelencia es el acceso a Internet y a las TIC, puesto que, gran parte de la actividad se desarrolla en este medio. El Estado debe intervenir para garantizar la igualdad entre todos los ciudadanos, tanto material, como formativa. Este es el nuevo caballo de batalla del Estado de Bienestar: evitar las desigualdades sociales que se están creando como consecuencia del acceso a Internet y el desarrollo de los servicios digitales.

2.1.2. La transformación del ocio.

Una transformación similar es lo que ha ocurrido con el ocio generalizado, donde las posibilidades digitales han suplantado la mayor parte de las actividades tradicionales. Todo esto ha sido posible gracias al aumento de calidad que éstas han experimentado en los últimos años: jugar con videojuegos cuya realidad virtual es comparable con el mundo de los hechos; escuchar el mejor concierto y música en directo en cualquier lugar y sin cables; leer en formato electrónico¹⁰⁴⁴; o disfrutar de series o películas de estreno, desde el sofá de casa con todas las comodidades posibles (idiomas, subtítulos y sin tiempos de espera) a precios simbólicos, tal y como ofrecen plataformas como Netflix, HBO o Amazon Prime.

Sin olvidarnos, por supuesto, de los e-sport o deportes digitales¹⁰⁴⁵, que cuentan con eventos deportivos y torneos de difusión mundial, hasta el punto de que se está estudiando incluirlos dentro de las categorías generales de deportes convencionales. Además, es necesario destacar el tiempo que invertimos navegando en internet y usando las redes sociales. Los últimos estudios indican que pasamos al menos 50 días al año, es

¹⁰⁴⁴ Vide BARÓMETRO DE HÁBITOS DE LECTURA Y COMPRA DE LIBROS EN ESPAÑA 2019, según este estudio crece el porcentaje de lectores de libros en soporte digital hasta el 29,1 por ciento, siendo la descarga gratuita la principal forma de obtención de los libros digitales.

¹⁰⁴⁵ Vide Alberto PALOMAR OLMEDA y Ramón TEROL GÓMEZ, “Los e-sports”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO y José PIÑAR MAÑAS, *Sociedad digital y derecho*, o.c., pp. 772 y ss.

decir, alrededor de 3 a 15 minutos diarios, utilizando las TIC. Un consumo muy superior del que hacemos delante de la pantalla de la televisión, hasta el momento, el medio de entretenimiento por excelencia¹⁰⁴⁶.

El cambio de tendencia es muy obvio, pasamos muchas más horas delante de los equipos informáticos y conectados a la red. Internet es nuestro nuevo medio de relacionarnos en todos los sentidos, puesto que, las posibilidades que ofrece escapan de los convencionalismos y formas tradicionales de disfrutar del entorno. Esto tendrá una elevada repercusión sobre el Estado de Bienestar, especialmente sobre el ámbito de la salud y la educación. Las nuevas tendencias del ocio promueven el sedentarismo y la falta de actividad física, lo que puede llevar a provocar obesidad, determinadas enfermedades del corazón, o el síndrome metabólico, entre otros.

Sin contar que, estas nuevas actividades conllevan directamente el padecimiento de ciertas patologías en la vista, hasta el punto de que se afirma que la enfermedad del S. XXI será la miopía. En este sentido, el Sistema Sanitario español tiene que empezar a crear planes concretos de protección de estos sectores potencialmente más débiles, previendo el futuro gasto económico e invirtiendo, en los sectores que sea necesario, para prevenir el padecimiento de estas patologías en la población. Aquí es donde cobra especial relevancia los planes educativos, enseñando a los menores a utilizar estas tecnologías para que sean lo menos dañinas posibles para su salud. Debemos adelantarnos para que estos problemas no se conviertan en crónicos, y buscar soluciones antes de que se extiendan sin control.

2.1.3. Modificación del alcance y conservación de la información.

Las TIC han supuesto la ruptura del régimen general de alcance de la información y la perpetuidad del mismo. Esta tecnología permite tener acceso a información de lo más diversa, de manera instantánea, sin mayor esfuerzo que un “clic”, y cuyo margen de error es prácticamente inexistente. Sin entrar a debatir que la difusión que se produce sobre el conocimiento con estos útiles no es comparable, ni en términos cualitativos, ni cuantitativos sobre ninguno de los sistemas anteriores.

¹⁰⁴⁶ Vide ONLINE NATION, 2019 reports, 2019, p. 2.

Además, la sociedad presenta ciertos rasgos del “*síndrome de Diógenes*” en un intento desesperado por conservar toda la información que se digitaliza. Los expertos han denominado a esta tendencia como infomanía¹⁰⁴⁷. Guardamos millones de fotografías, vídeos y documentos que, posiblemente, jamás volveremos a utilizar, por el mismo hecho de la cantidad de datos diarios que llegamos a manejar. Esto es un intento desesperado de la sociedad por revivir o recuperar momentos que han transcurrido en el mundo de los hechos, a través de la digitalización.

Sin duda la ayuda de la Cloud Computing, o más conocida como la nube, es una de las herramientas que más han impulsado esta actividad. La tecnología de Cloud Computing consiste en:

«la prestación, bajo demanda, de recursos hardware y software a través de la red, en tiempo real y con posibilidades de conectividad simultánea de usuarios. La principal característica de esta tecnología radica en el hecho de que empresas o personas usuarias pueden gestionar archivos o utilizar software sin necesidad de instalarlo en sus dispositivos tecnológicos, estando todo centralizado en la red, de forma que con una sola aplicación funcionando en un servidor al que todas las personas usuarias tengan acceso, se podrán disfrutar de los servicios ofrecidos por la nube»¹⁰⁴⁸.

El uso de esta tecnología afecta, como analizaré en profundidad, sobre el ejercicio y la protección de derechos fundamentales, especialmente, sobre el derecho a la protección de datos personales y de la intimidad del individuo. Los derechos digitales que, cuentan con un apartado específico en esta tesis, encaran cómo afrontar los riesgos

¹⁰⁴⁷ Vide Luis PARDO CÉSPEDES, “De 1984 a 2058: una anti-distopía”, *Viaje al centro del humanismo digital*, Versus, Vizcaya, 2019, p. 47: «Las compañías, y en realidad todos nosotros, recolectamos, almacenamos, procesamos e intercambios información como nunca antes hemos hecho, y la gran pregunta es ¿qué hacemos con todos estos datos? La respuesta nos la proporciona una disciplina que ahora se convierte en esencial, la infomanía. La infomanía es una la disciplina que se refiere a la gestión inteligente de la información, y por tanto también de los datos. Es un proceso complejo que supone un gran reto operacional para el que la gran parte de las empresas no están preparada y asea por falta de personal cualificado o de recursos».

¹⁰⁴⁸ Vide Lucía REY ARES, David RODEIRO PAZOS, Sara FERNÁNDEZ LÓPEZ y Guillermo ANDRÉS ZAPATA HUMANÍ, “La 4ª Revolución industrial: industria 4.0”, en César GARCÍA NOVOA y Diana SANTIAGO IGLESIAS, *4ª Revolución Industrial: impacto de la automatización y la inteligencia artificial en la sociedad y la economía digital*, o.c., pp. 211.

a los que se exponen los ciudadanos con el uso de estas nuevas herramientas, especialmente cuando utilizan la computación en la nube.

2.2. La ausencia de comportamiento: el silencio digital.

El cambio de tendencia de nuestro comportamiento, aumentando el número de acciones que se realizan en la red, permite desarrollar patrones de hábitos sobre cuál es nuestra actividad, el número de horas que transcurrimos en ella, o cuáles son los dispositivos que utilizamos. Apple y los sistemas Android tienen una aplicación preinstalada en el teléfono móvil que indica a través de un informe semanal cuál ha sido el uso que se ha hecho del dispositivo.

En este sentido, éste genera un mensaje virtual con los datos que se han agregado donde se muestra, de forma generalizada, el uso del teléfono móvil, pero también de manera individual donde se ha invertido el tiempo: la actividad en redes sociales, las llamadas de teléfono, o el uso de otras aplicaciones como videojuegos. Esta información que, cedemos gratuitamente una vez que se configura y da inicio al teléfono móvil, permite crear un patrón de conducta en la red. Hasta el punto de que, si hay una alteración de esas costumbres o línea normal de proceder, se entiende que se está llevando a cabo una actividad anormal.

De este modo, hay dos posibilidades de comportamientos anormales: por un lado, un aumento generalizado de nuestra actividad, que se debe normalmente a un incremento del tiempo libre, porque es período vacacional, o en situaciones nada convencionales como el estado de alarma causado durante el coronavirus¹⁰⁴⁹; y, por otro lado, puede suceder que la persona disminuya su actividad en la red, o no la realice en los períodos o franjas temporales que asiduamente venían desarrollándose. Si bien, esta carencia de actividad en la red, siguiendo nuestro comportamiento normal en Internet, es lo que se denomina “*silencio digital*”.

¹⁰⁴⁹ Vide SMARTME ANALYTICS, *Estudio del impacto del coronavirus en el uso del teléfono móvil*, marzo de 2020, p. 4: «El impacto más evidente de esta nueva situación ha sido un aumento considerable en el uso del teléfono móvil. Desde la primera semana analizada, su uso medio diario ha crecido en casi una hora, situándose en las 3h y 24 min durante la semana en la que se decretó el Estado de Alarma por parte del Gobierno. Este aumento de hasta un 38,3% está causado por la necesidad de comunicación con nuestros seres queridos, así como de entretenernos, que realizamos ahora gracias a las nuevas tecnologías y diversas aplicaciones que nos lo permiten hacer aun estando aislados físicamente los unos de los otros».

El silencio digital, entendido como esa falta de navegación en Internet o del uso de las TIC, se ha convertido en un elemento probatorio de que se está llevando a cabo una conducta diversa o insólita en los hábitos de la persona. La figura del silencio digital está tan consolidada en nuestra sociedad, que se utiliza como prueba en sede judicial. La sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos 379/2019¹⁰⁵⁰ se sirve de esta falta de actividad en los dispositivos móviles de los presuntos autores, como un elemento de prueba más para condenarlos por el ilícito penal.

3. Las consecuencias en el mercado.

3.1. La reconfiguración de la sostenibilidad del Estado de Bienestar a partir de las nuevas modalidades de negocio y empleo.

La consolidación de las nuevas tecnologías e Internet en nuestra sociedad no sólo ha ocasionado grandes cambios en las relaciones privadas de los seres humanos, sino que, también ha influido en los modelos de negocio y la creación de nuevos empleos. La digitalización de la sociedad en general también ha afectado a las relaciones laborales en todos sus ámbitos: primero, desde la incorporación de estas nuevas tecnologías a las empresas, lo que provoca adaptar los puestos de trabajo; y después, creando empleos inéditos.

La tendencia del futuro es que todos los trabajos que se puedan automatizar y robotizar, es decir, que puedan ser desempeñados por una máquina terminen por desaparecer. En otras palabras, todos aquellos empleos que supongan una actividad repetitiva, de fuerza, o de orden, que no implique el uso del intelecto humano serán desempeñados por un robot o un sistema automático. Sin embargo, ésta no es la única tendencia. El empleo que no sea sustituido por las máquinas también sufrirá fuertes

¹⁰⁵⁰ *Vide* Sentencia 379/2019, de 11 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Burgos, FJ 6: «Escasa credibilidad merece el testimonio prestado por (...) la cual admitió que estaba empezando una relación con o conociéndole, presentando unas fotocopias, relativas a pantallazos de wasap del día 24 de noviembre sobre las horas en las que se datan los hechos denunciados, en las que constan conversaciones con dicho acusado, para quedar y después para cenar etc. Sin embargo, dichos wasap no han sido analizados por la Policía y, al carecer de la necesaria fiabilidad, al tiempo que resulta incompatible con el análisis realizado por el agente de la PN nº 79.594 el cual realizó los volcados de los teléfonos móviles de los acusados, comprobando que desde las 20 a las 21,30 horas, del día 24 de noviembre de 2017 no habían tenido actividad».

modificaciones, puesto que, tendrá que aprender a convivir con una arraigada presencia y dependencia tecnológica.

No obstante, no todo lo que depara el futuro en el ámbito laboral es negativo. También se van a crear nuevos modelos de negocio y puestos de trabajo relacionados con la sociedad digital. El componente digital va a estar presente en la mayoría, por no decir todas, las profesiones del futuro. Sin embargo, esto conlleva dos graves problemas dentro del marco del Estado de Bienestar: por un lado, la formación y educación de los trabajadores; y, por otro lado, la adaptación del sistema a las nuevas modalidades contributivas y formas de entender el trabajo.

En primer lugar, los planes educativos deben reformarse de manera inmediata para intentar adaptar la formación de los estudiantes a las posibilidades laborales del futuro. El sistema no puede seguir formando para realizar profesiones que no existan cuando se acabe la formación, o cuya vida dentro del sistema está cuestionada, por ello, hay que adecuar el sistema a los empleos que muy probablemente vamos a necesitar en la sociedad digital. Por ejemplo, se evidencia la necesidad de formación de profesionales como ingenieros, matemáticos, informáticos y físicos que lideren el proceso de cambio de la IV Revolución Industrial.

De este modo, la formación en ciencias numéricas se convierte en imprescindible para el desarrollo de la sociedad, puesto que, la gran mayoría de los puestos de trabajo se van a crear dentro de este ámbito. Como veremos en mayor profundidad en otro apartado de esta tesis, los cirujanos van a necesitar a su lado en el quirófano un ingeniero en biotecnología que sepa utilizar las impresoras 3D; o un especialista capaz de diseñar y controlar todo dispositivo conectado que se inserte en nuestro organismo.

Pero, no sólo se trata de los empleos más cualificados, también del resto de las actividades laborales que se desarrollan tendrán que adaptarse. Todo lo que suponga la utilización de un dispositivo tecnológico implica regularmente el mantenimiento del soporte y reparaciones continuas. A modo de ejemplo, en los centros educativos es muy probable que se utilicen robots asistenciales de los docentes para el mejor desarrollo de su actividad; en los centros de asistencia de mayores o de dependencia para el control y ayuda entre los usuarios; o de mera consulta para el desempeño de otras actividades laborales como, por ejemplo, de asistente virtual para el médico o especialista. Por ello, los estudiantes necesitan una formación básica de forma generalizada en el uso de estas tecnologías, y otra específica para el desempeño de determinadas actividades laborales.

Los planes de estudio deben incluir un uso y utilización de las nuevas tecnologías de forma cotidiana mediante la introducción de asignaturas, tales como informática avanzada, programación, configuración de sistemas digitales, o iniciación a la robótica. Además, también deberán reformularse algunas de las asignaturas ya recogidas dentro del sistema educativo, incluyendo la utilización de los dispositivos digitales prácticamente para el desarrollo de la totalidad de la actividad educativa.

Y, en lo que se refiere a la formación específica, será necesaria la creación de módulo, sobre todo, dentro de la formación profesional, para el aprendizaje de los conocimientos necesarios para desarrollar estos nuevos empleos. Si bien es cierto, los trabajos menos cualificados presentes en la actualidad están condenados, en su mayoría, a desaparecer. Por lo que el sistema educativo español debe de hacer un gran esfuerzo por intentar acoger al mayor número de personas posibles, puesto que, sin formación las posibilidades de trabajar en el futuro se reducen considerablemente.

De forma concomitante, hay que empezar a reconvertir y reciclar a los profesionales para que se adapten al entorno digital y la fuerte presencia que las nuevas tecnologías van a tener en el desarrollo de su actividad. Si bien, un ejemplo evidente es el que se ha presentado durante la crisis del Covid-19. Los negocios convencionales situados en los barrios o zonas rurales no tenían en su mayoría presencia en Internet. Sin embargo, con la crisis se han dado cuenta, de que, no sólo que era la única manera de estar en contacto con sus clientes habituales, sino que, es una posibilidad de ampliar el negocio y también los ingresos. O, el caso de los restaurantes y bares que han ampliado sus servicios, posibilitando la llegada de la comida al domicilio de sus clientes.

Realmente, esto ha supuesto la adaptación de los negocios a las circunstancias excepcionales que se vivían en nuestro país, para seguir produciendo, y que se han servido de las posibilidades que ofrecen las nuevas tecnologías. Sin embargo, nuestro problema es que esta transformación en masa no se hubiera producido antes, sino que ha tenido que llegar una pandemia para que nos diéramos cuenta de cuánto pueden las nuevas tecnologías mejorar las relaciones.

Y, en segundo lugar, hay que adaptar el sistema impositivo a las modalidades de negocio que ya están consolidadas en nuestro país, y que se presentan como una tendencia para las relaciones laborales dentro de la sociedad digital. En los últimos años, la producción de distintos escándalos fiscales ha puesto de manifiesto la baja colaboración,

o prácticamente nula, de algunas de las grandes empresas digitales (como Google, Amazon o Facebook) con el sistema contributivo.

La mayoría de los nuevos modelos de negocio, presentan dificultades para aplicar el Derecho Tributario y Fiscal, puesto que, la gran parte de las grandes empresas tecnológicas tienen su sede central en Silicon Valley. De tal forma que, tanto las organizaciones internacionales, como la propia doctrina, están repensando la estructura tributaria y fiscal actual, de manera que, se garantice una participación idónea en el sistema de todos los actores comerciales. En su mayoría, se han aprovechado los vacíos y discordancias de las normas internacionales tributarias para trasladar los beneficios a territorios con escasa imposición fiscal. Estas prácticas son lo que se conocen como BEPS (erosión de la base imponible y traslado de beneficios).

En este sentido, en el año 2013 los gobiernos pertenecientes al G-20 y a la OCDE elaboran el proyecto BEPS¹⁰⁵¹, con la intención de revisar los estándares fiscales internacionales y garantizar que los beneficios se graven donde se lleva a cabo la actividad económica. El plan se divide en distintos puntos que van desde determinar la magnitud del problema, sobre todo, centrarse sobre la elusión fiscal que se estaba produciendo, y luego dilucidar los mecanismos más idóneos para sentar una base común de fundamentos tributarios para hacer frente a esos problemas. Para lograrlo, la OCDE elaboró un exhaustivo plan de 15 puntos para encontrar solución al problema que van desde abordar los retos de la economía digital para una imposición adecuada de estas nuevas reglas, neutralizar los efectos a través de mecanismos híbridos de fiscalización, combatir las prácticas fiscales perniciosas o impedir la utilización abusiva de convenios fiscales¹⁰⁵².

Con posterioridad, en el año 2016, se creó el marco inclusivo sobre BEPS de la OCDE y el G-20 donde se promovía que los países interesados pudieran participar en condiciones de igualdad en el desarrollo de los estándares de las condiciones relacionadas con la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios fiscales¹⁰⁵³. Además, a esto se le unió el Plan de Acción promovido por el grupo de trabajo que, se centraban en: configurar normas y mejores prácticas que aseguraran el diseño tributario configurado;

¹⁰⁵¹ *Vide* OCDE/G20, “Lucha contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios”, OCDE, 2013, p. 2 y ss.

¹⁰⁵² *Vide* OCDE/G20, “Proyecto OCDE/G20 sobre la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios”, OCDE, 2015, pp. 5 y ss.

¹⁰⁵³ *Vide* OCDE/G20, “Marco inclusivo de BEPS: una respuesta global a un problema global”, OCDE, 2016, pp. 6 y ss.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA REVOLUCIÓN “INTERNET”: EL IMPULSOR DE LA SOCIEDAD DIGITAL

un marco para suprimir los regímenes nacionales que son potencialmente nocivos; consejos para asegurar la fijación de precios de transferencia; y la revisión de las normas internacionales que establecen el umbral de tributación¹⁰⁵⁴.

En consecuencia, los riesgos fiscales se pueden sistematizar en tres categorías: la primera guarda relación con la problemática derivada para recaudar impuestos, sobre todo, con el IVA; el segundo problema está relacionado con la capacidad de algunos negocios de obtener ingresos provenientes de ventas en otros mercados sin la necesidad de demostrar una importante presencia física en dicho país; y el tercer problema que se representa en la capacidad de algunos negocios de beneficiarse de la aportación de los usuarios en su cadena de valor¹⁰⁵⁵.

Como solución a estos problemas ya se ha preparado dentro de la Unión Europea el “*Paquete europeo en materia de fiscalidad de la economía digital*”¹⁰⁵⁶. Si bien, mediante este instrumento se pretende establecer un nuevo régimen normativo de fiscalización entre los distintos Estados miembros, atendiendo al principio general de que los beneficios obtenidos por estas empresas deben gravarse donde se genere valor. Y, además se establecen criterios de distintos tipos de gravamen y participación en el sistema dependiendo de la presencia digital significativa de las empresas. No obstante, es necesario añadir que en el momento presente será necesario una reforma de la política fiscal de nuestro país, que implicará el endeudamiento público, y cuyos efectos habrá que abordar una vez que termine la crisis, tal y como advierte el Banco de España¹⁰⁵⁷

No obstante, de forma complementaria, se prevé la posibilidad de crear un impuesto sobre los servicios digitales que gravará los ingresos de dos tipos de actividad

¹⁰⁵⁴ Vide OCDE/G20, “Programa de Trabajo sobre el desarrollo de los desafíos fiscales que plantea la digitalización de la economía”, OCDE, 2019, pp. 7 y ss.

¹⁰⁵⁵ Vide Pascal SAINT-AMANS, “¿Están las grandes compañías de Internet modelando un nuevo sistema económico? Los retos de las políticas tributarias, *Vanguardia Dossier*, o.c, pp. 63-65.

¹⁰⁵⁶ Vide COMISIÓN EUROPEA, COM (2018) 146, de 21 de marzo, al Parlamento Europeo y al Consejo, “*Es el momento de instaurar un marco fiscal moderno, justo y eficaz para la economía digital*”, Bruselas; Vide COMISIÓN EUROPEA, COM (2018) 147, de 21 de marzo, “*Propuesta de Directiva del Consejo por la que se establecen normas relativas a la fiscalidad de las empresas con una presencia digital significativa*”, Bruselas; Vide COMISIÓN EUROPEA, COM (2018) 1650, de 21 de marzo, “*Recomendación de la Comisión relativa a la fiscalidad de las empresas con una presencia digital significativa*”, Bruselas; Vide COMISIÓN EUROPEA, COM (2018) 148, de 21 de marzo, “*Propuesta de Directiva del Consejo relativa al sistema común del impuesto sobre los servicios digitales que grava los ingresos procedentes de la prestación de determinados servicios digitales*”, Bruselas.

¹⁰⁵⁷ Vide BANCO DE ESPAÑA, “Canales de transmisión y riesgos para la estabilidad financiera de la pandemia de Covid-19”, septiembre de 2020, p. 10.

principalmente: la participación de los usuarios dentro de estos servicios; o por los datos obtenidos de los usuarios como medio para generar ingresos. Además, al mismo tiempo se prevé aplicar umbrales de gravamen distintos para evitar un impacto negativo entre las pequeñas y nuevas empresas, atendiendo al criterio de presencialidad significativa¹⁰⁵⁸.

Sin embargo, las críticas a este futuro impuesto ya han surgido, al entender que el tipo impositivo no grava la totalidad de la actividad y que, por tanto, se discriminaría a una parte importante del mercado. Además, al ser un impuesto a nivel global, que se encargarían de gestionar los Estados atendiendo a los beneficios generados dentro de su territorio, habría que delimitar mejor cuál es estrictamente su ámbito de aplicación¹⁰⁵⁹.

En España, siguiendo los pasos de la Unión Europea, se ha aprobado la tasa Google¹⁰⁶⁰, como una forma de incrementar la recaudación del país, y que no sólo las empresas convencionales aporten al sostenimiento del Estado de Bienestar. Además, se encuentra en tramitación parlamentaria un proyecto de ley sobre determinados impuestos digitales que gravaría el 3% de cada prestación de servicios y el período de liquidación sería trimestral.

Si bien es cierto que, este es un primer acercamiento al tratamiento de la cuestión, pero será necesario incrementar las medidas de fiscalización de estas empresas en un futuro muy próximo. No se puede obviar que la reforma también tiene que incluir los nuevos modelos de negocio como la economía colaborativa, las tecnologías Fintech o la gig economy, aunque también las nuevas profesiones como los youtubers, instagramers o bloggers. Hay que buscar la manera de que las modificaciones en los modelos de negocio y el empleo que se instaura por la sociedad digital aporten al sostenimiento en las mismas condiciones que el resto.

¹⁰⁵⁸ Vide COMISIÓN EUROPEA, COM (2018) 146, de 21 de marzo, al Parlamento Europeo y al Consejo, “*Es el momento de instaurar un marco fiscal moderno, justo y eficaz para la economía digital*”, Bruselas, p. 10.

¹⁰⁵⁹ Vide Francisco José NOCETE CORREA, *La tributación de la economía digital en el contexto internacional, europeo y español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 104 y ss.

¹⁰⁶⁰ Vide Laura DELLE FEMINE, “La tasa Google supondrá el 0,45% del total de todos los ingresos fiscales de España”, *El País digital*, 18 de febrero de 2020, p. 1: «*El Gobierno dio este martes el primer paso para “modernizar y adaptar el sistema tributario español, anclado en el siglo XX, a las nuevas realidades económicas del siglo XXI”.* Con estas palabras, Montero se refirió a la aprobación de dos nuevos impuestos que el Gobierno lleva más de un año congelados: la tasa Tobin, que grava la compraventa de acciones, y la tasa Google sobre servicios digitales. El Ejecutivo calcula arañar 1.818 millones de euros al año adicionales con estas medidas de nueva creación, una previsión inferior a lo pronosticado hace un año. Entonces, los números presentados por Hacienda se situaban en los 2.050 millones».

No obstante, y en todo caso, debemos ir un paso más allá que la mera modificación del sistema fiscal y tributario de nuestro país. La manera en la que se desarrollan estas nuevas formas de relaciones laborales supone la ruptura tradicional en la concepción clásica del trabajo. Si bien, el pacto social que se acuerda tras el final de la II Guerra Mundial, donde la gran mayoría de la población asume su condición de mano de obra a cambio de la prestación de determinados servicios, se está superando en la actualidad. Los obreros del futuro ya no desempeñarán trabajos repetitivos y poco cualificados, sino que, cada vez más será necesario el uso del intelecto humano y una mayor formación para el desempeño de la actividad.

Sin contar que, las condiciones y el desarrollo de la actividad laboral no se puede concebir de forma idéntica. Reflexionemos que ya no existe un “puesto de trabajo” propiamente dicho, puesto que, Internet y las TIC posibilitan realizar una gran parte de nuestra actividad laboral desde cualquier lugar del mundo. El teletrabajo, o trabajo a distancia, ha pasado de ser una opción, a la mejor posibilidad, no sólo para la conciliación de la vida laboral y personal, sino también, para acabar con los núcleos urbanos saturados y estresantes. El mejor ejemplo de esta realidad se ha presentado durante la pandemia global del Covid-19, en la que todos los trabajadores, cuyo empleo les permitiera esa opción, han realizado su actividad laboral por este medio, y el sistema, pese al miedo de los empresarios, ha seguido funcionando.

Pero, de igual manera ocurre con la jornada laboral y los tiempos de descanso, si se afirma que una gran parte de la actividad laboral tiene un contenido intelectual o de pensamiento no consistiendo en actividad una mecánica, entonces ¿qué sentido tiene la imposición de una jornada estricta de ocho horas? Es cierto que esto es una manera de controlar y de recibir la contraprestación económica por parte del empleador, pero, quizá dentro de algunos puestos de trabajo ha dejado de ser la técnica adecuada. El mayor ejemplo lo encontramos dentro de las Administraciones Públicas, cuyos funcionarios son tan duramente criticados por dejar pasar las horas obligatorias de desarrollo de su jornada, sin realizar una actividad laboral en términos estrictos.

La productividad debe dejarse de medir en relación con el registro de la jornada en un espacio tiempo-concreto, porque el hecho de estar presente en el puesto de trabajo no significa que el trabajo que desarrollo sea de calidad o efectivo. Una parte muy importante, de los fallos que presenta la Administración está en sus propios trabajadores y la falta de estímulos en el desempeño de actividad laboral. Hagan mejor o peor su

trabajo, más rápido o lento, tienen que estar obligatoriamente sentados delante del ordenador durante una jornada estricta de ocho horas. Por ello, a lo mejor sería necesario introducir un criterio mixto de cómputo, en el que se recoja obligatoriamente un tiempo de trabajo en el que se desarrolla la jornada laboral, pero complementariamente la conclusión de proyectos, o actividades concretas que supliría esa necesidad de presencialidad temporal.

Si bien es cierto, hay determinados empleos que conllevan la presencialidad, puesto que son mecánicos y repetitivos, y no existe otra forma de desempeñarlos. Pero, hay otro gran número de puestos trabajo que no necesitan estar de cara al público o físicamente en las instituciones. Si algo estamos aprendiendo de la crisis provocada por la Covid-19 es que, por muy seres sociales que somos, la presencialidad física con las herramientas adecuadas puede ser sustituida por las relaciones digitales.

No obstante, para que esa transformación se produzca, implica que se han conseguido otros objetivos previos, como es la capacitación general de los ciudadanos en competencias digitales básica, y en una gran mayoría de ellos también la consecución de avanzadas. En sentido contrario, sería prácticamente imposible cambiar la tendencia actual. Además, la introducción de esta técnica tiene como posible consecuencia negativa la despersonalización de la Administración, convirtiéndola en un aparato gubernativo completamente dirigido o automatizado. Al final los funcionarios públicos son la representación física de la Administración, y si los ciudadanos no tratan con personas, ésta termina por degradar su imagen. Sin duda, la transformación digital de la Administración es un proyecto complejo que abordaré de forma específica en un apartado posterior de esta tesis.

Todos estos cambios que se han introducido dentro de las relaciones laborales nos hacen plantear que, quizá es el momento, de iniciar los trámites para llegar a un nuevo contrato social¹⁰⁶¹. El trabajo se ha adaptado a las transformaciones digitales, y por ello, no puede seguir siendo entendido de la misma forma que durante el S. XIX. Además, los trabajadores requieren cada vez mayores prestaciones y la mejora de las que ya tienen garantizadas, lo que se traduce, en el progreso y evolución de los servicios públicos que se prestan a través del Estado de Bienestar. Por ello, es imprescindible organizar el

¹⁰⁶¹ *Vide* Emma RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, “Los derechos de conciliación en la nueva empresa digital”, en César GARCÍA NOVOA y Diana SANTIAGO IGLESIAS, *4ª Revolución Industrial: impacto de la automatización y la inteligencia artificial en la sociedad y la economía digital*, o.c., p. 608.

sistema contributivo e impositivo que garantiza estos servicios en nuestro país, no sólo para acoger las nuevas modalidades laborales, sino que es necesario iniciar una transformación completa desde la base con la nueva conceptualización del trabajo. Y, de esta forma, pensar en los servicios que se van a prestar, como contrapartida, a unos obreros nada conformistas y que también aspiran al bienestar social. Reflexionemos, por ejemplo, en qué medidas hay que tomar para alcanzar una prestación por jubilación adecuada para esta sociedad, y cuáles son los criterios que se van a aplicar para alcanzarla.

El íter de aportaciones de la vida de una persona, más o menos, se traduce en este esquema en la actualidad: una persona que está, de media, treinta años formándose, cuyo gasto, en su mayoría, asume el Estado; después, cotiza de forma regular por el desarrollo de su trabajo por otros treinta; y finalmente, vive de lo previamente cotizado, durante al menos otros treinta años más. No hace falta ser especialista en economía para darse cuenta de que existe un problema evidente de financiación del sistema, ya que durante dos tercios de la vida de la persona no aporta nada al sistema, o al menos no de forma directa. Por ello, o durante el período de trabajo se aumentan las cargas impositivas (en este caso, en el triple) de manera que el sistema se pueda mantener; o se tienen que ampliar los períodos de trabajo, cotizando al menos durante cincuenta años.

Lo que es evidente, es que ahora mismo, con la esperanza de vida de nuestro país es inasumible el sistema de pensiones establecido a largo plazo¹⁰⁶². De igual manera hay que pensar en las personas dependientes, puesto que, llegar a una mayor edad tiene un gasto en nuestro sistema sanitario, como consecuencia de la cronicidad de algunas enfermedades y las patologías que conlleva la ancianidad¹⁰⁶³. Sin olvidar tampoco los cuidados que necesitan estas personas. Así, las residencias de mayores (cuestión controvertida en la actualidad y que irá en aumento en los próximos años) son una solución para proporcionar un mejor control y tratamiento de estas personas. El problema es que no están al alcance de todos como consecuencia de la poca oferta pública que existe en nuestro país (sin contar los escándalos por su gestión que impiden generar confianza en la población).

¹⁰⁶² Vide BANCO DE ESPAÑA, *Informe trimestral*, septiembre de 2020. El Banco de España empeora sus previsiones de recuperación, y advierte que la economía caerá este año entre un 10,5% y un 12,6%, y el rebote no será suficiente para compensar el retroceso que va a sufrir la sociedad española ni siquiera durante el 2022.

¹⁰⁶³ Vide Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “La sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud”, en *La sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud en el S. XXI*, Comares, Granada, 2015, pp. 20 y ss.

A modo de conclusión, esta es la situación en la que nos encontramos sumergidos: cambios en los modos de producir, en las modalidades de negocio, la creación de nuevos puestos de trabajo, y la modificación de las condiciones y de las relaciones laborales que implican cambios en el régimen general de la seguridad social, en el tratamiento de la salud, la educación y la asistencia social.

En consecuencia, es necesario comenzar el abordaje de los cambios que se están produciendo en la sociedad repensando el concepto de trabajo, y con éste modificar el pacto social instaurado de forma global en los países desarrollados, para adaptarlo a los condicionamientos expuestos, y configurar un sistema de prestación de servicios por parte del Estado adecuado a las necesidades que éstos presentan. Ésta es una ardua labor para la que el Estado español necesitará, al menos, un período de cuarenta años para poder culminar este proceso. Sin embargo, los primeros pasos hay que darlos ya, adaptando el sistema educativo y también el sistema impositivo de las empresas recientes y las cotizaciones de los trabajadores, para conseguir sostener el Estado de Bienestar hasta que se produzca la completa transformación.

3.2. La automatización y robotización avanzada: el futuro de la industria.

3.2.1. Consideraciones previas.

Desde finales del S. XX los puestos de trabajo han sufrido la conversión paulatina hacia la digitalización de la actividad, y lo que, en consecuencia, ha afectado al desempeño de las relaciones laborales. En la actualidad, son escasos los empleos que no han experimentado la transformación digital, obligando a los trabajadores a un uso habitual de ordenadores u otros dispositivos tecnológicos. A modo de ejemplo práctico, el médico que pasa consulta y que tiene acceso al historial médico del paciente a través del sistema informático; o el agricultor que controla las necesidades de su cosecha en el invernadero a través de un simple sistema ofimático de regado.

No obstante, no sólo se trata de adaptar el puesto de trabajo, sino que muchos de ellos se están automatizando y robotizando¹⁰⁶⁴ que, sin llegar a ser del todo tecnologías

¹⁰⁶⁴ Vide Antonio GORRELL GUIM y Llorenç GUILERA AGÜERA, “Las tecnologías de la industria 4.0”, *La industria 4.0. en la sociedad digital*, o.c., pp. 59-60: «Por robot industrial de manipulación se entiende una máquina automática, reprogramable y multifuncional con tres o más ejes que pueden posicionar y

CAPÍTULO SEGUNDO

LA REVOLUCIÓN “INTERNET”: EL IMPULSOR DE LA SOCIEDAD DIGITAL

avanzadas, dado que, en su mayoría son comportamientos repetitivos, están supliendo ciertas actividades tradicionales. Sólo hace falta pensar en el sistema de distribución y almacenaje de supermercados como Mercadona, donde la actividad está totalmente dirigida por máquinas que, atendiendo a algoritmos simples, colocan la mercancía justo en la cantidad y puerto de recepción en la que estima que será necesario. O, por ejemplo, el nuevo servicio de McDonald, en el que es el propio consumidor quién realiza el pedido del menú en una pantalla gigante. Al final, son puestos de trabajo que han sido suprimidos, algunos mejorados porque ahorran tiempo, y otros que, han tenido que adaptarse sin más a la realidad.

España, según apunta la OCDE, será uno de los países más afectados por la automatización y la digitalización de los puestos de trabajo en el futuro, provocando la pérdida de casi el 12% del empleo y sufriendo modificaciones importantes otro 20% del mismo. Pero, es más, se prevé que para el año 2030 el 35% de los puestos de trabajo están en riesgo de desaparecer por la llegada de los robots, o la automatización avanzada¹⁰⁶⁵.

Este es el verdadero reto al que se enfrentarán los distintos Gobiernos: adaptar el mercado laboral a la revolución que llega, no sólo el español, sino la generalidad del panorama internacional. Sin embargo, el relevo entre humanos y robots no será nada pacífico, más aún, si se trae a colación los argumentos vertidos en la reciente sentencia del Juzgado Social de las Palmas¹⁰⁶⁶.

La automatización de las relaciones laborales se presenta como el principal obstáculo frente a los derechos sociales consolidados, especialmente, en el ámbito de las relaciones laborales, en lo que se refiere al horario, jornada y salario mínimo. Si bien, tal y como advierte la citada sentencia:

«En definitiva, la automatización (como causa técnica del despido objetivo) implica una posición entre los Derechos sociales alcanzados por los

orientar materias, piezas, herramientas o dispositivos especiales para la ejecución de trabajo diversos en las diferentes etapas de la producción industrial, ya sea en una posición fija o en movimiento. Todas las definiciones de robot industrial aceptadas actualmente consideran que es un brazo mecánico con capacidad de manipulación que incorpora un control más o menos complejo. Un sistema robotizado (o robot, a secas), en cambios, es un concepto más amplio. Engloba todos aquellos dispositivos contruidos para realizar tareas de forma automática en sustitución de un ser humano y que son capaces de interactuar con humanos o con otros robots».

¹⁰⁶⁵ Vide OCDE, *Informe sobre los progresos de digitalización*, París, 29 de enero de 2019.

¹⁰⁶⁶ Vide Sentencia del Juzgado de lo Social nº 10 de las Palmas de Gran Canaria, de 23 de septiembre de 2019, por la que se declara improcedente un despido justificado por razones objetivas al sustituir a una trabajadora por un proceso de automatización.

trabajadores (salario mínimo, jornada laboral, limitación de horas extraordinarias), que se vislumbra como obstáculo u óbice para alcanzar un rendimiento empresarial más óptimo, frente a la posibilidad de que un “instrumento de producción” pueda efectuar ese mismo trabajo sin límite de horas, sin salario ni cotizaciones sociales. En definitiva, la automatización mediante “bots” o “robots”, con la única excusa de reducir costes para aumentar la competitividad, viene a significar los mismos que reducir el Derecho al Trabajo para aumentar la libertad de Empresa. Siendo así por tanto que no puede tenerse por procedente un despido en estos términos, en atención a la interpretación (que expuesta ut supra) ha de darse del despido objetivo por causas técnicas»¹⁰⁶⁷.

La sentencia que, acierta en describir parte de la situación controvertida, debe interpretarse como una llamada de atención al legislador para que comience a adoptar las primeras medidas de transición de esta nueva época. Si bien es cierto que la situación es dramática porque son millones de puestos de trabajo los que se van a perder en pocos años, pero no se puede continuar frenando la llegada de la sociedad digital¹⁰⁶⁸.

Sin embargo, aunque los derechos sociales también serán modificados para acoger el proceso de digitalización, principalmente, como veremos, asumiendo el derecho de acceso a Internet, así como también, otros relacionados con los nuevos vectores tecnológicos. Los derechos sociales se verán afectados, pero no tienen porque suponer un detrimento de las garantías de los ciudadanos. La modificación que se desarrolle, en ese nuevo “contrato social”, más coherente con la realidad digital, puede mejorar otros derechos ya adquiridos por los ciudadanos, como la jornada máxima de trabajo o los tiempos de descanso.

No obstante, al unísono de la determinación del contrato social (digital) el Estado deberá adoptar planes de ayudas y protección para aquellos trabajadores, cuyos empleos sean arrasados por el progreso, o que sean incapaces de adaptarse a la nueva realidad social como consecuencia de la brecha digital. Sin embargo, no es la primera vez que los

¹⁰⁶⁷ Vide Sentencia del Juzgado de lo Social nº 10 de las Palmas de Gran Canaria, de 23 de septiembre de 2019, FJ 6.

¹⁰⁶⁸ Vide IA NOW INSTITUTE, “Informe AI Now”, 2019, p. 3: «La difusión de las tecnologías de gestión algorítmica está aumentando la asimetría de poder entre trabajadores y empleadores. La IA amenaza con ello no sólo con desplazar de manera desproporcionada a los trabajadores con salarios más bajos, sino también con reducir los salarios, la seguridad laboral y otras protecciones para los que más lo necesitan».

Estados se enfrentan a un proceso transformador como éste. Sólo hay que pensar que, en España durante la época franquista, se previeron planes de ayuda a los trabajadores, cuyos empleos eran destruidos por la llegada y consolidación de la industria.

Además, el sector industrial que, ha sido el que mayor prosperidad ha generado en Europa desde su creación, también está siendo objeto de este tsunami demoledor que es la digitalización. La manufactura de los productos, añadiendo valor a las mercancías, se convirtió en el S. XIX en el principal motor de la economía, aportando gran porcentaje al PIB y creando multitud de puestos de trabajo. Así, este es reconocido por todos como un sector estratégico que permitirá a las potencias que lo dominen capitanear la carrera económica por el liderazgo mundial. Sin embargo, este reconocimiento formal de la importancia del sector industrial, dentro de la economía, no está teniendo el correspondiente reflejo material y representación en nuestra sociedad.

En este sentido, parece que, con el transcurso del tiempo y el devenir de las distintas revoluciones, el peso de la industria dentro de la Unión Europea ha ido perdiendo relevancia, más aún, después de la crisis económica del año 2008. Los últimos datos muestran que la industria representa únicamente el 19% del PIB frente al 23% antes de la debacle económica. Pero, es que España está todavía aún más lejos de la media europea. El sector Industrial en la actualidad supone sólo el 16% del PIB, mientras que antes de la llegada de la III Revolución Industrial representaba el 25% de la actividad¹⁰⁶⁹. Esta tendencia tiene que ser superada, apostando firmemente por la industria del futuro, y para ello, el Estado debe comenzar a invertir capital suficiente para revertir esta situación.

3.2.2. La industria 4.0.

La sociedad digital, es decir, una sociedad avanzada y proclive a la llegada del progreso, necesita una industria vanguardista. Las inversiones que se realicen en este sector revierten sobre el conjunto de la población, potenciándose y enriqueciéndose mutuamente. La representación de esa industria progresista y moderna se refleja en la Industria 4.0¹⁰⁷⁰ o industria digital, que dirige su actividad hacia:

¹⁰⁶⁹ Vide CONSEJO GENERAL DE INGENIERÍA TÉCNICA INDUSTRIAL (COGITI) Y EL CONSEJO GENERAL DE ECONOMISTAS, *Barómetro Industrial: informe 2019*, 2019, p. 66.

¹⁰⁷⁰ Vide Klaus SCHWAB, *La cuarta revolución industrial*, Debate, Barcelona, 2016, p. 13: «La primera vez que se utiliza el término “Industria 4.0.” es durante el CeBIT de Hannover en 2011».

«la integración total de la información y el conocimiento en todas las etapas del ciclo de vida del producto en el entorno de la sociedad digitalizada»¹⁰⁷¹.

Las fábricas inteligentes o *Smart Factories* será el lugar donde se desarrollará esta actividad, con sistemas de producción interconectados, gracias al uso de las TIC. De este modo, se facilitará la transmisión de la información, la optimización de los procesos y la mejora de la calidad de los productos que se ponen a disposición de los consumidores finales¹⁰⁷².

No obstante, el cambio principal de esta nueva industria está representado por la llegada de la inteligencia artificial y la robótica, ambas aún en fase de expansión. La utilización de estas herramientas supondrá la conectividad de todos los sistemas que influyen en la vida del producto, desde los diseñadores, proveedores, la distribución, o la logística de éste. Pero, estas tecnologías también deberán ser capaces de detectar los cambios que se producen en la demanda para satisfacer las necesidades de la población¹⁰⁷³. Una revolución del sistema productivo que influirá directamente sobre el mercado y la configuración de los empleos, la formación de los trabajadores y el sistema económico de forma generalizada.

Si bien, la introducción, y con posterioridad, la consolidación de la industria 4.0 en nuestra economía permitirá: aumentar la productividad, como resultado de la producción automatizada y la reducción de costes innecesarios; personalizar los productos gracias a las TIC, adaptándolos a las necesidades concretas de los consumidores; optimizar¹⁰⁷⁴ los niveles de calidad; realizar seguimientos y análisis de

¹⁰⁷¹ Vide Antonio GORRELL GUIM y Llorenç GUILERA AGÜERA, “Las sucesivas revoluciones industriales”, *La industria 4.0. en la sociedad digital*, o.c., p. 20.

¹⁰⁷² Vide Lucia REY ARES, David RODEIRO PAZOS, Sara FERNÁNDEZ LÓPEZ y Guillermo ANDRÉS ZAPATA HUMANÍ, “La 4ª Revolución industrial: industria 4.0, en César GARCÍA NOVOA y Diana SANTIAGO IGLESIAS, *4ª Revolución Industrial: impacto de la automatización y la inteligencia artificial en la sociedad y la economía digital*, o.c., pp. 214.

¹⁰⁷³ Vide Antonio GORRELL GUIM y Llorenç GUILERA AGÜERA, “Las sucesivas revoluciones industriales”, *La industria 4.0. en la sociedad digital*, o.c., p. 28: «Ya no tendrá sentido hablar de simples fábricas. Las fábricas serán inteligentes o no serán. Del mismo modo que hoy en día no tiene ninguna vigencia un teléfono móvil de la primera generación, llegará el día que no tendrá sostenibilidad una fábrica que no haya adaptado sus productos a la cuarta generación dotada de inteligencia autónoma».

¹⁰⁷⁴ Vide Leopoldo TOLIVAR ALAS, “Otros aspectos del sector público sanitario tras la crisis: análisis territorial y ciudadano y propuestas de modelos de optimización”, *Revista Jurídica de Asturias*, 40, (2017), pp. 9 y ss.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA REVOLUCIÓN “INTERNET”: EL IMPULSOR DE LA SOCIEDAD DIGITAL

datos en tiempo real, garantizando así una toma de decisiones empresariales más beneficiosa; mejorar la obtención y difusión de la información; descentralizar la toma de decisiones, gracias a los sistemas ciberfísicos; realizar un mantenimiento predictivo de los equipos de producción; y fomentar una mayor sostenibilidad medio ambiental¹⁰⁷⁵.

Mientras que las desventajas están relacionadas con la generación de una alta dependencia tecnológica del sector¹⁰⁷⁶; la necesidad de adaptarse a los nuevos medios digitales; la creación de un régimen jurídico que se adapte a las nuevas necesidades; el elevado coste de la inversión inicial; los problemas de seguridad y privacidad¹⁰⁷⁷ sobre todo en relación con los datos personales, y aquellos otros que se obtengan en el ejercicio de sus funciones por estas máquinas; y, la reducción de personal, que conlleva inevitablemente la transformación y el requerimiento de nuevas habilidades por parte de la población¹⁰⁷⁸.

Este nuevo modelo de industria dividirá las potencias económicas de los países desarrollados en dos grandes grupos. Por un lado, aquellas que serán proveedoras de conocimiento, es decir, las que apuesten firmemente por la innovación en su desarrollo, y en la resolución de los retos tecnológicos que se presenten, ya sea bien fomentándola, o bien financiándola desde su origen. Y, por otro lado, aquellos países que se van a conformar con aportar al sistema a los denominados como “nuevos obreros”. Los oficios de estas personas dependerán del trabajo que los primeros generen, retomando la vuelta a las fábricas, pero, eso sí, está vez más modernas y que necesitarán de una alta cualificación de sus trabajadores.

De este modo, si durante la I Revolución Industrial se produce una transformación que repercute directamente sobre la mano de obra, esta revolución promete tener mayores

¹⁰⁷⁵ Vide Maiedah JALIL NAJI, “Industria 4.0, competencia digital y el nuevo sistema de formación profesional para el empleo”, *Revista Internacional y Comparada de relaciones laborales y derecho del empleo*, (2018), p. 166.

¹⁰⁷⁶ Vide M^a Belén FERNÁNDEZ COLLADOS, “El uso de las nuevas tecnologías en las relaciones laborales: propuestas y soluciones ante nuevos retos y viejos conflictos”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 57, (2020), pp. 324 y ss.

¹⁰⁷⁷ Vide Lucia REY ARES, David RODEIRO PAZOS, Sara FERNÁNDEZ LÓPEZ y Guillermo ANDRÉS ZAPATA HUMANÍ, “La 4^a Revolución industrial: industria 4.0, en César GARCÍA NOVOA y Diana SANTIAGO IGLESIAS, *4^a Revolución Industrial: impacto de la automatización y la inteligencia artificial en la sociedad y la economía digital*, o.c., pp. 213-215.

¹⁰⁷⁸ Vide Maiedah JALIL NAJI, “Industria 4.0, competencia digital y el nuevo sistema de formación profesional para el empleo”, *Revista Internacional y Comparada de relaciones laborales y derecho del empleo*, (2018), p. 166.

efectos sobre la configuración de los nuevos trabajadores, tanto para adaptarse al nuevo mercado, como para sobrevivir en él. Esta generación deberá ser la más formada hasta el momento, educando a los obreros mejor preparados de nuestra historia.

Por último, la llegada de la industria digital puede beneficiar no sólo de forma individual a la economía de los países que apuesten por su desarrollo, sino que, también, afectará de forma positiva a la globalidad de la población. El sistema productivo de las nuevas industrias permite instaurar un régimen jurídico respetuoso con los principios del S. XXI, de protección del medio ambiente y de concienciación sobre la explotación de los recursos. En consecuencia, no tiene sentido que se configure un marco normativo individual por cada uno de los Estados, puesto que esto es un reto global que se nos presenta al conjunto de la humanidad. Por ello, sólo mediante la acción coordinada de políticas se puede conseguir la instauración de un régimen común, que nos permita convivir dentro del sistema globalizado.

3.2.3. El futuro de la industria en Europa.

En la actualidad, la industria europea se encuentra ante el reto de la conversión hacia la industria digitalizada o 4.0, puesto que, el nivel de desarrollo de ésta es variable en función de los sectores, el tipo de empresas (grandes o pymes), pero más aún, entre los Estados miembros y las regiones que lo componen¹⁰⁷⁹. De este modo, la Unión Europea es quién tiene que liderar el proyecto de la digitalización de la industria y, en consecuencia, también, de la economía.

La propia institución ha reconocido recientemente la necesidad de adaptar la legislación a los nuevos sistemas de negocio:

«las leyes existentes que rigen el comportamiento de las industrias tradicionales deben adaptarse a las circunstancias específicas en las que operan los nuevos modelos de negocios digitales»¹⁰⁸⁰.

¹⁰⁷⁹ Vide COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación (2016) 180 al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Digitalización de la industria europea: Aprovechar todas las ventajas de un mercado único digital*, Bruselas, 19 de abril de 2016, p. 5.

¹⁰⁸⁰ Vide COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación (2020) 67 al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Configurar el futuro digital de Europa*, Bruselas, 19 de febrero de 2020, p. 6.

Por ello, la Comisión Europea plantea crear un marco regulatorio común y de soluciones interoperables, imprescindibles para el desarrollo del IoT y el flujo de datos. Estas medidas se han convertido en urgentes para la configuración del mercado único digital europeo, puesto que, estas tendencias representan el futuro de la economía a escala global. Así, para la consecución de estos objetivos se debe crear un marco legal en el que se determine la responsabilidad común de los sistemas autónomos y de la inteligencia artificial; la seguridad de la inmensidad de datos que se generan; y la garantía de las comunicaciones e interacciones entre las personas en el mundo virtual¹⁰⁸¹.

Junto a estos problemas se encuentra la falta de capacitación y formación de los trabajadores, donde la brecha entre la demanda y la disponibilidad de profesionales con competencias digitales es cada vez mayor, ya que para el año 2020 se espera una demanda de 800.000 puestos sin cubrir. Al unísono, esto supondrá conjuntamente una transformación del resto del empleo, siendo necesario cubrir nuevas competencias y habilidades, sobre todo, de carácter creativo, comunicativo y de adaptación¹⁰⁸².

De este modo, la Comisión para resolver los problemas que se plantean y alcanzar su objetivo de digitalizar la industria europea, propone: la creación de un marco para la coordinación de las iniciativas para digitalizar la industria; la inversión conjunta en el fomento de capacidades de innovación digital; ofrecer las condiciones adecuadas en el marco reglamentario; y la formación de un capital humano preparado para la transformación digital con las competencias necesarias¹⁰⁸³.

En consecuencia, hasta que la UE no asuma el proceso de digitalización de la industria como objetivo principal, y se centre en su consecución, ésta no podrá permitirse recuperar una posición de liderazgo dentro del mercado internacional. Las potencias que forman la Unión Europea tienen talento, conocimientos y medios suficientes para conseguirlo. La Comisión Europea ya ha manifestado esa necesidad de apostar por una

¹⁰⁸¹ Vide COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación (2020) 67 al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Configurar el futuro digital de Europa*, Bruselas, 19 de febrero de 2020, pp. 6-7.

¹⁰⁸² *Ibidem* pp. 6-7.

¹⁰⁸³ *Ibidem* pp. 8-17.

industria renovada y, por ello, se marcó como objetivo dentro del Programa Europa Horizonte 2020 que ésta representara al menos el 20% de la actividad económica¹⁰⁸⁴.

El problema es que, cuando se realiza la concreción de esta meta, no se tiene en cuenta la repercusión del “*Brexit*” y, menos aún, de los efectos que la crisis sanitaria del Covid-19 tendrán sobre la economía. En definitiva, o nos movemos rápido, o quedaremos estancados en el pasado.

3.3. Los modelos de trabajo: la creación de nuevos empleos.

3.3.1. La economía colaborativa.

A. Concepto

El término “economía colaborativa” proviene de la expresión inglesa “*sharing economy*”, y fue utilizada por primera vez en 2007¹⁰⁸⁵. Si bien, también se utilizan otras expresiones similares como “economía compartida”, “consumo colaborativo” o “consumo conectado”. La economía colaborativa se puede definir como:

*«una interacción entre dos o más sujetos, a través de útiles digitalizados (o no), que satisfacen una necesidad real o potencial, a una o más personas»*¹⁰⁸⁶.

En consecuencia, el término economía colaborativa se utiliza para describir los nuevos modelos de intercambio de bienes y servicios, a través de plataformas creadas en Internet. En contraposición, si existen las economías colaborativas también existe el consumo colaborativo, es decir:

¹⁰⁸⁴ Vide COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación (2014) 14 al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: por un renacimiento industrial europeo*, Bruselas, 22 de enero de 2014, p. 25.

¹⁰⁸⁵ Vide Ray ALGAR, “Colaborative consumption”, *Leisure Reporte*, (2017), p. 64.

¹⁰⁸⁶ Vide Vicent ALMENAR I LLONGO y Mónica MALDONADO DEVIS, “Economía y consumo colaborativo”, Mustapha M-LMAIN AHMED, *Economía colaborativa y bancos de tiempo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 20.

«el resultado de aplicar en alguna red social nuestros activos infrutilizados haciendo liquido un beneficio latente»¹⁰⁸⁷.

No obstante, la Comisión Europea describe las economías colaborativas como:

«modelos de negocio en los que se facilitan actividades mediante plataformas colaborativas que crean un mercado abierto para el uso temporal de mercancías o servicios ofrecidos a menudo por particulares»¹⁰⁸⁸.

La economía colaborativa implica tres categorías de agentes: prestadores de servicios que comparten activos, recursos, tiempo y/o competencias; usuarios de dichos servicios; e intermediarios que conectan a los prestadores con los usuarios a través de una plataforma en línea y facilitan las transacciones entre ellos. Por tanto, las plataformas o portales digitales, es lo que ha otorgado a la economía colaborativa la capacidad para organizar a los consumidores, consiguiendo un mejor aprovechamiento de los recursos, y un ahorro o beneficio entre las partes¹⁰⁸⁹.

B. Modalidades.

Hasta el momento, los sectores más desarrollados son los siguientes: los de transporte de personas como BlaBlaCar o Uber; los de alojamiento temporal o turístico como Tripadvisor o Airbnb; la venta de bienes de segunda mano como Wallapop o eBay; el trabajo temporal como HulaJob; el suministro de comida como JustEat; de intercambio de material educativo como Wuolah; y los bancos de tiempo entre particulares¹⁰⁹⁰.

¹⁰⁸⁷ Vide Joaco ALEGRE, “¿Qué es la economía colaborativa”, *Economistas frente a la crisis*, (2014), pp. 3 y ss.

¹⁰⁸⁸ Vide COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación, de 2 de junio de 2016, al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: una agenda europea para la economía colaborativa*, Bruselas, pp. 3 y ss.

¹⁰⁸⁹ Vide Óscar FUENTE, “El futuro del consumo en la economía colaborativa”, *IEB emprendedores digital*, (2015), p. 1.

¹⁰⁹⁰ Vide Vicent ALEMNAR I LLONGO, Javier MUÑOZ DE PRAT, Josep NAVARO ORTIZ, “Una aproximación al concepto de banco de tiempo”, en Mustapha M-LMAIN AHMED, *Economía colaborativa y bancos de tiempo*, o.c., p. 195: «Los bancos del tiempo son una iniciativa puesta en marcha desde diferentes sectores de la sociedad, tanto desde la iniciativa pública como de la privada en pequeños grupos organizados de la población civil, que permiten mediante el intercambio social acceder a bienes y servicios de los que otra forma no serían posible. Serían como una herramienta de desarrollo comunitario que

La diversidad de economías colaborativas posibles ha dado lugar a la configuración de tres sistemas diferenciados: por un lado, aquellos basados en el productor, es decir, pagar por la utilización de un servicio o producto, sin tener la necesidad de adquirirlo; por otro lado, el mercado de distribución, es decir, la actividad consiste en redistribuir los bienes usados hacia alguien, o algún lugar, dónde si los necesitan; y, por último, otro sistema referido a los estilos de vida colaborativos, en este caso, no sólo se pueden compartir o intercambiar bienes tangibles, sino pueden ser intereses o posibilidades comunes, como el tiempo o el espacio¹⁰⁹¹.

No obstante, atendiendo a la diversidad de negocios posibles, podemos distinguir tres tipos de relaciones: a) las de economía colaborativa propiamente dichas, es decir, las de *«aquellos modelos de producción, consumo o financiación que se basan en la intermediación entre la oferta y la demanda generada en relaciones entre iguales o profesionales a través de las plataformas digitales que no prestan el servicio subyacente»*; b) la economía bajo demanda, en la relación es entre un usuario y un profesional, puesto que es un servicio profesionalizado el que se presta como, es el caso de Uber o Cabify; c) la economía de acceso, en la que se presta un servicio, pero de forma muy temporal, y que luego devuelves a su propietario. Como, por ejemplo, Car2GO, que es una flota de vehículos, que permite utilizar cualquiera de ellos, y cuando dejas de necesitarlo, se deja aparcado, en cualquiera de los puntos habilitados de tu ciudad¹⁰⁹².

Sin embargo, no todas estas empresas suponen un negocio en red propiamente dicho, algunas están representadas por simples particulares que comparten bienes o colaboran en la prestación de servicios. No obstante, cuando estos nuevos modelos colisionan con las formas convencionales es cuando comienzan a surgir las críticas y propuestas sobre una regulación más eficiente, que no compita o destruya los regímenes ya preestablecidos¹⁰⁹³.

facilita el intercambio de habilidades y experiencias dentro de una comunidad, o como una red social de miembros que intercambios servicios entre sí para abordar las necesidades económicas, fomentar la ayuda mutua y la autoayuda comunitaria».

¹⁰⁹¹ Vide Vicent ALMENAR I LLONGO y Mónica MALDONADO DEVIS, “Economía y consumo colaborativo”, en Mustapha M-LMAIN AHMED, *Economía colaborativa y bancos de tiempo*, o.c., p. 23.

¹⁰⁹² Vide Fernando BALLESTERO y Martín PÉREZ, “El papel del Estado ante la digitalización de la economía. Estrategia digital y políticas públicas”, *Economía digital en España*, 898, (2017), pp. 117 y ss.

¹⁰⁹³ Vide Luis Antonio VELASCO SAN PEDRO, “Economía colaborativa”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO y José Luis PIÑAR MAÑAS, *Sociedad digital y derecho*, o.c., p. 634.

Si bien es cierto, existe un vacío legal para ciertos aspectos relacionados con las plataformas colaborativas, lo que algunos han aprovechado en su favor para crecer mucho más que el resto de la competencia, sobre todo, dentro del sector del transporte y turístico. No obstante, la actividad de las plataformas consiste en facilitar la puesta en contacto entre oferentes y demandantes de concretos bienes o servicios, y la celebración, en su caso de los correspondientes contratos.

Realmente esta actividad no representa una novedad dentro del ordenamiento jurídico, es simplemente una conducta antigua que ha sido rescatada. En palabras del Comité Económico y Social el consumo colaborativo:

«no es ninguna idea nueva, sino más bien el rescate de una práctica que se beneficia de la tecnología actual para que el servicio sea mucho más eficiente y escalable»¹⁰⁹⁴.

En este sentido tal y como he manifestado, compartir bienes o servicios para que sean más rentables o económicos es una práctica de siempre, por ejemplo, toda la vida se ha compartido coche para hacer viajes largos y que resultará más barato. Lo que sí representa un hecho insólito es el crecimiento que ha experimentado en pocos años, sin duda auspiciado por la situación de depresión económica y esa búsqueda desesperada por reinventarnos y encontrar unos ingresos extra¹⁰⁹⁵.

C. Características.

Las características de esta nueva economía se pueden dividir en: primero, es una práctica que no conduce a la propiedad ni a la copropiedad, sino únicamente a su uso o utilización; segundo, la plataforma es el medio por el que se ponen en contacto tanto los usuarios como los prestadores del servicio; tercero, el objetivo es aprovechar mejor los bienes, es decir, realizar un uso más inteligente y un aprovechamiento más eficaz de los

¹⁰⁹⁴ Vide COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO, *Dictamen (2014/C 177/01) sobre consumo colaborativo o participativo: un modelo de sostenibilidad para el S. XXI*, Bruselas, 11 de junio de 2014, p. 3.

¹⁰⁹⁵ Vide Óscar FUENTE, “El futuro del consumo en la economía colaborativa”, *IEB emprendedores digital*, (2015), p. 2 y ss.

mismos; y cuarto, dando lugar, en su mayoría, a relaciones entre iguales, por lo que, no tiene por qué haber obligatoriamente un empresario o profesional en la operación¹⁰⁹⁶.

Sin duda, éstas ya vienen a evidenciar las dos grandes tendencias del mercado sobre compartir y colaborar y evitar la propiedad de bienes, y, de este modo, fomentar el uso y disfrute de éstos. En consecuencia, las ventajas que presenta este sistema se pueden sistematizar de la siguiente manera: en primer lugar, supone un ahorro económico, dado que la mayoría de estos servicios se ofrecen a precios bajos, y suponen la eliminación de ciertas capas de la producción, lo que se manifiesta de igual forma en el precio; en segundo lugar, existe una mayor oferta para el consumidor, lo que genera efectos favorables para la competencia, puesto que, estimula la competitividad y la actividad económica; en tercer lugar, una mejor gestión o utilización de los recursos, dado que el objetivo es intentar beneficiar a todos, y buscar un desarrollo sostenible, al mismo tiempo que, algunos modelos promueven un consumo más razonable de los servicios hasta agotar las posibilidades de utilización de estos; y, en cuarto lugar, fomenta la cohesión social, la solidaridad y las relaciones basadas en la confianza¹⁰⁹⁷.

Sin embargo, la mayor desventaja o incertidumbre que se gesta dentro de la economía colaborativa está relacionada con la dificultad para verificar el cumplimiento de la actividad, de conformidad con lo dispuesto en el ordenamiento jurídico. En este sentido, resulta especialmente complejo garantizar el cumplimiento de derechos y obligaciones, y el deber de sostener el Estado con las cargas o impuestos pertinentes. La mayor parte de esta actividad no consta para las instituciones del Estado, por lo que es fácil ocultar la procedencia de los ingresos y, por tanto, evitar el cumplimiento de determinadas responsabilidades legales. Por ello, la mayor parte de la doctrina se plantea cómo podría desarrollarse la regulación jurídica de esta figura a través de la intervención administrativa.

¹⁰⁹⁶ Vide COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO, *Dictamen (2016/C 303/05) sobre la economía colaborativa y autorregulación*, Bruselas, 19 de junio de 2016, pp. 3 y ss.

¹⁰⁹⁷ Vide Vicent ALMENAR I LLONGO y Mónica MALDONADO DEVIS, “Economía y consumo colaborativo”, Mustapha M-LMAIN AHMED, *Economía colaborativa y bancos de tiempo*, o.c., pp. 30-32.

D. El marco normativo.

En la actualidad este fenómeno no cuenta con un régimen regulatorio propio, lo que dificulta la determinación de los derechos y responsabilidades de los agentes intervinientes. Si bien, hay dos vertientes sobre cómo afrontar este proceso de regulación jurídica. En primer lugar, aquellos que defienden su regulación a posteriori del negocio jurídico, es decir, dotándolo de seguridad jurídica suficiente una vez que éste se ha celebrado. De tal manera que, en la práctica consistiría en la traslación del régimen convencional a digital, para proteger tanto a prestadores, intermediarios y usuarios finales, por lo que no existiría ninguna innovación dentro del régimen de protección. Si bien, esta es la postura apoyada por el Comité Económico y Social Europeo¹⁰⁹⁸.

Y, en segundo lugar, aquellos que apuestan por desplegar una regulación jurídica centrada en el origen, o la génesis de estos fenómenos. Esta es la postura defendida por la Comisión Nacional de la Competencia¹⁰⁹⁹, aunque con menores apoyos desde la doctrina. Así, a raíz del elemento tecnológico que caracteriza esta nueva forma de negocio, se estudia cómo es posible que la Administración regule el fenómeno. Si bien, aplicando el mismo régimen jurídico al que se someten las actividades tradicionales; la configuración de una intervención administrativa nueva; o bien dejarla en manos privadas, de forma, que continuará el régimen autorregulatorio de las plataformas atendiendo a criterios de *«reseñas, clasificación y valoración, que permite identificar aquellos servicios de mayor calidad, ofreciendo al mercado una información en ocasiones mucho más robusta y fiable»*¹¹⁰⁰.

¹⁰⁹⁸ Vide COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO, *Dictamen (2014/C 177/01) sobre consumo colaborativo o participativo: un modelo de sostenibilidad para el S. XXI*, Bruselas, 11 de junio de 2014, p. 8.

¹⁰⁹⁹ Vide COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA, *Informe CNMC/003/18,, sobre el Real Decreto-Ley 13/018, de 28 de septiembre, que modifica la ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres en materia de arrendamiento de vehículos con conductor*, de 17 de enero de 2019, p. 35, *«Establecer un régimen flexible en cuanto a la posibilidad de prestación temporal de servicios VTC en Comunidades Autónomas distintas a la de origen, en beneficio de los usuarios finales; Flexibilizar el régimen regulatorio del taxi, revisando la regulación y eliminando numerosas restricciones que impiden o dificultan la mayor eficiencia y la mejora de la calidad del servicio y posibilitando la existencia de un mayor número de operadores; por último, se recomienda que las anteriores reformas de la normativa se realicen con la máxima coordinación entre Administraciones, al objeto de evitar una mayor compartimentación de estas actividades por territorios. Se recuerda que tanto las CC.AA. como las Corporaciones locales pueden solicitar la asistencia técnica de la CNMC y de las autoridades de competencia autonómicas para minimizar el impacto negativo sobre la competencia de sus regulaciones»*.

¹¹⁰⁰ Vide Gabriel DOMENECH PASCUAL, “La regulación de la economía colaborativa: uber contra taxi”, *CEF Legal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, 175-176, (2015), pp. 61-104.

Sin embargo, la respuesta a cuál es el sistema más eficaz de regulación de estas plataformas está condicionada al tipo de actividad que se desarrolla a través de la misma, es decir, principalmente, si existe ánimo de lucro, y si es un profesional quién realiza la actividad. De este modo, si estos elementos no son determinantes, o no aparecen en la relación, la Administración ha optado por ser permisiva con la actividad, sin necesidad de autorización o revisión de la misma. Mientras que, cuando el ánimo de lucro y la profesionalidad son los elementos principales, la Administración entiende que es necesaria su intervención, regulando estas actividades que si cuentan con los caracteres tradicionales que identifican a las empresas.

No obstante, los límites a la intervención administrativa, dentro de la economía colaborativa, se encuentran en la proporcionalidad de éstas, en consonancia con el respeto a la libertad de empresa. En otras palabras, deben basarse en los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en el sentido más estricto¹¹⁰¹. Y, de igual manera, el régimen de responsabilidad de la prestación de estos servicios de carácter colaborativo debe de ser el mismo que el tipo de actividad que se presta en la plataforma¹¹⁰². De tal manera que, se aplicaría el régimen jurídico dispuesto para los servicios de intermediación recogido en la Ley de los Servicios de la Sociedad de la Información.

Por último, una de las partes más problemáticas de estas plataformas colaborativas es el empleo que se genera a su alrededor. Si bien, el sector más afectado es el de la mensajería y la vinculación laboral que los une con estas nuevas modalidades de

¹¹⁰¹ *Vide* Rosa CERNADA BADÍA, “Economía colaborativa: límites a la libertad de empresa e intervención administrativa”, en Mustapha M-LMAIN AHMED, *Economía colaborativa y bancos de tiempo*, o.c., pp. 155-160.

¹¹⁰² *Vide* Julián VALERO TORRIJOS, “La intervención administrativa en la economía colaborativa desde la perspectiva de los servicios de la sociedad de la información”, en Rosalía ALFONSO SÁNCHEZ y Julián VALERO TORRIJOS, *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital*, Aranzadi, Navarra, 2017, pp. 210.

negocio¹¹⁰³. El ejemplo más significativo es el de las empresas de Uber¹¹⁰⁴ o Glovo¹¹⁰⁵. El problema debería haber sido resuelto por el legislador español, pero, sin embargo, se ha optado por la regulación administrativa y la interpretación judicial para resolver el problema, en lugar de regular una solución común para todo el territorio¹¹⁰⁶. Así, prácticamente, los tribunales están diciendo caso por caso si existe relación laboral por cuenta ajena o propia, impidiendo que exista una homogenización de tratamiento dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Como una solución unificada a esta problemática, la doctrina plantea considerar a estos trabajadores como TRADE, en los casos en los que sus ingresos excedan del 75% de una misma empresa. De manera que se adapte esta figura de nuestro ordenamiento, poco utilizada, para acoger esta nueva modalidad de relación laboral. Y, además, sirva para mejorar las coberturas y condiciones laborales que le resultan de aplicación, por ejemplo, mediante la obligatoriedad de formación, incentivos y beneficios económicos por la permanencia dentro de una misma empresa, y un tratamiento fiscal adecuado¹¹⁰⁷.

3.3.2. Fintech.

A. Tecnologías Fintech: concepto, caracteres y elementos.

Fintech (*Financial Technology*) es el término que se utiliza para describir:

¹¹⁰³ Vide María Luz RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, “Protección social para los trabajadores de la economía de plataforma: propuestas para aliviar su vulnerabilidad”, *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 57, (2020), p. 181.

¹¹⁰⁴ Vide STJUE, C-434/15, de 20 de diciembre de 2017, Fallo: «(...) deben interpretarse en el sentido de que ha de considerarse que un servicio de intermediación, como el del litigio principal, que tiene por objeto conectar, mediante una aplicación para teléfonos inteligentes, a cambio de una remuneración, a conductores no profesionales que utilizan su propio vehículo con personas que desean efectuar un desplazamiento urbano, está indisociablemente vinculado a un servicio de transporte y, por lo tanto, ha de calificarse de «servicio en el ámbito de los transportes», a efectos del artículo 58 TFUE, apartado 1. En consecuencia, un servicio de esta índole está excluido del ámbito de aplicación del artículo 56 TFUE, de la Directiva 2006/123 y de la Directiva 2000/31"»

¹¹⁰⁵ Vide STSJ de Catalunya 1034/2020, de 21 de febrero, FJ 7 y 8.

¹¹⁰⁶ Vide Ramón TEROL GÓMEZ, “La posición del Tribunal Supremo sobre el caso Uber. Comentario a la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 4 de junio de 2018”, en Enrique ORTEGA BURGOS y Luis MOLL FERNÁNDEZ-FÍGARES, *Actualidad Administrativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 347 y ss.

¹¹⁰⁷ Vide Miguel FERRER JIMÉNEZ, “Plataformas digitales y trabajo, de un escenario judicial a un marco regulatorio avanzada”, en Macarena HERNÁNDEZ BEJARANO y Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, *Cambiando la forma de trabajar y vivir*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 39.

«las actividades financieras que recurren a las nuevas tecnologías para mejorar la eficiencia en los servicios financieros»¹¹⁰⁸.

El origen de este nuevo mercado se encuentra en la evolución de las finanzas electrónicas, cuya evolución se ha sustentado en el Big Data, las redes sociales, el Cloud Computing, el Blockchain, el interfaz de programación de aplicaciones y el desarrollo de los Smartphone. Estas empresas se caracterizan por prestar servicios de carácter financiero de manera online, accediendo a una gran clientela sin la necesidad de establecimiento en un lugar físico. Las características de este nuevo modelo de negocio consisten en prestar los productos financieros de forma totalmente online; cuentan con tecnologías disruptivas, estructuras flexibles y metodologías adaptativas al mercado; están centradas en complacer los gustos de sus consumidores, aunque en su mayoría, cuentan con un producto estrella; favorecen la inclusión financiera y la transparencia; y reducen los costes de los servicios digitales actuales¹¹⁰⁹.

En lo que se refiere a los elementos principales que lo componen se distinguen entre: *Startups*, de empresas innovadoras en diferentes ámbitos como los pagos, la gestión de patrimonios o los préstamos; los desarrolladores de tecnología; los gobiernos, puesto que son los encargados de establecer las normas que rigen estas empresas; los clientes, en su mayor proporción son *millennials*; y las instituciones tradicionales, que han visto en estas nuevas empresas una capacidad de innovación y mayores ventajas competitivas¹¹¹⁰. Los distintos actores facilitan la llegada de la digitalización de la sociedad, dado que, con un entorno de negocio favorable, con el equipamiento apropiado, personal cualificado, y un gobierno que apoye su expansión mediante una regulación jurídica adecuada, harán accesible estas formas de negocio a otros actores.

Una vez expuesto el sistema de funcionamiento del Fintech, es necesario analizar la base legal sobre la que se soporta su actuación. Si bien, ni en el marco comunitario, ni entorno estatal, se ha creado una normativa específica que articule su régimen jurídico, y

¹¹⁰⁸ Vide FUNCAS y KPMG, “Informe del Observatorio de la digitalización financiera: Fintech, innovación al servicio del cliente”, FUNCAS, Madrid, 2017, p. 3.

¹¹⁰⁹ *Ibidem* pp. 3 y ss.

¹¹¹⁰ Vide Luis OTERO GONZÁLEZ y Pablo DURÁN SANTOMIL, “Fintech, Blockchain y Big Data”, en César GARCÍA NOVOA y Diana SANTIAGO IGLESIAS, *4ª Revolución Industrial: impacto de la automatización y la inteligencia artificial en la sociedad y la economía digital*, o.c., pp. 84 y ss.

que promueve la consolidación de estas aplicaciones financieras. Sin embargo, si hay que señalar que se encuentra en trámite parlamentario la aprobación de un proyecto de ley para la transformación digital del sistema financiero¹¹¹¹. Con esta norma se pretende dotar a las autoridades financieras competentes en la materia de los instrumentos necesarios para llevar a cabo sus funciones en la Era Digital y de las nuevas tecnologías, a la par que, facilitar el progreso tecnológico para lograr un desarrollo más equitativo.

Por ello, gran parte de la regulación se centra en garantizar que las innovaciones que se apliquen al sistema financiero sean seguras y beneficiosas para el conjunto de la sociedad, de manera que, no afecte al nivel de protección de los consumidores, la integridad de los mercados, o la utilización de éstas para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo. Sin embargo, las innovaciones que promueve este proyecto de Ley no están destinadas a cambiar de forma inminente el sistema financiero de nuestro país, sino que, se trata de un marco regulatorio de “sandbox”. En consecuencia, establece un régimen jurídico apropiado para un proyecto controlado de pruebas de innovaciones financiera con base tecnológica, de manera que, las autoridades no pierden el control de la gestión de lo que está ocurriendo. No obstante, en la propia norma ya se prevé excluir cualquier tipo de responsabilidad patrimonial, en el caso de que los consumidores resultaran perjudicados por este proyecto piloto.

En consecuencia, hasta que no se apruebe esta norma, y se consolide y extienda su ámbito de aplicación fuera de ese proyecto controlado, la normativa aplicable será la de la actividad principal que estas tecnologías desarrollen. En otras palabras, habrá que delimitar si se trata, por ejemplo, de servicios de pago, de préstamo bancario o de inversiones, para analizarla en función de la normativa sectorial concreta que resulte de aplicación.

B. Los tipos de negocio.

Por otro lado, y en relación con los modelos concretos de negocio, se identifican principalmente seis modalidades: pagos, gestión de patrimonio, crowfunding, lending, mercado de capitales y servicios de seguros¹¹¹². Aunque, según el Informe FUNCAS y

¹¹¹¹ *Vide* Proyecto de Ley 121/003 para la transformación digital del sistema financiero.

¹¹¹² *Vide* Agustín RUBINI, “Fintech in a Flash: Financial Technology made easy”, *Banking Innovation*, (2018), pp. 45 y ss.

KPMG, en puridad, son trece los modelos de negocio que se distinguen: asesoramiento financiero y gestión patrimonial; finanzas personales; financiación alternativa; crowdfunding y crowdlending de activos; servicios transaccionales; medios de pago; infraestructuras financieras; criptodivisas y blockchain; insurtech; identificación on-line de clientes; Big Data y neobancos¹¹¹³.

No obstante, respecto de las categorías señaladas anteriormente, es necesario realizar una serie de consideraciones generales, dados los caracteres innovadores que representan algunas de ellas. En primer lugar, los neobancos se presentan como una versión mejorada del banco tradicional, que opera sin licencia bancaria, no tienen red física y sólo realizan transacciones a través de la web, o aplicaciones móviles. Mientras que, por otro lado, los *bancos challenger* lo que hacen es ofrecer una amplia gama de servicios a sus clientes, que no tienen por qué ser solamente bancarios, dado que lo normal es que estén especializados en servicios de nuevas tecnologías. El principal problema que tienen estos bancos es la falta de confianza de los clientes en ellos, como consecuencia de que son bancos totalmente desconocidos por el común de los ciudadanos. De forma sistematizada, este tipo de banco lo que hace es ofrecer al cliente servicios muy concretos y especializados en las nuevas tecnologías, con precios competitivos, y que intentan adaptar su técnica a la era digital¹¹¹⁴.

En segundo lugar, la siguiente innovación se presenta dentro de los medios de pago. La posibilidad de hacer transferencias on-line, o a través de las aplicaciones móviles, es cada vez más común dada la comodidad que supone para los usuarios, puesto que, no se tienen que trasladar, o mover hacia una entidad bancaria, para realizar un pago. Aunque, también están muy de moda las criptomonedas, como es el caso del bitcoin, donde no es necesario que opere un banco, sino que son transferencias de dinero virtual de un programa de software a otro. Pero, también está en auge el uso de las redes sociales que, mediante Transferwise o AxisBank permiten acceder a este tipo de servicios. Sin dejar de lado las aplicaciones como ApplePay o Google Wallet que posibilitan las transferencias en línea de un terminal a otro.

¹¹¹³ Vide FUNCAS y KPMG, “Informe del Observatorio de la digitalización financiera: Fintech, innovación al servicio del cliente”, FUNCAS, Madrid, 2017, pp. 12-14.

¹¹¹⁴ Vide Luis OTERO GONZÁLEZ y Pablo DURÁN SANTOMIL, “Fintech, Blockchain y Big Data”, en César GARCÍA NOVOA y Diana SANTIAGO IGLESIAS, *4ª Revolución Industrial: impacto de la automatización y la inteligencia artificial en la sociedad y la economía digital*, o.c., pp. 87-88.

En tercer lugar, en lo que atiende a los préstamos bancarios, o *digital lending*, permiten la actividad crediticia sin necesidad de intermediarios. Únicamente el usuario tiene que presentar la misma información que se requiere en un banco convencional, aunque de manera telemática y automatizando tareas que se suelen hacer de forma presencial. Lo bueno de estas aplicaciones es que son capaces de comparar con otras bases de datos, públicas y privadas de libre acceso, para comprobar, a través del uso de algoritmos, la capacidad de devolución de la deuda. En puridad, lo que hacen las plataformas de *digital lending* es poner en contacto a prestamistas con prestatarios, a cambio de una comisión, de modo que no se exponen a niveles elevados de riesgo de capital¹¹¹⁵.

En cuarto lugar, estarían las figuras de *crowdfunding* y *crowdinvesting*. El crowdfunding consiste en la conexión a través de una plataforma digital, de personas interesadas en que le sufraguen o le ayuden a costear los gastos de un determinado proyecto. En otras palabras, se ponen en contacto innovadores y ahorradores o mecenas que colaboran con el desarrollo de estas ideas. Lo normal es que sean muchos los inversores que financien una determinada causa. Si bien, lo que diferencia esta figura del crowdinvesting es la intencionalidad de participar después en los posibles beneficios que pueda llegar a obtener el proyecto. En consecuencia, en el crowdfunding los inversores suelen hacerlo a modo de donación o de forma altruista; mientras que, en la segunda figura, el crowdinvesting, la idea es que, atendiendo a la aportación realizada, luego corresponde un porcentaje de los beneficios obtenidos hasta cubrir los costes aportados, más el interés que se haya pactado en caso de fructificar el proyecto¹¹¹⁶.

Y, en quinto lugar, se encontraría la figura de gestión de patrimonios, donde se integran los servicios financieros, la gestión de carteras y la planificación financiera. Tradicionalmente estas figuras las desempeñaban profesionales cualificados en la materia, pero en la actualidad son gestionadas por algoritmos y prácticamente de forma automatizada. Estas tecnologías utilizan los *roboadvisor*, que tendrían como antecedente al asesor financiero tradicional, pero con la diferencia de que no hay una persona detrás

¹¹¹⁵ Vide Luis OTERO GONZÁLEZ y Pablo DURÁN SANTOMIL, “Fintech, Blockchain y Big Data”, en César GARCÍA NOVOA y Diana SANTIAGO IGLESIAS, *4ª Revolución Industrial: impacto de la automatización y la inteligencia artificial en la sociedad y la economía digital*, o.c., pp. 89-90.

¹¹¹⁶ *Ídem* pp. 91-92.

en la toma de las decisiones, sino que, están gestionados en su integridad por algoritmos y procesos de automatización¹¹¹⁷.

Como se puede observar, las tecnologías Fintech aportan una serie de innovaciones de carácter financiero que han terminado por revolucionar este sector. Así, a modo de ejemplo, en España, hay más de 300 Fintech, en su mayoría microespecializadas, y con un modelo de negocio entre empresas, es decir, que comercializan con sus servicios y los ofrecen a empresas del sector financiero, para que las suministren como un producto más a sus clientes¹¹¹⁸. Estas tecnologías aportan grandes ventajas para controlar los activos y movimientos bancarios dentro de nuestra economía. De manera que, se pueden convertir en herramientas muy eficientes para luchar contra la evasión fiscal y el fraude al sistema.

3.3.3. Gig economy.

La *gig economy* o economía de pequeños encargos, es una expresión que está tomando relevancia dentro del panorama jurídico y de las relaciones laborales. Esta tendencia se conforma por dos tipos de trabajo: el *crowdwork* (trabajo colaborativo online) y el trabajo demanda vía aplicaciones móviles.

El *crowdwork* se entiende como «*el trabajo que se lleva a cabo a través de plataformas online que reúnen a un número indefinido de organizaciones, empresas e individuos, e incluso llega a conectar a clientes y trabajadores de todo el mundo*»¹¹¹⁹.

Por lo general, en estas actividades lo que se hace son microtarefas, de carácter monótono, repetitivo y con poca importancia, pero que no es capaz de realizar la inteligencia artificial hasta el momento, como valorar fotos o decidir sobre la idoneidad de una página web. Aunque, también se realizan actividades de mayor envergadura, como puede ser el diseño de un logo, la creación de una página web, o la realización de una campaña de marketing.

¹¹¹⁷ Vide Luis OTERO GONZÁLEZ y Pablo DURÁN SANTOMIL, “Fintech, Blockchain y Big Data”, en César GARCÍA NOVOA y Diana SANTIAGO IGLESIAS, *4ª Revolución Industrial: impacto de la automatización y la inteligencia artificial en la sociedad y la economía digital*, o.c., p. 92.

¹¹¹⁸ Vide BBVA, “Así es el sector Fintech en España”, *BBVA*, Madrid, 2018, pp. 4-5.

¹¹¹⁹ Vide Valerio DE STEFANO, “La gig economy y los cambios en el empleo y la protección social”, *Gaceta sindical: reflexión y debate*, 27, (2016), p. 153.

Mientras que, por otro lado, el concepto de trabajo bajo demanda vía apps corresponde a actividades tradicionales, como limpieza, transporte, hacer recados, o de actividades relacionadas con la Administración, pero con la peculiaridad que se realizan a través de aplicaciones telefónicas. Si bien, ambos no son conceptos homogéneos en sí mismos, puesto que no siguen métodos o modelos comunes de gestión de las actividades, pero sí que comparten características comunes¹¹²⁰.

En primer lugar, se sirven de las tecnologías de la información y la comunicación para prestar sus servicios, lo que permite minimizar los costes de las transacciones y reducir el número de intercambios dentro del mercado.

Y, en segundo lugar, esto permite que se caractericen por la inmediatez o rapidez de las prestaciones, puesto que, se propone la realización de una determinada oferta laboral que es aceptada por los trabajadores que están interesados. Si bien, al mismo tiempo estos posibilitan acceder a un gran número de prestaciones, a golpe de clic a los usuarios, sin necesidad de salir de casa, y con la fiabilidad de que son profesionales quienes los prestan.

En tercer lugar, ambos presentan beneficios potenciales para la economía, siendo estos la mayor parte de los empleos que se van a generar en el futuro. Y, en consecuencia, tiene una gran repercusión sobre la configuración tradicional del trabajo. Principalmente, debido a que el desempeño de las actividades realizadas por los usuarios de esta plataforma no cuenta con el respaldo legal, puesto que no existe un vínculo jurídico entre quién presta el servicio y el usuario. De forma que, este tipo de actividades pasarán, en su mayoría, desapercibidas para el Estado, lo que implica al mismo tiempo problemas de fiscalidad, pero también de protección de los derechos de los trabajadores. Salvo que, en el mejor de los casos, estos estén dados de alta como autónomos en el régimen de la seguridad social. Pero, esta situación parece más excepcional que convencional.

En consecuencia, todas las características enumeradas anteriormente de este nuevo sistema de relaciones profesionales, lleva a afirmar la necesidad de una regulación jurídica idónea, puesto que se rompe con el marco tradicional de prestación de servicios

¹¹²⁰ *Vide* Valerio DE STEFANO, “La gig economy y los cambios en el empleo y la protección social”, *Gaceta sindical: reflexión y debate*, 27, (2016), pp. 153 y ss.

dentro del entorno laboral¹¹²¹. Así, en lugar de litigar ante que modalidad de trabajo nos encontramos, el Estado debe centrarse en las situaciones de desigualdad o vulnerabilidad de estos trabajadores y encontrar un régimen de protección adecuado.

Por tanto, el problema no consiste en determinar si son trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia, sino de que el régimen los proteja. Así, al igual que ocurrió en su día en nuestro ordenamiento jurídico con los regímenes especiales que paulatinamente se incluyeron dentro del general, habrá que encontrar la manera de incluir a estos trabajadores. De esta forma, aunque sea creando una figura jurídica propia habrá que garantizarles unos mínimos de derechos que establezcan o equiparen sus condiciones con el resto de los trabajadores.

3.4. El teletrabajo y el trabajo distancia.

3.4.1. Consideraciones previas: la crisis del Covid-19 como gran impulsor del teletrabajo en nuestro país.

La crisis del Covid-19 ha intensificado el proceso de digitalización en nuestro país, especialmente, sobre la organización de las relaciones laborales, puesto que, ha promovido a implantar el teletrabajo, pasando de tener una representación simbólica a ser obligatorio en nuestro país¹¹²². En este sentido, una vez que se declara el estado de alarma¹¹²³, el teletrabajo se convierte en la única forma de seguir desempeñando la actividad y la presentación de servicios sin poner en riesgo la salud de los trabajadores, y frenar el avance de la pandemia¹¹²⁴. No obstante, llama la atención el dinamismo en la adopción de esta medida, si se tiene en cuenta que el teletrabajo no contaba con una

¹¹²¹ Vide Anna GINÈS I FABRELLAS, “La (des) protección social de los trabajadores en plataformas digitales”, en Macarena HERNÁNDEZ BEJARANO y Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, *Cambiando la forma de trabajar y vivir*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 240 y ss.

¹¹²² Vide Julián VALERO TORRIJOS, “Administración electrónica en tiempos de pandemia”, *Boletic*, 86, (2020), p. 29.

¹¹²³ Vide Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de la crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19.

¹¹²⁴ Vide Resolución de 10 de marzo de 2020 del Secretario de Estado de Política Territorial y Función Pública de medidas a adoptar en los centros de trabajo dependientes de la Administración General del Estado con motivo del Covid-19, octava.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA REVOLUCIÓN “INTERNET”: EL IMPULSOR DE LA SOCIEDAD DIGITAL

regulación expresa dentro del EBEP, y la regulación dentro del Estatuto de los Trabajadores era insuficiente.

El teletrabajo se impone durante la duración del estado de alarma por la necesidad de proteger la salud, pero también para permitir la conciliación de la vida familiar y laboral de todos aquellos con hijos menores de edad, como consecuencia del cierre de los centros educativos. De otro modo, para los padres era imposible cuidar y prestar la asistencia necesaria a menores y personas dependientes si no estaban en casa. Huelga decir que, el teletrabajo en nuestro país, hasta ese momento, se había utilizado más como un instrumento o facilitador de la conciliación familiar y laboral, que por el resto de las ventajas que ofrece a ambas partes de la relación.

Sin embargo, la escasa tendencia de implantación y desarrollo del teletrabajo dentro de las relaciones laborales, en general, ha cambiado tras la declaración del estado de alarma en nuestro país. Si bien, durante su vigencia ésta era la única solución posible, dado que, el confinamiento de la población en general y de las actividades económicas no esenciales provocó que los trabajadores prestaran sus servicios, en todos aquellos casos que fuese posible, de forma no presencial con carácter obligatorio. De este modo, la prestación del servicio por la modalidad de teletrabajo pasa de representar una cifra simbólica en nuestro país, a englobar a todas aquellas actividades que por su naturaleza podrían desarrollarse de forma telemática, llegando a representar en nuestro país el 34% de la población activa¹¹²⁵.

No obstante, una vez que ha finalizado el estado de alarma, pero aún con el miedo a una segunda ola del virus, el Gobierno ha continuado con la estrategia de promover el teletrabajo para los empleados públicos¹¹²⁶, y de la empresa privada creando una ley específica de esta modalidad laboral¹¹²⁷. La realidad no es otra que, como en otros sectores tales como la educación o la sanidad, ha tenido que llegar una pandemia para

¹¹²⁵ Vide Instituto Nacional de Estadística, “El teletrabajo en España y la UE antes de la COVID-19”, 2020.

¹¹²⁶ Vide Resolución de 17 de junio de 2020, del Secretario de Estado de Política Territorial y Función Pública de medidas a adoptar en los centros de trabajo dependientes de la Administración General del Estado con motivo de la nueva normalidad, segunda: «Durante el periodo de vigencia de esta Resolución que regula medidas de carácter organizativo, de acuerdo con lo dispuesto en el Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19, las modalidades de trabajo serán presenciales y no presenciales».

¹¹²⁷ Vide Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia.

acelerar la digitalización de la sociedad, poniéndonos delante las innumerables ventajas que presentan las nuevas tecnologías en el desarrollo de nuestras actividades cotidianas.

3.4.2. La Ley del Teletrabajo.

A. Concepto y caracteres.

El teletrabajo es una modalidad de desarrollo de la relación laboral que, pese a lo que se pueda pensar, cuenta con cierta historia y arraigo dentro de la sociedad. Su nacimiento se fija a mediados de los años 60' en EE.UU., se debe a la búsqueda de una alternativa de ahorro de los recursos energéticos. De este modo, el teletrabajo redefine el concepto de relación laboral y, en lugar de enviar al asalariado a su centro de trabajo, se envía el trabajo al empleado. Además, décadas después, esta modalidad se convierte en una herramienta de inclusión social, sobre todo, para integrar a las personas con alguna capacidad modificada.

La Organización Internacional del Trabajo es la primera en definir esta nueva modalidad en como:

«el trabajo que una persona, designada como trabajador a domicilio, realiza: (i) en su domicilio o en otros locales que escoja, distintos de los locales de trabajo del empleador; (ii) a cambio de una remuneración; (iii) con el fin de elaborar un producto o prestar un servicio conforme a las especificaciones del empleador, independientemente de quién proporcione el equipo, los materiales u otros elementos utilizados para ello»¹¹²⁸.

No obstante, en España las posibilidades del teletrabajo fueron investigadas por un equipo multidisciplinar de la Universidad Autónoma de Madrid en 1995, dirigido por el profesor Gustavo Matías Clavero, cuyos resultados fueron publicados pocos años después¹¹²⁹. La motivación de este trabajo de investigación era encontrar los mecanismos adecuados, a través de los servicios de la sociedad de la información, para potenciar

¹¹²⁸ Vide OIT, Convenio C-177 sobre el trabajo a domicilio, 1996.

¹¹²⁹ Vide Gustavo MATÍAS CLAVERO, *Análisis del autoempleo en España*, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 199.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA REVOLUCIÓN “INTERNET”: EL IMPULSOR DE LA SOCIEDAD DIGITAL

nuevas modalidades de trabajo que avivaran la actividad económica. Por ello, la concepción actual del teletrabajo no se entiende si no está acompañado del elemento tecnológico, es decir, de la utilización de Internet y de las TIC¹¹³⁰.

En este sentido, el Acuerdo Marco Europeo sobre el teletrabajo, lo define como:

«una forma de organización y/o de realización del trabajo utilizando las tecnologías de la información, en el marco de un contrato o de una relación laboral, en la que un trabajo, que también habría podido realizarse en los locales del empresario, se ejecuta habitualmente fuera de esos locales»¹¹³¹.

Tal y como puede observarse, la principal diferencia entre ambos conceptos es la incorporación del elemento tecnológico o TIC como facilitador del desarrollo de la actividad laboral fuera del lugar del centro de trabajo.

A partir de esta base, el Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, ha efectuado su propia descripción del teletrabajo en las relaciones laborales de nuestro país. La primera singularidad que se encuentra es que distingue entre dos figuras (trabajo a distancia y teletrabajo) que aglutinan características similares, aunque no representan estrictamente la misma realidad. De este modo, por trabajo a distancia debe entenderse:

«forma de organización del trabajo o de realización de la actividad laboral conforme a la cual esta se presta en el domicilio de la persona trabajadora o en el lugar elegido por esta, durante toda su jornada o parte de ella, con carácter regular»¹¹³².

Mientras que, el teletrabajo se corresponde con:

¹¹³⁰ Vide Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, Exposición de motivos.

¹¹³¹ Vide Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo, 16 de julio de 2002.

¹¹³² Vide Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, artículo 2 a).

«aquel trabajo a distancia que se lleva a cabo mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación»¹¹³³.

En sentido contrario, del concepto, ya se pueden advertir algunas características en lo que se refiere a los caracteres o al modo de prestación de esta actividad. En primer lugar, la delimitación de un lugar distinto del centro de trabajo por el empleado para prestar la actividad laboral. En segundo lugar, que se sirve y utiliza los medios informáticos e instrumentos telemáticos para el desarrollo de la actividad, pero no solamente de éstos, sino de cualesquiera otras que puedan resultar necesario. Y, en tercer lugar, la actividad no tiene porqué desarrollarse de forma exclusiva en el lugar designado por el trabajador, sino que, puede ser sólo una parte de ella, a la misma vez que temporal. En consecuencia, se pueden distinguir tres modalidades distintas de teletrabajo: a tiempo completo, durante algunos días de la semana, o sólo una parte de la jornada laboral.

No obstante, a estas características hay que sumar las que se determinan y desarrollan mediante el Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia. En primer lugar, el teletrabajo tiene carácter voluntario¹¹³⁴, no cabiendo su imposición de forma unilateral por el empleador, sino que, debe mediar acuerdo por escrito entre las partes. En consecuencia, éste se convierte en un derecho del trabajador que puede solicitar o pedir al empleador, pero que no puede ser implantado o utilizado por la empresa como una forma de organización de la actividad laboral. Además, es un derecho reversible, de manera que, su ejercicio está condicionado a que se den una serie de requisitos adecuado para ello, tanto para el trabajador como para la empresa.

En segundo lugar, las personas que trabajen a distancia gozan de los mismos derechos que sean comparables con el resto de los trabajadores que prestan sus servicios en la empresa. Como, por ejemplo, el derecho a la formación, a la promoción profesional y al ejercicio de los derechos colectivos. No obstante, cuentan con una serie de derechos específicos, adaptados a esta concreta modalidad laboral. Es el caso, por ejemplo, del derecho a la dotación suficiente y el mantenimiento de medios, equipos y herramientas

¹¹³³ Vide Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, artículo 2 b).

¹¹³⁴ *Ibidem* Artículo 5.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA REVOLUCIÓN “INTERNET”: EL IMPULSOR DE LA SOCIEDAD DIGITAL

necesarios para el desarrollo de la actividad laboral¹¹³⁵, o al abono y compensación de gastos¹¹³⁶. Sobre esta perspectiva, hay que reflexionar sobre el aumento del gasto de energía para el trabajador que implicar desarrollar la actividad laboral desde casa, el cual repercute directamente sobre éste, suponiendo un gasto adicional que no tiene el deber de soportar. Además, junto a éstos, se encuentra el derecho al horario flexible¹¹³⁷, siempre en los términos y condiciones del acuerdo entre las partes, o el derecho a un registro adecuado del horario de trabajo¹¹³⁸.

En tercer lugar, se amplían las garantías del derecho a la intimidad y la protección de datos, puesto que es más fácil que se produzca una intromisión ilegítima en estos derechos fundamentales. Por ello, se imposibilita a los empleadores colocar herramientas de vigilancia y control de la jornada laboral que no sean consentidas por el trabajador, dentro del lugar de desarrollo de la actividad laboral.

En este sentido, es especialmente necesario traer a colación la Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y de Garantía de los Derechos Digitales, en la parte que se refiera a la protección de la intimidad de los trabajadores, limitando la videovigilancia (artículo 89) y la geolocalización (artículo 90). El control por parte del empleado de la actividad laboral puede implicar no sólo un abuso, sino una posible violación del domicilio¹¹³⁹. Además, resulta importante matizar que el trabajador debe conocer cuál es la actividad que esta permitida que desarrolle con las herramientas que facilita la empresa, informándole explícitamente de las sanciones que puede conllevar un uso inadecuado de éstos¹¹⁴⁰. De esta forma quedarían resumidas las características que presenta el teletrabajo para los trabajadores por cuenta ajena.

¹¹³⁵ Vide Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, artículo 11.

¹¹³⁶ *Ibidem* Artículo 12.

¹¹³⁷ *Ibidem* Artículo 13.

¹¹³⁸ *Ibidem* Artículo 14.

¹¹³⁹ Vide STS 329/2016, de 20 de abril, FJ 2: «Ya hemos dicho que la protección constitucional frente a la incursión en un domicilio debe abarcar, ahora más que nunca, tanto la entrada física del intruso como la intromisión virtual. La revolución tecnológica ofrece sofisticados instrumentos de intrusión que obligan a una interpretación funcional del art. 18.2 CE. La existencia de drones, cuya tripulación a distancia permite una ilimitada capacidad de intromisión en recintos domiciliarios abiertos es sólo uno de los múltiples ejemplos imaginables. Pero incluso para el caso en que se entendiera que los supuestos de falta de presencia física por parte de los agentes en el domicilio investigado deben ser protegidos conforme al concepto general de intimidad que ofrece el 18.1 CE, lo cierto es que en el presente caso no consta la existencia de ningún fin constitucionalmente legítimo que, por razones de urgencia, permitiera sacrificar la intimidad del sospechoso».

¹¹⁴⁰ Vide STS 1323/2011, de 8 de marzo, FJ4.

B. Ventajas e inconvenientes.

El teletrabajo, como cualquier herramienta de organización de la actividad laboral presenta beneficios y desventajas, dependiendo del punto de vista de quién se analice. Por ello, hay que distinguir tres sujetos: el trabajador, el empresario, y la sociedad.

En primer lugar, las ventajas para el trabajador están relacionadas con la libertad para organizar la distribución de la jornada, lo que a la par, le concede mayor autonomía para la gestión de su tiempo libre, convirtiéndose en una herramienta facilitadora de la conciliación de la vida laboral con la familiar. Además, el trabajador ahorra el tiempo que dedica para desplazarse desde su vivienda hasta el centro de trabajo que, en el caso de las grandes ciudades, puede llegar a ser de horas. Y eso, a su vez, supone un ahorro en el precio del combustible y la depreciación de los vehículos por la reducción de los desplazamientos.

Mientras que, las desventajas están relacionadas con el aislamiento del empleado del núcleo laboral, perdiendo las capacidades colaborativas y de relaciones afectivas con otras personas; los problemas para desconectar y separar el tiempo de trabajo de la vida privada o familiar; la necesidad de tener formación específica y conocimientos en el uso de nuevas tecnologías; y los riesgos laborales, especialmente, de protección de la seguridad y salud laboral, como puede ser el tecnoestrés, la fatiga informática, o el sedentarismo. Además, el trabajo a distancia implica mayores responsabilidades para los trabajadores, de forma que, si no son capaces organizar el desempeño de su actividad mediante el sistema de objetivos o por proyectos, puede provocar la implantación de horarios ilimitados y sin descansos.

En segundo lugar, los beneficios para la empresa están relacionados con el menor coste de la producción; mayor productividad si se implanta los sistemas de trabajo por objetivos; eliminación del absentismo laboral; facilidad de expansión geográfica y crecimiento de la empresa sin necesidad de modificaciones estructurales; mejor aprovechamiento del centro de trabajo, pudiendo compartirse los puestos; menos desplazamientos, evitando los accidentes “*in itinere*”; y mejor inserción de las personas con problemas de movilidad, o capacidades modificadas.

En cambio, los inconvenientes están relacionados con la pérdida y disolución de la jerarquía en la empresa; el incremento de los costes en formación específica, de materiales y otras herramientas; los problemas derivados de la falta de adaptación a este

CAPÍTULO SEGUNDO

LA REVOLUCIÓN “INTERNET”: EL IMPULSOR DE LA SOCIEDAD DIGITAL

sistema de trabajo que pueden, en algunos casos, no llegar a ser productivos para determinados trabajadores; y el aumento de las bajas laborales por las enfermedades relacionadas con esta modalidad, tales como el estrés, o la fatiga crónica que, muchas veces, llevan a padecer otras enfermedades como la depresión o la ansiedad¹¹⁴¹.

Y, en tercer lugar, para el Estado las ventajas están relacionadas con la reducción de la contaminación, por la disminución de los desplazamientos, lo que, en sentido contrario, se traduce en menos problemas de circulación y congestión de las carreteras y la minoración de los accidentes de tráfico. Estos efectos estarían en consonancia con los objetivos de la Agenda 2030, y la protección del medio ambiente¹¹⁴². Además, es una medida adecuada para evitar la despoblación del mundo rural y frenar la superpoblación de las zonas urbanas. De esta forma, se ayudaría también a regular el precio de la vivienda que roza niveles elevados y casi inalcanzables para el trabajador medio en las capitales de ciudad y núcleos urbanos más consolidados.

El teletrabajo, también, ayudaría a la familia en la conciliación de la vida laboral y familiar, hasta el momento, con una falta de actividad legislativa suficiente. Más aún, teniendo en cuenta los problemas demográficos, de envejecimiento de la población y bajas tasas de natalidad que tienen como uno de los factores determinantes la imposibilidad de conciliar de los padres. Y, por último, impulsaría la construcción de la sociedad digital, en tanto que, implicaría la adquisición de competencias digitales de una gran parte de la población.

No obstante, esta modalidad también presenta desventajas. Por ejemplo, la implantación de forma extendida de este sistema puede conllevar la creación de relaciones interpersonales distantes y superficiales, a la par que dependientes del elemento tecnológico. Sin embargo, esta es una característica que ya ha sido analizada, propia de la sociedad digital, por lo que no sería exclusiva de esta modalidad laboral, sino del conjunto de factores influyentes. Además, el Estado debería mejorar las conexiones de acceso a la red para que estén preparadas para el desempeño de la actividad laboral en

¹¹⁴¹ Vide María Luisa GONZÁLEZ TAPIA, “Derecho a la desconexión digital y teletrabajo”, *Diario LA LEY CIBERDERECHO*, 38, (2020), p. 1 y ss.

¹¹⁴² Vide Ángel Manuel MORENO MOLINA, “El principio de participación pública”, en Teresa PAREJO NAVAJAS y YANN AGUILA, *Principios de Derecho Ambiental y Agenda 2030*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 210 y ss.

cualquier núcleo poblacional. Aunque esto, en sentido contrario, supondría el empujón necesario que necesita la sociedad digital para terminar de consolidarse.

Y, por otro último, detrás de su regulación se esconde un miedo social por un riesgo evidente sobre que la mujer retorne a la casa, pero esta vez realizando una actividad laboral, las propias del hogar y el cuidado de los hijos. No es un temor irracional pensar que la mayoría de las personas que se van a acoger a este régimen por conciliación van a ser mujeres, y que, por ende, puede implicar un retroceso social sobre la igualdad y la no discriminación. Sin embargo, a este respecto he de añadir, que la Ley del Trabajo a distancia guarda mucho el lenguaje, siendo plenamente inclusivo (por ejemplo, utiliza el término de “las personas trabajadoras”, en lugar de “trabajadores”), así como la ambigüedad para referirse a la conciliación laboral y familiar, buscando el ejercicio responsable entre todo el núcleo familiar.

C. Grupo normativo regulador.

Las personas a las que les será de aplicación el siguiente grupo normativo regulador son aquellos que:

«voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario»¹¹⁴³.

A partir de la concepción que se realiza, a estas personas le resultan de aplicación una serie de normas específicas que regulan la modalidad del trabajo a distancia o teletrabajo en nuestro país.

a) Derecho internacional y comunitario.

- Acuerdo Marco Europeo del Teletrabajo, 16 de julio 2002 (revisado en 2009).
- Comisión Europea, COM (97) 128, de 16 de abril, Libro verde sobre cooperación para una nueva organización del trabajo.

¹¹⁴³ Vide Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, artículo 1.1.

- Consejo de Europa, Directiva (UE) 2019/1158, de 20 de junio, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores por el que se deroga la Directiva (UE) 2010/18 del Consejo.

b) Derecho interno español.

- Ley 31/1995, de 8 de noviembre de prevención de riesgos laborales.
- Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.
- Ley 17/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género.
- Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.
- Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y de Garantía de los Derechos Digitales.
- Real Decreto 488/1997, de 14 de abril, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas al trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización.
- Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
- Real Decreto 299/2016, de 22 de julio, sobre protección de la salud y la seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a campos electromagnéticos.
- Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidad entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.
- Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del Covid-19.
- Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia.

D. Algunas reflexiones al régimen jurídico establecido.

La regulación jurídica del teletrabajo en las relaciones laborales parece estar incompleto. Quizá, por esa necesidad de aprobación inminente, existen determinados aspectos en los que el legislador debería haber matizado, y profundizado aún más en lo que se refiere a los presupuestos y caracteres de este derecho.

El ejemplo más claro es el derecho de reembolso de los gastos y de la proporción del material suficiente a los trabajadores que desarrollan su jornada a través de esta modalidad laboral. Si bien, el artículo 11 de la Ley del Trabajo a distancia hace referencia a ese derecho reintegro, pero las condiciones de su ejercicio se remiten al acuerdo que previamente debe haberse adoptado por las partes. El sistema elegido por el ejecutivo, de negociación de las condiciones vinculantes entre las partes, no parece ser el más adecuado, puesto que, la diferencia de poder entre los intervinientes en el acuerdo puede provocar la desprotección de los trabajadores. Además, tampoco se imponen cantidades o conceptos de obligado cumplimiento, lo que puede derivar en la no asunción de estos costes por parte del empresario¹¹⁴⁴.

De este modo, ha faltado precisión y rotundidad en la descripción y enumeración de los derechos de los trabajadores, y en sentido contrario, de las obligaciones que asume el empresario, obviando incluir criterios y conceptos fijos que deben en todo caso negociarse dentro del acuerdo. Por ejemplo, deberían estar incluidos los gastos de Internet, luz, agua, teléfono, o calefacción, a los que evidentemente hay que sumar los de los recursos materiales como el ordenador, la impresora, u otros recursos de oficina, y especialmente, una silla adecuada para prevenir de los riesgos laborales asociados al teletrabajo.

En este sentido, no se puede dejar todo en mano de la negociación colectiva, puesto que, muchas veces su fuerza es limitada, y en el contexto de crisis en el que estamos inmersos, implica inevitablemente una reducción de los derechos de los trabajadores¹¹⁴⁵. La regulación jurídica debería haber delimitado una línea roja de

¹¹⁴⁴ Vide Juan Carlos FERNÁNDEZ, “Covid-19, teletrabajo y uso de dispositivos particulares”, *Diario LA LEY CIBERDERECHO*, 38, (2020), p. 2.

¹¹⁴⁵ Vide Raquel Yolanda QUINTANILLA NAVARRO, “El teletrabajo: de la dispersión normativa presenta a la necesaria regulación normativa europea y estatal futura”, en OIT, *El futuro del trabajo que queremos*, Ministerio de empleo y Seguridad Social, Madrid, 2017, p. 122: «La negociación colectiva, como vía para regular el teletrabajo, resulta un instrumento válido, pero más débil que la norma legal, gozando esta última de eficacia general y superioridad jerárquica sobre aquella. Sería aconsejable una

CAPÍTULO SEGUNDO

LA REVOLUCIÓN “INTERNET”: EL IMPULSOR DE LA SOCIEDAD DIGITAL

criterios invariables, a los que los trabajadores siempre deberían tener derecho a devolución, aunque éstos pudieran ser mejorados por los acuerdos alcanzados voluntariamente entre las partes.

Por otro lado, el ejecutivo ha dejado pasar una oportunidad excelente para dotar de contenido el artículo 88 de la Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y de Garantía de los Derechos Digitales. El derecho a la desconexión digital, desde su configuración, está vacío de contenido, dejando su desarrollo en iguales circunstancias que en el anterior supuesto: en manos de la voluntad de las partes. Si bien, la Ley habla de un deber empresarial de diseñar una política interna que recoja los límites y garantías del derecho a la desconexión digital, así como también, se remita a la actividad de los convenios y acuerdos colectivos¹¹⁴⁶.

De este modo, el Gobierno imitando el modelo francés sobre la regulación del derecho a la desconexión digital¹¹⁴⁷, pretendía que fueran las partes quienes completaran el contenido del derecho. Sin embargo, éste se ha olvidado de un aspecto que nos diferencia del sistema francés, y es que, en éste es obligatorio que las empresas con representación sindical negocien sobre retribuciones, tiempo de trabajo, calidad del trabajo e igualdad, de forma anual¹¹⁴⁸, algo que en España no existe.

Asimismo, el ejecutivo le da un poder a la negociación colectiva que es totalmente razonable, pero que carece de los soportes legales suficientes para que se convierta en la protección adecuada que necesitan los trabajadores. Tal y como señala la doctrina, el legislador podría haber señalado algunas de las actividades que están prohibidas, tales como el envío de correo electrónicos, o llamadas fuera del horario laboral; la organización de reuniones en los periodos de descanso; la realización de contactos no urgentes; o la localización a través del teléfono personal de los empleados, salvo situaciones excepcionales¹¹⁴⁹.

regulación legal sobre teletrabajo, ocupándose la negociación colectiva de adaptar el contenido legal a la situación y circunstancias de cada empresa».

¹¹⁴⁶ Vide Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, artículo 18.

¹¹⁴⁷ Vide Code du travail, article L.22242-8.

¹¹⁴⁸ *Ídem* Article L2242-1.

¹¹⁴⁹ Vide María Luisa GONZÁLEZ TAPIA, “Derecho a la desconexión digital y teletrabajo”, *Diario LA LEY CIBERDERECHO*, 38, (2020), pp. 1 y ss.

Además, es de destacar como aspecto negativo la inclusión de un criterio para controlar el registro de la jornada, tanto al inicio como la finalización de la misma¹¹⁵⁰. Si bien, en España siempre ha existido una preferencia por controlar la productividad de los trabajadores en función del registro del espacio-tiempo en un centro de trabajo y horario del empleado. Así lo corroboran que las medidas del ejecutivo antes de que se desatara la pandemia, que estaban centradas en controlar el cumplimiento estricto de la jornada laboral¹¹⁵¹, como un mecanismo para verificar y luchar contra las defraudaciones a las cotizaciones a la Seguridad Social.

Sin embargo, hay que señalar que este tipo de medición de la eficiencia laboral está desfasado y es poco representativo de los trabajos del S. XXI. Si bien es cierto, uno de los miedos inherentes a la transformación digital es el cambio de modelo de las relaciones laborales, terminando de imponer los contratos temporales y parciales, e incluso los de obra o servicio en el conjunto global. El legislador español está cada vez más preocupado por el tipo de empleo que se está creando en España, más aún, si se observa el desarrollo de los supuestos del caso de los “riders” de la empresa Glovo¹¹⁵², u otras empresas similares de reparto.

En este sentido, no se puede obviar que uno de los riesgos asociados al teletrabajo es la pérdida del criterio de ajenidad o dependencia de los criterios y órdenes por parte del empresario¹¹⁵³, y que, de esta forma, las empresas encuentren una laguna legal para

¹¹⁵⁰ Vide Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, artículo 13.

¹¹⁵¹ Vide Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo, por el que se modificada el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, artículo 34.9.

¹¹⁵² Vide STS 2294/2020, de 25 de septiembre, FJ 21: «Es decir, tanto la forma de prestación del servicio, como su precio y forma de pago se establecen por Glovo. La empresa ha establecido instrucciones que le permiten controlar el proceso productivo. Glovo ha establecido medios de control que operan sobre la actividad y no solo sobre el resultado mediante la gestión algorítmica del servicio, las valoraciones de los repartidores y la geolocalización constante. El repartidor ni organiza por sí solo la actividad productiva, ni negocia precios o condiciones con los titulares de los establecimientos a los que sirve, ni recibe de los clientes finales su retribución. El actor no tenía una verdadera capacidad para organizar su prestación de trabajo, careciendo de autonomía para ello. Estaba sujeto a las directrices organizativas fijadas por la empresa. Ello revela un ejercicio del poder empresarial en relación con el modo de prestación del servicio y un control de su ejecución en tiempo real que evidencia la concurrencia del requisito de dependencia propio de la relación laboral».

¹¹⁵³ Vide STSJ de Castilla y León, 198/2016, de 3 de febrero de 2020, FJ 4: «(...) si la empresa ha establecido pautas claras sobre tiempo de trabajo respetuosas con la regulación legal y convencional sobre jornada y descansos y si además establece, de acuerdo con el trabajador, instrumentos de declaración y control del tiempo de trabajo a distancia o en el domicilio, sería posible admitir que una conducta del trabajador en el interior de su domicilio en vulneración de dichas pautas y omitiendo los instrumentos de control empresarial pudiera dar lugar a exceptuar el pago de las correspondientes horas y su computo como tiempo de trabajo. Pero en ausencia de esas pautas y criterios y de unos mínimos instrumentos de

reducir sus obligaciones fiscales. Y, es en esta faceta dónde debe incidirse para una reforma laboral que se adapte a la realidad de la sociedad digital: es imprescindible que se adapte el concepto de trabajo, y con él de trabajador, así como sus obligaciones.

3.4.3. El teletrabajo en el Estatuto Básico del Empleado Público.

A. Consideraciones previas: la regulación del teletrabajo antes y durante la crisis del Covid-19 para los empleados públicos.

Durante la pandemia se crea un derecho específico para regular esta figura que dote de seguridad jurídica suficiente a los empleados públicos. Sin embargo, este derecho considerado de necesidad¹¹⁵⁴ se ha extendido en el tiempo más allá de la situación de alarma sanitaria¹¹⁵⁵, de manera que, este ha pasado a ser ordinario dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

De este modo, con la extensión de la vigencia del Real Decreto-ley 8/2020, se pretendía dotar de seguridad jurídica suficiente a un sector tan importante de nuestro país, en el caso de que fuera necesario retornar al teletrabajo de forma obligatoria. Así, en el caso de que desate de nuevo otra crisis por la Covid-19, existiría un régimen jurídico previo, para paliar los posibles efectos adversos que pudiera desencadenar¹¹⁵⁶, en aras de garantizar la protección de la salud pública y el mantenimiento de la actividad convencional del Estado.

La “nueva normalidad”, impuesta por el miedo a que se desate de nuevo otra crisis sanitaria, es rehacía a la presencialidad, y a los desplazamientos y movilidad de los ciudadanos, tal y como avala la jurisprudencia¹¹⁵⁷. Por esta razón, las distintas

control no puede admitirse tal excepción, que sería equivalente a crear un espacio de total impunidad y ilegalidad en el trabajo a distancia y en el domicilio».

¹¹⁵⁴ Vide Vicente ÁLVAREZ GARCÍA “Coronavirus y derecho (III): los límites de los poderes de necesidad”, *Foro de Investigación en Ciencias Sociales y Jurídicas*, Universidad de Extremadura, (2020), p. 2.

¹¹⁵⁵ Vide Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes y extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del Covid-19, Disposición Adicional Tercera.

¹¹⁵⁶ Vide Vicente ÁLVAREZ GARCÍA, “Coronavirus y derecho (II): los elementos esenciales del derecho de necesidad”, *Foro de Investigación en Ciencias Sociales y Jurídicas*, Universidad de Extremadura, (2020), p. 2.

¹¹⁵⁷ Vide Auto 41/2020, de 20 de mayo, Juzgado Contencioso-Administrativo de Toledo, RJ 2: «Por otro lado, respecto de la ponderación de los intereses en conflicto, se entiende, que la evitación de propagación

Administraciones han diseñado un proceso de retorno gradual por plazos, que garantice la seguridad de las personas y la prestación de los servicios públicos sin interrupciones.

De este modo, el Gobierno, dando ejemplo de sus recomendaciones, acuerda para los centros de trabajo dependientes de la Administración General del Estado dos modalidades para la prestación de los servicios de los empleados públicos y asimilados¹¹⁵⁸: bien, presencial, que se podrá compaginar con hasta un 20% de la jornada no presencial; o bien, modalidad no presencial que deberá de ser hasta un 20% de la jornada presencial para los colectivos que la normativa prioriza¹¹⁵⁹, y un mínimo del 20% para el resto del personal.

Mientras que, los empleados públicos dependientes de las Comunidades Autónomas y otras entidades locales han adoptado su propio régimen de funcionamiento, aunque variando los porcentajes de presencialidad y trabajo a distancia, según los intereses y acuerdos del servicio que se desarrolle.

No obstante, el miedo a que se repitiera la necesidad de declarar un nuevo confinamiento general o sectorial de la población ha acelerado la regulación del teletrabajo de forma ordinaria para los empleados públicos¹¹⁶⁰. Si bien, la regulación del teletrabajo en las relaciones laborales era previsible y esperada, en tanto que, el régimen jurídico previo era escaso y sin las suficientes garantías legales. Por ello, inclusive se advierte que la reglamentación de éste ha sido más tardía de lo que inicialmente se esperaba, como consecuencia de la demanda social que se había generado. Sin embargo,

del virus y el derecho a la protección a la salud que puede verse afectado por el riesgo de contagio ha de primar en el caso presente frente a la reincorporación presencial de aquellos consecuencia sin afectación a priori del trabajo desempeñado. En consecuencia, sin prejuzgar la cuestión de fondo, se acordará inaudita parte la medida cautelar solicitada, por concurrir las circunstancias excepcionales legalmente previstas, por ser urgente e inaplazable su adopción y prevalente la protección de la salud, consagrada en el artículo 43.1 de la Constitución teniendo en cuenta los intereses en conflicto».

¹¹⁵⁸ *Vide* Resolución de 17 de junio de 2020, del Secretario de Estado de Política Territorial y Función Pública de medidas a adoptar en los centros de trabajo dependientes de la Administración General del Estado con motivo de la nueva normalidad, segunda: «Durante el periodo de vigencia de esta Resolución que regula medidas de carácter organizativo, de acuerdo con lo dispuesto en el Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19, las modalidades de trabajo serán presenciales y no presenciales».

¹¹⁵⁹ *Íbidem* Cuarta: «Igualmente, se deberá priorizar la prestación de trabajo en modalidades no presenciales para las empleadas y empleados públicos: a) Que tengan a su cargo menores de hasta 14 años. b) Que tengan a su cargo personas mayores, dependientes o con discapacidad, afectados por el cierre de centros de servicios sociales de carácter residencial y centros de día».

¹¹⁶⁰ *Vide* Real Decreto-ley 29/2020, de 29 de septiembre, de medidas urgentes en materia de teletrabajo en las Administraciones Públicas y de recursos humanos en el Sistema Nacional de Salud para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la Covid-19.

no ocurría idéntico supuesto con la incorporación del teletrabajo al EBEP, ya que, desde el inicio de las negociaciones, éste representaba uno de los puntos clave (o línea roja de la negociación colectiva) que parecía albergar posturas inamovibles entre las partes intervinientes. Esta falta de acuerdo inminente se refleja en la prórroga de la vigencia del artículo 6 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes y extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del Covid-19, hasta el 31 de enero de 2021. Por ello, no se esperaba la regulación de un régimen específico del teletrabajo para los empleados públicos hasta que no se aproximara el cumplimiento de la fecha de prórroga, lo que ha dejado asombrados, a la vez que perplejos, a la mayoría de los juristas.

La regulación jurídica general del teletrabajo para los empleados públicos se presenta como una conquista inalcanzable y que iba contra los estereotipos y las formas de control del rendimiento de la actividad dentro de la Administración¹¹⁶¹. De este modo, su inclusión dentro del Estatuto Básico del Empleado Público, tan sólo una semana después de su regulación para las relaciones laborales, ha sido una sorpresa alcanzar un acuerdo en esta materia. En consecuencia, el derecho de necesidad o extraordinario creado durante la crisis del Covid-19 ha dejado en nuestro ordenamiento jurídico figuras que ni siquiera esperábamos regular. La situación es desconcertante, pero a la par que alentadora, para iniciar la modernización y adaptación de la Administración Pública al medio digital.

B. Grupo normativo regulador.

El ámbito de aplicación subjetivo de la modificación que el Real Decreto-ley 29/2020, de 29 de septiembre, incorpora en nuestro ordenamiento jurídico está destinado exclusivamente a los empleados públicos¹¹⁶². Si bien, tanto el personal funcionario como estatutario tienen una relación no contractual, que se rige exclusivamente por el Derecho

¹¹⁶¹ Vide REDACCIÓN EL MUNDO DIGITAL, “Hacienda publicará un listado con el absentismo laboral entre los funcionarios de las Administraciones”, *El Mundo Digital*, 1 de mayo de 2018.

¹¹⁶² Vide Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, artículo 8: «1. Son empleados públicos quienes desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales. 2. Los empleados públicos se clasifican en: a) Funcionarios de carrera; b) Funcionarios interinos; c) Personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal; d) Personal eventual».

Administrativo, dado que, ésta nace a partir de un acto de nombramiento¹¹⁶³. En palabras de la doctrina, ésta es una relación:

«jurídico-administrativa caracterizada por una duradera y efectiva inserción del administrado en la esfera organizativa de la Administración, a resultas de la cual individuo queda sometido a un régimen jurídico peculiar que se traduce en un especial tratamiento de la libertad y los derechos fundamentales, así como de sus instituciones de garantía, de forma adecuada a los fines típicos de cada relación»¹¹⁶⁴.

a) El régimen común y de los empleados públicos dependientes de la Administración General del Estado.

- Ley 31/1995, de 8 de noviembre de prevención de riesgos laborales.
- Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y de Garantía de los Derechos Digitales.
- Real Decreto 488/1997, de 14 de abril, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas al trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización.
- Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.
- Real Decreto 299/2016, de 22 de julio, sobre protección de la salud y la seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a campos electromagnéticos.
- Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidad entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.

¹¹⁶³ Vide David LARIOS RISCO, “Artículo 8. Concepto y clases de empleados públicos”, en Alberto PALOMAR OLMEDA y otros, *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Cizur Menor, Navarra, 2008, p. 81.

¹¹⁶⁴ Vide Juan B. LORENZO DE MEMBIELA, *Derechos fundamentales de los funcionarios en la Administración: nuevos retos en las organizaciones burocráticas*, Cizur Menor, Navarra, 2010, pp. 494 y ss.

- Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del Covid-19.
- Real Decreto-ley 29/2020, de 29 de septiembre, de medidas urgentes en materia de teletrabajo en las Administraciones Públicas y de recursos humanos en el Sistema Nacional de Salud para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la Covid-19.
- Orden APU/3902/2005, por la que se dispone la publicación del Acuerdo de la Mesa General de Negociación por el que se establece medidas retributivas y para la mejora de las condiciones de trabajo y la profesionalización de los empleados públicos (Plan Concilia).
- Orden APU/1981/2006, de 21 de junio, por la que se promueve la implantación de programas piloto de teletrabajo en los departamentos ministeriales.
- Resolución de 22 de octubre de 2009, de la Secretaría de Estado para la Función Pública, por la que se publica el Acuerdo Gobierno-Sindicatos para la función pública en el marco del diálogo social 2010-2012.
- Resolución del Secretario de Estado de Política Territorial y Función Pública de 17 de junio de 2020, de medidas a adoptar en los centros de trabajo dependientes del Estado con motivo de la nueva normalidad.

b) La regulación del teletrabajo por las Comunidades Autónomas.

- Decreto 92/2012, de 29 de mayo, por la que se aprueba el Acuerdo sobre la prestación del servicio en la modalidad no presencial mediante la fórmula del teletrabajo por el personal empleado público de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi y sus organismos autónomos.
- Decreto 36/2013, de 29 de junio, por el que se regula la modalidad de prestación de servicios mediante teletrabajo en la Administración de la Comunidad Autónoma de Illes Balears.
- Decreto 57/2013, de 12 de agosto, por el que se regula la prestación de servicios de los empleados públicos en régimen de teletrabajo en la Administración de la junta de Comunidades de Castilla La Mancha.

- Decreto 45/2013, de 5 de diciembre, por el que se regula la prestación del servicio en la modalidad no presencial mediante la fórmula del teletrabajo para el personal funcionario y laboral al servicio de la Administración General de la Comunidad Autónoma de La Rioja y sus organismos autónomos.
- Decreto, 82/2016, de 8 de julio del Consell, por el que se regula la prestación de servicios en régimen de teletrabajo del personal empleado público de la Administración General de la Generalitat.
- Decreto 16/2018, de 7 de junio, por el que se regula la modalidad de prestación de servicios en régimen de teletrabajo en la administración de la comunidad de castilla y león.
- Decreto 1/2018, de 10 de enero, por el que se regula la prestación del servicio en la modalidad no presencial, mediante la fórmula del teletrabajo, en la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura.
- Decreto 77/2020, de 4 de agosto, por el que se regula la prestación de servicios en la modalidad de teletrabajo para el personal al servicio de la Administración de la Generalidad de Cataluña y sus organismos autónomos.
- Decreto 79/2020, de 16 de septiembre, del Consejo de Gobierno, por el que se regula la modalidad de prestación de servicios en régimen de teletrabajo en la Administración de la Comunidad de Madrid.
- Orden de 20 de diciembre de 2013, conjunta de la Vicepresidencia y Consellería de Presidencia, Administraciones Públicas y Justicia y de la Consellería de Hacienda, por la que se regulan la acreditación, la jornada y el horario de trabajo, la flexibilidad horaria y el teletrabajo de los empleados públicos en el ámbito de la Administración general y del sector público de la Comunidad Autónoma de Galicia.
- Orden de 14 de diciembre de 2020 por a que se publica el Acuerdo sobre la prestación de servicios en la modalidad de trabajo en la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia.
- Resolución conjunta de 8 de agosto de 2014, de la Dirección General de Evaluación y Reforma Administrativa y de la Dirección General de la Función Pública, por la que se dictan las instrucciones relativas al desarrollo de la Orden

de 20 de diciembre de 2013, por la que se regulan la acreditación, la jornada y el horario de trabajo, la flexibilidad horaria y el teletrabajo de los empleados públicos en el ámbito de la Administración general y del sector público de la Comunidad Autónoma de Galicia.

- Resolución de 11 de junio de 2020, de la Secretaría General de la Consejería de Presidencia y Hacienda, por la que se dispone la publicación en el Boletín Oficial de la Región de Murcia del Acuerdo de Consejo de Gobierno de 11 de junio de 2020, por el que se ratifica el Acuerdo de la Mesa Sectorial de Administración y Servicios de 5 de junio de 2020, por el que se determinan los criterios para la aplicación temporal del teletrabajo en el marco de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 en la Administración Pública de la Región de Murcia.
- Resolución de 7 de septiembre de 2020, de la Consejería de Administración Autonómica, Medio Ambiente y Cambio Climático, por la que se dictan instrucciones de carácter organizativo en materia de empleo público para la prevención del COVID-19 mientras persista la declaración de crisis sanitaria establecida en el artículo 2.3 del Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio
- Resolución de 16 de septiembre de 2020, de la Secretaría General para la Administración Pública, por la que se aprueba y ordena la publicación del Pacto de la Mesa General de Negociación Común del Personal Funcionario, Estatutario y Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía, de 14 de septiembre de 2020, que aprueba el Protocolo de medidas organizativas para la aplicación temporal del régimen de trabajo no presencial en el marco de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.
- Orden HAP/320/2021, de 31 de marzo, por la que se regula la modalidad de prestación de servicios en régimen de teletrabajo en la Administración General de la Comunidad Autónoma de Aragón y sus Organismos Públicos

C. Características del régimen jurídico establecido.

El artículo 47 bis del Estatuto Básico del Empleado Público es el encargado de regular el teletrabajo. Si bien, en primer lugar, recoge la conceptualización de esta figura como:

«aquella modalidad de prestación de servicios a distancia en la que el contenido competencial del puesto de trabajo puede desarrollarse, siempre que las necesidades del servicio lo permitan, fuera de las dependencias de la Administración, mediante el uso de tecnologías de la información y comunicación».

En puridad, no se establecen diferencias significativas en la regulación jurídica del teletrabajo entre las relaciones laborales y los empleados públicos. La esencia de esta figura se perpetúa en ambos supuestos, como es la no realización de la actividad o prestación del servicio en el lugar de trabajo ordinario y la utilización de las nuevas tecnologías como instrumento facilitado de esa labor. Con posterioridad, el artículo 47 bis del EBEP realiza una serie de consideraciones sobre los caracteres y límites de esta modalidad de prestación del servicio, las cuáles si difieren de lo previsto para las relaciones laborales.

En primer lugar, en el EBEP se distingue una única modalidad de prestación y desarrollo de la actividad fuera de las dependencias de la Administración, regulando únicamente el teletrabajo como una forma a distancia de prestación de los servicios. Sin embargo, no distingue entre teletrabajo y a trabajo a distancia, ambas figuras reconocidas e introducidas por el Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, en el Estatuto de los Trabajadores. No obstante, como el teletrabajo es una modalidad de trabajo a distancia, su falta de inclusión no provoca una gran diferencia entre ambos regímenes.

En este sentido, lo único que hace la normativa es presumir que los empleados públicos que se acogen a la modalidad no presencial están desempeñando o prestando sus servicios desde su vivienda, en todos los casos. No obstante, esto si que repercute sobre las obligaciones de los empleados públicos, en tanto que, deben comunicar cualquier variación del entorno acordado. La prestación del servicio en un lugar u otro puede parecer una cuestión baladí, pero la mayoría de las ocasiones, para el desarrollo de esta actividad se necesita de licencias y permisos tecnológicos que están asociados a un dispositivo y localización geográfica concretos. De manera que, esto tiene especial

trascendencia para la protección de la seguridad¹¹⁶⁵ y de los datos que obran en poder del sistema.

En consecuencia, la falta de comunicación del cambio del lugar de trabajo puede conllevar responsabilidad para los empleados públicos, en tanto que, imposibilita que se le doten de los instrumentos adecuados para proteger los sistemas de funcionamiento de la Administración a la que pertenece. La ciberseguridad¹¹⁶⁶ es uno de los enclaves estratégicos que posibilitarán la evolución digital de la Administración, más aún, cuando entre las previsiones del Gobierno se encuentra incluirla como un servicio público¹¹⁶⁷. Por ello, hay que prestar especial atención, para dotar a los empleados públicos de la formación y herramientas adecuadas para proteger el sistema ante los ciberataques.

En segundo lugar, el ejercicio de esta modalidad organizativa está supeditado a “*a que las necesidades del servicio lo permitan*”. Realmente, esto es una obviedad que no era necesaria de incluir en la regulación, puesto que, ocurre en iguales términos en todas las relaciones. No cabe duda sobre el hecho de que no todos los servicios y actividades pueden desarrollarse en la modalidad de no presencial, sino que, sólo aquellos que por sus características y especialmente por la innecesaria asistencia al centro de trabajo pueden acogerse a este régimen.

Sin embargo, la reiteración parece querer incluir los criterios recogidos en la jurisprudencia¹¹⁶⁸ sobre el teletrabajo hasta ese momento. No obstante, su inclusión no cambia para nada el régimen jurídico, en tanto que, tal y como ha señalado el Tribunal Supremo:

«las "necesidades del servicio" constituyen un concepto jurídico indeterminado, y es a la Administración a quien corresponde en cada caso

¹¹⁶⁵ Vide Natalia ORDÓÑEZ PASCUA, “Relaciones de trabajo y ciberseguridad: nuevos retos en un futuro tecnológico incierto”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 53, (2019), pp. 268 y ss.

¹¹⁶⁶ Vide STC 142/2018, de 20 de diciembre de 2018, FJ 4: *«conjunto de mecanismos dirigidos a la protección de las infraestructuras informáticas y de la información digital que albergan, fácilmente se infiere que, en tanto que dedicada a la seguridad de las tecnologías de la información, presenta un componente tuitivo que se proyecta específicamente sobre el concreto ámbito de la protección de las redes y sistemas de información que utilizan los ciudadanos, empresas y administraciones públicas. El uso cotidiano de las tecnologías de la información y la comunicación ha provocado que se conviertan en un elemento esencial para el desarrollo económico y las relaciones sociales. No obstante, es también un hecho constatado que las amenazas a la seguridad de la red comportan un riesgo que afecta a los ámbitos más diversos, por cuanto pueden afectar a la disponibilidad, integridad y confidencialidad de la información»*

¹¹⁶⁷ Vide Plan España Digital 2025, Madrid, 2020, pp. 34-35.

¹¹⁶⁸ Vide STSJ de Castilla-La Mancha 537/2017, de 29 de diciembre, FJ 4.

concreto acreditar el presupuesto de hecho y los motivos que justifican su apreciación deviniendo, en caso de no hacerlo, ineficaz la decisión por falta de motivación»¹¹⁶⁹.

De este modo, el hecho de no establecer criterios objetivos que determinen que se entienda por necesidades del servicio, no va a ayudar a esclarecer las dudas interpretativas que de este supuesto puedan derivar. Además, la inclusión de este criterio de forma explícita parece estar también destinada a evitar la despersonalización de las Administraciones Públicas. Si bien, a medida que aumentan los instrumentos tecnológicos parece que la Administración, ese ente orgánico, se aleja del contacto directo y personal con los ciudadanos, lo que termina por generar cierta desconfianza en el sistema.

En tercer lugar, a diferencia de lo que ocurría en las relaciones laborales donde las partes estaban vinculadas por un acuerdo, en el supuesto de los empleados públicos es necesaria una autorización expresa de la Administración competente¹¹⁷⁰. Se sobrentiende que esta autorización será todo caso reglada y simple, puesto que, el teletrabajo no es una modalidad ordinaria de prestación del servicio. De manera que, deberá ser autorizado analizando caso por caso, y verificando si se cumple con los requisitos personales para ello.

En consecuencia, el elemento conectivo de esta relación será una autorización administrativa lo que, en sentido contrario, obliga a establecer: por un lado, un formulario electrónico que facilite la petición de teletrabajo; y, por otro lado, establecer un régimen adecuado sobre los motivos y límites de la capacidad discrecional de la Administración competente, tanto para conceder como rechazar las peticiones.

En cuarto lugar, el teletrabajo *“tendrá carácter voluntario y reversible salvo en supuestos excepcionales debidamente justificados”*¹¹⁷¹. El legislador otorga de este modo un poder de concesión de este derecho a los empleados públicos completamente discrecional. Si bien, con esta regulación tan laxa, el teletrabajo se puede convertir tanto

¹¹⁶⁹ Vide STS 5866/2006, de 22 de diciembre de 2006, FJ 4.

¹¹⁷⁰ Vide Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, artículo 47. 2 bis.

¹¹⁷¹ *Ibidem*

CAPÍTULO SEGUNDO

LA REVOLUCIÓN “INTERNET”: EL IMPULSOR DE LA SOCIEDAD DIGITAL

en una recompensa para los empleados sobre los que se tenga cierta afinidad, como en un castigo para aquellos que se muestren rechazo a seguir las indicaciones. Este poder puede implicar la pérdida de objetividad y de control de lo que ocurre dentro de las Administraciones Públicas.

Al final, estar dentro de la Administración, implica la presencialidad del sujeto, lo que permite corroborar y controlar el cumplimiento de la Ley. De contrario, éste es un mecanismo para evitar la corrupción del sistema, de ahí se deriva, la especial necesidad de garantizar la voluntariedad de este sistema organización entre las partes. Por ello, el legislador intenta arreglar el control de esa potestad añadiendo lo siguiente:

«se realizará en los términos de las normas que se dicten en desarrollo de este Estatuto, que serán objeto de negociación colectiva en el ámbito correspondiente y contemplarán criterios objetivos en el acceso a esta modalidad de prestación de servicio».

En consecuencia, se insta a la negociación colectiva para adecuar los criterios de acceso a esta modalidad, de manera que sean completamente objetivos y no quepa discrecionalidad por parte de la Administración competente para su concesión o denegación. Algunos de los requisitos previos para otorgar el ejercicio de esta modalidad de prestación de servicios pueden ser la obligatoria formación o acreditación de competencias digitales. Así, lo venían recogiendo ya algunas legislaciones autonómicas como es el caso de La Rioja¹¹⁷² y de Extremadura¹¹⁷³. Asimismo, también se recoge en el Reglamento por el que se regula la prestación de servicios en régimen de teletrabajo en la Diputación provincial de Almería, que recoge como requisito previo de acceso la realización de un curso sobre teletrabajo, cuyo contenido verse especialmente sobre las materias de a prevención de riesgos laborales, de las medidas de seguridad de los sistemas de información y protección de datos de carácter personal¹¹⁷⁴.

¹¹⁷² Vide Decreto 45/2013, de 5 de diciembre, por el que se regula la prestación del servicio en la modalidad no presencial mediante la fórmula del teletrabajo para el personal funcionario y laboral al servicio de la Administración General de la Comunidad Autónoma de La Rioja y sus organismos autónomos, artículo 5.

¹¹⁷³ Vide Decreto 1/2018, de 10 de enero, por el que se regula la prestación del servicio en la modalidad no presencial, mediante la fórmula del teletrabajo, en la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura, artículo 9.

¹¹⁷⁴ Vide Reglamento por el que se regula la prestación de servicios en régimen de teletrabajo en la Diputación provincial de Almería, artículo 3.5.

Mientras que, por otro lado, el artículo no sólo no contempla homogenizar los criterios de acceso, sino que, ni siquiera se refiere a aquellos que pueden tener prioridad en la prestación del servicio por teletrabajo. De este modo, se podrían establecer principios comunes en todo el ordenamiento jurídico, como sería la protección de la salud en personas especialmente vulnerables, la necesidad de conciliar la vida laboral con la familiar, la ayuda a empleados que tienen a su cargo personas dependientes, o la reducción de la movilidad. En consecuencia, la carencia de un régimen común provoca que, por ejemplo, en la Comunidad de Castilla y León, la condición que mayores puntos otorga es tener pareja con hijos menores de edad que tengan reconocido un grado II de dependencia¹¹⁷⁵, mientras que, en la Diputación de Almería la causa que mayor puntuación otorga para su concesión sea la de ser familia monoparental¹¹⁷⁶.

Además, también se echa en falta, la necesidad de que el régimen jurídico circunscriba esta modalidad en el tiempo, y establezca los porcentajes mínimos y máximos de presencialidad en el desarrollo del servicio. Si bien, la situación que genera es desconcertante, en tanto que, cada Administración Pública puede regular tanto la duración máxima y mínima de esta modalidad, o la falta de equiparación entre la actividad presencial de unas Administraciones u otras.

No obstante, como regla general se ha asumido implícitamente un límite mínimo de 3 meses de ejercicio y máximo de 12 meses, como es el caso de la Comunidad Autónoma de Extremadura¹¹⁷⁷, Illes Balears¹¹⁷⁸ o el País Vasco¹¹⁷⁹. Así, por ejemplo, en la Diputación de Almería, la duración de esta modalidad de prestación del servicio que

¹¹⁷⁵ *Vide* Decreto 16/2018, de 7 de junio, por el que se regula la modalidad de prestación de servicios en régimen de teletrabajo en la administración de la comunidad de castilla y león, artículo 6.

¹¹⁷⁶ *Vide* Reglamento por el que se regula la prestación de servicios en régimen de teletrabajo en la Diputación provincial de Almería, artículo 5.

¹¹⁷⁷ *Vide* Decreto 1/2018, de 10 de enero, por el que se regula la prestación del servicio en la modalidad no presencial, mediante la fórmula del teletrabajo, en la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura, artículo 6.1.

¹¹⁷⁸ *Vide* Decreto 36/2013 de 28 de junio, por el que se regula la modalidad de prestación de servicios mediante teletrabajo en la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, artículo 9.1.

¹¹⁷⁹ *Vide* Decreto 92/2012, de 29 de mayo, por la que se aprueba el Acuerdo sobre la prestación del servicio en la modalidad no presencial mediante la fórmula del teletrabajo por el personal empleado público de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi y sus organismos autónomos, artículo 8.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA REVOLUCIÓN “INTERNET”: EL IMPULSOR DE LA SOCIEDAD DIGITAL

deberá ser de 3 meses mínimo, mientras que, el límite máximo es de 12 meses, debiendo haber entre cada modalidad 3 meses de presencialidad¹¹⁸⁰.

Mientras que, en lo que se refiere a los porcentajes de presencialidad en la Comunidad de Castilla la Mancha¹¹⁸¹ y Galicia¹¹⁸² no prevén un período concreto de mínimos de presencialidad. Y, en la Comunidad Autónoma de Extremadura¹¹⁸³ y de Illes Balears¹¹⁸⁴, la duración la jornada semanal de trabajo se distribuirá de manera que tres días se presten de forma no presencial mediante la fórmula de teletrabajo y el tiempo restante en jornada presencial y, en ningún caso, la jornada diaria de trabajo podrá fraccionarse para su prestación en ambas modalidades. En este sentido, a través del establecimiento de este régimen, se permite que roten distintos empleados públicos, garantizando siempre la atención personal en las Administraciones e imposibilitando la perpetuidad de la modalidad no presencial en el desarrollo del servicio.

Huelga decir que, esto está en consonancia con el régimen general que pretende establecer el Real Decreto 29/2020, de 29 de septiembre, en tanto que, éste afirma que:

«En cualquier caso, la prestación de servicio a distancia mediante la modalidad de teletrabajo no será considerada como ordinaria. La diversa naturaleza de los servicios a la ciudadanía que las distintas Administraciones Públicas tienen encomendadas, y en aras a garantizar la prestación de los mismos, hace necesario determinar que la prestación de servicios en la modalidad de teletrabajo no puede ser absoluta. Será cada ámbito y en la normativa reguladora que a tal efecto se dicte por cada Administración competente donde determine el porcentaje de la prestación de servicios que pueda

¹¹⁸⁰ Vide Reglamento por el que se regula la prestación de servicios en régimen de teletrabajo en la Diputación provincial de Almería, artículo 7.

¹¹⁸¹ Vide Decreto 57/2013, de 12 de agosto, por el que se regula la prestación de servicios de los empleados públicos en régimen de teletrabajo en la Administración de la junta de Comunidades de Castilla La Mancha, artículo 3.

¹¹⁸² Vide Orden de 20 de diciembre de 2013, conjunta de la Vicepresidencia y Consellería de Presidencia, Administraciones Públicas y Justicia y de la Consellería de Hacienda, por la que se regulan la acreditación, la jornada y el horario de trabajo, la flexibilidad horaria y el teletrabajo de los empleados públicos en el ámbito de la Administración general y del sector público de la Comunidad Autónoma de Galicia, artículo 6.

¹¹⁸³ Vide Decreto 1/2018, de 10 de enero, por el que se regula la prestación del servicio en la modalidad no presencial, mediante la fórmula del teletrabajo, en la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura, artículo 6.2.

¹¹⁸⁴ Vide Decreto 36/2013 de 28 de junio, por el que se regula la modalidad de prestación de servicios mediante teletrabajo en la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, artículo 9.2.

desarrollarse por esta nueva modalidad, de tal manera que, se combine la presencialidad y el teletrabajo en el régimen que se establezca»¹¹⁸⁵.

En quinto lugar, se establece un sistema de trabajo por objetivos y de evaluación de su cumplimiento. Esta metodología para medir la eficiencia laboral es más adecuada, no sólo dentro de la modalidad del teletrabajo, sino de todos aquellos desarrollan una actividad que no es mecánica y repetitiva, y que tienen cierto contenido intelectual y de reflexión. Si bien, esto representa una novedad dentro del sistema organizativo de la Administración, puesto que, es indudable que existe una cultura muy arraigada de la importancia o imprescindibleidad de presencia en el puesto de trabajo. Así, las horas que pasan sentados frente al ordenador computan lo mismo que las de trabajo efectivo, dado que, son consideradas como parte del cumplimiento de la jornada interpuesta. Sin embargo, tal y como la doctrina:

«sería más correcto definir el horario de trabajo como las horas que efectivamente se trabajan, con independencia de dónde se encuentre el trabajador, o de si determinada tarea éste la realiza un domingo por la noche y no un martes de “de 8 a 15h”»¹¹⁸⁶.

En la actualidad, ha dejado de tener sentido medir la productividad de los empleados públicos en relación con el registro de la jornada en un espacio tiempo-concreto, porque la presencialidad no implica calidad o efectividad. Así, la productividad de los trabajadores se puede medir a través del establecimiento de objetivos específicos, como pueden ser proyectos o datos concretos, tanto de forma individual como grupal o colectiva. Como normal general, las disposiciones autonómicas sobre el teletrabajo remiten a lo acordado por el superior jerárquico en la autorización que posibilita esta

¹¹⁸⁵ Vide Real Decreto-ley 29/2020, de 29 de septiembre, de medidas urgentes en materia de teletrabajo en las Administraciones Públicas y de recursos humanos en el Sistema Nacional de Salud para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la Covid-19, Exposición de motivos III.

¹¹⁸⁶ Vide Víctor ALMONACID LAMELAS, “El teletrabajo en la Administración: horas eficientes versus horas de sillón”, *Capital Humano*, 349, (2020), p. 4.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA REVOLUCIÓN “INTERNET”: EL IMPULSOR DE LA SOCIEDAD DIGITAL

modalidad de prestación del servicio. Es el caso, por ejemplo, de La Rioja¹¹⁸⁷, País Vasco¹¹⁸⁸ o Extremadura¹¹⁸⁹.

Sin embargo, Galicia no hace remisión explícita a esa organización por objetivos que señala la Ley, aunque de forma indirecta si que lo establece como una causa de cese de la prestación del servicio¹¹⁹⁰. En consecuencia, junto a este sistema de objetivos también se puede introducir otras medidas que complementen el régimen como, por ejemplo, criterios relacionados con la calidad y cantidad de trabajo producido, la fijación de plazos para la entrega y finalización, o la comunicación obligatoria entre los miembros del equipo de trabajo y el seguimiento de la evolución del mismo, a través de llamadas de teléfono, reuniones periódicas o los intercambios de e-mail¹¹⁹¹.

Para verificar el cumplimiento de estos objetivos, la Comunidad de Castilla y León crea una Comisión de seguimiento del teletrabajo, órgano que no se configura en otras Administraciones¹¹⁹². Mientras que, en la Diputación de Almería se incluye la obligación de realizar una memoria anual “*donde se recojan los objetivos o la consecución de los resultados dentro de la unidad administrativa*”¹¹⁹³.

Esto incorpora una tarea adicional para los empleados públicos que no está prevista para el resto de los trabajadores, dado que, la verificación de que se está realizando la actividad en los términos y condiciones apropiadas corre a cargo del superior jerárquica o el encargado de coordinador la actividad. En consecuencia, se

¹¹⁸⁷ Vide Decreto 45/2013, de 5 de diciembre, por el que se regula la prestación del servicio en la modalidad no presencial mediante la fórmula del teletrabajo para el personal funcionario y laboral al servicio de la Administración General de la Comunidad Autónoma de La Rioja y sus organismos autónomos, artículo 4.

¹¹⁸⁸ Vide Decreto 92/2012, de 29 de mayo, por la que se aprueba el Acuerdo sobre la prestación del servicio en la modalidad no presencial mediante la fórmula del teletrabajo por el personal empleado público de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi y sus organismos autónomos, artículo 2.

¹¹⁸⁹ Vide Decreto 1/2018, de 10 de enero, por el que se regula la prestación del servicio en la modalidad no presencial, mediante la fórmula del teletrabajo, en la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura, artículo 8.

¹¹⁹⁰ Vide Orden de 20 de diciembre de 2013, conjunta de la Vicepresidencia y Consellería de Presidencia, Administraciones Públicas y Justicia y de la Consellería de Hacienda, por la que se regulan la acreditación, la jornada y el horario de trabajo, la flexibilidad horaria y el teletrabajo de los empleados públicos en el ámbito de la Administración general y del sector público de la Comunidad Autónoma de Galicia, artículo 15.

¹¹⁹¹ Vide Félix SERRANO DELGADO, “Las posibilidades del teletrabajo en las AAPP”, *Boletic*, 62, (2012), p. 21.

¹¹⁹² Vide Decreto 16/2018, de 7 de junio, por el que se regula la modalidad de prestación de servicios en régimen de teletrabajo en la administración de la comunidad de castilla y león, artículo 25.

¹¹⁹³ Vide Reglamento por el que se regula la prestación de servicios en régimen de teletrabajo en la Diputación provincial de Almería, artículo 10.6.

genera el deber a los empleados públicos de demostrar que se está cumpliendo con las obligaciones generales, de manera que, éstos se encargarían de realizar la actividad de supervisión que tienen encomendados órganos específicos dentro la Administración.

En sexto lugar, se reconocen los mismos derechos y deberes, tanto individuales como colectivos, al personal que preste sus servicios mediante la modalidad de teletrabajo que al resto de empleados públicos en modalidad presencial. Si bien, en la norma se reconocen de forma específica a lo largo del artículo el derecho a la formación o la promoción profesional. Pero, llama la atención que no se haga especial mención a los derechos digitales reconocidos en la Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y de Garantía de los Derechos Digitales, como si ocurre en la regulación del teletrabajo por cuenta ajena.

No obstante, en la exposición de motivos del Real Decreto 29/2020, de 29 de septiembre, si que se hace especial mención a la protección de estos derechos, cuando se afirma que:

«manteniendo(se) los derechos correspondientes, tales como el derecho a la intimidad o la desconexión digital y prestando una especial atención a los deberes en materia de confidencialidad y protección de datos».

En este sentido, la Ley 3/2018, de 5 de diciembre, hace como propios de la función pública los derechos digitales de las relaciones laborales, pero se olvida de los caracteres que rigen en estas relaciones, haciendo una extensión general sin mucho sentido. Por ejemplo, en el ámbito del derecho a la desconexión digital se promueve su desarrollo a través de la negociación colectiva o la elaboración de políticas internas de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas por parte del empresario.

De este modo, las recomendaciones que se dictan están dirigidas a las relaciones laborales, y no pensadas para que sean incorporadas dentro de las Administraciones Públicas, especialmente, por el lugar que se pretende otorgar a la negociación colectiva que, ya llama la atención por su desmesura en las relaciones laborales. Por esta razón, tal y como afirma la doctrina, las diferentes naturalezas jurídicas de las relaciones, así como

también, la falta de un mandato de transposición de la LOPDGDD al EBEP, adaptando sus normas al contenido que éste recoge, dificulta su aplicación¹¹⁹⁴.

En séptimo lugar, se reconoce el derecho a que la Administración proporcione a los empleados públicos que desarrollen sus servicios en esta modalidad los medios tecnológicos necesarios. En este supuesto es donde reside una de las grandes diferencias entre los regímenes regulatorios: en el teletrabajo de las relaciones laborales se reconoce expresamente el derecho a la dotación de medios, equipos y herramientas necesarios, y al abono o compensación de gastos; mientras que, en el supuesto de los empleados públicos no se recogen tales términos.

El legislador únicamente acuerda la proporción de los medios tecnológicos, pero se olvida (o no) de incluir los medios materiales, tales como los recursos de oficina. Además, tampoco se recoge el abono o compensación de otros gastos, como la contratación de la red o el incremento del gasto de luz que supone teletrabajar desde casa. De esta forma, es como se ha acostumbrado a legislar el Gobierno de los últimos años, es muy fácil crear Derecho cuando se posterga la dotación presupuestaria suficiente para cumplirlo con garantías.

Así, la legislación de La Rioja reconoce únicamente el derecho a proveer de las aplicaciones informáticas y la asistencia técnica que sea necesaria para la realización del trabajo¹¹⁹⁵. Mientras que, en la norma de Castilla y León establece que el equipamiento básico será aportado por los empleados públicos, e inclusive le corresponde solucionar las incidencias imputables a su equipo informático y la conectividad¹¹⁹⁶.

Pero, es que, es más en Castilla La Mancha es un requisito previo de acceso disponer de un ordenador personal con un software concreto establecido por la dirección general competente y una conexión a Internet de banda ancha¹¹⁹⁷. Y, por último, en la

¹¹⁹⁴ Vide Edurne TERRADILLOS ORMAETXEA, “El derecho a la protección de datos de los empleados públicos: similitudes y peculiaridades en comparación con los trabajadores por cuenta ajena”, *Revista General de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social*, 54, (2019), p. 15 y ss.

¹¹⁹⁵ Vide Decreto 45/2013, de 5 de diciembre, por el que se regula la prestación del servicio en la modalidad no presencial mediante la fórmula del teletrabajo para el personal funcionario y laboral al servicio de la Administración General de la Comunidad Autónoma de La Rioja y sus organismos autónomos, artículo 15.

¹¹⁹⁶ Vide Decreto 16/2018, de 7 de junio, por el que se regula la modalidad de prestación de servicios en régimen de teletrabajo en la administración de la comunidad de castilla y león, artículo 19.

¹¹⁹⁷ Vide Decreto 57/2013, de 12 de agosto, por el que se regula la prestación de servicios de los empleados públicos en régimen de teletrabajo en la Administración de la junta de Comunidades de Castilla La Mancha, artículo 5.

Diputación de Almería, más generosa en este sentido, facilitará el equipo informático y el acceso a las aplicaciones necesarias para el desempeño del servicio, pero excluye el abono de la línea de acceso a Internet¹¹⁹⁸.

En octavo lugar, no se reconoce el derecho al horario flexible o de un registro adecuado del horario de prestación del servicio. Esto llama especialmente la atención, por esa preferencia anteriormente citada de controlar la productividad de los trabajadores, en función del registro del espacio-tiempo en un lugar y horario concreto. Asimismo, lo acreditan las medidas del ejecutivo adoptadas antes de la pandemia centradas en controlar el cumplimiento estricto de la jornada laboral de los funcionarios públicos y asimilados¹¹⁹⁹.

No obstante, en la exposición de motivos del Real Decreto-ley 29/2020, de 29 de septiembre, si que se hace expresa mención a que:

«el teletrabajo no podrá suponer ningún incumplimiento de la jornada y el horario que corresponda en cada caso».

Así, a modo de ejemplo, en la Comunidad Autónoma de La Rioja se recoge la necesidad de incluir el horario que se establece para el cumplimiento de la jornada en el acuerdo, y la designación de la persona que se encargará de supervisar al teletrabajador¹²⁰⁰. No obstante, si hay una Comunidad que redacta las modalidades del régimen de horario flexible de forma muy elocuente, es el caso de Galicia, donde se prevé la flexibilidad por razones de conciliación de la vida familiar y laboral, la flexibilización automática, y los horarios especiales¹²⁰¹.

¹¹⁹⁸ Vide Reglamento por el que se regula la prestación de servicios en régimen de teletrabajo en la Diputación provincial de Almería, artículo 15.

¹¹⁹⁹ Vide Resolución de 28 de febrero de 2019, de la Secretaria de Estado de Función Pública, por la que se dictan instrucciones sobre jornada y horarios de trabajo del personal al servicio de la Administración General del Estado y sus organismos públicos, artículo 12.

¹²⁰⁰ Vide Decreto 45/2015, de 5 de diciembre, por el que se regula la prestación del servicio en la modalidad no presencial mediante la fórmula del teletrabajo para el personal funcionario y laboral al servicio de la Administración General de la Comunidad Autónoma de La Rioja y sus Organismos Autónomos, artículo 11.

¹²⁰¹ Vide Orden de 20 de diciembre de 2013, conjunta de la Vicepresidencia y Consellería de Presidencia, Administraciones Públicas y Justicia y de la Consellería de Hacienda, por la que se regulan la acreditación, la jornada y el horario de trabajo, la flexibilidad horaria y el teletrabajo de los empleados públicos en el ámbito de la Administración general y del sector público de la Comunidad Autónoma de Galicia, Artículo 6.

En noveno lugar, se obvia cualquier pronunciamiento en la regulación sobre la prevención de riesgos laborales y protección de la salud de los empleados públicos que presten sus servicios por la modalidad de teletrabajo. La falta de verificación de que el lugar donde se está desarrollando la prestación del servicio cumple con las condiciones necesarias puede conllevar graves consecuencias para la Administración, puesto que, se incrementan los riesgos de padecer tecnoestrés, fatiga informática o sedentarismo. Así, por ejemplo, la Comunidad de las Illes Balears solicita que se rellene un cuestionario de autocomprobación en materia de prevención de riesgos laborales para el puesto facilitado, así como también, la formación específica en esta materia¹²⁰².

Mientras que, en la Comunidad Autónoma de Extremadura, será el servicio de prevención de riesgos laborales quién valorará el entorno en el que la persona trabajadora realizará sus funciones en régimen no presencial y emitirá un informe de las condiciones del mismo¹²⁰³. No obstante, en este sentido es de destacar el tratamiento que efectúa la Diputación Provincial de Almería, donde se introduce la necesidad de firmar una declaración responsable de que el puesto de trabajo donde se va a desempeñar el servicio reúne los requisitos necesarios para ellos. En consecuencia, desde ese mismo momento es responsabilidad propia del empleado público que se cumplan con las condiciones de seguridad y salubridad recogidas en la normativa¹²⁰⁴.

El teletrabajo tiene viabilidad dentro de las Administraciones Públicas, a la par que se convierte en un elemento estratégico de la gestión de los recursos humanos. De este modo, esta herramienta permite adaptar las necesidades de los empleados públicos a la gestión de los servicios públicos, lo que implica una búsqueda de mejora continuada del sistema¹²⁰⁵. Así, con su implantación la Administración promueve la eficacia y modernización de la gestión de los procedimientos, al incorporar y utilizar de forma obligada las nuevas tecnologías en la prestación de los servicios públicos. Esto contribuye

¹²⁰² Vide Decreto 36/2013 de 28 de junio, por el que se regula la modalidad de prestación de servicios mediante teletrabajo en la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, artículo 11.

¹²⁰³ Vide Decreto 1/2018, de 10 de enero, por el que se regula la prestación del servicio en la modalidad no presencial, mediante la fórmula del teletrabajo, en la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura, artículo 11.

¹²⁰⁴ Vide Reglamento por el que se regula la prestación de servicios en régimen de teletrabajo en la Diputación provincial de Almería, artículo 17.

¹²⁰⁵ Vide Diego MEGINO FERNÁNDEZ y Eugenio LANZADERA ARENCIBIA, “El derecho a la desconexión digital: delimitación y análisis. Aplicación práctica en la Administración Pública, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, 18, (2020), p. 74.

a virar el proceso de evolución de la Administración hacia la digitalización. Además, debe ser visto como una posibilidad de ofrecer nuevos y mejores servicios a los ciudadanos¹²⁰⁶, adaptándose a unas necesidades concretas, relacionadas con el mundo digital.

Sin embargo, el éxito de este método de trabajo va a depender de la dotación de medios materiales y la preparación del personal, las normas de seguridad y políticas de formación, el cambio de mentalidad de prestar servicios por objetivos o la necesidad de establecer un marco mínimo de conciliación entre lo laboral y lo personal. Ahora bien, ¿es suficiente el régimen jurídico establecido hasta ahora para garantizar el éxito del teletrabajo en las Administraciones Públicas? La respuesta debe ser negativa. Este ha sido un paso muy importante para tratar de homogenizar el tratamiento de la cuestión, pero, en puridad, no ha cambiado nada sobre la disgregación de criterios, ni tampoco se han establecido garantías superiores a las previamente configuradas.

IV. Régimen jurídico del Derecho de Internet.

1. El Derecho de Internet.

1.1. Concepto.

Pese a su nacimiento libre y anárquico, son diversas las esferas normativas a las que tiene que enfrentarse Internet: primero las de carácter *consuetudinario* establecidas por los propios internautas y, después, las instauradas por los Gobiernos de todo el mundo. Si bien, los Estados se han visto obligados a adaptar sus leyes a los códigos de conducta implantados de manera primigenia, lo que ha derivado en un control multinivel del mundo digital. Así, en palabras de la doctrina, la gobernanza de Internet no puede ser otra que plural y variada, como la estructura que la configura¹²⁰⁷.

¹²⁰⁶ Vide Julián VALERO TORRIJOS, “La necesaria reconfiguración de las garantías jurídicas en el contexto de la transformación digital del Sector Público”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO y José Luis PIÑAR MAÑAS, *Sociedad digital y derecho*, Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, Madrid, 2018, pp. 389 y ss.

¹²⁰⁷ Vide Santiago MUÑOS MACHADO, *La regulación de la red. Poder y derecho en Internet*, o.c., pp. 34-35: «Las normas han tenido siempre funciones que parecen incompatibles con el desorden y el descontrol. Tiene que ver más bien con un orden racional y habitualmente jerarquizado. Por consiguiente, puede adivinarse, sin esperar los desarrollos que luego se harán en este estudio, que el tipo de regulación posible en la Red, si existe alguno, tiene que ser tan variado y plural como lo es la propia estructura de

De este modo, Internet ha experimentado, de forma paulatina, pero intensa, diversidad de regulaciones jurídicas en determinados aspectos de su configuración. Como, por ejemplo, su paso de prestación del servicio en régimen de monopolio público, a considerarlo como un servicio de interés general que se presta por el sector privado. O, la determinación de algunos aspectos de la prestación de los servicios en línea o de los derechos de los ciudadanos. En consecuencia, se ha gestado un entramado legal que se encarga de delimitar su régimen de actuación, tanto en el plano físico, como logístico y de provisión de servicios.

Para algunos autores esto supone el nacimiento de una nueva rama dentro del Derecho que engloba todo aquello que sucede dentro del mundo virtual. No obstante, no existe un consenso dentro de la doctrina sobre el nombre que recibe, puesto que algunos hablan de “*Derecho de Internet*”, “*Derecho de las TIC*”, o “*Derecho del ciberespacio*”. Aunque, la terminología más aceptada es la de *Derecho de Internet*, puesto que la concepción de ciberespacio recoge solo el estrato virtual de la red, y las TIC son el instrumento a través del cual nos relacionamos, es decir, el elemento físico que traduce esos mensajes en código binario al lenguaje común, lo que no implican los servicios que éste ofrece¹²⁰⁸.

Sin duda, bajo mi criterio, Internet, y todas las posibilidades que se abren con él, representa una figura nueva dentro de nuestro ordenamiento¹²⁰⁹, sin precedentes tanto en su expansión como en las posibilidades que ofrece, y que, por tanto, merece especial consideración conformando una regulación jurídica independiente del resto. No obstante, entiendo que la regulación del Derecho de Internet es una función que deben acometer los distintos Estados, pero de forma pasajera, como consecuencia de la primicia que supone dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, cuando la sociedad digital se consolide y se pueda hablar de cambio de Era, dejará de utilizarse esta expresión, para referirse a él como derecho, sin mayores especificaciones, puesto que el Derecho de

aquella, compuesto de decisiones centralizadas, también fuertemente descentralizadas, públicas y privadas, con orígenes en diferentes puntos de la constelación de la Red y con contenidos tan múltiples como son los mensajes que circulan por las InfoVía».

¹²⁰⁸ Hay autores que entienden que la terminología más correcta es “Derecho de Internet”, puesto que los otros términos implican una excesiva amplitud, y que, por tanto, no terminan de concretar la naturaleza jurídica de Internet para ello *Vide* Pablo GARCÍA MEXIA, *Derecho europeo de Internet*, o.c., p. 21; *Vide* Moisés BARRIO ANDRÉS, *Fundamentos del Derecho de Internet*, o.c., p. 135.

¹²⁰⁹ *Vide* Ignacio ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, “El Derecho del ciberespacio. Una aproximación”, *Revista de Internet, Derecho y Política*, 30, (2020), p. 10.

Internet sólo englobará su estructura física y logística. En el futuro, el resto de las posibilidades que ofrece provocará que todo lo demás o será parte de lo que ahora engloba el Derecho de Internet, o no existirá.

En consecuencia, se puede definir el Derecho de Internet como:

*«una disciplina jurídica, que tiene sustantividad propia, debe dar respuesta a los nuevos problemas políticos, sociales, económicos y jurídicos que trae la Red, sus actores y las relaciones llevadas a cabo en su seno, los cuales requieren de un tratamiento legal específico, ya que los paradigmas legales tradicionales resultan notablemente insuficientes. El Ciberderecho parte del Derecho ya en vigor en los ordenamientos jurídicos, que adapta a las nuevas necesidades y, en la medida de lo necesario, va generando un nuevo Derecho»*¹²¹⁰.

1.2. Naturaleza jurídica.

El Derecho de Internet recoge todas las capas o estructuras que implica Internet, es decir, tanto el estrato físico de las redes de las telecomunicaciones, el logístico o de los principios de configuración del sistema, los servicios que se prestan a través de la red, y la regulación y el control de la actividad que se realiza. En consecuencia, el Derecho de Internet se presenta con una naturaleza heterogénea público-privada, donde confluyen el Derecho de las Telecomunicaciones, el Derecho de la Informática, el Derecho Público regulatorio del mercado, el Derecho del Ciberespacio y los derechos digitales.

Además, desde un punto de vista técnico, el Derecho de Internet se ha desarrollado por los Gobiernos, el sector privado y la sociedad civil, en sus respectivas funciones, gracias a los principios, normas, reglas, procedimientos de toma de decisiones y programas compartidos. En consecuencia, la regulación de la red de redes es de carácter mixto, donde se agrupan fuentes de Derecho Público, de carácter internacional, supraestatal y estatal, pero también, normas de carácter privado fundadas en los principios de libertad de la red¹²¹¹.

¹²¹⁰ Vide Moisés BARRIO ANDRÉS, *Manual de Derecho Digital*, o.c., p. 91.

¹²¹¹ Vide CUMBRE MUNDIAL SOBRE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN, *Declaración de principios: Construir la sociedad de la información: un desafío mundial para el nuevo milenio*, del 10 al 12 de diciembre de 2003, Ginebra, considerando 48.

No obstante, el Derecho en sentido estricto que se encarga de regular Internet proviene de las instituciones públicas, y por ello, se puede advertir un mayor acercamiento al Derecho Público. Si se analiza en profundidad, el Derecho Privado lo que hace es expandirlo y desarrollarlo, pero la configuración, o el núcleo duro que caracteriza a este Derecho, se realiza mediante la regulación que ejercen los poderes públicos. Pero, si se reflexiona sobre la naturaleza jurídica de esta rama del ordenamiento, el Derecho de Internet debe tener la misma naturaleza jurídica que la actividad que regula.

De este modo, si Internet es considerado como un servicio de interés general en régimen de competencia (aunque con obligaciones propias de los servicios públicos), el Derecho de Internet debe compartir esa misma naturaleza, puesto que es la base fundacional que permite el desarrollo del resto de las actividades que Internet posibilita. Así, al final la tarea que va a desempeñar el Derecho de Internet es regular todas las áreas sobre las que este servicio se expande, aunque éstas excedan estrictamente de un servicio universal de telecomunicaciones, para englobar actividades y servicios más complejos. En consecuencia, el Derecho de Internet acometerá la labor de regular Internet, como servicio de interés general de las telecomunicaciones (como base estructural), pero también, recogerá el resto de los sectores donde éste tenga incidencia.

1.3. Caracteres.

Las características que definen el Derecho de Internet están íntimamente ligadas con la propia institución que pretende regular, así como la naturaleza jurídica que éste representa, lo que permite distinguir cuatro características.

En primer lugar, el Derecho de Internet tiene un carácter mixto público-privado, que se encarga de reglamentar todas las parcelas o esferas que configuran la red de redes, tanto el físico o regulatorio de las infraestructuras de la red; el estrato logístico o de procesamiento; los servicios y contenidos múltiples que ofrece; y los derechos derivados del ciberespacio.

En segundo lugar, la excesiva extensión de las parcelas regulatorias conlleva que no exista un organismo auténtico que se encargue de la legislación íntegra de este derecho, puesto que, son muchos los actores civiles y públicos que se ocupan de organizarlo. Por tanto, en sentido contrario, no existe una autoridad competente que gestione la gobernanza del Derecho de Internet.

En tercer lugar, este es un derecho en plena expansión. Sólo hemos sido capaces de percibir un ápice de lo que puede llegar a ser, y cuánto va a transformar nuestra sociedad. Y, en cuarto lugar, es un Derecho que tiene como reto de mayor envergadura el problema de la globalización, lo que le obliga a evolucionar de forma constante a ritmos astronómicos, si pretende ser un reflejo de lo que transcurre dentro de la sociedad. Si no es así, éste impedirá o retrasará las innovaciones tecnológicas que estamos experimentando, e incluso, puede verse sustituido por nuevos medios.

1.4. Una propuesta de regulación.

Hasta el momento, el modelo de regulación del Derecho de Internet que se está aplicando no es el más acertado, dado que, la excesiva actividad regulatoria no es la solución al problema. Más aún, cuando la reglamentación se realiza sin fundamentación razonable aparente, o repitiendo el régimen general supraestatal aplicable. Si bien, el régimen jurídico que se encargue de regular Internet debe ser flexible para adaptarse a todas las transformaciones que el servicio y las necesidades de la población puedan experimentar, sin que haya que estar continuamente modificándolo. Además, las normas que se aprueben deben tener carácter universal, y ser aplicables a todos los ciudadanos virtuales, con independencia del espacio físico en el que se encuentren.

No obstante, la regulación jurídica de Internet sólo debería estar permitida sobre aquellos aspectos que supongan una realidad específica de la red y distinta a la que pueda surgir en el mundo real. De este modo, para el resto de las situaciones que puedan resultar conflictivas, basta con una interpretación extensiva de las normas existentes en nuestro ordenamiento. Si bien, en la actualidad, la abrumadora cantidad de leyes que regulan el Derecho de Internet, impiden la concreción de un régimen comprensible y que se adapte a las necesidades del ciudadano virtual, lo que dificulta la consolidación y fluidez del sistema.

En este sentido, la normativa no sólo está dispersa en distintos elementos de regulación, sino que, además, la legislación es ambigua en algunos aspectos, lo que da lugar a interpretaciones diversas, y esto obliga a acudir a los tribunales para aclarar su interpretación. Por ello, la solución a esta problemática no son más normas, con mayores restricciones, limitaciones y prohibiciones, sino un régimen jurídico basado en principios básicos del derecho, adaptables a la expansión de Internet, y que no coarten su desarrollo.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA REVOLUCIÓN “INTERNET”: EL IMPULSOR DE LA SOCIEDAD DIGITAL

Por tanto, es necesario promover la creación de leyes que recojan estos principios básicos, y la concreción y desarrollo de los mínimos, a través de la actividad reglamentaria. Este instrumento legislativo que, parece muchas veces olvidado por el legislador, es el más acertado para regular este servicio versátil, puesto que, permite adoptar medidas fácilmente para resolver necesidades concretas y potenciar su desarrollo.

De esta forma, la actividad debe estar dirigida a lo que represente una novedad en nuestro ordenamiento, y todo aquello que, por sus caracteres, no permita aplicar un régimen similar al del mundo de los hechos. Aunque, tal y como defiende la doctrina, “*el principio de equivalencia funcional*” entre el Derecho en todas las áreas y el Derecho de Internet no es lo más acertado, puesto que, un régimen jurídico heredado no podrá resolver los problemas de una nueva Era. Por tanto, está en la naturaleza del propio Derecho que se lleven a cabo reformas normativas específicas para la nueva realidad que está configurando el mundo digital¹²¹².

En consecuencia, el instrumento que mejor puede recoger estos objetivos es el Derecho Administrativo Global¹²¹³. La idea que subyace es la creación de una organización de gobernanza (que no tiene por qué ser de nueva fundación) cuya finalidad sea la de garantizar un marco de mínimos, o principios operables, de forma homogénea en todo el mundo. Este derecho terminaría por influir sobre los ordenamientos internos de los distintos Estados, permitiéndoles un amplio margen de actuación, sobre sí deciden, o no, regular los aspectos que conforman el Derecho de Internet dentro de sus fronteras. Aunque, la opción más favorable debería de ser una baja, o nula, influencia sobre el régimen, limitándose a un mero reconocimiento interno. Pero intentar que los Estados limiten sus facultades de soberanía es, a veces, pedir demasiado.

De este modo, el Derecho Administrativo Global debería acometer dos actividades diferenciadas. Por un lado, la acción de limitación básica relacionada, tanto con las infraestructuras y otros medios que soportan las redes; de promoción de determinados caracteres, o derechos derivados de las relaciones dentro de Internet; y

¹²¹² Vide Moisés BARRIOS ANDRÉS, “La nueva estrategia digital de la Comisión Europea: primeras impresiones”, *Diario la LEY CIBERDERECHO*, 34, (2019), p. 3.

¹²¹³ Vide Juli PONCE SOLÉ, “Procedimiento Administrativo, globalización y buena Administración”, en *Derecho Administrativo Global: organización, procedimiento, control judicial*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 82: «En definitiva, parece un rasgo del proceso de globalización jurídica que está dando lugar al llamado derecho administrativo global o derecho administrativo internacional el surgimiento de diversos principios jurídicos procedimentales, más aún, de auténticas obligaciones jurídicas procedimentales ligadas al surgimiento de un derecho a una buena Administración».

también, de prestación de los servicios que se suministran a través de la red, realizada por las agencias o instituciones de carácter público, con un régimen de principios mínimos.

Y, por otro lado, debe existir una actividad de policía desarrollada por el Estado, a través de las Administraciones Públicas que se determinen como competentes en la materia. De esta forma, con el establecimiento de un régimen sancionador, éstas controlarían las actividades que se realicen en el ciberespacio, y en base al principio de gestión de riesgo, o posibilidad de dañar las libertades básicas del individuo, actúe en consecuencia, sancionando a los posibles infractores.

2. El Derecho de Internet: el régimen jurídico como servicio universal de las telecomunicaciones.

2.1. La evolución normativa del derecho de las telecomunicaciones.

2.1.1. El desarrollo del régimen jurídico de Internet en la UE.

Internet llega a Europa en los años 80', cuando se produce la internalización del proyecto norteamericano, siendo las primeras en unirse prestigiosas instituciones como *University College of London* o *European Space Agency*. En esta primera etapa de incursión, el régimen jurídico aplicable al servicio se regía por la normativa del Derecho de las Telecomunicaciones, lo que provoca que, en su origen, el servicio se preste con carácter de monopolio público. Sin embargo, esta situación empezará a cambiar paulatinamente con la promulgación del Acta Única Europea que recoge el mercado interior de los Estados como una de las competencias de la Comunidad Económica Europea, y comienza a legislar sobre la materia¹²¹⁴.

Así, y tras el ascenso de la demanda del servicio, se inicia un período de limitación del poder monopolístico que termina con la prohibición de éste, en favor de la libre competencia y circulación de servicios dentro del mercado europeo. Los instrumentos principales que promovieron la transición fueron: el Libro verde sobre el desarrollo del

¹²¹⁴ Vide CONSEJO EUROPEO, *Acta Única Europea*, Luxemburgo, 1986, artículo 8 A.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA REVOLUCIÓN “INTERNET”: EL IMPULSOR DE LA SOCIEDAD DIGITAL

mercado común de los servicios y equipos de telecomunicaciones¹²¹⁵, y también, el impulso para la creación de una red de telefonía móvil con el estándar GSM; y la Directiva 88/301/CEE, relativa a la competencia de los mercados de terminales de telecomunicaciones, que insta a la supresión de derechos especiales o exclusivos sobre la distribución de terminales, así como también, para que los Estados miembros velen para que los operadores económicos tengan derecho a comercializar con los terminales¹²¹⁶.

Si bien, de esta última Directiva derivarán dos importantes directivas: la Directiva del Consejo 90/387 CEE¹²¹⁷, mediante la cual se armonizan las condiciones de acceso y utilización de las redes y los servicios públicos de telecomunicaciones; y la Directiva de la Comisión 90/338 CEE¹²¹⁸ que pretende asegurar la competencia efectiva dentro del sector de las telecomunicaciones. Esta regulación jurídica provocará que surjan distintas iniciativas europeas para estructurar las redes: algunas de carácter estatal para configurar redes académicas y de investigación, como DFN (Alemania), JANET (Reino Unido) o GARR (Italia); y otras, como iniciativas coordinadas de carácter supraestatal como RIPE (*Réseaux IP Européens*). Este último proyecto es de vital importancia para el desarrollo de la red en Europa, en tanto que, pretendía promover el intercambio de información técnica y experiencias sobre la red TCP/IP, creando una base de datos conjunta, así como intentar coordinar la interconexión en Europa, dentro y fuera del continente¹²¹⁹.

No obstante, las primeras conexiones entre instituciones europeas se llevaron a cabo gracias a acuerdos bilaterales con los centros en los que se tenía un especial interés por compartir información. Sin embargo, los pactos de conectividad tuvieron que enfrentarse como principal problema al elevado coste de las comunicaciones, ya que la

¹²¹⁵ Vide COMISIÓN EUROPEA, *Libro Verde sobre el desarrollo del mercado común de los servicios y equipos de telecomunicación*, Bruselas, 1987.

¹²¹⁶ Vide COMISIÓN EUROPEA, *Directiva 88/301/CEE, de 16 de mayo de 1988*, artículo 3: «Los Estados miembros velarán por que los operadores económicos tengan derecho a importar, comercializar, conectar, poner en servicio y mantener los aparatos terminales (...)».

¹²¹⁷ Vide CONSEJO DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Directiva 90/387/CEE, de 28 de junio, relativa al establecimiento del mercado interior de los servicios de telecomunicaciones mediante la realización de la oferta de una red abierta de telecomunicaciones*, Bruselas.

¹²¹⁸ Vide COMISIÓN EUROPEA, *Directiva 90/388/CEE de la Comisión, de 28 de junio, relativa a la competencia en los mercados de servicios de telecomunicaciones*, Bruselas, artículo 2: «Los Estados miembros garantizarán, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 1, la abolición de los derechos exclusivos o especiales para el suministro de servicios de telecomunicaciones, distintos de los servicios de telefonía vocal, y adoptarán las medidas necesarias a fin de garantizar el derecho de todo operador económico a ofrecer dichos servicios de telecomunicaciones (...)».

¹²¹⁹ Vide Moisés BARRIO ANDRÉS, *Fundamentos del derecho de internet*, o.c., pp. 81 y ss.

creación de redes no era para nada económica. Las soluciones pasaban por buscar patrocinadores que rentabilizaran el precio del servicio, o compartir las redes para dividir el coste. Aunque, éste último, en la mayoría de las ocasiones, se realizaba de forma altruista y gratuita por las Universidades y otras instituciones públicas, como una manera de que la sociedad en su conjunto se sirviera de las posibilidades de Internet.

Pero, las instituciones internacionales y gubernamentales eran conscientes de que la expansión de Internet no podía quedar limitada a la buena fe y voluntad de las partes, sino que, por el contrario, era necesario la construcción de una red troncal para Europa. Así es como nace el proyecto COSINE que dará lugar en 1990 a la red piloto IXI bajo OSI X.25, la cual terminará por convertirse en la ahora denominada EMPB (*European Multi-Protocol Backbone*). Además, junto al ámbito académico, el sector empresarial también quería participar en el acceso de esta nueva tecnología, por ello, en 1992, se creó la red EBONE (*European Backbone*), abierta a todo tipo de instituciones¹²²⁰.

El proceso de conversión hacia la liberalización del sector se culmina mediante la Resolución 93/C213/01¹²²¹ que establecía un calendario para el desarrollo de las telecomunicaciones en la UE, y que fijaba como límite máximo para la despublificación el 1 de enero de 1998¹²²². Con posterioridad, y a través de las dos partes del Libro verde sobre la liberalización de las infraestructuras de telecomunicaciones y redes de televisión por cable¹²²³ se pretende garantizar la universalización del servicio a través de la búsqueda de medios de financiación, que permitieran la reducción del coste de éste para que resultara rentable para las empresas proveedores y el consumidor final¹²²⁴.

¹²²⁰ Vide Moisés BARRIO ANDRÉS, *Derecho Público e Internet: la actividad administrativa de regulación de la red*, o.c., pp. 101 y ss.

¹²²¹ Vide CONSEJO EUROPEO, *Resolución 93/213/01, de 22 de julio relativa al informe sobre la situación del sector de las telecomunicaciones y la necesidad de que prosiga el desarrollo en este mercado*, Bruselas, p. 3: «REAFIRMA la necesidad de que las condiciones que rijan la liberalización de todos los servicios de telefonía vocal pública, a más tardar el 1 de enero de 1998, y la definición de una política comunitaria de infraestructuras sean resultado de un acuerdo político basado en el compromiso de diciembre de 1989, y toma nota del apoyo de la Comisión a este planteamiento».

¹²²² Vide Pablo GARCÍA MEXÍA, *Derecho europeo de Internet*, o.c., p. 98.

¹²²³ Vide COMISIÓN EUROPEA, *Libro Verde, de 24 de octubre, sobre la liberalización de las infraestructuras de telecomunicaciones y redes de televisión por cable: principios y calendarios*, I parte, Bruselas, p. 36: «Conclusión: Se considera ahora necesario y oportuno reafirmar el principio de vincular la liberalización de las infraestructuras con la de los servicios a fin de proporcionar al sector la certidumbre que necesita para planificar la inversión y las estrategias empresariales».

¹²²⁴ *Ibidem* p. 44: «El servicio universal en las telecomunicaciones: El acuerdo de liberalización de todos los servicios de telecomunicación a partir del 1 de enero de 1998 centra su atención necesariamente en el

No obstante, para la consecución de este objetivo era necesario la implantación de un marco legislativo común de las telecomunicaciones¹²²⁵, consecuente con los objetivos marcados¹²²⁶. Si bien, la materialización de la armonización común del régimen se efectúa a través de: la Directiva 97/13/CE¹²²⁷, que se encarga de conciliar el sistema de autorizaciones y licencias; Directiva 97/33/CE¹²²⁸ que garantiza la universalidad del servicio y la interoperabilidad de la red; y la Directiva 98/10/CE¹²²⁹ que instaura la apertura de redes de telefonía básica, al tiempo que asegura el “*servicio universal de las telecomunicaciones*”. De esta forma quedaba constituido el marco general regulatorio de la liberalización del servicio de las telecomunicaciones, en el que se encuentra encuadrado Internet¹²³⁰.

Con posterioridad, y a raíz de la promulgación de la Directiva sobre el comercio electrónico¹²³¹, comienzan a regularse aspectos concretos sobre las redes y servicios de la comunicación, que son objeto de análisis en un apartado posterior de esta tesis. En lo que afecta estrictamente al Derecho de las Telecomunicaciones, mediante las normas denominadas como “*Paquete Telecom*” se actualiza el régimen del comercio

ajuste de las estructuras tarifarias, además de mantener el servicio universal y financiar las posibles cargas que subsistan mediante transferencias internas, cuotas de acceso u otros mecanismos».

¹²²⁵ Vide Moisés BARRIO ANDRÉS, *Fundamentos del Derecho de Internet, Centros de Estudios Políticos y Constitucionales*, Madrid, 2017, p. 218.

¹²²⁶ Vide CONSEJO EUROPEO, *Resolución 95/C 258/C1, de 18 de septiembre, sobre el establecimiento del futuro marco reglamentario de las telecomunicaciones*, Bruselas.

¹²²⁷ Vide PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO, *Directiva 97/13/CE, de 10 de abril, relativa a un marco común en materia de autorizaciones generales y licencias individuales en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones*, Estrasburgo.

¹²²⁸ Vide PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO, *Directiva 97/33/CE, de 30 de junio, relativa a la interconexión en las telecomunicaciones en lo que respecta a garantizar el servicio universal y la interoperabilidad mediante la aplicación de los principios de la oferta de red abierta (ONP)*, Estrasburgo.

¹²²⁹ Vide PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO, *Directiva 98/10/CE, de 26 de febrero, sobre la aplicación de la oferta de red abierta (ONP) a la telefonía vocal y sobre el servicio universal de telecomunicaciones en un entorno competitivo*, Estrasburgo.

¹²³⁰ Vide Moisés BARRIO ANDRÉS, *Fundamentos del Derecho de Internet, Centros de Estudios Políticos y Constitucionales*, Madrid, 2017, p. 220.

¹²³¹ Vide PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, *Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior*, Bruselas, considerando 8: «El objetivo de la presente Directiva es crear un marco jurídico que garantice la libre circulación de los servicios de la sociedad de la información entre Estados miembros y no armonizar el campo de la legislación penal en sí».

electrónico¹²³²: Directiva de acceso 2002/19/CE¹²³³; Directiva de autorizaciones 2002/20/CE¹²³⁴; Directiva marco 2002/21/CE¹²³⁵, sobre las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas; Directiva 2002/22/CE¹²³⁶, sobre el servicio universal y los derechos de los usuarios; y la Directiva 2002/58/CE¹²³⁷ relativa a la protección de la intimidad¹²³⁸. Si bien, estas directivas serán superadas por el *Paquete Telecom 2009*¹²³⁹, una reforma que instaba a mejorar el acceso a internet, la protección de los consumidores y sus datos, así como, a crear un marco adecuado para el desarrollo de las redes de nueva generación¹²⁴⁰.

En el año 2014 se aprueba la Directiva 2014/61/UE, de 15 de mayo, cuyo objetivo es incentivar las redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad, y para ello se fomenta la utilización conjunta de las infraestructuras físicas existentes, y el despliegue de otras nuevas. Concretamente, se pretendía cumplir el objetivo de la Agenda Digital

¹²³² Vide Pablo GARCÍA MEXÍA, *Derecho europeo de Internet*, o.c., p. 132.

¹²³³ Vide PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, *Directiva 2002/19/CE, de 7 de marzo, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados y a su interconexión*, Estrasburgo.

¹²³⁴ Vide PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, *Directiva 2002/20/CE, de 7 de marzo, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas*.

¹²³⁵ Vide PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, *Directiva 2002/21/CE, de 7 de marzo, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónica*, Estrasburgo.

¹²³⁶ Vide PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, *Directiva 2002/22/CE, de 7 de marzo, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva servicio universal)*, Estrasburgo.

¹²³⁷ Vide PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, *Directiva 2002/58/CE, de 12 de julio, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas*, Estrasburgo.

¹²³⁸ Vide Moisés BARRIO ANDRÉS, *Derecho Público e Internet: la actividad administrativa de regulación de la red*, INAP, Madrid, 2017, p. 105.

¹²³⁹ Vide PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, *Directiva 2009/136/CE, de 25 de noviembre, por la que se modifican la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/58/CE relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas y el Reglamento (CE) no 2006/2004 sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores*, Estrasburgo; Vide PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, *Directiva 2009/140/CE de 25 de noviembre, por la que se modifican la Directiva 2002/21/CE relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/19/CE relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión, y la Directiva 2002/20/CE relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas*, Estrasburgo; Vide PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, *Reglamento 1211/2009, de 25 de noviembre, por el que se establece el Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas (ORECE) y la Oficina*, Estrasburgo; Vide COMISIÓN EUROPEA, *Decisión 2002/622/CE, de 16 de diciembre, por la que se crea un Grupo de política del espectro radioeléctrico*, Bruselas.

¹²⁴⁰ Vide Moisés BARRIO ANDRÉS, *Fundamentos del Derecho de Internet, Centros de Estudios Políticos y Constitucionales*, Madrid, 2017, p. 232.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA REVOLUCIÓN “INTERNET”: EL IMPULSOR DE LA SOCIEDAD DIGITAL

para el año 2020, de tener acceso a Internet a una velocidad por encima de los 30 Mbps, y que más de un 50% de los hogares tuviera conexión por encima de los 100 Mbps¹²⁴¹.

Las medidas introducidas hasta el momento eran insuficientes para la sociedad digital que la UE tenía como objetivo construir¹²⁴², lo que llevó a introducir una nueva modificación del régimen regulatorio en 2015 a través del proyecto: “*Un continente conectado*”¹²⁴³. Aunque, a priori, la reforma parece englobar un cambio de rumbo en la regulación del servicio, en realidad, se limita a la eliminación de redes itinerantes de telefonía móvil (*roaming*) e incorporar ciertas restricciones a la protección de datos. Pero, se olvida de tratar problemas mucho más importantes como la concentración empresarial del sector o la absorción y fusión de las empresas de telefonía móvil. De forma que, los problemas de monopolio en este sector no han hecho nada más que comenzar.

En consecuencia, así es como queda estructurado el régimen jurídico de las telecomunicaciones en Europa, regulando la parte física y logística del acceso a Internet. Así, como se puede comprobar, lo que ha experimentado Internet es una regulación espontánea, sobre aquellos aspectos que, por la problemática que presentaban merecían un régimen concreto. De este modo, el sector de las telecomunicaciones se ha convertido en trascendental para la construcción de la Unión Europea, en tanto que, supone un recurso estratégico de crecimiento económico, la mejora de la productividad y la creación de empleo dentro del mundo globalizado en el que vivimos.

¹²⁴¹ Vide PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, *Directiva 2014/61/UE, de 15 de mayo, relativa a medidas para reducir el coste de despliegue de las redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad, Estrasburgo, artículo 1.*

¹²⁴² Vide COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación (2010)245, de 19 de mayo, al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Una Agenda Digital para Europa*, Bruselas, pp. 3-4, «El objetivo de esta Agenda es trazar un rumbo que permita maximizar el potencial económico y social de las TIC, y en particular de internet, como soporte esencial de la actividad económica y social: para hacer negocios, trabajar, jugar, comunicarse y expresarse en libertad».

¹²⁴³ Vide PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, *Reglamento (UE) 2015/2120, de 25 de noviembre, por el que se establecen medidas en relación con el acceso a una internet abierta y se modifica la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas y el Reglamento (UE) no 531/2012 relativo a la itinerancia en las redes públicas de comunicaciones móviles en la Unión*, Estrasburgo, artículo 1: «1. El presente Reglamento establece normas comunes para salvaguardar un tratamiento equitativo y no discriminatorio del tráfico en la prestación de servicios de acceso a internet y los derechos relacionados de los usuarios finales. 2. El presente Reglamento establece un nuevo mecanismo de tarificación al por menor para los servicios regulados de itinerancia a escala de la Unión a fin de abolir los recargos por itinerancia al por menor sin distorsionar los mercados nacionales y visitados».

2.1.2. El proceso normativo en España.

Internet llega a España con la intención de beneficiar a la comunidad investigadora y científica, pero lo hace de forma más tardía que en el resto de Europa a mediados de los años 80'. De forma progresiva, universidades y otras instituciones relevantes, fueron uniéndose a la red gracias a *EUnet* y *ERTN*. Estas redes ofrecían servicios convencionales como el correo electrónico, la transferencia de ficheros o el acceso al terminal virtual. Sin embargo, la carencia de coordinación global del proyecto provocó que la falta de homogeneidad en los protocolos de comunicación derivara en la incompatibilidad de los sistemas informáticos¹²⁴⁴.

En consecuencia, el régimen jurídico aplicable al Derecho de las Telecomunicaciones tuvo que modificarse, lo que promovió la promulgación de la Ley 31/1987 de Ordenación de las Telecomunicaciones¹²⁴⁵. Esta norma representaba una innovación dentro de nuestro ordenamiento, puesto que, se pasaba del régimen de monopolio natural a la posibilidad de apertura del sistema, imitando los modelos que se estaban estableciendo en el resto de Europa¹²⁴⁶.

El Gobierno español era consciente de que para avanzar era necesario invertir en la constitución de una red capaz de reunir a toda la comunidad investigadora, y que cumpliera con las exigencias y posibilidades del resto de Europa. Así, para alcanzar ese objetivo nace el programa IRIS¹²⁴⁷ en 1988. De este modo, en esta época los esfuerzos se centran en coordinar y armonizar las actividades nacionales de redes informáticas, fomentar el conocimiento, promover la implantación de servicios telemáticos, y participar en los proyectos europeos con características afines. A partir de 1990, el programa pasará a llamarse RedIRIS, comenzando únicamente con cuatro centros interconectados (Fundesco, Departamento de Ingeniería Telemática de la Universidad Politécnica de

¹²⁴⁴ Vide Moisés BARRIO ANDRÉS, *Fundamentos del Derecho de Internet*, o.c., pp. 90 y ss.

¹²⁴⁵ Vide Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones, artículo 1: «1. El objeto de la presente Ley es la ordenación de las telecomunicaciones y cualquier comunicación mediante cables y radiocomunicación, cuya competencia exclusiva corresponde al Estado, de acuerdo con el artículo 149.1.21 de la Constitución, en el marco de una política integrada del sector que asegure su planificación, coordinación y desarrollo armónico».

¹²⁴⁶ Vide Santiago MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General: La formación de las Instituciones Públicas y su sometimiento al Derecho*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 1065 y ss.; Vide Ana LUCAS TOBAJAS, *El sector telefónico: evolución y últimas propuestas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 22 y ss.

¹²⁴⁷ IRIS deriva de Interconexión de Recursos Informático y se encuentra enmarcado dentro del Plan Nacional de Investigación Científica y Desarrollo Tecnológico.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA REVOLUCIÓN “INTERNET”: EL IMPULSOR DE LA SOCIEDAD DIGITAL

Madrid, Centro de Informática Científica de Andalucía y CIEMAT) y llegando a albergar más de 30 instituciones en tan sólo un año¹²⁴⁸.

Tras la promulgación de las Directivas de 88/301/CEE de 16 de mayo de 1988 relativa a la competencia en los mercados de terminales de telecomunicaciones; y de 90/388/CEE de 28 de junio de 1990, relativa a la competencia en los mercados de servicios de telecomunicaciones, el marco regulatorio español tiene que adaptarse a ese proceso de liberalización lo que, en consecuencia, lleva a promulgar la Ley 32/1992, de 3 de diciembre, de modificación de la 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Comunicaciones. La transformación de la normativa aplicable permite que, a partir de 1994, comiencen a surgir los ISPs privados (como *Cinet*, *Asertl* o *Intercom*) para comercializar con el uso de la red. Sin embargo, éstos tuvieron que enfrentar como problema principal al elevado coste del servicio, tanto para los ISPs, como para el usuario final, lo que provocó un estancamiento del crecimiento de las redes privadas.

No obstante, la liberalización del sector coge mayor impulso con la Ley 37/1995, de 12 de diciembre, de Telecomunicaciones por Satélite, y la Ley 42/1995, de 22 de diciembre, de Telecomunicaciones por Cable, las cuales dejan únicamente en régimen de monopolio los servicios telefónicos básicos de telefax y telegrama. Además, el proceso de transformación se acelera gracias al lanzamiento de “*InfoVia*”: un proyecto de Telefónica donde los usuarios podían acceder a través de la marcación de un número nacional a sus proveedores de Internet a coste de llamada local. Esto provocó un gran salto en el sector las telecomunicaciones, permitiendo un mayor acercamiento a la comunidad en su conjunto.

El proceso de transformación culmina mediante el Real Decreto Ley 6/1996, de 7 de junio, de liberalización de las telecomunicaciones, y la Ley 12/1997, de 24 de abril, de liberalización de las telecomunicaciones, normas cuyo objetivo era instaurar un marco regulatorio de interconexión de redes, y, además, se crea la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Sin embargo, hasta la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, no se produce la conversión de la prestación hacia un “*servicio de interés general que se presta en régimen de competencia*”¹²⁴⁹.

¹²⁴⁸ Vide Miguel Ángel SANZ SACRISTÁN, “*Fundamentos históricos de la Internet en Europa y en España*”, *Boletín de Red IRIS*, 45, (1998), pp. 26 y ss.

¹²⁴⁹ Vide Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, artículo 2: «*Las telecomunicaciones como servicios de interés general. Las telecomunicaciones son servicios de interés general que se prestan*».

A partir del año 2000 la gestión de la actividad de las comunicaciones y redes, así como del impulso de la sociedad de la información, pasa a formar parte del Ministerio de Ciencia y Tecnología¹²⁵⁰. También se introduce la “tarifa plana” de acceso Internet, lo que facilita el aumento de usuarios en la red¹²⁵¹. El *Paquete Telecom* de 2002 instaba al Gobierno español a elaborar una normativa para la modificación del régimen de las telecomunicaciones, que se materializa en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones. Las principales novedades que introduce están dirigidas a facilitar el acceso de los operadores a la prestación del servicio y explotación de redes, suprimiendo el régimen de autorizaciones y licencias individuales; se aumentan las garantías para la libre competencia; se perfecciona el régimen de obligaciones del servicio público; o se endurece la potestad sancionadora¹²⁵².

Con posterioridad, *la reforma europea de 2009*, y su transposición a Derecho español, promueve la aprobación de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones. Las principales novedades repercuten sobre la creación de un marco incentivador de inversiones, establecer un contexto adecuado para las redes de nueva generación, mejorar los derechos de los usuarios, así como también, la modificación de las competencias y el funcionamiento de los organismos reguladores¹²⁵³.

A partir de este momento, la expansión de Internet ha ido en auge: primero con la llegada de la red de cable que ofrece mejores posibilidades (no olvidemos que se estaba utilizando la red de teléfono para prestar el servicio); y, con posterioridad con la llegada

en régimen de competencia. Sólo tienen la consideración de servicio público o están sometidos a obligaciones de servicio público, los servicios regulados en el artículo 5 y en el Título III de esta Ley».

¹²⁵⁰ Vide Real Decreto 557/2000, de 27 de abril, de reestructuración de los Departamentos ministeriales.

¹²⁵¹ Vide Real Decreto-ley 7/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes en el Sector de las Telecomunicaciones, Exposición de Motivos: «*La liberalización económica constituye un eje principal de la política económica desarrollada por el Gobierno dirigida a crear un entorno más favorable para que los agentes productivos se vean incentivados a invertir y contribuir así al desarrollo económico de todo el país. Este incremento de la demanda requiere a su vez la consecución de una oferta productiva flexible que se acomode a los cambios sin crear tensiones en la estabilidad de precios. La búsqueda de un mayor nivel de crecimiento sostenible debe proceder de un uso más activo de los instrumentos de reforma estructural, como los que se plantean en esta norma. Adicionalmente, el peso cualitativo y cuantitativo de los sectores afectados por las medidas contenidas en este Real Decreto-ley garantizan un impacto positivo y duradero de las mismas en una doble vertiente».*

¹²⁵² Vide Moisés BARRIO ANDRÉS, *Fundamentos del Derecho de Internet*, o.c., p. 232.

¹²⁵³ Vide Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, Exposición de motivos: «*En definitiva, los criterios de liberalización del sector, libre competencia, de recuperación de la unidad de mercado y de reducción de cargas que inspiran este texto legal pretenden aportar seguridad jurídica a los operadores y crear las condiciones necesarias para la existencia de una competencia efectiva, para la realización de inversiones en el despliegue de redes de nueva generación y para la prestación de nuevos servicios, de modo que el sector pueda contribuir al necesario crecimiento económico del país».*

de la fibra óptica. Además, con la promulgación del Código Europeo de las Telecomunicaciones Electrónicas, parece que la materialización del 5G está más cerca que nunca en nuestro país. Las autoridades prometieron que el año 2020 sería el de su llegada, y, aunque ya lo hecho en grandes capitales de provincia, el resto esperan ansiosas que se cumplan los pronósticos¹²⁵⁴. No obstante, recientemente se ha anunciado por el ejecutivo la promulgación de una Ley General de las Telecomunicaciones que recoja mejor las necesidades de la sociedad digital, y cuyo proyecto de desarrollo parecer estar ya en marcha.

2.2. Internet como un servicio universal: el régimen jurídico.

2.2.1. Las telecomunicaciones: concepto y caracteres.

El análisis del régimen jurídico de Internet parte de su regulación como servicio de las telecomunicaciones. Por ello, es necesario sistematizar cuáles son las características propias de esta prestación para comprender mejor el desarrollo y regulación del acceso a Internet. Si bien, la Ley General de las Telecomunicaciones define las telecomunicaciones como:

«transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos o informaciones de cualquier naturaleza por hilo, radioelectricidad, medios ópticos u otros sistemas electromagnéticos»¹²⁵⁵.

De este modo, por telecomunicación se entiende toda transmisión de información, a través de las distintas redes disponibles, ya sean radioeléctricas, ópticas o electromagnéticas, a su destinatario. Si bien, en el caso de Internet lo que se transmiten

¹²⁵⁴ Vide José ELOLA, “Hiperconectados y ultravulnerables al 5G”, *El país digital*, 8 de septiembre de 2019, p. 1: «El desembarco de las redes 5G viene acompañado de promesas de velocidades de descarga inusitadas, de entornos de máquinas que se comunican entre sí, de coches autónomos que, por fin, podrán circular, de intervenciones quirúrgicas a distancia. Las compañías tecnológicas anuncian el advenimiento de la enésima next big thing, el enésimo gran acontecimiento que lo cambiará todo (y gracias al cual, de paso, nos colocarán nuevos productos). Con su llegada, prometen, se abrirán por fin las puertas a nuevos mundos de realidad aumentada y virtual. Pero hay que tener presente la cara B del 5G: en un planeta hiperconectado, las posibilidades de que seamos hackeados, espiados y controlados por empresas y Gobiernos se multiplicarán».

¹²⁵⁵ Vide Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, Anexo II, Definiciones, 39.

son paquetes de datos computados, mediante el uso de las redes electrónicas que, a través de los distintos nodos conectados, distribuyen la información para que llegue a su correspondiente receptor¹²⁵⁶.

No obstante, para acceder a la misma, es necesario cualquier instrumento de las Tecnologías de la Información y la Comunicación, capaz de traducir del código binario en el que se mandan esos paquetes a un lenguaje comprensible por el ser humano. Por ello, cuando contratamos el acceso a Internet lo que se oferta en realidad es un servicio de comunicaciones electrónicas. En este caso, el servicio de comunicaciones correspondería a la prestación que se accede, a cambio de una remuneración pactada, para el transporte de señales a través de las redes de comunicaciones electrónicas, y que incluyen los servicios de telecomunicación, y los de radiodifusión¹²⁵⁷.

En lo que respecta al elemento objetivo material, es decir, el servicio de Internet en términos estrictos, éste debe reunir una serie de requisitos mínimos que hacen referencia tanto a los destinatarios potenciales a los que se dirige, como de la calidad y cantidad del servicio que se presta. Así, en primer lugar, el régimen general de los usuarios finales debe ser universal, es decir, éste debe configurarse en origen como accesible a toda la población. Si bien, dentro del servicio de las telecomunicaciones, la universalidad de éste se entiende como:

«el conjunto definido de servicios cuya prestación se garantiza para todos los usuarios finales con independencia de su localización geográfica, con una calidad determinada y a un precio asequible»¹²⁵⁸.

No obstante, la propia ley condiciona el efectivo cumplimiento de esta obligación a los motivos que, atendiendo al coste que suponga la implantación de las infraestructuras de las redes, impidan la prestación del servicio¹²⁵⁹. De esta manera, la universalidad que, a priori, debía regir en la prestación de este servicio, se encuentra limitada a las personas que por razones geográficas y de estrategia comercial puedan tener acceso o conexión a Internet.

¹²⁵⁶ Vide Moisés BARRIO ANDRÉS, *Fundamentos del Derecho de Internet*, o.c., p. 190.

¹²⁵⁷ Vide Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, artículo 35.

¹²⁵⁸ *Ibidem* Artículo 35.

¹²⁵⁹ *Ibidem* Artículo 25.1. a).

CAPÍTULO SEGUNDO

LA REVOLUCIÓN “INTERNET”: EL IMPULSOR DE LA SOCIEDAD DIGITAL

Además, dentro de los servicios de telecomunicaciones hay distintas prestaciones con categorías diferentes, unas son de carácter universal, y otras no tienen esa consideración¹²⁶⁰. Si bien, se incluyen dentro de la categoría del servicio como universales la conexión a la red pública, con los límites expuestos; la constitución de un servicio telefónico público que permita efectuar y recibir llamadas nacionales e internacionales, o la disposición al público de una guía general de los abonados, entre otros. Además, el coste de la obligación de prestación del servicio universal correrá a cargo de los operadores privados del mercado¹²⁶¹, pero también de las Administraciones Públicas competentes, a través del Fondo nacional del servicio universal y la colaboración pública¹²⁶² en el despliegue de las redes de comunicaciones electrónicas¹²⁶³.

En segundo lugar, la prestación del servicio de las comunicaciones electrónicas consiste objetivamente en “*realizar comunicaciones de voz, fax y datos, a velocidad suficiente para acceder de forma funcional a Internet*”¹²⁶⁴. La ambigüedad de los términos que utiliza el legislador imposibilita definir unos criterios suficientes, en términos cualitativos y cuantitativos, sobre en qué consiste la prestación del servicio¹²⁶⁵.

La norma utiliza conceptos demasiado generales que impiden concretar la prestación en valores determinados, como por ejemplo velocidad suficiente, o acceso funcional que dependerán del momento concreto temporal que se analice, puesto que son criterios imprecisos y subjetivos. Así, a modo de ejemplo, en España sólo el 89% de la población tiene cobertura ADSL ≥ 2 ; el 70% de la población a ADSL ≥ 10 Mbps; el 80% de los hogares alcanza la cobertura de FTTH (Fibre To The Home); y tan sólo el 12% de

¹²⁶⁰ Vide Matilde CARLÓN RUIZ, “Las obligaciones de servicio público: en especial, el servicio universal de telecomunicaciones”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO *Derecho de las Telecomunicaciones*, Civitas, Madrid, 2015, edición electrónica sin numerar

¹²⁶¹ Vide Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, artículo 27.

¹²⁶² Vide María Nieves DE LA SERNA BILBAO, “La conectividad digital y los desafíos en el despliegue de redes e infraestructuras en el interior de las edificaciones; el nuevo régimen legal”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, *Derecho de las Telecomunicaciones*, Civitas, Madrid, 2015, edición electrónica sin numerar.

¹²⁶³ Vide Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, artículos 34 y 35.

¹²⁶⁴ *Ibidem* Artículo 25.1. a)

¹²⁶⁵ Vide María Nieves DE LA SERNA BILBAO, “La conectividad digital y los desafíos en el despliegue de redes e infraestructuras en el interior de las edificaciones; el nuevo régimen legal”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, *Derecho de las Telecomunicaciones*, Civitas, Madrid, 2015, edición electrónica sin numerar.

los hogares pueden acceder a VDSL (Very high rate Digital Subscriber Line)¹²⁶⁶. En consecuencia, la velocidad suficiente debería de identificarse como aquella a la que tiene acceso la mayor parte de la población, concretándola entre la cobertura superior a 10 Mbps y el acceso a FFTH. No obstante, se advierte de los datos expuestos que todavía hay un 10% de la población que no tiene acceso a la modalidad de Internet más básica, pero también que únicamente el 12% de la población tiene acceso al Internet de última tecnología, lo que es realmente preocupante.

En lo que se refiere al criterio de funcionalidad del servicio, éste depende de para qué se use Internet. No es la misma actividad en la web que se realiza desde un domicilio particular, dónde los servicios a los que se acceden no necesitan, en su mayoría, una conexión a Internet de alta velocidad que, por ejemplo, una Administración Pública donde la obligación de continuidad y la velocidad de conexión es determinante para prestar servicios públicos de calidad¹²⁶⁷. No obstante, la Ley 9/2014, de 9 de mayo General de las Telecomunicaciones, sí que establece el límite mínimo de 1Mbit de velocidad en sentido descendente en la prestación del servicio para las redes de naturaleza pública¹²⁶⁸. De forma que, se entiende que éste es el límite mínimo de velocidad que permite garantizar la funcionalidad del servicio de acceso a Internet.

El criterio de velocidad y funcionalidad de la red están implícitamente relacionados, puesto que, la mayoría de las veces la funcionalidad del servicio está condicionada a la velocidad de la red desde la que se accede o para la que se configura el acceso a las plataformas. Si bien, en términos de utilización del servicio por la Administración Pública, hay determinados servidores de acceso, así como también, plataformas o páginas web que dejarían de colapsarse si estuvieran diseñadas para funcionar con alta velocidad por parte de los ciudadanos.

Lo que ocurre, casi siempre, es que las plataformas no se diseñan para redes de alta velocidad, de manera que, el Internet de los usuarios es más veloz de lo que puede soportar la plataforma, y así se colapsa el sistema. Más aún, cuando son varios y a la vez los usuarios que se conectan o pretenden utilizar estos servicios digitales. En ocasiones,

¹²⁶⁶ Vide GOBIERNO DE ESPAÑA, “Informe: cobertura de banda ancha en España en el año 2019”, abril de 2020, pp. 13 y ss.

¹²⁶⁷ Vide José Carlos LAGUNA DE PAZ, “Acceso al mercado y ejercicio de la actividad”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, *Derecho de las Telecomunicaciones*, Civitas, Madrid, 2015, edición electrónica sin numerar

¹²⁶⁸ Vide Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, artículo 25.1. a)

hay determinados servidores que dejarían de colapsarse si todos los ciudadanos utilizarán el Internet de alta velocidad, dado que, la plataforma estaría configurado en origen para abastecer a un mayor número de personas de forma más eficiente.

Y, en tercer lugar, el servicio debe prestarse en condiciones de asequibilidad para la población. Si bien, la norma reconoce la capacidad de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para controlar los precios y orientarlos¹²⁶⁹, en función de los costes, para garantizar que éstos sean competitivos y evitar precios excesivos, pero siempre desde la motivación y el fomento de la competencia efectiva¹²⁷⁰. Además, respecto del precio, se prevé la posibilidad de crear tarifas especiales, para que las personas en situaciones de vulnerabilidad puedan acceder a este servicio¹²⁷¹.

El servicio de las telecomunicaciones, tal y como ya se advertía, tiene una naturaleza jurídica compleja puesto que corresponde a un servicio de interés general que se presta en régimen de competencia, pero que, en los aspectos fundamentales adquiere la consideración de servicio universal y se somete a obligaciones propias del servicio público¹²⁷². Además, ante determinadas circunstancias, su titularidad y prestación puede ser asumida por el Estado, convirtiéndose en un servicio público¹²⁷³.

2.2.2. El grupo normativo regulador.

El grupo normativo regulador de las telecomunicaciones en nuestro país puede sistematizarse en las siguientes directivas, leyes, reglamentos y órdenes.

a) Normativa comunitaria.

- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, Lisboa 2007.
- Directiva 2009/136/CE, de 25 de noviembre, por la que se modifican la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los

¹²⁶⁹ Vide José Carlos LAGUNA DE PAZ, “Acceso al mercado y ejercicio de la actividad”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, *Derecho de las Telecomunicaciones*, Civitas, Madrid, 2015, edición electrónica sin numerar.

¹²⁷⁰ Vide Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, artículo 24.1. e).

¹²⁷¹ *Ibidem* Artículo 25.1. f)

¹²⁷² *Ibidem* Artículo 2.

¹²⁷³ *Ibidem* Artículo 4.6.

usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/58/CE relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas y el Reglamento (CE) no 2006/2004 sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores.

- Directiva 2009/140/CE de 25 de noviembre, por la que se modifican la Directiva 2002/21/CE relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/19/CE relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión, y la Directiva 2002/20/CE relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas.
- Directiva 2014/61/UE, de 15 de mayo, relativa a medidas para reducir el coste de despliegue de las redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad.
- Reglamento (UE) 2015/2120, de 25 de noviembre, por el que se establecen medidas en relación con el acceso a una internet abierta y se modifica la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas y el Reglamento (UE) n°531/2012 relativo a la itinerancia en las redes públicas de comunicaciones móviles en la Unión.
- Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE.

b) Normativa estatal.

- Constitución española, de 29 de diciembre de 1978.
- Ley 37/1995, de 12 de diciembre, de Telecomunicaciones por Satélite.
- Ley 42/1995, de 22 de diciembre, de Telecomunicaciones por Cable.
- Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.
- Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA REVOLUCIÓN “INTERNET”: EL IMPULSOR DE LA SOCIEDAD DIGITAL

- Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información.
- Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.
- Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.
- Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de las Telecomunicaciones.
- Real Decreto 138/1989, de 27 de enero, por el que se aprueba el Reglamento sobre Perturbaciones Radioeléctricas e Interferencias.
- Real Decreto 844/1989, de 7 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Desarrollo de la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones, en relación con el dominio público radioeléctrico y los servicios de valor añadido que utilicen dicho dominio
- Real Decreto-ley 1/1998, de 27 de febrero, sobre infraestructuras comunes en los edificios para el acceso a los servicios de telecomunicación.
- Real Decreto 1066/2001, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento que establece condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, restricciones a las emisiones radioeléctricas y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas.
- Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración.
- Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios.
- Real Decreto 899/2009, de 22 de mayo, por el que se aprueba la carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas
- Real Decreto 346/2011, de 11 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento regulador de las infraestructuras comunes de telecomunicaciones para el acceso a los servicios de telecomunicación en el interior de las edificaciones.
- Real Decreto 458/2011, de 1 de abril, sobre actuaciones en materia de espectro radioeléctrico para el desarrollo de la sociedad digital.
- Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

- Real Decreto 462/2015, de 5 de junio, por el que se regulan instrumentos y procedimientos de coordinación entre diferentes Administraciones Públicas en materia de ayudas públicas dirigidas a favorecer el impulso de la sociedad de la información mediante el fomento de la oferta y disponibilidad de redes de banda ancha.
- Real Decreto 186/2016, de 6 de mayo, por el que se regula la compatibilidad electromagnética de los equipos eléctricos y electrónicos.
- Real Decreto 187/2016, de 6 de mayo, por el que se regulan las exigencias de seguridad del material eléctrico destinado a ser utilizado en determinados límites de tensión.
- Real Decreto 188/2016, de 6 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento por el que se establecen los requisitos para la comercialización, puesta en servicio y uso de equipos radioeléctricos, y se regula el procedimiento para la evaluación de la conformidad, la vigilancia del mercado y el régimen sancionador de los equipos de telecomunicación
- Real Decreto-ley 14/2019, de 31 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes por razones de seguridad pública en materia de administración digital, contratación del sector público y telecomunicaciones.
- Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero, de desarrollo, en lo relativo a los derechos de los usuarios y a los servicios de tarificación adicional, del título IV del Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento por el que se desarrolla el título III de la Ley General de Telecomunicaciones.
- Orden ITC/1644/2011, de 10 de junio, por la que se desarrolla el Reglamento regulador de las infraestructuras comunes de telecomunicaciones para el acceso a los servicios de telecomunicación en el interior de las edificaciones, aprobado por el Real Decreto 346/2011, de 11 de marzo.
- Orden IET/1311/2013, de 9 de julio, por la que se aprueba el Reglamento de uso del dominio público radioeléctrico por radioaficionados.
- Orden ETU/1033/2017, de 25 de octubre, por la que se aprueba el cuadro nacional de atribución de frecuencias.
- Orden ECE/983/2019, de 26 de septiembre, por la que se regulan las características de reacción al fuego de los cables de telecomunicaciones en el interior de las edificaciones, se modifican determinados anexos del Reglamento regulador de las infraestructuras comunes de telecomunicaciones para el acceso

a los servicios de telecomunicación en el interior de las edificaciones, aprobado por Real Decreto 346/2011, de 11 de marzo y se modifica la Orden ITC/1644/2011, de 10 de junio, por la que se desarrolla dicho reglamento.

2.2.3. La norma de cabecera: Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de las Telecomunicaciones.

La Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de las Telecomunicaciones configura el régimen jurídico de las telecomunicaciones en nuestro país. En este sentido, cuando se aprobó existía cierta polémica en la doctrina que entendía que los cambios introducidos en la materia no eran suficientemente trascendentes como para crear una nueva norma, y que, por tanto, hubiera bastado con una reforma de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones¹²⁷⁴. A priori, podía parecer que la renovación de la norma estaba motivada por el régimen jurídico establecido por el derecho comunitario, pero para el año 2012, había concluido la tarea de incorporación al ordenamiento jurídico con el Decreto-ley 13/2012, de 30 de marzo, por el que se transponen directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas y en materia de comunicaciones electrónicas, y por el que se adoptan medidas para la corrección de las desviaciones por desajustes entre los costes e ingresos de los sectores eléctrico y gasista.

Por ello, tal y como afirma la doctrina, las razones que llevaron a la promulgación de una nueva norma son otras distintas que se recogen a lo largo del articulado. En primer lugar, en la exposición de motivos se señala la necesidad de invertir en la expansión de las redes de comunicaciones electrónicas como base sobre la que asentar el desarrollo de nuestro país¹²⁷⁵. Más aún, si se pone en relación con lo recogido en la Agenda Digital

¹²⁷⁴ Vide Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, “El nuevo marco legal de las telecomunicaciones: significado y perspectivas”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, *Derecho de las Telecomunicaciones*, Civitas, Madrid, 2015, edición electrónica sin numerar.

¹²⁷⁵ Vide Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, Exposición de motivos III: «(...) en la actual situación de evolución tecnológica e incertidumbre económica, asegurar un marco regulatorio claro y estable que fomente la inversión, proporcione seguridad jurídica y elimine las barreras que han dificultado el despliegue de redes, y un mayor grado de competencia en el mercado».

para Europa, que pretendía configurar un mercado único digital europeo¹²⁷⁶, y cuya base de funcionamiento son las redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad¹²⁷⁷.

Y, en segundo lugar, y en relación con el anterior, se habla de la simplificación administrativa de los procedimientos, para facilitar el acceso al mercado de los operadores y de la expansión de las redes¹²⁷⁸. Como innovación en esta materia, se sustituye la comunicación previa a las Administraciones competentes, por la Inscripción en el Registro de Operadores, lo que, a priori, supone una agilización del procedimiento.

En lo que respecta a su ámbito de aplicación, ésta se ciñe al régimen jurídico de las telecomunicaciones, en un sentido estricto, dado que, incluye la explotación de las redes y servicios de comunicaciones electrónicas, así como también, los recursos asociados a éstas. Si bien, es la propia norma la que delimita su ámbito de actuación, excluyendo expresamente los servicios de comunicación audiovisual, los servicios de la sociedad de la información y aquellos relacionados con el Comercio electrónico¹²⁷⁹. En consecuencia, no existen conflictos de competencia entre esta parcela del derecho que se encarga de regular la parte física y logística que posibilita la conexión de Internet, y el resto de los ámbitos que lo configuran relacionados con la parte cibernética de la red¹²⁸⁰.

Dentro del ámbito subjetivo de la norma hay que distinguir entre las relaciones que se configuran entre los operadores de la red¹²⁸¹ y los usuarios¹²⁸²; los operadores y la Administración; y los usuarios y la Administración. En el primer grupo, el elemento

¹²⁷⁶ Vide Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, “El nuevo marco legal de las telecomunicaciones: significado y perspectivas”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, *Derecho de las Telecomunicaciones*, Civitas, Madrid, 2015, edición electrónica sin numerar.

¹²⁷⁷ Vide COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación (2010) 2020, Europa 2020: una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*, Bruselas, 3 de marzo de 2010, p. 8.

¹²⁷⁸ Vide José Carlos LAGUNA DE PAZ, “Acceso al mercado y ejercicio de la actividad”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, *Derecho de las Telecomunicaciones*, Civitas, Madrid, 2015, edición electrónica sin numerar

¹²⁷⁹ Vide Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, artículo 1.2.

¹²⁸⁰ Vide Juan MONTERO RODIL, “Análisis crítico de la actual regulación de los mercados de comunicaciones electrónicas: la perspectiva de telefónica España”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, *Derecho de las Telecomunicaciones*, Civitas, Madrid, 2015, edición electrónica sin numerar.

¹²⁸¹ Vide Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, Anexo II, Definiciones, 26: «*persona física o jurídica que explota redes públicas de comunicaciones electrónicas o presta servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público y ha notificado al Ministerio de Industria, Energía y Turismo el inicio de su actividad o está inscrita en el Registro de operadores*».

¹²⁸² *Ibidem* Definiciones, 41: «*una persona física o jurídica que utiliza o solicita un servicio de comunicaciones electrónicas disponible para el público*».

CAPÍTULO SEGUNDO

LA REVOLUCIÓN “INTERNET”: EL IMPULSOR DE LA SOCIEDAD DIGITAL

conectivo que los une es un contrato privado de conexión o acceso a la red, pero por el interés público que representa ese servicio, se justifica la intervención regulatoria de la Administración y, por tanto, su sujeción a la jurisdicción contenciosa-administrativa¹²⁸³.

En el segundo grupo, entre los operadores y la Administración, el elemento conectivo se representa en la inscripción en el Registro de operadores de red, lo que genera la obligación de cumplimiento de determinados requisitos en la prestación del servicio y, por tanto, el derecho de verificación de su cumplimiento por parte de la Administración¹²⁸⁴. Además, las Administraciones Públicas deberán tener constancia de la explotación de las redes, en régimen de autoprestación, que hagan uso del dominio público, tanto si es de manera directa, como indirecta por cualquier entidad o sociedad a la que se haya otorgado concesión, o habilitación para ello¹²⁸⁵.

Y, en el tercer grupo, entre los usuarios y la Administración, el elemento conectivo entre ambas será la existencia de un servicio universal y, por lo tanto, sujeto a la potestad de control y verificación de la Administración en las actividades que tienen esta consideración¹²⁸⁶. Y, también, en los supuestos en los que Internet se encuentra sometido a obligaciones de servicio público¹²⁸⁷, distinguiendo entre el servicio universal¹²⁸⁸ y otras obligaciones que motivadamente puede recoger el Gobierno¹²⁸⁹. En consecuencia, existiendo un servicio de naturaleza universal y sometido a obligaciones propias de servicio público, la Administración tendrá responsabilidad del correcto funcionamiento de estos servicios, en todos aquellos aspectos que queden delimitados en la norma, siendo su obligación verificar que se cumplen con los requisitos legales impuestos¹²⁹⁰.

¹²⁸³ *Vide* STS 5966/2008, de 18 de noviembre de 2008, FJ 2; *Vide* STS 1377/2013, 5 de febrero de 2013, FJ5.

¹²⁸⁴ *Vide* Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, “El nuevo marco legal de las telecomunicaciones: significado y perspectivas”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, *Derecho de las Telecomunicaciones*, Civitas, Madrid, 2015, edición electrónica sin numerar.

¹²⁸⁵ *Vide* Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, artículo 6.

¹²⁸⁶ *Ibidem* Artículo 4.

¹²⁸⁷ *Vide* Matilde CARLÓN RUIZ, “Las obligaciones de servicio público: en especial, el servicio universal de telecomunicaciones”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO *Derecho de las Telecomunicaciones*, Civitas, Madrid, 2015, edición electrónica sin numerar.

¹²⁸⁸ *Vide* Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, artículo 25.

¹²⁸⁹ *Ibidem* Artículo 28.

¹²⁹⁰ *Vide* Matilde CARLÓN RUIZ, “Las obligaciones de servicio público: en especial, el servicio universal de telecomunicaciones”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO *Derecho de las Telecomunicaciones*, Civitas, Madrid, 2015, edición electrónica sin numerar.

En este sentido, los servicios de Skype o WhatsApp tienen la consideración de operadores de telecomunicaciones a todos los efectos, con las mismas obligaciones y derechos, por lo que quedan sometidos a la normativa de protección de datos, pero también de comunicaciones electrónicas¹²⁹¹. Mientras que, para los tribunales europeos, las plataformas como Gmail no constituyen un servicio de comunicaciones electrónicas, en tanto que, no incluye el acceso a Internet y no consiste principalmente en el transporte de señales a través de redes comunicaciones electrónicas¹²⁹².

En este mismo sentido, la Ley General de las Telecomunicaciones se encarga de diseñar el marco de actuación de la explotación de las redes y la prestación del servicio por parte de los operadores; los derechos, deberes y obligaciones de las partes intervinientes, así como también, las autoridades responsables; y el régimen de inspección y disciplinario aplicable a la materia.

En primer lugar, en lo que se refiere al acceso y explotación de las redes por los operadores¹²⁹³, existen diferencias de tratamiento, entre un régimen general de acceso¹²⁹⁴, y los operadores con poder significativo del mercado (OPS), frente a los que se generan una serie de obligaciones específicas¹²⁹⁵. En la actualidad, en el sector existe una concentración de los operadores de las telecomunicaciones, como consecuencia de los elevados costes de despliegue de las redes, y el hecho de ser un mercado excesivamente regulado, lo que impide la entrada en el mercado de nuevos operadores. Además, otra de las características del sector, es la facilidad de portabilidad de los usuarios, una tendencia que se consolida gracias, a los cambios en la regulación que ha impulsado la Unión Europea¹²⁹⁶.

¹²⁹¹ Vide STJUE, de 5 de junio de 2019, asunto C-142/18, caso Skype Communication Sàrl e Institut belge des services postaux et des télécommunications, apartado 41; Vide STJUE, de 30 de abril de 2014, asunto C-475/12, UPC DTH Sàrl y Nemzeti Média-és Hírközlési Hatóság Elnökhelyettese, apartado 43.

¹²⁹² Vide STJUE, de 13 de junio de 2019, asunto C-193/18, Google LLC y Bundesrepublik Deutschland, apartado 41.

¹²⁹³ Vide Juan José MONTERO PASCUAL, “La regulación del acceso y la interconexión de redes de telecomunicaciones”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, *Derecho de las Telecomunicaciones*, Civitas, Madrid, 2015, edición electrónica sin numerar.

¹²⁹⁴ Vide Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, artículo 12

¹²⁹⁵ *Ibidem* Artículo 14.

¹²⁹⁶ Vide Silvia SERRANO CALLE, “La Ley General de Telecomunicaciones y el ecosistema de Internet”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, *Derecho de las Telecomunicaciones*, Civitas, Madrid, 2015, edición electrónica sin numerar.

En segundo lugar, la Ley establece un régimen complejo relativo a las obligaciones y derechos de los operadores, pero que es ampliado por el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios¹²⁹⁷. En todo caso, es necesario destacar, en primer lugar, el principio de universalidad del servicio, ya mencionado, y sobre el que puede derivar la constitución de un régimen de obligaciones propias del servicio público adicional, por razones de cohesión territorial; extensión de uso de nuevos servicios y tecnologías; por la necesidad de facilitar la comunicación entre determinados colectivos que se encuentren ante circunstancias especiales; o para facilitar la acreditación fehaciente del contenido del mismo remitido¹²⁹⁸.

Y, en segundo lugar, la necesidad de seguridad de las redes, en términos de secreto de las comunicaciones, que debe compaginarse con las obligaciones de interceptación de comunicaciones electrónicas solicitadas por orden judicial¹²⁹⁹ siempre motivada por la protección de la seguridad nacional o pública, o la certeza de la comisión de un acto delictivo¹³⁰⁰. Si bien, la seguridad de las redes se garantiza a través del cifrado de las comunicaciones electrónicas, para asegurar la confidencialidad de la información utilizando los instrumentos que se consideren oportunos, tanto por las Administraciones Públicas, como por los propios operadores de la red¹³⁰¹.

También, será obligación de los operadores garantizar la integridad y seguridad de Internet¹³⁰², reduciendo el impacto de los incidentes de seguridad sobre las redes interconectadas y los usuarios¹³⁰³. Junto a esta obligación, se configura la específica de

¹²⁹⁷ Vide Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, artículos 15-20.

¹²⁹⁸ *Ibidem* Artículo 28.

¹²⁹⁹ Vide Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, artículo 40.

¹³⁰⁰ Vide María Nieves DE LA SERNA BILBAO, “La conectividad digital y los desafíos en el despliegue de redes e infraestructuras en el interior de las edificaciones; el nuevo régimen legal”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, *Derecho de las Telecomunicaciones*, Civitas, Madrid, 2015, edición electrónica sin numerar.

¹³⁰¹ Vide Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, artículo 43.

¹³⁰² Vide Matilde CARLÓN RUIZ, “Las obligaciones de servicio público: en especial, el servicio universal de telecomunicaciones”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO *Derecho de las Telecomunicaciones*, Civitas, Madrid, 2015, edición electrónica sin numerar.

¹³⁰³ Vide Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, artículo 44.

protección de datos de carácter personal y relativos a la intimidad del individuo que debe ponerse en conexión con el régimen general establecido en la Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. No obstante, la norma genera a los operadores la obligación específica de poner en conocimiento de la Agencia Española de Protección de Datos, así como también del individuo afectado, cualquier violación que pudiera resultar de esta obligación¹³⁰⁴.

La Ley, además, configura un catálogo de derechos de los usuarios entre los que destaca el derecho a resolver el contrato en cualquier momento, el derecho a cambiar de operador, y conservar los números, el derecho de información, o el derecho de desconexión de determinados servicios¹³⁰⁵. Pero, además, se incluyen una serie de derechos generales¹³⁰⁶ como es el caso de la protección de datos personales y la privacidad de las comunicaciones¹³⁰⁷; derecho a la calidad del servicio, estableciendo parámetros de calidad que podrán cuantificarse¹³⁰⁸; acceso a números o servicios, aunque podrá bloquearse por razones justificadas¹³⁰⁹ de tráfico irregular de comunicaciones con fines fraudulentos¹³¹⁰; y el derecho de transparencia y publicación de los precios y tarifas aplicables, así como los gastos y condiciones generales sobre el acceso y la utilización de los servicios que se prestan¹³¹¹.

Y, en tercer lugar, en lo que respecta a las competencias funcionales en esta materia, la administración de las telecomunicaciones corresponde al Ministerio de Industria, Energía y Turismo¹³¹² que ejercerá la política para la defensa nacional y la protección civil de la ciudadanía; la gestión del registro de operadores; el ejercicio de las

¹³⁰⁴ *Vide* Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, artículo 41.

¹³⁰⁵ *Ibidem* Artículo 47.

¹³⁰⁶ *Vide* Matilde CARLÓN RUIZ, “Las obligaciones de servicio público: en especial, el servicio universal de telecomunicaciones”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO *Derecho de las Telecomunicaciones*, Civitas, Madrid, 2015, edición electrónica sin numerar.

¹³⁰⁷ *Vide* Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, artículo 48.

¹³⁰⁸ *Ibidem* Artículo 50.

¹³⁰⁹ *Vide* María Nieves DE LA SERNA BILBAO, “La conectividad digital y los desafíos en el despliegue de redes e infraestructuras en el interior de las edificaciones; el nuevo régimen legal”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, *Derecho de las Telecomunicaciones*, Civitas, Madrid, 2015, edición electrónica sin numerar.

¹³¹⁰ *Vide* Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, artículo 51.

¹³¹¹ *Ibidem* Artículo 54.

¹³¹² *Vide* José Carlos LAGUNA DE PAZ, “Acceso al mercado y ejercicio de la actividad”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, *Derecho de las Telecomunicaciones*, Civitas, Madrid, 2015, edición electrónica sin numerar.

competencias en materia de acceso a las redes y recursos asociados, así como también, en materia de interoperabilidad e interconexión; propone al Gobierno los planes para el desarrollo y evolución del servicio público y de las infraestructuras comunes de telecomunicaciones; y las funciones de inspección y sanción de cumplimiento de las obligaciones de los operadores¹³¹³. Por último, la norma configura el régimen sancionador aplicable, recogiendo las distintas modalidades de infracciones desde leves, graves y muy graves, y las sanciones aplicables en cada caso, así como el régimen de responsabilidad de cada una de ellas¹³¹⁴.

3. El Derecho de Internet: los servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico.

3.1. Consideraciones previas.

El desarrollo de Internet y la consolidación de las TIC ha promovido la creación de un mercado en el entorno digital, o “*market place*”. Si bien éste se corresponde con el ecosistema creado entre empresas y usuarios de Internet en el que se producen los intercambios de contenido digital, aunque también se pueden adquirir la prestación de servicios o la adquisición de productos convencionales. Sin embargo, la parte que a esta tesis interesa es la creación de servicios inéditos (aquellos de contenido digital) que se configuran en nuestro ordenamiento, y la repercusión que tienen sobre el futuro del Estado de Bienestar.

Tal y como se ha señalado en los párrafos precedentes, la conexión a Internet supone exclusivamente la posibilidad de transmitir paquetes de datos entre un emisor y un receptor, a través de las redes electrónicas. Pero, lo que verdaderamente convierte en útil la red de redes son todos los servicios que posibilita, y que han cambiado las relaciones sociales tal y como las conocíamos. Además, gracias a la consolidación de éstas, los patrones de comportamiento del ser humano han variado, y las han convertido en trascendentales para el desarrollo de su vida. La sociedad vive pegada a un teléfono

¹³¹³ Vide Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, artículo 69.

¹³¹⁴ *Ibidem* Artículo 74.

inteligente, un ordenador o una Tablet (o todos a la vez), por supuesto con conexión a Internet, ya que no se concibe otra manera de desempeñar una jornada normal.

Nadie espera ya que llegue al buzón de su vivienda una carta importante, sino que la recibe en el “buzón” virtual¹³¹⁵. Pocos son los que tramitan el seguro del automóvil, reservan un hotel o un vuelo, sin antes consultar plataformas digitales de búsqueda y comparación de precios. Y, cada vez más, son los que gestionan las cuentas bancarias desde el teléfono móvil, realizan Bizum para pagos entre amigos, utilizan los códigos QR para abonar impuestos, o incluso pagan con el propio dispositivo en cualquier supermercado. Todos ellos son servicios de la sociedad de la información, y están configurando una gran parte de nuestro sistema económico, e influirán y condicionarán aún más las relaciones laborales en el futuro.

La sociedad digital que se está construyendo tiene como base instrumental Internet, pero como elemento funcional los servicios de la sociedad de la información o de contenido digital. Este es el modelo que debemos adoptar para rediseñar el Estado de Bienestar, para prestar servicios de contenido digital, así como también, de reorganizar su estructura funcional. En consecuencia, el Estado de Bienestar hay que reconstruirlo partiendo de la base instrumental de Internet y de los servicios que éste posibilita, puesto que representan el futuro de la sociedad digital. El Estado de Bienestar 4.0 tiene que formarse en sintonía con el medio en el que transitan sus ciudadanos para poder conocer las necesidades que presentan y poder satisfacer éstas.

Este proceso de cambio ya se ha iniciado, y las primeras que han tenido que adaptarse a esa nueva modalidad son las propias Administraciones Públicas, las cuales ya prestan algunos servicios públicos digitales. En la actualidad, la Administración General del Estado, en el ámbito de sus competencias, posee un catálogo de servicios digitales.

En primer lugar, se distingue la actividad de identidad digital y firma electrónica¹³¹⁶, donde se prestan los servicios de Cl@ve y Cl@ve-firma, la autenticación de los empleados públicos, o el sistema europeo de reconocimiento de identidades electrónicas (eIDAS). De la regulación de este servicio se encarga Ley 6/2020, de 11 de

¹³¹⁵ Vide Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, artículo 43.

¹³¹⁶ Vide Ignacio ALAMILLO DOMINGO, “Los mecanismos y servicios de seguridad de las TIC para la acreditación de la actuación electrónica”, *Identificación, firma y otras pruebas electrónicas: la regulación jurídico-administrativa de la acreditación de las transacciones electrónicas*, Aranzadi, Navarra, 2018, pp. 36 y ss.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA REVOLUCIÓN “INTERNET”: EL IMPULSOR DE LA SOCIEDAD DIGITAL

noviembre, reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza, así como también, cobra especial interés la ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, y la ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Estas normas han creado un régimen auténtico de comunicación, a la par que certifica la identidad, entre los ciudadanos y las Administraciones Públicas.

En segundo lugar, dentro de la gestión interna de la Administración, como soluciones a la comunicación y mensajería se ha configurado: el correo multidominio que incluye el servicio de correo y la agenda electrónicos; el servicio reúnete para la celebración de reuniones virtuales; y almacén que permite el intercambio de ficheros de gran tamaño para evitar la saturación de otras unidades de almacenamiento. En tercer lugar, en materia de gestión de recursos humanos se ofrecen los servicios de: Funciona, como el portal del empleado público; servinomina, para la visualización de las nóminas; el Portal SIRES, de intercambio de ficheros entre el Registro General de Personal y otros organismos de la AGE; o TRAMA, que controla la presencia, gestión de permisos e incidencias de los funcionarios públicos¹³¹⁷. Al final lo que se trata es de unificar todos los programas que deberían de externalizarse o contratarse a la empresa privada, y en su lugar, se han creado unos propios para su utilización por los funcionarios públicos.

En el caso de la Administración autonómica, a modo de ejemplo, la Junta de Andalucía ha creado la plataforma de tramitación digital MOAD, para la prestación de los servicios públicos electrónicos para las entidades locales. Esta plataforma permite el acceso electrónico a los Ayuntamientos andaluces, así como también, la consulta y obtención de los trámites administrativos necesarios que se gestionen a través de éstos. Esta parte se torna trascendental para la conversión hacia la Administración Digital, en tanto que, las Comunidades Autónomas sí que ayudan, a través de sus recursos, a posibilitar esta actuación. Y, para el personal del Ayuntamiento permite la realización electrónica de los expedientes administrativos, la integración de los registros de entrada y salida de documentos, y el almacenamiento de información¹³¹⁸.

La configuración de estos servicios era necesaria para dar cumplimiento a la obligación que los funcionarios tienen de relacionarse por medios electrónicos. Lo que,

¹³¹⁷ Vide MINISTERIO DE POLÍTICA TERRITORIAL Y FUNCIÓN PÚBLICA, “*Catálogo de servicios de Administración Digital*”, 2019, pp. 9 y ss.

¹³¹⁸ Vide <https://andaluciasmart.es/administracion-electronica-moad>

en sentido contrario, hubiera implicado un vacío sobre el instrumento o mecanismo a través del cual llevar a cabo esa obligación¹³¹⁹. Mientras que, en el ámbito local, el Ayuntamiento de Madrid cuenta con una sede electrónica que facilita el conocimiento de las gestiones y trámites municipales, la descarga de formularios, o la realización de gestiones en línea como la petición de cita previa, el pago o domiciliación de los tributos locales, o la consulta de estado y pago de multas¹³²⁰.

En consecuencia, las distintas Administraciones Públicas han tenido que promover el desarrollo de la prestación de ciertos servicios públicos a través de plataformas digitales habilitadas, para adaptarse al medio virtual en el que los ciudadanos ya realizan la mayor parte de su actividad. El futuro de la Administración se encuentra en este medio, así está debe reconvertir su actividad hacia la digitalización, siguiendo la tendencia del resto de la sociedad.

La digitalización de las Administraciones ayudará a la consecución de las Ciudades Inteligentes donde se presten servicios públicos más eficientes, ya que estarán diseñadas en origen para satisfacer las necesidades específicas de los ciudadanos. La pervivencia del Estado de Bienestar español está en parte en saber adaptarse a todos estos procesos de cambio, especialmente, reconfigurando los servicios públicos que se prestan desde los distintos pilares.

3.2. Los servicios de la sociedad de la información: concepto, modalidades y partes intervinientes.

3.2.1. Los servicios de la sociedad de la información: concepto y caracteres.

Los servicios de la sociedad de la información quedan perfectamente definidos en la Directiva 98/48/CEE de 20 de julio de la siguiente manera:

¹³¹⁹ Vide STSJ de Valencia 183/2020, de 24 de abril, FJ 2.

¹³²⁰ Vide <https://www.madrid.es/portales/munimadrid/es/Inicio/El-Ayuntamiento/Calidad-y-Evaluacion/Modelos-de-Calidad-y-Excelencia/Cartas-de-Servicios/Cartas-de-Servicios-vigentes/Servicios-prestados-Portal-Institucional-y-Sede-Electronica/?vgnextfint=default&vgnextoid=961cceed6ad0b610VgnVCM200001f4a900aRCRD&vgnnextchannel=5ef34225faf07410VgnVCM2000000c205a0aRCRD>

«Todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios. A efectos de la presente definición, se entenderá por: “a distancia”, un servicio prestado sin que las partes estén presentes simultáneamente; “por vía electrónica”, un servicio enviado desde la fuente y recibido por el destinatario mediante equipos electrónicos de tratamiento (incluida la compresión digital) y de almacenamiento de datos y que se transmite, canaliza y recibe enteramente por hilos, radio, medios ópticos o cualquier otro medio electromagnético; “a petición individual de un destinatario de servicios”, un servicio prestado mediante transmisión de datos a petición individual»¹³²¹.

En consecuencia, por servicios de la sociedad de la información se engloba cualquier servicio prestado a cambio de remuneración que no tiene porqué ser económica, sino que persigue una finalidad retributiva; a distancia; por vía electrónica; y a petición individual del destinatario, es decir, por iniciativa del usuario. Y, la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información, además, añade una lista de las actividades que se consideran como tales:

«la contratación de bienes o servicios por vía electrónica; la organización y gestión de subastas por medios electrónicos o de mercados y centros comerciales virtuales; la gestión de compras en la red por grupos de personas; el envío de comunicaciones comerciales; y el suministro de información por vía telemática»¹³²².

3.2.2. Prestador de servicios.

Por "prestador de servicios" o "prestador", se entiende *«toda persona física o jurídica que proporciona un servicio de la sociedad de la información»¹³²³*. Si bien, dentro de esta figura se debe distinguir entre aquellos residentes en España, en un país

¹³²¹ Vide PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, *Directiva 98/48/CE, de 20 de julio, que modifica la Directiva 98/34/CE por la que se establece un procedimiento en materia de las normas y reglamentaciones técnicas*, Estrasburgo, Artículo 2.

¹³²² Vide Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y el comercio electrónico, Anexo.

¹³²³ *Ibidem* Anexo, Definiciones.

miembro de la UE, o que se encuentren fuera de la UE. Dependiendo del lugar del establecimiento se aplica un régimen distinto, puesto que, se limitan las posibilidades de actuación que se garantizan mediante Ley.

3.2.3. Servicios de intermediación.

Los servicios de la sociedad de la intermediación son aquellos que realizan las funciones de nexo entre los prestadores y los consumidores, y quedarían definidos de la siguiente manera:

«servicios de la sociedad de la información por el que se facilita la prestación o utilización de otros servicios de la sociedad de la información o el acceso a la información. Son servicios de intermediación la provisión de servicios de acceso a Internet, la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones, la realización de copia temporal de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios, el alojamiento en los propios servidores de datos, aplicaciones o servicios suministrados por otros y la provisión de instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos o de enlaces a otros sitios de Internet»¹³²⁴.

En consecuencia, los servicios de intermediación pueden dividirse a su vez, desde el punto de vista técnico, atendiendo a la función que llevan a cabo, en los siguientes grupos: de acceso, caching, alojamiento, búsqueda o enlaces, redes sociales, y de plataformas web 2.0.¹³²⁵

A. Proveedores de acceso a Internet.

Por proveedores de acceso a Internet se entiende a:

«aquellos que brindan las infraestructuras indispensables para que los usuarios y dispositivos se conecten a la Red, asignándoles a cada uno una

¹³²⁴ Vide Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y el comercio electrónico, Anexo, Definiciones.

¹³²⁵ Vide María Magdalena PAYERAS CAPELLÁ, “Los servicios de acceso y alojamiento: descripción técnica y legal”, en Santiago CAVANILLAS MÚGINA, *Derecho de la sociedad de la información*, Comares, Granada, 2005, pp. 3-4.

dirección IP, mediante la cual son identificables y pueden integrarse en Internet, así como encaminando el tráfico originado por los servicios y aplicaciones del ciberespacio»¹³²⁶.

O, también pueden entenderse como:

«los prestadores de servicios de transmisión de datos a través de las redes electrónicas de comunicación que se ocupan de prestar un servicio de intermediación entre el originador o remitente de un mensaje de datos y el destinatario del mismo, por lo que se refiere al envío del mismo (transmisión). Para ello se hará necesaria la modificación de datos, pero únicamente se permite si esta modificación es estrictamente técnica y necesaria»¹³²⁷.

De este modo, la función principal que acometen estos proveedores de acceso de Internet es transmitir, a través de las redes de telecomunicación, los datos facilitados por el destinatario, o permitir el acceso a la infraestructura y suministrar el servicio de acceso a la red¹³²⁸. Dentro del marco jurídico, estos actores del mundo digital no serán responsables de la información transmitida, salvo que ellos mismos sean los que modifiquen el destinatario, o los datos que circulan por la red¹³²⁹.

B. Proveedores de caching.

Los proveedores de aceleración de contenidos, o de *caching*, realizan un servicio de almacenamiento automático, provisional y temporal de los datos cuya transmisión ha solicitado el destinatario, con la finalidad de hacer más eficaz y veloz la transmisión posterior de la información a ulteriores destinatarios de esos mismos datos¹³³⁰.

¹³²⁶ Vide Moisés BARRIO ANDRÉS, *Fundamentos de Derecho de Internet*, o.c., p. 347.

¹³²⁷ Vide María PÉREZ PEREIRA, “Los prestadores de servicios de la Sociedad de la Información: cuestiones generales”, *Revista de la Contratación Electrónica*, 89, (2008), pp. 70 y ss.

¹³²⁸ Vide María Jesús MORO ÁLVAREZ, “Servicios de la sociedad de la Información y sujetos intervinientes”, en *Autores, consumidores y comercio electrónico*, Colex, Madrid, 2004, pp. 124 y ss.

¹³²⁹ Vide Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y el comercio electrónico, artículo 14.

¹³³⁰ Vide Moisés BARRIO ANDRÉS, *Fundamentos de Derecho de Internet*, o.c., pp. 370-371.

O, también pueden definirse como:

«el sujeto intermediario en las comunicaciones electrónicas que favorece la celeridad en la puesta a disposición del usuario de los datos solicitados, realizando copias con carácter temporal de los datos más frecuentes solicitados por los usuarios del sistema o por el usuario que haya solicitado tales datos»¹³³¹.

En consecuencia, los propósitos de este servicio son reducir el tiempo de espera desde que el usuario insta la petición de un servicio hasta que finalmente se produce, disminuyendo el tráfico en el enlace de acceso a Internet, y permitir el acceso masivo a contenidos digitales en servidores muy sobrecargados. En lo que se refiere al régimen legal, se ha configurado una responsabilidad muy similar a la de los prestadores del servicio de acceso a Internet¹³³².

C. Proveedores de alojamiento.

El hosting de datos, o proveedor de alojamiento, cumple la finalidad de que los internautas tengan acceso a información de todo tipo que se encuentra almacenada, y que pueden descargar desde cualquier dispositivo. Dentro de estos servicios se incluyen todas las aplicaciones que permiten subir los datos a la nube, como Dropbox o Google Drive, y también aplicaciones de soporte logístico en proveedores de alojamiento externo como Sage SaaS o IDESaaS de Idesoft¹³³³. No obstante, tal y como señala la doctrina, también puede entenderse como:

«aquel contrato en cuya virtud se prestan servicios de alquiler de espacio físico para el alojamiento de equipos informáticos y servicios de telecomunicaciones. El cliente instala sus equipos informáticos en los locales del prestador de servicios, para disponer de infraestructuras que no tienen en sus instalaciones. Por tanto, lo que contrata el cliente al prestador de servicios mediante un contrato de housing es el espacio físico para dar una casa a los

¹³³¹ Vide María PÉREZ PEREIRA, “Los prestadores de servicios de la sociedad de la información: cuestiones generales”, *Revista de la Contratación Electrónica*, o.c., pp. 74 y ss.

¹³³² Vide Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y el comercio electrónico, artículo 15.

¹³³³ Vide Moisés BARRIO ANDRÉS, *Fundamentos del Derecho de Internet*, o.c., p. 378 y ss.

equipos informáticos del cliente en unas condiciones determinadas, así como una infraestructura de telecomunicaciones para conectar estos equipos»¹³³⁴.

Además, atendiendo a la modalidad del servidor que facilite la información, se distingue entre servidores compartidos y exclusivos. Mientras que, en lo que se refiere al mantenimiento del servicio se diferencia entre alojamiento gestionado, donde el proveedor se encarga de tomar las medidas necesarias para el desarrollo de su función; y alojamiento no gestionado, cuando esta actividad corresponde al propio usuario. Por último, en lo que respecta al régimen de responsabilidad, se reiteran los principios aplicables a los anteriores proveedores, atendiendo al conocimiento de que se esté produciendo una lesión de derechos o bienes a terceros, y la diligencia exigible para retirar los datos, o impedir esa violación¹³³⁵.

En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia, donde el titular del servicio solo responde respecto de las infracciones derivadas de los datos que aloja en la propia web, o que se deriven de éstas. De manera que, si no conocía la infracción que se estaba cometiendo con dicha información, así como la ilicitud de esta no es responsable. Si bien, tal y como advierte la jurisprudencia:

«La diligencia a la que se refiere el ar. 16.1 b) no impone una búsqueda constante, exhaustiva y proactiva del prestador de los servicios para discriminar qué datos o informaciones albergados en su servidor puede conllevar ilicitud. No resulta de dicho deber legal una imposición de actuación policial o pseudo-detectivesca, por así decirlo; sino únicamente comprende el deber de proceder a reaccionar de una forma temporalmente relevante, inmediata, y técnicamente eficaz para suprimir el acceso de los usuarios a los datos o informaciones infractoras, una vez que entra en conocimiento de aquella ilicitud»¹³³⁶.

¹³³⁴ Vide Isidro GÓMEZ-JUÁREZ SIDERA, “Los contratos informáticos de hosting y housing en relación con la normativa española de protección de datos de carácter personal”, *Revista de contratación electrónica*, 78, (2007), pp. 4 y ss.

¹³³⁵ Vide Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y el comercio electrónico, artículo 16.

¹³³⁶ Vide SAP de Madrid 406/2019, de 13 de septiembre, FJ 2.

Si bien, este servicio tiene una gran importancia dentro del desarrollo de la sociedad digital. La naturaleza jurídica de este contrato se asemeja al de un contrato de obra por el que proveedor se obliga a facilitar el almacenamiento de datos, asegurar la preservación de los datos, posibilitar su tráfico, y proporcionar un medio que permite tramitar la información que se almacena. Además, tendría como características principales que es un contrato consensual que se perfecciona y obliga a las partes a través del consentimiento, pero que no exige ninguna formalidad en su emisión; es un contrato de obra, puesto que se lleva a cabo por un profesional al que se le debe exigir cierta diligencia en su prestación; es electrónico; se rige por cláusulas predispuestas; es un contrato oneroso puesto que al final se acaba recibiendo una prestación por vía indirecta; informático, puesto que es el medio que se utiliza; es atípico y no nominado¹³³⁷.

D. Proveedores de búsqueda o enlaces.

Los proveedores de búsqueda son aquellos que facilitan y organizan la información disponible en Internet. Este tipo de intervinientes en la red lo que hace es realizar rastreos de forma continuada e ininterrumpida para identificar contenido y clasificarlo, es decir, realizan una sindicación de los contenidos existentes en la red. Dentro de estos proveedores distinguimos entre: tipo araña o *sponsorlines*, que acceden a toda la información disponible en la red¹³³⁸; directorios, en función de la información que previamente tienen almacenada; mixto, que combinan las técnicas anteriores; metabuscadores, aquellos que localizan la información en los motores de búsqueda más usados, ya que no tienen base de datos propia; y de portal, en referencia a un lugar específico de búsqueda¹³³⁹. En relación con el régimen de responsabilidades aplicable se

¹³³⁷ Vide Roberto YAGUAS GÓMEZ, *Contratos de conexión a Internet, hosting y búsqueda*, Civitas, Madrid, 2012, pp. 119-120.

¹³³⁸ Vide Paloma ARRIBAS DEL HOYO, "Sponsorlines y responsabilidad civil", *Boletín de Propiedad Intelectual, Industrial, Nuevas Tecnologías y Medios de comunicación*, 5, (2004), pp. 43 y ss.: «A través de este revolucionario modo de publicidad, el anunciante o patrocinador establece una relación con el prestador del servicio de Internet de tal modo que pueda hacer llegar sus productos o servicios al público que visita un sitio web colocando en él su marca, su logo, su nombre, etc., o simplemente estableciendo un link que conduzca al usuario directamente a la página del anunciante. En virtud de esta relación, el patrocinador desembolsa una cantidad al responsable de una red y como contraprestación recibe un beneficio en forma de publicidad. La manera más efectiva de llevar a cabo este patrocinio es a través de los llamados buscadores».

¹³³⁹ Vide Moisés BARRIO ANDRÉS, *Fundamentos de Derecho de Internet*, o.c., p. 392 y ss.

siguen las mismas reglas que para los proveedores de hosting, atendiendo al conocimiento y la diligencia que deben desempeñar en sus actuaciones¹³⁴⁰.

E. Redes sociales.

En el nuevo entorno digital las personas acceden a multitud de servicios en línea, pero la actividad principal que se realiza es la participación en comunidades cerradas como blogs, foros o redes sociales. Sin duda, las redes sociales son las comunidades virtuales que más adeptos recogen, y es por lo que se concentran determinadas problemáticas en éstas. Entre las redes sociales más conocidas destacan Facebook, Instagram o Twitter.

El auge y consolidación¹³⁴¹ en nuestra sociedad de las redes sociales es, en parte, por las posibilidades de comunicación, pero también porque es un servicio que se presta en apariencia como gratuito. Las redes sociales no suponen un gasto económico al consumidor, pero sí que tiene un coste para sus derechos a la libertad y protección de la privacidad. Los datos, nuestros datos más personales, se han convertido en un gran negocio y fuente de control de la sociedad. Esta realidad ha supuesto una modificación de los límites, hasta el momento aceptados, sobre el derecho de la protección de los datos personales y de la intimidad del individuo.

La primera definición técnica de red social aparece en el año 2009, como:

«plataformas de comunicación en línea que permiten a los individuos crear redes de usuarios que comparten intereses comunes, cuya naturaleza jurídica es de servicios de la sociedad de la información que comparten determinadas características: a) los usuarios deben proporcionar datos personales para generar su descripción o «perfil»; b) proporcionan también herramientas que permiten a los usuarios poner su propio contenido en línea (contenido generado por el usuario como fotografías, crónicas o comentarios, música, vídeos o enlaces hacia otros sitios); y c) funcionan gracias a la utilización

¹³⁴⁰ Vide Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y el comercio electrónico, artículo 17.

¹³⁴¹ Vide IAB, *Estudio Anual sobre Redes Sociales*, Madrid, 2019, p. 6. Según este estudio un 85% de los internautas de 16-65 años utilizan Redes Sociales, lo que representa más de 25,5 millones de usuarios en nuestro país.

de herramientas que proporcionan una lista de contactos para cada usuario, con las que los usuarios pueden interactuar»¹³⁴².

No obstante, la doctrina las define como:

«plataformas de comunicación, a través de Internet, en la que los usuarios generan un perfil con sus datos personales, facilitando la creación de comunidades con base en criterios comunes y permitiendo la comunicación de unos usuarios con otros y su interacción, de modo que pueden interactuar mediante mensajes, compartir información, imágenes, o vídeos, permitiendo que estas publicaciones sean accesibles de forma inmediata por todos los usuarios de su grupo»¹³⁴³.

O también pueden entenderse como:

«aquel proveedor de Internet que ofrece una plataforma web en cuya virtud permite al usuario construir un perfil público o semipúblico dentro un sistema limitado; articular una lista de otros usuarios con los que compartir conexiones; y visualizar y rastrear su lista de contactos y las elaboradas por otros usuarios del sistema»¹³⁴⁴.

Dentro de las redes sociales, debe distinguirse entre aquellas cuya principal actividad es la comunicación entre los usuarios; las especializadas, dirigidas a colectivos con intereses comunes; y las profesionales, que se usan principalmente para encontrar trabajo. Sin embargo, a diferencia de los anteriores proveedores que tienen un régimen legal configurado en la normativa, las redes sociales no disponen del mismo. Si bien, esto es consecuencia de que su auge comienza a partir del año 2004 cuando se crea Facebook, por lo que no podían estar en la mente del legislador cuando redacta la norma.

¹³⁴² Vide GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS ARTÍCULO 29, *Dictamen 5/2009 de 12 de junio, sobre las redes sociales en línea*, Bruselas, p. 5.

¹³⁴³ Vide Moisés BARRIO ANDRÉS, *Fundamentos del Derecho de Internet*, o.c., pp. 401-402.

¹³⁴⁴ Vide Danah BOYD y Nicole ELLINSEN, "Social Networks sites: definition history and scholarship", *Journal of Computer-mediated communication*, 13,1, (2007), pp. 210 y ss.

En consecuencia, el diccionario del español jurídico ha definido las redes sociales como:

«un servicio de la sociedad de la información que ofrece a los usuarios una plataforma de comunicación a través de Internet para que estos generen un perfil con sus datos personales, facilitando la creación de comunidades con base a criterios comunes y permitiendo la comunicación de sus usuarios, de modo que pueden interactuar mediante mensajes, compartir información, imágenes o vídeos, permitiendo que estas publicaciones sean accesibles de forma inmediata por todos los usuarios de su grupo»¹³⁴⁵.

En las redes sociales, como norma general, se crea un perfil en el mundo virtual que pretende ser un reflejo de lo que representamos en la sociedad material. En consecuencia, ésta termina funcionando como una carta de presentación sobre quienes somos en el mundo real. En estas redes se comparte información de todo tipo, lo que nos agrada, preocupa o nos gustaría tener, de forma que, con los datos que aportamos a estas redes sociales terminamos por configurar una identidad genuina¹³⁴⁶.

Sin embargo, no existe una regla o norma que corrobore quién somos, o si la información que se ha aportado es real o no. No existen ningún tipo de garantías adicionales de que aquello que colgamos en la red se identifique de alguna forma con la realidad. Pero, es más, ni siquiera nadie comprueba que se cumplen los requisitos de edad mínima para poder acceder a estas redes¹³⁴⁷. La creación de estos perfiles es tan sencilla, que simplemente con cambiar la fecha de nacimiento cuando se accede a la creación del usuario es suficiente para salvar los requisitos legales. Y, además, los robos de identidad en redes sociales son muy comunes, y más aún los perfiles falsos, son tantos los datos que

¹³⁴⁵ Vide <https://dpej.rae.es/lema/red-social>

¹³⁴⁶ Vide Ignacio ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, “El derecho del ciberespacio. Una aproximación”, *Revista de Internet, Derecho y Política*, 30, (2020), p. 9.

¹³⁴⁷ Vide GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS ARTÍCULO 29, *Dictamen 5/2009 de 12 de junio, sobre las redes sociales en línea*, Bruselas, artículo 7: «1. El tratamiento de los datos personales de un menor de edad únicamente podrá fundarse en su consentimiento cuando sea mayor de catorce años. Se exceptúan los supuestos en que la ley exija la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela para la celebración del acto o negocio jurídico en cuyo contexto se recaba el consentimiento para el tratamiento. 2. El tratamiento de los datos de los menores de catorce años, fundado en el consentimiento, solo será lícito si consta el del titular de la patria potestad o tutela, con el alcance que determinen los titulares de la patria potestad o tutela».

aportamos a la red que es muy fácil configurar una personalidad nueva, falsa o robada, y utilizarla para cometer actos delictivos.

En lo que se refiere al ámbito material sobre lo que se realiza dentro de este servicio destaca especialmente el hecho de compartir información: toda la imaginable relativa a la vida privada de una persona, desde que se levanta hasta que se acuesta. Pero, no sólo esto, sino que en redes sociales se distribuye información sobre el grupo político que se es afín, las políticas con las que se está de acuerdo, o incluso si hemos o no votado en las elecciones. Y, aún peor, se participa en una difusión constante de fotografías de menores que inundan la red, sin ser conscientes la gran mayoría de los padres, de la repercusión que esto puede tener sobre sus hijos¹³⁴⁸.

F. Proveedores de plataformas web 2.0.

En esta especialidad técnica de prestación de servicios, el proveedor se sirve de una plataforma técnica para que los usuarios interactúen y colaboren entre sí, creando contenido, al mismo tiempo que pueden disfrutarlo. Dentro de esta modalidad, se incluiría YouTube, las wikis, o los Podcast. En consecuencia, son los propios usuarios de la red los que aportan el contenido a la plataforma, y el proveedor se tiene que limitar a ofrecer la información a otros usuarios que puedan estar interesados en su consulta. De tal manera que, la prestación de estos servicios cuenta con los siguientes caracteres: la plataforma es sólo el punto de publicación y acceso multilateral de la información y el contenido; existe una obligación de interoperabilidad entre las distintas posiciones, es decir, el usuario se convierte en autor y consumidor de contenidos al mismo tiempo; y, el proveedor ofrece la información a través de diversidad de formatos a otras comunidades, por lo que cuenta con herramientas masivas de comunicación en otras fuentes de Internet¹³⁴⁹.

En definitiva, por todo lo anteriormente expuesto, es de este modo como quedaría dispuesto el régimen jurídico de los servicios de la sociedad de la información. No obstante, la regulación jurídica que estos servicios tienen en la legislación española, probablemente, tendrá que modificarse para adaptarse a la normativa comunitaria, cuando la Comisión Europea reformule el contenido y caracteres de los mismos.

¹³⁴⁸ Vide Víctor CAZURRO BARAHONA, “Menores de edad: la protección de su derecho a la intimidad en la era digital”, en *Derecho digital: perspectiva interdisciplinar*, Bosch, Barahona, 2017, pp. 245-246.

¹³⁴⁹ Vide Moisés BARRIO ANDRÉS, *Fundamentos del Derecho de Internet*, o.c., pp. 410 y ss.

3.2.4. Los destinatarios o consumidores del servicio.

Por destinatario del servicio debe de entenderse cualquier persona física o jurídica con independencia de la finalidad por la que solicita la prestación de un servicio de la sociedad de la información. Mientras que, por consumidor, se entiende aquellas personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión; y las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial¹³⁵⁰.

3.3. La evolución regulatoria de los servicios de la sociedad de la información en la Unión Europea.

La Unión Europea, dentro de las competencias económicas que le han permitido configurar un mercado único entre los distintos Estados miembros, ha promovido también la construcción de un mercado único digital. Si bien, éste es definido por la Comisión Europea como:

«aquél en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales está garantizada y en el que personas y empresas pueden acceder fácilmente a las actividades y ejercerlas en línea en condiciones de competencia, con un alto nivel de protección de los datos personales y de los consumidores, con independencia de su nacionalidad o lugar de residencia. Lograr un mercado único digital permitirá que Europa mantenga su posición de líder mundial en la economía digital, lo que ayudará a las empresas europeas a crecer a escala mundial»¹³⁵¹.

En otras palabras, el mercado digital corresponde, dentro de los límites establecidos para el comercio convencional, a aquel en el que las personas y las empresas acceden con facilidad a las actividades y prestaciones en línea, con independencia de la nacionalidad. Si bien, la inquietud de la UE por gestar un mercado único digital se inicia

¹³⁵⁰ Vide Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, artículo 3.

¹³⁵¹ Vide COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación (2015) 192, de 6 de mayo, al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Una estrategia para el Mercado Único Digital de Europa*, Bruselas, p. 3.

a finales de la década de los años 90', coincidiendo con el crecimiento que experimentaba el comercio electrónico¹³⁵².

El primer documento para la elaboración del mercado digital es la *Iniciativa europea sobre el comercio electrónico*¹³⁵³. No obstante, el paso más importante en la construcción del mercado único digital se adoptó mediante la *Declaración de Lisboa* con la iniciativa de *eEuropa 2000*¹³⁵⁴. El objetivo principal que se persigue con este proyecto es sacar el máximo provecho de la sociedad de la información¹³⁵⁵ para beneficiar el crecimiento de la economía y, por ello, se apuesta por mejorar el acceso a Internet y el desarrollo del comercio electrónico. Así, reafirmando en sus objetivos, se aprueba la Directiva sobre el comercio electrónico¹³⁵⁶, configurando de este modo, los servicios de la sociedad de la información en el mercado único digital. Ésta es la directiva marco a través de la que se regulan las distintas figuras y actividades que se desarrollan dentro del mercado único digital en línea.

Con posterioridad, y sobre la base de *eEuropa 2000*, se promovieron dos planes: por un lado, *eEuropa 2002*, cuyo objetivo primordial era la extensión de Internet por todo el territorio¹³⁵⁷; y *eEuropa 2005*, que se centraba en la extensión de los servicios para estimular el desarrollo económico¹³⁵⁸. Si bien, el Plan de 2005 se revisó en 2009, para garantizar la difusión de las buenas prácticas y la mejora de la seguridad de las redes y la información que por ellas circula¹³⁵⁹. Además, en esta misma época, se lanzaron las

¹³⁵² Vide Santiago CAVANILLAS MÚGICA, *Responsabilidades de los proveedores de información en Internet*, Comares, Granada, 2007, p.15.

¹³⁵³ Vide COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación (1997) 157, de 18 de abril, "Una iniciativa europea en el sector del comercio electrónico"*, Bruselas.

¹³⁵⁴ Vide COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación (1999) 678, de 8 de diciembre, relativa a la iniciativa de la Comisión para el Consejo extraordinario de Lisboa de 23 y 24 de marzo de 2000: eEuropa, una sociedad de la Información para todos*, Bruselas, p. 3.

¹³⁵⁵ Vide Moisés ANDRÉS BARRIO, *Fundamentos del Derecho de Internet*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2017, p. 285.

¹³⁵⁶ Vide PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, *Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior*, Estrasburgo.

¹³⁵⁷ Vide COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación (2001) 140, de 13 de marzo, al Consejo, eEuropa 2002: impacto y prioridades*, Bruselas, p. 2.

¹³⁵⁸ Vide COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación (2002) 263, de 28 de mayo, al Consejo, eEuropa 2005: una sociedad de la información para todos*, Bruselas, p. 2.

¹³⁵⁹ Vide COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación (2009) 432, de 21 de agosto, al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: evaluación final del plan de acción eEuropa 2005 y del programa plurianual (2003-2006) para el seguimiento del plan de acción*

CAPÍTULO SEGUNDO

LA REVOLUCIÓN “INTERNET”: EL IMPULSOR DE LA SOCIEDAD DIGITAL

primeras iniciativas de políticas generales de la sociedad de la información, a través de las cuales se promovían como prioridades las siguientes¹³⁶⁰: la consecución de un espacio europeo único de información, el impulso de las nuevas tecnologías, y la consecución de una sociedad inclusiva. De forma que, se garantizara el crecimiento y la creación de empleo para promover un aumento de los ingresos económicos derivados de estos sectores¹³⁶¹.

No obstante, el marco actual de regulación es el que se desarrolla a partir de la *Agenda Digital para Europa 2020*, en el año 2010. El principal objetivo de este documento es la creación del mercado digital único europeo, y para ello, se apuesta por la apertura del acceso a los contenidos; la simplificación de las transacciones en línea y transfronterizas; y, crear confianza en el mundo digital¹³⁶². Además, para conseguir estas metas, se publica el Reglamento 910/2014, de 23 de julio, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por el que se deroga la Directiva 1999/93/CE, que apuesta por garantizar la seguridad del consumidor, para favorecer que se acrecienten las transacciones del comercio electrónico.

Con posterioridad, en el año 2015, se actualiza la Agenda de 2020 con nuevos contenidos. La principal apuesta es consolidar el mercado único digital europeo, y para ello, se centraliza su consecución en el desarrollo de tres pilares: mejorar el acceso de los consumidores y las empresas y servicios en línea de toda Europa, lo que implica superar la ruptura de las actividades transfronterizas; crear las condiciones adecuadas para que las redes y servicios digitales prosperen, tanto en la inversión de sus infraestructuras, como en el marco normativo regulador que favorezca su desarrollo; y aprovechar al

eEuropa 2005, la difusión de las buenas prácticas y la mejora de la seguridad de las redes y la información, Bruselas, p. 3.

¹³⁶⁰ Vide Moisés ANDRÉS BARRIO, *Fundamentos del Derecho de Internet*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2017, p. 286.

¹³⁶¹ Vide COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación (2005) 229, de 1 de junio, al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: i2010 una sociedad de la información europea para el crecimiento y el empleo*, Bruselas, pp. 3 y ss.

¹³⁶² Vide COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación (2010)245, de 19 de mayo, al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Una Agenda Digital para Europa*, Bruselas, pp. 8 y ss.

máximo el potencial de crecimiento de la economía digital europea, apostando por las tecnologías de computación en la nube y de datos masivos¹³⁶³.

Para conseguir una construcción efectiva del mercado único digital los servicios de contenido en línea deben de prestarse de forma igualitaria en todos los Estados miembros. Si bien, hasta el momento se había experimentado cierta problemática con la portabilidad transfronteriza de estos servicios, lo que lleva a la UE a promulgar un Reglamento para favorecer el tránsito de estos datos¹³⁶⁴. De esta manera, los suscriptores pueden acceder a estas prestaciones o utilizarlos cuando se encuentren fuera del Estado de origen. Si bien, las plataformas más beneficiadas por este reglamento son las audiovisuales como Netflix, HBO, o Spotify, cuyo uso entre la población se ha incrementado en los últimos años¹³⁶⁵.

Y, también, se aprueba un Reglamento para evitar el bloqueo geográfico injustificado y otras formas de discriminación de los clientes del mercado interior¹³⁶⁶. Además, a la vista de las carencias de las regulaciones anteriores se promueve por la Comisión un Código Europeo de las Comunicaciones, que es finalmente aprobado mediante la Directiva 2018/1972¹³⁶⁷.

¹³⁶³ Vide COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación (2015) 100, de 6 de mayo, al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: una estrategia para el mercado único digital de Europa*, Bruselas, pp. 3 y ss.

¹³⁶⁴ Vide PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, *Reglamento (UE) 2017/1128, de 14 de junio, relativo a la portabilidad transfronteriza de los servicios de contenidos en línea en el mercado interior*, Estrasburgo.

¹³⁶⁵ Vide Aurelio LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ y Fernando RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, “Las implicaciones prácticas del Reglamento 2019/2015, sobre equidad y transparencia para las plataformas de comercio electrónico”, en Enrique ORTEGA BURGOS, *Nuevas tecnologías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 220.

¹³⁶⁶ Vide PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, *Reglamento (UE) 2018/302, de 28 de febrero, sobre medidas destinadas a impedir el bloqueo geográfico injustificado y otras formas de discriminación por razón de la nacionalidad, del lugar de residencia o del lugar de establecimiento de los clientes en el mercado interior y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n° 2006/2004 y (UE) 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE*, Estrasburgo, artículo 31.

¹³⁶⁷ Vide PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, *Directiva (UE) 2018/1972, de 11 de diciembre, por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas*, Estrasburgo, 11 de diciembre de 2018, artículo 1: «1. La presente Directiva establece un marco armonizado para la regulación de las redes de comunicaciones electrónicas, los servicios de comunicaciones electrónicas, los recursos y servicios asociados y algunos aspectos de los equipos terminales. Fija las misiones de las autoridades nacionales de reglamentación y, cuando proceda, de otras autoridades competentes, e introduce una serie de procedimientos para garantizar la aplicación armonizada del marco regulador en toda la Unión».

Y, en lo que respecta a la prestación de servicios se ha desarrollado el Reglamento 2019/1150¹³⁶⁸ para fomentar la equidad y la transparencia entre los servicios de intermediación y en línea. Como puede intuirse el Reglamento no se aplicará a todas las plataformas, ni a todas las actividades realizadas en la web, sino únicamente a las que se denominan proveedores intermediarios, es decir, aquellas plataformas a través de las cuales otras empresas ofrecen sus productos o servicios a consumidores finales. Entre las mismas destacan, por ejemplo, Amazon, Trivago o Wallapop¹³⁶⁹.

Sin embargo, para el año 2020, y no habiéndose cumplido con los objetivos marcados de digitalización de la economía, la Unión Europea propone un marco de actuación clave que favorezca y consolide de una vez este proyecto. Entre las decisiones adoptadas, en materia de servicios de la sociedad de la información se encuentra: establecer una estrategia europea de datos para hacer a Europa líder a nivel mundial; la configuración de un mercado de pagos integrado de la UE compatible con soluciones y servicios de pagos digitales paneuropeos; tratar la fiscalidad de las empresas del S.XXI; y una nueva agenda del consumidor, por la que se capacite a los usuarios de la red a tomar decisiones informadas¹³⁷⁰. De este modo, quedaría recogido la evolución legislativa de los servicios de la sociedad de la información por la Unión Europea.

3.4. Grupo normativo regulador.

El grupo normativo regulador de los servicios de la sociedad de la información quedaría recogido en las siguientes directivas, leyes, reglamentos y órdenes.

a) Normativa comunitaria.

- Tratado de funcionamiento de la Unión, Lisboa, 2007.

¹³⁶⁸ Vide PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, *Reglamento (UE) 2019/1150, de 20 de junio, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea*, Estrasburgo.

¹³⁶⁹ Vide Aurelio LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ y Fernando RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, “Las implicaciones prácticas del Reglamento 2019/2015, sobre equidad y transparencia para las plataformas de comercio electrónico”, en Enrique ORTEGA BURGOS, *Nuevas tecnologías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 220.

¹³⁷⁰ Vide COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación (2020) 67, de 19 de febrero, al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: configurar el futuro digital de Europa*, Bruselas, pp. 10 y ss.

- Directiva 2009/136/CE, de 25 de noviembre, por la que se modifican la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/58/CE relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas y el Reglamento (CE) no 2006/2004 sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores.
- Directiva 2009/140/CE de 25 de noviembre, por la que se modifican la Directiva 2002/21/CE relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/19/CE relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión, y la Directiva 2002/20/CE relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas.
- Directiva (UE) 2018/1972, de 11 de diciembre, por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas.
- Directiva (UE) 2016(2102 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre, sobre la accesibilidad de los sitios web y aplicaciones para dispositivos móviles de los organismos del sector público.
- Reglamento (UE) 910/2014, de 23 de julio, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por el que se deroga la Directiva 1999/93/CE, que apuesta por garantizar la seguridad del consumidor, para favorecer que se acrecienten las transacciones del comercio electrónico.
- Reglamento (UE) 2015/2120, de 25 de noviembre, por el que se establecen medidas en relación con el acceso a una internet abierta y se modifica la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas y el Reglamento (UE) nº531/2012 relativo a la itinerancia en las redes públicas de comunicaciones móviles en la Unión.
- 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 (UE) 2017/1128, de 14 de junio, relativo a la portabilidad transfronteriza de los servicios de contenidos en línea en el mercado interior.

- Reglamento (UE) 2018/302, de 28 de febrero, sobre medidas destinadas a impedir el bloqueo geográfico injustificado y otras formas de discriminación por razón de la nacionalidad, del lugar de residencia o del lugar de establecimiento de los clientes en el mercado interior y por el que se modifican los Reglamentos (CE) nº 2006/2004 y (UE) 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE.
- Reglamento (UE) 2018/1725, de 23 de octubre, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y a la libre circulación de esos datos, y por el que se derogan el Reglamento (CE) nº 45/2001 y la Decisión nº 1247/2002/CE.
- Reglamento (UE) 2018/1807, de 14 de noviembre, relativo a un marco para la libre circulación de datos no personales en la Unión Europea.
- Reglamento (UE) 2019/1150, de 20 de junio, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea.

b) Derecho interno español.

- Constitución española, de 29 de diciembre de 1978.
- Ley 34/2002, de servicios de la sociedad de la información.
- Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos.
- Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones.
- Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público.
- Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información.
- Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.
- Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el Sector Público.

- Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.
- Ley 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana.
- Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.
- Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.
- Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.
- Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y de Garantía de los Derechos Digitales.
- Ley 6/2020, de 11 de noviembre, reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza.
- Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios
- Real Decreto 1553/2005, de 23 de diciembre, por el que se regula la expedición del documento nacional de identidad y sus certificados de firma electrónica.
- Real Decreto 1494/2007, de 12 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones básicas para el acceso de las personas con discapacidad a las tecnologías, productos y servicios relacionados con la sociedad de la información y medios de comunicación social.
- Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.
- Real Decreto 899/2009, de 22 de mayo, por el que se aprueba la carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas.
- Real Decreto 4/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Interoperabilidad en el ámbito de la Administración Electrónica.
- Real Decreto 1495/2011, de 24 de octubre, por el que se desarrolla la ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público, para el ámbito del sector público estatal.
- Real Decreto 806/2014, de 19 de septiembre, sobre organización e instrumentos operativos de las tecnologías de la información y las comunicaciones en la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA REVOLUCIÓN “INTERNET”: EL IMPULSOR DE LA SOCIEDAD DIGITAL

- Real Decreto-ley 14/2019, de 31 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes por razones de seguridad pública en materia de administración digital, contratación del sector público y telecomunicaciones.
- Orden PRE/3949/2006, de 26 de diciembre, por la que se establece la configuración, características, requisitos y procedimientos de acceso al Sistema de Verificación de Datos de Identidad.
- Orden PRE/4008/2006, de 27 de diciembre, por la que se establece la configuración, características, requisitos y procedimientos de acceso al Sistema de Verificación de Datos de Residencia
- Orden PRE/878/2010, de 5 de abril, por la que se establece el régimen del sistema de dirección electrónica habilitada previsto en el artículo 38.2 del Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre.
- Orden HAP/1637/2012, de 5 de julio, por la que se regula el Registro Electrónico de Apoderamientos.
- Orden ESS/484/2013, de 26 de marzo, por la que se regula el Sistema de remisión electrónica de datos en el ámbito de la Seguridad Social.
- Orden ESS/486/2013, de 26 de marzo, por la que se crea y regula el Registro electrónico de apoderamientos de la Seguridad Social para la realización de trámites y actuaciones por medios electrónicos.
- Orden HAP/566/2013, de 8 de abril, por la que se regula el Registro Electrónico Común.
- Orden HAP/7/2014, de 8 de enero, por la que se regula el Registro de funcionarios habilitados para la identificación y autenticación de ciudadanos en el ámbito de la Administración general del Estado y sus organismos públicos vinculados o dependientes.
- Orden HAP/492/2014, de 27 de marzo, por la que se regulan los requisitos funcionales y técnicos del registro contable de facturas de la entidad del ámbito de aplicación de la ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el Sector Público.
- Orden HAP/107/2014, de 24 de junio, por la que se regulan las condiciones técnicas y funcionales que debe reunir el Punto General de Entrada de Facturas Electrónicas.
- Orden PRE/1838/2014, de 8 de octubre, por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros, de 19 de septiembre de 2014, por el que se aprueba

Cl@ve, la plataforma común del Sector Público Administrativo Estatal para la identificación, autenticación y firma electrónica mediante el uso de claves concertadas.

- Orden HAP/1949/2014, de 13 de octubre, por la que se regula el Punto de Acceso General de la Administración General del Estado y se crea su sede electrónica.
- Orden HAP/2142/2014, de 14 de noviembre, por la que se crea el fichero de datos de carácter personal Cl@ve.
- Orden PRE/1590/2016, de 3 de octubre, por la se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de septiembre de 2016, por el que se dictan instrucciones para habilitar la participación pública en el proceso de elaboración normativa a través de los portales web de los departamentos ministeriales.
- Orden HFP/633/2017, de 28 de junio, por la que se aprueban los modelos de poderes inscribibles en el Registro Electrónico de Apoderamientos de la Administración General del Estado y en el registro electrónico de apoderamientos de las Entidades Locales y se establecen los sistemas de firma válidos para realizar los apoderamientos apud acta a través de medios electrónicos.
- Orden TFP/303/2019, de 12 de marzo, por la que se crean las Subsedes Electrónicas del Portal Funciona y del Portal de la Transparencia, como sedes electrónicas derivadas de la Sede Electrónica del Punto de Acceso General de la Administración General del Estado.

3.5. La Ley 34/2002, de servicios de la sociedad de la información.

3.5.1. Introducción.

En España, la norma básica de regulación de los servicios de contenido digital es la Ley 34/2002, de servicios de la sociedad de la información. Esta norma se encarga de regular lo referente al modo, garantías y responsabilidades de los operadores en la red en la prestación de estos servicios. La ley se estructura en torno a una serie de principios generales que, siguiendo las máximas comunitarias, se configuran alrededor de la regla de la libre prestación de servicios e intercambio de mercancías. Además, también genera un régimen de responsabilidad de los actores intervinientes, distinguiendo entre los

prestadores directos y los intermediarios. En consecuencia, dentro del análisis, es necesario diferenciar entre el régimen de los principios aplicables, y el de las responsabilidades y obligaciones inherentes a los mismos, así como también de las modalidades de prestación de servicios existentes.

3.5.2. Los principios generales de la Ley.

Dentro del marco jurídico aplicable se distinguen cuatro principios generales que van a regir en la actuación de la prestación de estos servicios: el principio de libertad, el deber de colaboración, la obligación de informar y el establecimiento de un código de conducta.

En primer lugar, el principio de libertad. Si bien, dentro del marco jurídico comunitario aplicable, y en virtud del cual se estructura el mercado único digital de la Unión Europea, se desprende que no pueden caber restricciones a la libertad de prestación de servicios y de intercambio de mercancías. Y, es por ello, que el principio base sobre el que se fundamenta el régimen español es el de la libertad, sin que quepa el establecimiento de ningún tipo de restricción¹³⁷¹.

En consecuencia, la prestación de los servicios de contenido digital no puede estar sujeta a una autorización previa, tal y como señala la propia Ley: «*La prestación de servicios de la sociedad de la información no estará sujeta a autorización previa*». Sin embargo, con posterioridad se añaden una serie de excepciones a la norma general:

«Esta norma no afectará a los regímenes de autorización previstos en el ordenamiento jurídico que no tengan por objeto específico y exclusivo la prestación por vía electrónica de los correspondientes servicios»¹³⁷².

La Ley pretende excluir, de este modo¹³⁷³, aquellos servicios que no son exclusivos de la sociedad de la información y que tienen otra finalidad como, por ejemplo,

¹³⁷¹ Vide Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, artículo 7.

¹³⁷² *Ibidem* Artículo 6.

¹³⁷³ Vide PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, *Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior*, Estrasburgo, artículo 4.

el juego en línea que tiene su régimen jurídico propio¹³⁷⁴. Además de aquellos otros que según el ordenamiento jurídico ya necesitan una autorización previa, como es el caso de los servicios de las telecomunicaciones. No obstante, este régimen de excepciones pudiera parecer, a priori, un quebrantamiento del principio de libertad vigente. Sin embargo, tal y como ha señalado la doctrina, la prohibición de no imponer restricciones a la libertad de prestación de servicios e intercambio de bienes, no impide generar unas obligaciones previas para el empresario que garanticen los derechos de los ciudadanos¹³⁷⁵.

Además, con posterioridad, la Ley estructura un régimen de restricciones aplicables a la prestación de estos servicios, así como un procedimiento general de cooperación comunitario. Si bien, las limitaciones al régimen general están destinadas a paliar los efectos de los atentados contra bienes jurídicos y principios rectores del ordenamiento internacional, como puede ser salvaguardar el orden y seguridad pública; la protección de la salud pública; el respeto de la dignidad de la persona y la no discriminación; la protección de la juventud y la infancia; o la propiedad intelectual. Sin embargo, lo que no queda tan claro en la norma es quién es el órgano competente que debe actuar para salvaguardar la protección de estos bienes o principios jurídicos, puesto que se señala como tal a:

«todo órgano jurisdiccional o administrativo, ya sea de la Administración General del Estado, de las Administraciones Autonómicas, de las Entidades locales o de sus respectivos organismos o entes públicos dependientes, que actúe en el ejercicio de las competencias legalmente atribuidas»¹³⁷⁶.

¹³⁷⁴ Vide Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego.

¹³⁷⁵ Vide Patricia MÁRQUEZ LOBILLO, “Prestadores de servicios de intermediación: algunas especialidades de su estatuto jurídico”, *Revista de Contratación Electrónica*, 88, (2007), pp. 4 y ss., «(...) no impide que, con el propósito de lograr la pretendida seguridad jurídica y la confianza de los destinatarios y consumidores, se imponga al prestador de servicios, al empresario o profesional que desarrolla su actividad económica por medios electrónicos, una serie de obligaciones añadidas a aquéllas que se derivan de las disposiciones comprendidas en el ámbito normativo coordinado que le resulte de aplicación en función del lugar en el que se halle establecido o del resto de disposiciones que, aun no formando parte de dicho ámbito normativo coordinado, son igualmente aplicables a los prestadores de estos servicios por imperativo del artículo 1, apartado segundo, de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y comercio electrónico».

¹³⁷⁶ Vide Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, Anexo, definiciones j)

Esta situación ha sido duramente criticada por la doctrina¹³⁷⁷, para quien la Ley no ha especificado una autoridad administrativa que tenga competencia general para velar por la licitud o cumplimiento de ésta, sino que únicamente se limita a reiterar una competencia que ya debiera estar atribuida.

En este sentido, el artículo 35 no ayuda a esclarecer a la autoridad competente, puesto que señala como competente al Ministerio de Industria, Energía y Turismo, excepto para los supuestos contemplados *«en los artículos 8, 10, 11, 15, 16, 17 y 38 se entenderán hechas a los órganos jurisdiccionales o administrativos que, en cada caso, lo sean en función de la materia»*, y añade aquellos que *«por razón de la materia o del tipo de entidad de que se trate, a ámbitos competenciales, de tutela o de supervisión específicos, (...) los órganos a los que la legislación sectorial atribuya competencias de control, supervisión, inspección o tutela específica ejercerán las funciones que les correspondan»*.

De tal manera que, se genera una dicotomía procedimental en la que no se esclarece quién es el órgano con autoridad para tomar decisiones apropiadas en la materia. Así, la mayoría de las veces, las competencias se solapan o no están coordinadas, de forma que, no queda del todo definido quién es el órgano que debe encargarse de proteger los bienes jurídicos en juego en cada momento. Sin embargo, la Ley sí que precisa cuál es el ámbito que queda excluido de las competencias administrativas que, siguiendo lo dispuesto en las normas de procedimiento ordinario, son exclusivas de la autoridad judicial¹³⁷⁸. La Ley intenta encontrar una solución equitativa por la que se apliquen los mismos principios normativos de competencia en el ciberespacio que los ya instaurados en nuestro ordenamiento. Así, tal y como manifiesta la doctrina:

«con independencia de que existen dudosas zonas grises, la LSSI ha encontrado una solución de equilibrio que aproxima el régimen de Internet al

¹³⁷⁷ Vide Julián VALERO TORRIJOS, “Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas en la prestación de servicios de intermediación”, en Santiago MÚÑOZ CAVANILLAS, *Deberes y responsabilidad de los servicios de acceso y alojamiento: un análisis multidisciplinar*, Comares, Granada, 2005, pp. 13 y ss.; Vide Juan Pablo MONCADA FLÓREZ, *La responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación en la Sociedad de la Información*, Universidad de Granada, Granada, 2009, p. 187.

¹³⁷⁸ Vide Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, artículo 8.1: *«En todos los casos en los que la Constitución y las leyes reguladoras de los respectivos derechos y libertades así lo prevean de forma excluyente, sólo la autoridad judicial competente podrá adoptar las medidas previstas en este artículo, en tanto garante del derecho a la libertad de expresión, del derecho de producción y creación literaria, artística, científica y técnica, la libertad de cátedra y el derecho de información»*.

existente en el mundo físico. Como en él, sólo un juez podrá ordenar la retirada de informaciones o el acceso a ellas por entender que atentan a la intimidad o el honor de un tercero y, como en él, las autoridades administrativas competentes en sanidad y consumo podrán ordenar la retirada o privación de acceso a la información consistente en promover o vender productos que encierran un riesgo para la salud»¹³⁷⁹.

Por otro lado, en lo que se refiere al procedimiento de control se establece que la autoridad competente podrá solicitar a los prestadores de servicios de la sociedad de la información la cesión de los datos que permitan identificar al responsable de la vulneración de los derechos, para que pueda comparecer en sede judicial. Además, como requisito previo será necesaria la autorización de la jurisdicción contencioso-administrativa. Si bien, una vez que se ha cumplido con este requisito, los prestadores de servicios de la sociedad de la información deberán facilitar todos los datos identificativos de la persona responsable¹³⁸⁰.

No obstante, el procedimiento debe seguir un régimen de cooperación cuando el prestador de servicios se encuentre en un país de un Estado miembro distinto de España. De este modo, primero se deberá requerir al Estado donde se incumplan las obligaciones que se adopten las medidas oportunas. No obstante, de manera excepcional y por situación urgente, se podrán aprobar las medidas, no sin antes notificarlo al Estado miembro y a la Comisión Europea, o en su caso, al Comité Mixto del espacio Económico¹³⁸¹.

En todo caso, para adoptar cualquier medida restrictiva deberá de cumplir con las garantías establecidas en el artículo 11 apartados 3º y 4º. Si bien, el artículo 11.3 viene a reiterar lo ya manifestado en el artículo 8.1 último párrafo, estableciendo una obligación de cumplimiento de las normas y procedimientos previstos, pero haciendo hincapié en los relativos a los derechos a la intimidad personal y familiar, a la protección de los datos personales, a la libertad de expresión, o a la libertad de información. Y, añade que:

¹³⁷⁹ Vide Santiago CAVANILLAS MÚGICA, *Responsabilidades de los proveedores de información en Internet*, Comares, Granada, 2007, p. 35.

¹³⁸⁰ Vide Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, artículo 8.2.

¹³⁸¹ *Ibidem* Artículo 8.4.

«En particular, la autorización del secuestro de páginas de Internet o de su restricción cuando ésta afecte a los derechos y libertades de expresión e información y demás amparados en los términos establecidos en el artículo 20 de la Constitución solo podrá ser decidida por los órganos jurisdiccionales competentes».

Y termina el artículo con una nueva cautela o garantía, generando la obligación de aplicar los principios del derecho administrativo en lo que respecta a las medidas que se deben acordar:

«las medidas a que hace referencia este artículo serán objetivas, proporcionadas y no discriminatorias, y se adoptarán de forma cautelar o en ejecución de las resoluciones que se dicten, conforme a los procedimientos administrativos legalmente establecidos o a los previstos en la legislación procesal que corresponda».

En segundo lugar, todos los prestadores de servicios de la sociedad de la información tienen la obligación de facilitar determinados datos relativos a su nombre o denominación social; la dirección y correo electrónico; así como otros, relativos a la inscripción en el Registro Mercantil; o en caso de que estuviese sujeto a autorización administrativa previa, el órgano competente de su supervisión¹³⁸². Si bien, toda esta información deberá estar al inicio de la plataforma, o en un lugar claramente identificable. La intencionalidad que se persigue con esta norma es generar confianza entre los usuarios del comercio electrónico, y así evitar a los operadores de servicios digitales que no actúan conforme a la legalidad vigente. No obstante, el incumplimiento de esta obligación, en tanto que impida un contacto fácil, puede constituir una carencia de la diligencia exigible al prestador, pero no está tipificada como una infracción.

En tercer lugar, los operadores de servicios digitales tienen la obligación de colaborar en la gestión de los incidentes en los que estén relacionados en materia de ciberseguridad, de conformidad con la modificación incorporada en el año 2014 en la

¹³⁸² Vide Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, artículo 10.

ley¹³⁸³ por la disposición adicional novena. Sin embargo, en su actuación deberán de respetar en todo caso el secreto de las telecomunicaciones, aunque suministrando la información que se solicite cuando sea necesario¹³⁸⁴.

Y, por último, la Ley de servicios de la sociedad de la información fomenta la creación de códigos de conducta o de buenas prácticas, para que rijan, sobre todo, en las materias de detención y retirada de contenido ilícito y la protección del destinatario final que recibe esas comunicaciones¹³⁸⁵.

Como se puede observar, la Ley no fija un contenido concreto o explícito de que debe tratarse obligatoriamente en los mismos, sino que, al contrario, realiza unas sugerencias sobre aquello que entiende que pueden ser aspectos más problemáticos dentro de la prestación de servicios en el ciberespacio¹³⁸⁶. Además, insta a la promoción de procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos surgidos en el marco de la contratación electrónica, permitiendo que las partes puedan acudir a arbitrajes de protección de los consumidores, especialmente, utilizando medios electrónicos para resolver los conflictos¹³⁸⁷.

3.5.3. Los deberes y obligaciones en la norma.

En lo que se refiere, a los deberes y obligaciones que recoge la norma se encuentran condicionados por los principios de flexibilidad y liberalización en los que se estructura el régimen de provisión de servicios, intentando no imponer demasiados deberes u obligaciones a los prestadores. De esta forma, se ha generado un régimen incompleto que se centra más en las excepciones que en la generalidad de la norma¹³⁸⁸. Si bien, tal y como advierte la doctrina, *«el Derecho de la red tiene también que estar*

¹³⁸³ Vide Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, Disposición Final Segunda Dieciséis.

¹³⁸⁴ Vide Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, Disposición Adicional Novena.

¹³⁸⁵ Vide STEDH, de 15 de junio de 2015, apartado 86. Para el TEDH en razón al principio de precaución, si hay riesgos de contenidos ilícitos, hay que poner medios y controles suficientes para evitarlos para no ser responsable.

¹³⁸⁶ *Ibidem* Artículo 18.

¹³⁸⁷ Vide Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, artículo 32.

¹³⁸⁸ Vide Moisés BARRIOS ANDRÉS, *Fundamentos del Derecho de Internet*, o.c., p. 463.

*organizado en red. Con múltiples puntos de apoyo y decisiones, pluralmente»*¹³⁸⁹. En consecuencia, establecer un régimen de excepciones y no de generalidad, no significa que estemos limitando poco el desarrollo del Derecho, sino que se está haciendo mal. Así, dentro de los deberes impuestos por la norma se distingue el deber de colaboración y las obligaciones de información.

Los proveedores de servicios de la sociedad de la información tienen el deber de colaboración. Si bien, sobre el procedimiento para promover la interrupción o distribución de un contenido lesivo de derechos o de carácter ilícito, se deriva una obligación general de colaboración con las Administraciones competentes. No obstante, la justificación a este deber ha sido matizada por parte de la doctrina que lo entiende como:

*«no se trata de imponer un deber de vigilancia general de los contenidos que se introduzcan o existan en la red, ya que, como señala la Directiva sobre el comercio electrónico, los Estados miembros no pueden imponer a los prestadores una obligación de supervisión. Exclusivamente con respecto a obligaciones de carácter general, sin perjuicio de la obligación de supervisión, en casos específicos o del respeto a los órdenes de las autoridades nacionales dictadas de conformidad con la legislación nacional. Si se pretende, y así se deduce del régimen de responsabilidad al que quedan sometidos estos prestadores, que los mismos pongan en práctica un mínimo de deber de diligencia, aquel que cabe esperar razonablemente de ellos, en función de la actividad que ejercen»*¹³⁹⁰.

De tal forma que, lo que se espera de los operadores de los servicios digitales no es una labor de supervisión, sino más bien, de diligencia en su actuación. Por tanto, cuando entiendan que pueden vulnerarse derechos, y a petición de los órganos competentes, dejen de prestar ese determinado servicio o de divulgar determinada información.

¹³⁸⁹ Vide Santiago MUÑOZ MACHADO, *La regulación de la red. Poder y Derecho en Internet*, Taurus, Madrid, 2000, p. 105.

¹³⁹⁰ Vide Patricia MÁRQUEZ LOBILLO, “Prestadores de servicios de intermediación: algunas especialidades de su estatuto jurídico”, *Revista de Contratación Electrónica*, o.c., pp. 6 y ss.

No obstante, la Ley genera dos deberes de colaboración separados. Uno general, cuando el procedimiento de restricción del servicio haya sido acordado por el órgano competente, y donde se distingue si el servicio que se vaya a limitar procede de España, de otro Estado miembro o ajeno a la Unión Europea. Además, se debe prever que, en todo caso, se cumplirán con las garantías de protección de los derechos que establece el ordenamiento jurídico, así como la aplicación de medidas objetivas, proporcionadas y no discriminatorias¹³⁹¹. Y, por otro lado, uno específico de colaboración con el Ministerio de Ciencia y Tecnología, de la autoridad administrativa competente, facilitando todos los datos e información que precise para el ejercicio de sus funciones, cuando éste lo considere oportuno¹³⁹².

Y, en segundo lugar, existen obligaciones en materia de seguridad. El artículo 12 bis obliga a que los operadores de los servicios digitales proporcionen determinada información sobre los diferentes medios de carácter técnico que aumentan los niveles de protección de seguridad de los datos. De manera que, permita que los usuarios se protejan ante el ataque de virus informáticos o programas espías. Así como también, deben informar sobre las herramientas para el filtrado y restricción del acceso a determinados contenidos y servicios de Internet, sin olvidar el régimen de responsabilidades que puede derivar de su actuación, si ésta no es conforme a la legalidad vigente¹³⁹³.

4. El Derecho de Internet: la protección de la propiedad intelectual y los derechos morales en la red.

4.1. Consideraciones previas.

El régimen jurídico de la protección de la propiedad intelectual tiene aspectos concretos que se encargan de regular aquellos contenidos que pueden transmitirse por Internet, respetando los derechos inherentes a los autores de esas creaciones. La facilidad de acceso a contenidos digitales a través de las distintas plataformas web ha consolidado un comportamiento poco ético, además de ilegal. Así, el “*pirateo digital*” se corresponde

¹³⁹¹ Vide Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, artículo 11.

¹³⁹² *Ibidem* Artículo 36.

¹³⁹³ *Ibidem* Artículo 12.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA REVOLUCIÓN “INTERNET”: EL IMPULSOR DE LA SOCIEDAD DIGITAL

con la actividad de apropiarse de estos contenidos de manera ilegal o ilícita, y ponerlos a disposición de los usuarios de estas plataformas. Si bien es cierto, como carácter inherente a la configuración de Internet se encuentra la gratuidad (al menos en términos económicos) de muchos de los servicios que se prestan, de manera que el contenido digital viaja de un punto a otro de la red y se pone a disposición del consumidor con tan sólo un clic. De este modo, la comunidad digital funciona como una especie de régimen colaborativo, donde todo parece estar a disposición de los cibernautas sin coste alguno. Sin embargo, cuando se accede a contenido que no cuenta con las licencias y permisos necesarios, esto tiene consecuencias negativas sobre los derechos de propiedad intelectual de sus autores¹³⁹⁴.

La situación ha derivado en un cambio en la producción del trabajo de estos creadores de contenido creativo. A modo de ejemplo, los cantantes ya no venden discos físicos, en los términos que se hacía hace unos pocos años. Los artistas ahora suben sus canciones o actuaciones a YouTube y las visualizaciones de estos vídeos les reportan determinadas cantidades de dinero, o reciben contraprestaciones por las reproducciones de sus obras en aplicaciones como Spotify. Y, una situación muy parecida es la que ha sufrido la industria cinematográfica, en las que las personas acudían menos al cine y se dejaron de comprar copias originales de las películas, accediendo a su contenido de manera ilegal por Internet.

Hasta el punto de que, al sector no le ha quedado otra opción que adaptarse y ceder los derechos de reproducción a plataformas colaborativas que permiten la difusión en masa de estos contenidos. Tanto es así que, los niños ya no sueñan con ser cantantes, futbolistas de alto nivel o artistas, quieren ser “bloggers”, “instagramers” o “youtubers”. Los ciberautores, o creador de contenido en red, se hacen valer de su actividad a través de un canal propio donde difunden contenido de interés para sus seguidores, y que reporta grandes cantidades económicas gracias a los patrocinadores o agentes publicitarios¹³⁹⁵. Si bien, esta es la tendencia del empleo del futuro, donde debe focalizarse gran parte del crecimiento de nuestra economía.

¹³⁹⁴ Vide Juan A. CUERVA DE CAÑAS, “La propiedad intelectual en el mundo digital”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO y José Luis PIÑAR MAÑAS, *Sociedad digital y derecho*, o.c., p. 720.

¹³⁹⁵ Vide María Cristina LORENTE LÓPEZ, “Ciber-creación de contenidos y derechos fundamentales”, en Víctor CAZURRO BAHONA, *Derecho digital: perspectiva interdisciplinar*, o.c., pp. 335-336.

No obstante, la legislación relativa a la propiedad intelectual dentro de la red ha sido modificada en diversas ocasiones para intentar mejorar el régimen de garantías. Pero, las reformas no han tenido mucho éxito porque se han limitado a ampliar ciertos supuestos ilícitos al medio digital, en un intento desesperado por actualizar la regulación civil y penal que había quedado obsoleta¹³⁹⁶.

De manera que, el régimen jurídico aplicable es claramente insuficiente para garantizar la protección de los bienes jurídicos en juego. En este sentido, el consumo de contenido digital de manera ilícita deja a un sector de la economía, de cierta importancia en nuestro país, huérfano de protección legal. No sólo porque no recibe importantes cantidades de dinero derivadas de los derechos de autor de sus creaciones, sino que, además, se pierde una parte importante de los impuestos derivados de estas actividades, así como la desaparición de determinados puestos de trabajo.

En consecuencia, el artista que, a pesar de tener un gran éxito por sus obras, se perjudica, en tanto que, recibe una cantidad inferior de lo que le correspondería por la visualización o utilización de sus creaciones. Pero, no olvidemos cuanto deja de percibir el Estado: con este tipo de prácticas no se recauda un montante importante de dinero a través de distintos impuestos como puede ser el de las personas físicas o el de sociedades, aunque, sobre todo, destaca el IVA. De este modo, se realizan millones de transacciones y consumo de contenido digital de manera ilegal, por la que nuestro sistema impositivo no recibe ningún tipo de aporte, lo que indirectamente perjudica al Estado de Bienestar y sus medios de financiación.

Tal y como se ha advertido en el capítulo anterior, uno de los principales problemas del sistema es la insuficiencia presupuestaria que éste presenta, una tendencia que se acrecentará año tras año, a medida que se incrementen las necesidades de la población. El Estado debe controlar que el Derecho se respeta dentro de la red, pero también debe preocuparse por adaptar el régimen impositivo de las actividades que se desarrollan en Internet, sobre todo, aquellas que representan una innovación profesional dentro de nuestro ordenamiento. Más aún, siendo éste el medio en el que se va a efectuar gran parte de la actividad económica de nuestro país.

¹³⁹⁶ Vide Moisés BARRIOS ANDRÉS, *Derecho Público y propiedad intelectual: su protección en Internet*, Reus, Madrid, 2017, pp. 19 y ss.

Por ello, uno de los objetivos principales que debería acometerse por el ejecutivo, a corto plazo, es establecer un régimen en el que se contemplen las distintas modalidades profesionales que éste posibilita, sus derechos y obligaciones. Pero, también ampliar las medidas coercitivas en caso de incumplimiento, tanto para las plataformas de intermediación, los propios creadores de contenido digital, y los usuarios que accedan a este contenido ilícito. Sin embargo, hasta ahora se ha negado que sea el Estado quién coloque controles y filtros preventivos para evitar la comisión de estos actos delictivos¹³⁹⁷

4.2. La evolución de la protección de la propiedad intelectual en Internet en la Unión Europea.

Los servicios de la sociedad de la información posibilitan la distribución de contenido sin límite en la red, hasta el punto de que no se respetan los derechos derivados de la propiedad intelectual de las obras. La Unión Europea teniendo competencias en la armonización de la legislación de los Estados miembros en esta materia, ha intentado poner freno, a través de numerosas directivas, a la expansión del uso ilícito del contenido digital. Así, en primer lugar, se aprueba la Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información, por el que se pretende dar una solución a los problemas de derechos de autor, y de responsabilidad de los intermediadores en la divulgación de contenidos de forma ilícita en el ciberespacio¹³⁹⁸.

En otras palabras, ésta pretende a armonizar la regulación comunitaria para evitar o frenar las tendencias de descarga de películas y música de forma ilegal, y determinar las responsabilidades de los actores que intermedien en la reproducción o comercialización de estos artículos. Si bien, a partir del cambio de milenio comienzan a surgir las primeras plataformas pro-pirateo, donde páginas como eMule permitían el acceso, prácticamente, a cualquier novedad en el ámbito cinematográfico y discográfico,

¹³⁹⁷ Vide STJUE, C-70/10, de 24 de noviembre, Scarlet vs. SABAM, apartado 52: «Por otro lado, dicho requerimiento judicial podría vulnerar la libertad de información, dado que se corre el riesgo de que el citado sistema no distinga suficientemente entre contenidos lícitos e ilícitos, por lo que su establecimiento podría dar lugar al bloqueo de comunicaciones de contenido lícito. En efecto, es incontrovertido que el carácter lícito de una transmisión depende igualmente de la aplicación de excepciones legales a los derechos de autor que varían de un Estado miembro a otro. Además, en determinados Estados, ciertas obras pueden pertenecer al dominio público o los autores afectados pueden ponerlas gratuitamente a disposición pública en Internet».

¹³⁹⁸ Vide STJUE, C-264/19, Constantin Film Verleih GmbH/Google Inc. y Youtube LLC.

de forma gratuita, y los usuarios de las redes se servían de estos servicios ilegales. Por ello, no es hasta esa Directiva cuando se establecerá la obligación de que los Estados miembros garanticen la protección adecuada de los derechos de autor en el ciberespacio¹³⁹⁹. No obstante, esta directiva ha sido mejorada y reforzada en aras de homogenizar el nivel de protección de los distintos Estados miembros¹⁴⁰⁰.

Con posterioridad, se produce una actualización del régimen de protección del contenido que se divulga en la red mediante la comunicación sobre “*Un mercado único de los derechos de propiedad intelectual. Estimular la creatividad y la innovación para generar crecimiento económico, empleos de calidad y productos y servicios de excelencia en Europa*”¹⁴⁰¹. Y, además, se aprueba el Libro Verde sobre la distribución en línea de obras audiovisuales, donde se analizan las formas en las que el sector está cambiando¹⁴⁰² y se pretende dar respuesta a los problemas que los avances tecnológicos están ocasionando¹⁴⁰³. En este mismo sentido, se aprueba la Directiva 2011/77/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre, por la que se modifica la Directiva 2006/116/CE/ relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines, y la Directiva 2012/28/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre, sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas.

No obstante, siendo estas medidas insuficientes, se adoptan nuevas iniciativas para construir un marco moderno de los derechos de autor, capaz de adaptarse a la realidad digital y al proceso de transformación que experimenta la sociedad europea, por

¹³⁹⁹ Vide PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, *Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines de los derechos de autores en la sociedad de la información*, Estrasburgo, artículo 6.

¹⁴⁰⁰ Vide PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, *Directiva 2004/48/CE, de 29 de abril, relativa al respecto de los derechos de propiedad intelectual*, Estrasburgo, considerando 2 y 3: «La protección de la propiedad intelectual debe permitir que el inventor o creador obtenga un beneficio legítimo de su invención o creación. Debe permitir asimismo la difusión más amplia posible de las obras, ideas y los conocimientos nuevos. Al mismo tiempo, no debe ser un obstáculo para la libertad de expresión, para la libre circulación de la información, ni para la protección de los datos personales, inclusive en Internet».

¹⁴⁰¹ Vide COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación (2011) 287, de 24 de mayo, al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico Social y Europeo y al Comité de las Regiones: Un mercado único de los derechos de propiedad intelectual. Estimular la creatividad y la innovación para generar crecimiento económico, empleos de calidad y productos y servicios de excelencia en Europa*, Bruselas.

¹⁴⁰² Vide Juan A. CUERVA DE CAÑAS, “La propiedad intelectual en el mundo digital”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO y José Luis PIÑAR MAÑAS, *Sociedad digital y derecho*, o.c., pp.720 y ss.

¹⁴⁰³ Vide COMISIÓN EUROPEA, *COM (2011) 427 Libro verde, de 13 de junio, sobre la distribución en línea de obras audiovisuales en la Unión Europea: oportunidades y problemas en el avance hacia un mercado único digital, de 13 de junio*, Bruselas.

lo que se aprueba un plan de acción frente a las infracciones de los derechos de propiedad intelectual y una estrategia para la protección y aplicación en terceros países de la UE¹⁴⁰⁴. Posteriormente, este régimen es actualizado y completado, incluyendo nuevas medidas coercitivas para conseguir el respeto que merecen los derechos de autor¹⁴⁰⁵.

En este sentido, se aprueba la Directiva 2014/26/UE, de 26 de febrero, relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines y a la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea en el mercado interior y, también, se aprueba una modificación de la Directiva de armonización de los derechos de autor en la sociedad de la información en favor de las personas ciegas o con otras dificultades para acceder a textos impresos¹⁴⁰⁶, de conformidad con el Tratado de Marrakech adoptado el 27 de junio de 2013, del que forma parte la Unión Europea, para facilitar el acceso a las obras publicadas a las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso.

Sin embargo, estas intenciones de innovación en la materia contrastan con la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por la que se limitan los derechos de autor a conocer ciertos datos de los infractores que distribuyen el contenido de sus obras de manera ilícita a través de las plataformas de intermediación. Según esta jurisprudencia, los autores de las obras tienen derecho a conocer únicamente la dirección postal del infractor, realizando una interpretación estricta de la normativa comunitaria, pero no otros datos identificativos:

«Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a las cuestiones prejudiciales planteadas que el artículo 8, apartado 2, letra a), de la Directiva 2004/48 debe interpretarse en el sentido de que el concepto de “direcciones” que figura en esta disposición no comprende, en relación con un

¹⁴⁰⁴ Vide COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación (2014) 392, de 1 de julio, al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico Social y Europeo: Hacia un consenso renovado sobre el respeto de los derechos de propiedad intelectual. Un plan de acción de la Unión Europea*, Bruselas, pp. 2-3.

¹⁴⁰⁵ Vide COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación (2015) 626, de 9 de diciembre, al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Hacia un marco moderno y más europeo de los derechos de autor*, Bruselas, p. 2.

¹⁴⁰⁶ Vide PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, *Directiva (UE) 2017/1564, de 13 de septiembre, sobre ciertos usos permitidos de determinadas obras y otras prestaciones protegidas por derechos de autor y derechos afines en favor de personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder a textos impresos, y por la que se modifica la Directiva 2001/29/CE relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información*, Estrasburgo, considerando 6.

usuario que ha puesto en línea archivos infringiendo un derecho de propiedad intelectual, su dirección de correo electrónico, su número de teléfono ni la dirección IP utilizada para subir estos archivos o la dirección IP utilizada en el último acceso a su cuenta de usuario»¹⁴⁰⁷.

Sin duda, el Tribunal realiza una interpretación de la norma anticuada y poco representativa del proceso de digitalización en el que estamos inmersos. En este sentido, dentro del término de dirección tiene lógica que se incluya el correo electrónico, o el IP del ordenador, ya que estos datos aportan información más relevante sobre los infractores que su dirección postal. De manera que, sería más fácil poder ponerlos ante la jurisdicción competente por las infracciones y tipos delictivos colectivos cometidos, conociendo sus datos virtuales que el domicilio en el que supuestamente se han cometido los hechos. En consecuencia, si lo que se pretenden es ampliar las garantías de protección de los derechos de autor, estos deberían poder conocer todos aquellos datos relevantes que permitan identificar a las personas que infrinjan las garantías de protección de sus obras, y el correcto ejercicio de sus derechos, para poder llevarlos ante la justicia.

4.3. Grupo normativo regulador.

En lo que se refiere al grupo normativo regulador de la propiedad intelectual, le resultan de aplicación las siguientes directivas, leyes y reglamentos.

a) Normativa comunitaria.

- Tratado de funcionamiento de la Unión, Lisboa, 2007.
- Directiva (UE) 2009/136/CE, de 25 de noviembre, por la que se modifican la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/58/CE relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones

¹⁴⁰⁷ Vide STJUE, C-264/19, Constantin Film Verleih GmbH/Google Inc. y Youtube LLC, apartado 40.

- electrónicas y el Reglamento (CE) no 2006/2004 sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores.
- Directiva (UE) 2009/140/CE de 25 de noviembre, por la que se modifican la Directiva 2002/21/CE relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/19/CE relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión, y la Directiva 2002/20/CE relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas.
 - Directiva 2011/77/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre, por la que se modifica la Directiva 2006/116/CE/ relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines.
 - Directiva 2012/28/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre, sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas.
 - Directiva 2014/26/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero, relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines y a la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea en el mercado interior.
 - Directiva (UE) 2016/2102 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre, sobre la accesibilidad de los sitios web y aplicaciones para dispositivos móviles de los organismos del sector público.
 - Directiva (UE) 2017/1564, de 13 de septiembre, sobre ciertos usos permitidos de determinadas obras y otras prestaciones protegidas por derechos de autor y derechos afines en favor de personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder a textos impresos, y por la que se modifica la Directiva 2001/29/CE relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información.
 - Reglamento (UE) 910/2014, de 23 de julio, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por el que se deroga la Directiva 1999/93/CE, que apuesta por garantizar la seguridad del consumidor, para favorecer que se acrecienten las transacciones del comercio electrónico.
 - Reglamento (UE) 2015/2120, de 25 de noviembre, por el que se establecen medidas en relación con el acceso a una internet abierta y se modifica la

Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas y el Reglamento (UE) nº531/2012 relativo a la itinerancia en las redes públicas de comunicaciones móviles en la Unión.

- 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 (UE) 2017/1128, de 14 de junio, relativo a la portabilidad transfronteriza de los servicios de contenidos en línea en el mercado interior.
- Reglamento (UE) 2018/302, de 28 de febrero, sobre medidas destinadas a impedir el bloqueo geográfico injustificado y otras formas de discriminación por razón de la nacionalidad, del lugar de residencia o del lugar de establecimiento de los clientes en el mercado interior y por el que se modifican los Reglamentos (CE) nº 2006/2004 y (UE) 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE.
- Reglamento (UE) 2018/1807, de 14 de noviembre, relativo a un marco para la libre circulación de datos no personales en la Unión Europea.
- Reglamento (UE) 2019/1150, de 20 de junio, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea.
- Comunicación, COM (2011) 287, de 24 de mayo, al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico Social y Europeo y al Comité de las Regiones: Un mercado único de los derechos de propiedad intelectual. Estimular la creatividad y la innovación para generar crecimiento económico, empleos de calidad y productos y servicios de excelencia en Europa.
- Libro verde, COM (2011) 427 de 13 de junio, sobre la distribución en línea de obras audiovisuales en la Unión Europea: oportunidades y problemas en el avance hacia un mercado único digital.
- Comunicación, COM (2014) 392, de 1 de julio, al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico Social y Europeo: Hacia un consenso renovado sobre el respeto de los derechos de propiedad intelectual. Un plan de acción de la Unión Europea.

- Comunicación, COM (2015) 626, de 9 de diciembre, al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Hacia un marco moderno y más europeo de los derechos de autor.

b) Derecho interno español.

- Constitución española, de 29 de diciembre de 1978.
- Ley 34/2002, de servicios de la sociedad de la información.
- Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible
- Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.
- Ley 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana.
- Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y de Garantía de los Derechos Digitales.
- Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia.
- Real Decreto 1889/2011, de 30 de diciembre, por el que se regula el funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual.

4.4. La protección de la propiedad intelectual en el ordenamiento estatal.

4.4.1. Análisis del desarrollo normativo.

Desde la aprobación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual en 1996, han sido varias las reformas que se han introducido en la normativa, en su mayoría, motivadas por el uso inapropiado de los servicios que posibilita Internet. En puridad, no ha sido una tarea sencilla combinar la protección de la propiedad intelectual con el acceso imparale de la revolución de Internet, y el desarrollo de la sociedad de la información. Esta realidad ha llevado a que la industria digital española se haya sustentado en la gratuidad de los servicios que se prestan, lo que atentaba contra los derechos propios de los autores intelectuales. La situación estaba descontrolada, especialmente, durante los primeros años de impulso de los servicios de la sociedad de la información, conllevó a la

construcción de un Internet poro responsable e inseguro¹⁴⁰⁸. Así, para intentar frenar estos efectos mediante Real Decreto 114/2000, se crea la Comisión Interministerial para actuar contra las actividades vulneradoras de los derechos de propiedad intelectual e industrial, cuya actividad principal era «*crear un marco estable de coordinación de las diversas políticas públicas destinadas a actuar contra estas actividades*»¹⁴⁰⁹.

Sin embargo, la aprobación de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información que limitaba la responsabilidad de los prestadores de servicios a la mera notificación al órgano competente, y la limitación del concepto de copia privada, provocan la derogación de la norma por su ineficacia. El Gobierno era consciente de que las medidas adoptadas hasta el momento estaban siendo insuficientes para frenar la expansión de este fenómeno y apuesta firmemente por la coordinación de acciones entre todos los estamentos públicos, mediante la aprobación del Real Decreto 1228/2005, de 28 de octubre, por el que se crea y regula la Comisión intersectorial para actuar contra las actividades vulneradoras de los derechos de propiedad intelectual.

En este sentido, las interpretaciones judiciales del artículo 17 de la Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información no ayudaba a proteger la propiedad intelectual en el ciberespacio, en tanto que, excluía a los prestadores de servicios de cualquier tipo de responsabilidad si no existe conocimiento efectivo de la ilicitud de la actividad a la que remiten¹⁴¹⁰. Además, de que se opta por no hacer responsable a los proveedores de servicios de alojamiento o de almacenamiento, salvo que sean ellos mismos elaboren por su cuenta el contenido, o que tengan conocimiento efectivo de la ilicitud de la actividad. De esta manera, se excluyen de responsabilidad las actividades de intermediación, copia, almacenamiento o localización, por lo que a los servicios de intermediación sólo se les impone un deber de diligencia debida concretado en el artículo 16 Ley de Servicios de la Sociedad de la información, para localizar e imputar responsabilidad a los autores de actividades o contenido ilícitos que se difunda por la Red o para impedir que éstos se sigan divulgando¹⁴¹¹.

¹⁴⁰⁸ Vide José Manuel TOURNÉ, “Protección de la propiedad intelectual: la “solución” Sinde, *El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 59, (2015), p. 38 y ss.

¹⁴⁰⁹ Vide Real Decreto 114/2000, de 28 de enero, por el que se crea y regula la Comisión Interministerial para actuar contra las actividades vulneradoras de los derechos de propiedad intelectual e industrial, Exposición de Motivos.

¹⁴¹⁰ Vide SAP de Madrid, de 11 de septiembre de 2008, FJ 5.

¹⁴¹¹ Vide SAP de Baleares, de 22 de febrero de 2007, FJ 4.

Por esta razón, a través de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, se impulsaron distintas reformas para adecuar la legislación vigente a la evolución tecnológica. Para ello, se modificaron: el artículo 8 de la LSSI para exigir responsabilidad a los prestadores de servicios cuando se vulnere la propiedad intelectual; se crea la Sección Segunda de la Comisión de la Propiedad Intelectual para proteger la salvaguarda de este bien jurídico en la red, quienes podrán tomar las medidas necesarias para los prestadores de servicios interrumpan su prestación o retirar los contenidos; este órgano tiene potestad par conocer los datos del prestador de servicios infractor, siempre bajo autorización judicial, y cuando actúe con ánimo o de lucro o pudiera causar perjuicio patrimonial¹⁴¹². Con posterioridad se aprueba el Reglamento para el funcionamiento de la Comisión de la Propiedad Intelectual mediante Real Decreto 1889/2011, de 30 de diciembre.

No obstante, esta norma será objeto de distintas reformas en el año 2014 que se centra en tres objetivos: *«la profunda revisión del sistema de copia privada, el diseño de mecanismos eficaces de supervisión de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual y el fortalecimiento de los instrumentos de reacción frente a las vulneraciones de derechos que permita el impulso de la oferta legal en el entorno digital»*¹⁴¹³.

Además, siguiendo la normativa comunitaria, en el año 2016, se aprueba mediante el Real Decreto 224/2016, de 27 de mayo, por el que se desarrolla el régimen jurídico de las obras huérfanas, y el Real Decreto-ley 12/2017, de 3 de julio, por el que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, en cuanto al sistema de compensación equitativa por copia privada.

Con posterioridad, en el año 2018 para culminar la transposición de la Directiva Comunitaria 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines y a la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea en el mercado interior. Y, finalmente, en el año 2019, se aprueba la

¹⁴¹² Vide Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, Disposición Final cuadragésima tercera.

¹⁴¹³ Vide Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, Exposición de Motivos I.

Ley 2/2019, de 1 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, y la Directiva (UE) 2017/1564 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de septiembre de 2017.

4.4.2. La Ley de propiedad intelectual: especial referencia a la problemática de distribución de contenido digital.

La Ley protege a todas las obras y títulos originales con independencia del soporte, tangible o no, en el que se encuentren¹⁴¹⁴. En consecuencia, todos los contenidos originales que se publican en Internet deben de ser objeto de protección por la normativa aplicable. Sin embargo, el desarrollo de Internet ha traído nuevas formas de compartir y crear contenido, configurando genuinas maneras de participación colaborativa, y donde se tramita un régimen de licencias que posibilita la constante transformación de las obras. Esto no es un hecho intrascendente, no sólo por las garantías de los derechos de autor derivadas de las obras convencionales, sino que, también es aplicable a aquellos contenidos cuyo origen este en la red, donde podemos distinguir entre la creación de software y de obras propiamente dichas.

En lo que se refiere a los softwares se distingue entre los colaborativos y los libres. Como mayor representación de los colaborativos se encuentran herramientas como las wikis, *«donde gran cantidad de sujetos crean contenidos y edita uno mismo de forma global y sucesiva en el tiempo, aunque existe un administrador que funciona como editor filtrando y controlando los contenidos que se incorporan al entorno wiki»*. Al hilo de esta nueva modalidad colaborativa han surgido unas licencias como las *Creative Commons*, las cuales permiten *«el reconocimiento de la autoría, su explotación no comercial y su transformación y, por ende, la creación de obras derivadas por otros usuarios, siempre y cuando no se haga un uso comercial de dichas obras no derivadas»*. Mientras que, en lo que respecta a los softwares libres, este sistema *«permite el uso libre y facilita al usuario el código fuente, de forma que éste puede revisarlo y modificarlo»*. En consecuencia, las licencias de este tipo de productos a lo que autorizan es a llevar a cabo

¹⁴¹⁴ Vide Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia, artículo 10.

cualquier actividad no comprendida entre los derechos de explotación que regula el art. 100 de la Ley de Propiedad Intelectual¹⁴¹⁵.

Pero, a mayor abundamiento, cada vez más, están en auge las denominadas profesiones como creadores de contenido digital (influencers, bloggers, o youtubers), sobre quienes, a pesar de lo que pueda parecer, no se respetan los derechos de autor y se copian modas y comportamientos, sin hacer referencia a la propiedad intelectual de quién los llevó a cabo primero. Comienzan a surgir batallas legales sobre quién es el creador de una determinada moda en Internet y quién es el influenciado o imitador de este.

Debemos pensar que en la red se recogen ideas de todo tipo: poemas, textos narrativos, fotografías, o vídeos que, sin embargo, no expresan la autoría de su creador, lo que dificulta el ejercicio de los derechos morales¹⁴¹⁶ inherentes a los mismos. Si bien, ésta es una de las consecuencias directas de la sociedad digital en la que los datos circulan por la red, sin saber muy bien de donde proceden y quién es el autor intelectual de los mismos. Sin embargo, el problema es que la sociedad se ha acostumbrado a apropiarse de los datos que circulan en la red, y usarlos de forma gratuita, y ésta es ya una tendencia difícil de parar, puesto que se ha convertido en un comportamiento consolidado.

En consecuencia, el régimen de protección de las obras dentro del medio virtual debería permitir poner a disposición de los usuarios éstas, siempre que exista un consentimiento previo por sus autores para que así se haga. Por tanto, dicha aprobación supone una licencia o cesión de los derechos de autor que legitima al uso o distribución

¹⁴¹⁵ Vide Juan A. CUERVA DE CAÑAS, “La propiedad intelectual en el mundo digital”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO y José Luis PIÑAR MAÑAS, *Sociedad digital y derecho*, o.c., pp.721-722.

¹⁴¹⁶ Vide Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia, artículo 14: «Corresponden al autor los siguientes derechos irrenunciables e inalienables: 1.º Decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma. 2.º Determinar si tal divulgación ha de hacerse con su nombre, bajo seudónimo o signo, o anónimamente. 3.º Exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra. 4.º Exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación. 5.º Modificar la obra respetando los derechos adquiridos por terceros y las exigencias de protección de bienes de interés cultural. 6.º Retirar la obra del comercio, por cambio de sus convicciones intelectuales o morales, previa indemnización de daños y perjuicios a los titulares de derechos de explotación. Si, posteriormente, el autor decide reemprender la explotación de su obra deberá ofrecer preferentemente los correspondientes derechos al anterior titular de los mismos y en condiciones razonablemente similares a las originarias. 7.º Acceder al ejemplar único o raro de la obra, cuando se halle en poder de otro, a fin de ejercitar el derecho de divulgación o cualquier otro que le corresponda. Este derecho no permitirá exigir el desplazamiento de la obra y el acceso a la misma se llevará a efecto en el lugar y forma que ocasionen menos incomodidades al poseedor, al que se indemnizará, en su caso, por los daños y perjuicios que se le irroguen».

on-line de las obras, puesto que, en caso contrario supondría una infracción del régimen jurídico aplicable. De este modo, dependiendo de la licencia que tenga el servidor, se podrá subir un determinado contenido a la página online; descargarlo para poder visualizarlo o disfrutarlo cuantas veces se quiera; o también es posible disponer del contenido *in streaming*, es decir, visualizarlo desde la página de forma permanente, o temporal, mientras el contenido se encuentre en el servidor¹⁴¹⁷.

Sin embargo, las plataformas intermediarias han encontrado una laguna jurídica de puesta a distribución estos contenidos digitales, sin la necesidad de la autorización o cesión de los derechos de autor, a través de los enlaces. La principal actividad de las páginas de pirateo es visibilizar links a otras plataformas que ofrecen el contenido de manera ilícita, de forma que, no son ellas las que proveen del servicio, sino unos meros intermediarios de la actividad. Esto lo que hace es dificultar la aplicación del régimen de responsabilidad, dado que, los intermediarios solo ofrecen la información, visibilizando los links. No obstante, éstos tienen responsabilidad, dado que, si no fuera por su actividad, éstos contenidos estarían ocultos en la red, como consecuencia de que no son páginas conocidas y fácilmente visibles, lo que impediría el desarrollo de esta práctica ilícita.

La tutela administrativa de la propiedad intelectual estaba atribuida a la Comisión de la Propiedad Intelectual, un órgano colegiado nacional que realizaba funciones de mediación y arbitraje. Sin embargo, en el año 2019, tras la reforma de la Ley, e intentando solucionar los problemas de la denominada como “*Ley Sinde*”, las competencias de comprobación de cumplimiento de los requisitos legales recaen directamente sobre el Ministerio de Cultura y Deporte. Mientras que las funciones de inspección, vigilancia, control, así como sanción, sobre las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual y de los operadores de gestión independientes, corresponden a las Comunidades Autónomas¹⁴¹⁸.

En consecuencia, el reto de la legislación actual es la configuración de un régimen jurídico que logre un equilibrio entre la realidad de Internet y los derechos derivados de la propiedad intelectual, estableciendo límites, excepciones, o deberes, sin olvidar que

¹⁴¹⁷ Vide Juan A. CUERVA DE CAÑAS, “La propiedad intelectual en el mundo digital”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO y José Luis PIÑAR MAÑAS, *Sociedad digital y derecho*, o.c., pp.726-731.

¹⁴¹⁸ Vide Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia, artículo 155.

estamos acostumbrados al acceso gratuito a la cultura en Internet. El régimen jurídico debe de modernizarse y adaptarse al nuevo entorno. Como ejemplo significativo, recientemente CEDRO acaba de lanzar un registro basado en la tecnología de blockchain sobre licencias de derechos de autor¹⁴¹⁹. Y, de esta forma, adaptar de igual manera el sistema impositivo de la distribución de contenido digital y de la actividad que se realiza en la red, para aumentar la recaudación en esta materia. De manera que, se garantice el respeto de los derechos de autor, pero también las obligaciones tributarias y fiscales de los ciudadanos.

5. El Derecho de Internet sobre la Protección de Datos.

5.1. Los datos: el petróleo del S. XXI.

5.1.1. Las nuevas empresas y su materia prima.

Hace quince años, las empresas de mayor capitalización mundial eran Microsoft, Exxon Mobil, General Electric, Citigroup y Shell Oil. Pero, en la actualidad, sólo continúa en el ranking Microsoft. Mientras que, el resto han sido sustituidas por Apple, Alphabet, Amazon y Facebook. De tal manera que, las empresas que gobiernan la economía internacional tienen carácter tecnológico y/o están relacionadas con los servicios de la sociedad de la información. Además, estas compañías agrupan cerca del 80% del mercado de su ámbito, es decir, prestan sus servicios casi a la totalidad de los usuarios que requieren esa determinada asistencia en la red. Esta tendencia permite evidenciar que el sector de las nuevas tecnologías se estructura en torno a grandes monopolios¹⁴²⁰, que se van a encargar de gestionar y prestar los servicios de la Era Digital. Ahora bien, ¿de qué se sustentan las empresas que proveen de contenidos o servicios digitales?

Los datos se han convertido en el elemento que posibilita el crecimiento económico de las empresas y la creación de nuevos modelos de negocio. Así, en puridad,

¹⁴¹⁹ Vide Jorge CORRALES, “CEDRO lanza un registro en blockchain de licencias de derechos de autor”, *Diario la LEY CIBERDERECHO*, 34, (2019), p. 1.

¹⁴²⁰ Vide Francisco HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Competencia y monopolios digitales”, en César GARCÍA NOVOA y Diana SANTIAGO IGLESIAS, *4ª Revolución Industrial: impacto de la automatización y la inteligencia artificial en la sociedad y la economía digital*, o.c., p. 35.

las innovaciones tecnológicas lo que han desarrollado es un nuevo modelo económico y social basado en el manejo de ingentes cantidades de información que se acumulan en bases de datos. Los datos que se recogen son relativos tanto a realidades físicas como virtuales, lo que permite configurar perfiles de todos los gustos y tendencias de los usuarios. Sin embargo, el negocio económico no consiste únicamente en almacenar los datos, sino en analizarlos para conseguir rédito económico, gracias a la explotación de lo que se conoce como fenómeno del Big Data.

En sus inicios, se creía que el crecimiento económico de estas empresas se encontraba en la publicidad de los productos que en éstas se ofrecen. Pero, la realidad estaba alejada, en parte, de esa teoría. Si bien, la gran mayoría de sus beneficios provienen de la cesión de los datos que recogen a grandes compañías que los analizan, estudian, comparan y deciden cuáles son los productos o servicios que más puedan interesar a los usuarios¹⁴²¹.

La realización de esta actividad supone para algunos sectores de la doctrina «*una desviación de la finalidad, para la cual se necesitaría una nueva legitimación en base al consentimiento*»¹⁴²². Y, aunque no es del todo desacertado lo que se afirma, una vez que se ceden los datos por los usuarios, y se expresa la utilidad que estas empresas les van a dar, informando a los propietarios de éstos, no existe una auténtica desviación de la actividad como se afirma.

Las empresas de publicidad conductual, que son las más comunes, lo que hacen es estudiar la actividad en red, de manera que, identifican cuáles son las páginas que más visitas, las búsquedas que realizas, o tus intereses en general. Estas páginas se sirven de las cookies, para recoger los datos de nuestras preferencias en las búsquedas y geolocalización, para ofrecer sugerencias sobre aquellos productos o servicios que te pueden interesar o sean acordes con tus necesidades. El procedimiento que realizan estas empresas es de agregación, es decir, «*conforman el perfil de una persona a través de la*

¹⁴²¹ Vide Manuel CASTELLS OLIVÁN, “El panóptico digital”, *Vanguardia Dossier*, 63, (2017), p. 76: «*En el caso de Google el 91 por ciento de sus ingresos provienen de publicidad. Pero no de cualquier publicidad, sino del marketing focalizado que permite el tratamiento de datos agregados resultantes de la información recogida a partir de las búsquedas del usuario, puestas en relación con las características de cada usuario. Como se suele decir en Silicon Valley, “si no pagas por un servicio es que estás pagando con tus datos”*».

¹⁴²² Vide Pedro ALBERTO GONZÁLEZ, “Responsabilidad proactiva en el tratamiento de datos masivos”, *Dilemata*, 24, (2017), p. 121.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA REVOLUCIÓN “INTERNET”: EL IMPULSOR DE LA SOCIEDAD DIGITAL

triangulación y organización de la información que se ha obtenido sobre ella, obteniendo así nuevos datos sobre un individuo»¹⁴²³.

Como, por ejemplo, el teléfono móvil o el acceso a una plataforma de búsqueda que te hace sugerencias sobre un restaurante cercano de comida mexicana, los gimnasios que están más cerca de ti, o el viaje de tus sueños que sospechosamente ha bajado de precio. Si bien, estas empresas no tramitan datos personales, no saben si soy una mujer, si estoy casada, o cuál es mi edad, porque esos datos no les interesan, puesto que no les reportan dinero. Sin embargo, sí que les interesa conocer si estoy interesada en practicar deporte, si estoy pensando en comprarme un coche, o si me gustan los zapatos de tacón de color rojo. El ejemplo más claro de esta actividad lo tenemos en lo que ocurre después de utilizar las redes sociales.

Por ejemplo, desde que Facebook compró WhatsApp el rédito económico ha sido millonario. A través de esta aplicación, acceden al contenido de nuestras conversaciones para potenciar todos esos intercambios de pensamiento que realizamos a través de la aplicación. Por ello, cada vez es más común mantener un diálogo por esta aplicación de mensajería y que sorprendentemente al entrar en cualquier buscador aparezca publicidad sobre aquello de lo que se está hablando¹⁴²⁴. Es curioso porque cuando accedes a esta aplicación parece dar garantías de seguridad y privacidad, además de anunciar que el contenido de los mensajes está cifrado de extremo a extremo, de manera que, sólo puede acceder al contenido a quién se lo has enviado. En realidad, el fondo del asunto sobre el que estoy conversando debe ser privado para el resto de los usuarios de la aplicación, pero no para el dueño de la plataforma. Ahora bien, por supuesto que somos nosotros los que accedemos y consentimos afirmativamente que se utilicen nuestros datos. ¡Faltaría más! Pero ¿quién puede vivir en este siglo sin usar estos servicios?

Los datos se han convertido en un activo patrimonial de gran valor¹⁴²⁵, quizá el de mayor estima del mercado, sustituyendo a las mercancías del S. XX:

¹⁴²³ Vide Marina SANCHO LÓPEZ, “Estrategia legales para garantizar los derechos fundamentales frente a los desafíos del Big Data”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 50, (2019), p. 2.

¹⁴²⁴ Vide Pascal SAINT-AMANS, “¿Están las grandes compañías de Internet modelando un nuevo sistema económico? Los retos de las políticas tributarias”, *Vanguardia Dossier*, o.c., p. 60, «En la industria de los medios de comunicación y la radiodifusión, el protagonismo creciente que adquieren los datos a través de contenidos generados por los usuarios y las redes sociales ha hecho posible que la televisión deje de ser el medio publicitario más importante, al ser superado por la publicidad a través de Internet».

¹⁴²⁵ Vide Luis PARDO CÉSPEDES, “De 1984 a 2058: una anti-distopía”, *Viaje al centro del humanismo digital*, Versus, Vizcaya, 2019, p. 47: «La información está generando una nueva economía en la que el

«Los datos son hoy el propulsor de crecimiento y transformación, como lo fue el petróleo en su momento. Y los flujos de datos configuran hoy nuevas infraestructuras, nuevos modelos de negocio y nuevas economías, con nuevos actores en posición de monopolio y políticas estatales diferenciadas según las ventajas de partida para beneficiarse de las reglas del mercado»¹⁴²⁶.

La constitución de este nuevo modelo de negocio se ha aprovechado del crecimiento exponencial de las nuevas tecnologías y la fragmentación normativa de los distintos Estados. Las empresas se han beneficiado de las lagunas legislativas en las que se protegen sólo determinados datos del ser humano, así como también, de cláusulas de consentimiento general para el tratamiento de éstos. Así, los términos y cláusulas de condiciones, por los que el usuario consiente la gestión de sus datos, son interminables e ilegibles para la mayoría de los usuarios, los cuales carecen de una capacidad de comprensión suficiente para entender a que se están exponiendo.

Sin contar que, los primeros usuarios, no tenían ni formación, ni capacidad técnica suficiente, para entender que el bien jurídico que estaban limitando era su privacidad al usar los servicios de la sociedad de la información. Todo esto ha llevado a modificar los límites del derecho a la privacidad, la intimidad e inclusive la propia imagen, que ya no representan aquello que el legislador pretendía conservar y proteger¹⁴²⁷. Es más, la doctrina afirma que:

«la privacidad es un valor que no interesa al sujeto titular de los datos, como lo acreditaría la facilidad con la que consienten que sus datos sean

dato es la columna vertebral. En un futuro no muy lejano, el valor de las empresas estará tasado por el valor de los datos de los que son propietarios y estos van a ser el activo empresarial más valioso. Los datos, y su correcta gestión, son el petróleo del siglo XXI (...)».

¹⁴²⁶ Vide Miguel MORENO MUÑOZ, “Privacidad y procesado automático de datos personales mediante aplicaciones y bots”, *Dilemata*, 24, (2017), p. 9.

¹⁴²⁷ Vide Anna BERNASEK y D.T MONGAN, “¿Tienen los nuevos monopolios gigantes (Amazon, Google, Facebook...) el poder de transformar economías globales?”, *Vanguardia Dossier*, 63, (2017), p. 55: *«Y los consumidores no se dan cuenta de esto: de que ellos están en estas estructuras. El informe más detallado elaborado por la Stasi o la kGB no puede compararse ni por asomo con el exhaustivo chorro de datos que aporta cada consumidor. Cada minuto del día aportamos datos profusamente. Cada movimiento, cada gesto, palabra y pulsación de tecla genera datos adicionales. Los ordenadores, las tabletas, los teléfonos móviles y los sensores que nos rodean recogen cantidades ingentes y crecientes de información personal, que luego registran, disponen en forma tabular y analizan»*.

recogidos, tratados y cedidos en los términos que se anuncian en el aviso de privacidad»¹⁴²⁸.

Por ello, es necesario proteger nuestros datos y establecer un régimen jurídico en consonancia con el medio digital. La mayor parte de la doctrina aboga que la mejor técnica de protección de los datos es a partir de la configuración de su garantía desde el diseño. En otras palabras, los usuarios no tendrían que actuar proactivamente para que se cumplan y garanticen sus derechos fundamentales, sino que la tecnología ya debe venir previamente configurada para que se proteja la privacidad, siguiendo las recomendaciones comunitarias¹⁴²⁹.

De esta forma, la intromisión en la privacidad y el acceso a los datos de los usuarios por parte de las empresas debe corregirse para garantizar la protección de los derechos de los ciudadanos. Por ello, el régimen de protección debe virar hacia la prevención y reducción de estos riesgos, desde la configuración de los dispositivos, los cuales, hasta el momento, están diseñados en origen para acceder a todos los datos¹⁴³⁰.

En otras palabras, lo que se les pide a las empresas tecnológicas es responsabilidad y transparencia en la configuración de los dispositivos, en el sentido que se proclama en el Reglamento de Protección de Datos. Para ello, éstas deben establecer una serie de parámetros que, por defecto, protejan en el máximo de la categoría posible los datos introducidos o que recojan los propios instrumentos.

Sin embargo, en opinión de quién escribe, es algo impensable imponer a las grandes compañías que, por defecto, protejan los datos que suministramos a la red, puesto que, va en contra de sus propios intereses económicos y de desarrollo¹⁴³¹. Los datos son

¹⁴²⁸ Vide Juan Antonio HERNÁNDEZ CORCHETE, “Expectativas de privacidad, tutela de la intimidad y protección de datos”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO y José Luis PIÑAR MAÑAS, *Sociedad digital y derecho*, o.c., p. 282.

¹⁴²⁹ Vide PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, *Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril, 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*, Estrasburgo, artículo 25.

¹⁴³⁰ Vide Rosario DUASO CALÉS, “Los principios de protección de datos desde el diseño y protección de datos por defectos”, en José Luis PIÑAR MAÑAS, *Reglamento general de Protección de Datos. Hacia un nuevo modelo de privacidad*, Reus, Madrid, 2016, p. 310.

¹⁴³¹ Vide Juan Antonio HERNÁNDEZ CORCHETE, “Expectativas de privacidad, tutela de la intimidad y protección de datos”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO y José Luis PIÑAR MAÑAS, *Sociedad digital y derecho*, o.c., p. 280: «La respuesta depende, obviamente, de qué beneficios se busquen con la regulación y, en última instancia, de si los mismos han de prevalecer sobre el gravamen que supone para la innovación tecnológica y el surgimiento y consolidación de nuevas

una nueva mercancía¹⁴³², y salvo que se ilegalice su comercialización, continuarán en el mercado hasta que no tengan valor, o no sean rentables. Ningún Estado conseguirá que estos datos se protejan con las expectativas que se recogen en el Reglamento, por las mismas empresas que sacan rédito económico de éstos. Asimismo, se expresa la doctrina que afirma que:

«si el tiempo acredita su veracidad, la historia relatará un inicio de milenio en el que la evolución de la tecnología sacrificó las libertades en el altar de la eficiencia y el lucro. Y, si no fuera así, escribiremos el relato sobre cómo un mal diseño en el cumplimiento normativo puso en riesgo un mundo mejor»¹⁴³³.

Si bien, la última decisión adoptada por la Comisión Europea parece estar en consonancia con estas necesidades¹⁴³⁴, pero, hasta que ésta no se lleve a cabo, no se puede comprobar si se cumplen con los objetivos y metas propuestas. De manera que, para poder analizarlos, habrá que esperar al menos cinco años.

5.1.2. Los datos: elemento sobre el que se diseñará el Estado de Bienestar 4.0.

Se evidencia la relevancia que tienen los datos como una parte importante de nuestra economía, pero también hay que destacar su trascendencia para diseñar los servicios públicos del futuro. Los datos se han convertido en la materia prima sobre la

aplicaciones digitales. Las reglas de tratamiento de datos personales, consideradas simplemente como técnica regulatoria que ordena este sector de actividad, no justificarían consecuencias tan inconvenientes para la extensión y refuerzo de la innovación tecnológica en el ámbito digital. Mayor peso en la ponderación adquieren estas reglas cuando se aprecia que mediante ellas se tiende a garantizar el control que cada sujeto realiza sobre una emanación de la persona sobre la que es predicable una cierta pretensión patrimonial. No obstante, en la medida que el sujeto implica en estos casos una posición patrimonial, no es difícil argumentar que las reglas de tratamiento de datos personales deberían ceder frente a los muy notables intereses generales que hemos indicado que revista la expansión y asentamiento de la sociedad digital».

¹⁴³² Vide Carlos B. FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, “La mayoría de las sanciones por protección de datos se están imponiendo por infracción del artículo 6.1 del Reglamento”, *Diario la LEY CIBERDERECHO*, 30, (2019), p. 5.

¹⁴³³ Vide Ricard MARTÍNEZ MARTÍNEZ, “Internet de los objetos, domótica e inteligencia artificial: la nueva frontera del derecho a la vida privada y familiar”, *Diario LA LEY CIBERDERECHO*, 31, (2019), pp. 1 y ss.

¹⁴³⁴ Vide COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación (2020) 66, de 19 de febrero, al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las regiones: una estrategia europea de datos.*

CAPÍTULO SEGUNDO

LA REVOLUCIÓN “INTERNET”: EL IMPULSOR DE LA SOCIEDAD DIGITAL

que se asentará gran parte del crecimiento económico de España. En este sentido, el mayor ejemplo de ratificación de esta afirmación se encuentra en la iniciativa de la Unión Europea, de crear una economía exclusivamente de los datos. Por ello, es necesario comenzar a adaptar nuestro sistema, tanto ocupacional como impositivo, para acoger todos los cambios que se van a producir.

La sostenibilidad del Estado de Bienestar español pasa por adaptarse al nuevo modelo laboral que se está gestando, y con él los distintos impuestos que lo mantienen. Por ello, si el empleo del futuro está en los datos, no sólo se trata de promoverlos a través de políticas activas de emprendimiento social, sino en apoyar y sufragar gran parte de los costes económicos que implican. Todo apoyo a este sector es dinero que retornará en pocos años al sistema. Más aún, si las políticas del ejecutivo se centran en implicar a los trabajadores (aunque, también es necesario una fuerte presencia de los sindicatos) de sectores en detrimento, o cuyo futuro está cada vez más cuestionado, para recolocarlos dentro de otras ocupaciones dentro de las amplias posibilidades que permite la economía de los datos.

No obstante, los datos tienen un papel transversal en el diseño y la configuración, en sentido estricto, del Estado del Bienestar. Los servicios públicos del futuro se crearán atendiendo a necesidades muy específicas de la población que, únicamente pueden conocerse, gracias a los datos que las Administraciones poseen. Así, imitando el modelo que han seguido las empresas de publicidad conductual, las instituciones que, se encargan de proveer y gestionar los servicios públicos, deberán hacer lo mismo con estos: crear un perfil exclusivo para cada ciudadano, y de cómo satisfacer sus necesidades.

La construcción de una base de datos enorme que incluya todos estos perfiles, a modo de agregación de datos, es lo que permitirá diseñar las Ciudades Inteligentes en nuestro país. A priori, esto puede llegar a parecer una utopía, o más bien una película de ciencia ficción, donde el ciudadano está controlado íntegramente por el Estado. Sin embargo, este pensamiento es absurdo en sí mismo: es obvio que estamos controlados, llevamos pegado a nuestro cuerpo un aparato que no miente, y cuya información es fácilmente extraíble. Nuestro derecho a la privacidad ya no existe, lo hemos cambiado por el desarrollo tecnológico, y es necesario empezar a ser consecuentes con nuestras decisiones.

Además, esto no supondría una innovación dentro de las actividades desarrolladas por el Estado de Bienestar, ya que éstos fueron los primeros en iniciar la datificación entre

los años 60 y 70, como una forma de recopilar información, para evaluar las condiciones de las personas y proporcionar determinados servicios públicos. En esta época se utilizaron las agencias gubernamentales que eran las encargadas de analizar los datos de dominio público. Este proceso se produjo gracias a la dimensión del aparato gubernamental, la facilidad para disponer de los datos y la confianza de los ciudadanos en el Gobierno¹⁴³⁵.

De esta forma, se fueron construyendo bases de datos automatizadas para procedimientos relacionados con la soberanía y su ejercicio, así como, en la construcción de una Administración Pública eficiente. Sin embargo, en esta segunda oleada de datificación, son las empresas privadas las que cuentan con la mayor parte de los datos, gracias a la introducción del marketing y comercialización digital, lo que les permite adquirir datos y software de análisis, para incrementar sus ventas, así como el uso de técnicas algorítmicas

En consecuencia, el Estado de Bienestar de la sociedad digital debe diseñarse desde la base de la datificación de la actividad de los ciudadanos para prestar servicios públicos más eficientes. De manera que, se diseñen políticas de protección social destinadas a satisfacer las necesidades de sectores (o más bien personas concretas) en origen. En este sentido, los datos, aunque más bien su análisis y las conclusiones extraídas de los mismos, permitirán moldear un sistema de protección sostenible, en términos financieros. El objetivo por conseguir con esta actividad es invertir mejor los recursos de que disponemos, sobre aquellas parcelas donde éstos sean más eficientes, y nos ayuden a consolidar un Estado más igualitario, y en el que especialmente se respeten los derechos sociales.

La crisis del Covid-19 es uno de los ejemplos de lo mal que se están gestionando en la actualidad los datos que obran en poder de las Administraciones Públicas, especialmente de los hospitales, aunque se podría incluir cualquier lugar de tránsito público. El primer problema en este sector es la falta de homogeneidad en el tratamiento de la cuestión, es decir, en cómo se administran y gestionan los datos que se obtienen a través de los hospitales. Esto es consecuencia directa de la existencia de diecisiete sistemas sanitarios en nuestro país.

¹⁴³⁵ *Vide* Alessandro MANTELERO, “Ciudadanía y gobernanza digital entre política, ética y derecho, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO y José Luis PIÑAR MAÑAS, *Sociedad digital y derecho*, o.c., pp. 161-63.

Sin embargo, no se puede concebir que en pleno S. XXI los hospitales no cuenten con una base de datos conjunta sobre el seguimiento y tratamiento que se hace a determinadas patologías o enfermedades. En los hospitales públicos, los médicos y enfermeros practican la investigación sanitaria prácticamente a diario, pero no existe un registro (salvo aquellos que llegan a publicarla) de los avances en el tratamiento de enfermedades que se están produciendo.

Como advertía, la crisis sanitaria del Covid-19 ha puesto de manifiesto la falta de interoperabilidad de los sistemas y de comunicación entre los especialistas: cada hospital estaba tratando la enfermedad con medicamentos distintos. Y, sin embargo, no se pueden extraer conclusiones sobre los efectos positivos o negativos de determinados tratamientos. El problema más evidente es que éstos hubieran servido como base científica, de gran importancia, para el desarrollo de la vacuna, así como para el tratamiento de los pacientes durante la pandemia. Además, con una base de datos común la saturación de determinados servicios médicos, como las UCI, se hubiera podido prever antes incluso de que ocurriera, porque los datos hubieran alertado de esta tendencia, y se podrían haber tomado medidas con anterioridad.

No obstante, ocurre igual con el resto de los pilares del Estado de Bienestar. Si reflexionamos sobre el diseño de las políticas de protección de los más vulnerables, es mucho más sencillo detectar a aquellos que se encuentran al borde de la exclusión social e intentar reconducirlos al sistema, o de protección de determinados sectores poblacionales vulnerables, como es el caso de los mayores o dependientes.

O, por ejemplo, si se creara un perfil del ciudadano donde se incluyeran todos los datos que obran en poder de las distintas Administraciones sería mucho más sencillo luchar contra el fraude al sistema: saldrían a la luz los empleos de las personas que no están dadas de alta en la Seguridad Social, el dinero procedente de actividades ilegales, o cualquier otra actividad de evasión de impuestos.

Sin embargo, en estos últimos casos se habla de datos muy sensibles, como los económicos o sanitarios, que deben estar especialmente protegidos. Los datos que se ceden a las empresas no implican tal sensibilidad porque al final son productos que compramos o sobre los que estamos interesados, pero cuando implican parcelas tan personales del individuo deben protegerse cualificadamente. De ahí la importancia del régimen de protección que se configure alrededor de los datos.

No se puede permitir que cualquier institución del Estado pueda acceder a ese perfil que se genere en la base de datos pública, sino que, atendiendo a las competencias que tienen atribuidas, puedan detectar cualquier incidencia. Y, en aquellos supuestos que impliquen mayor trascendencia por los bienes jurídicos en juego, o sobre los que exista duda razonable de comisión de acto delictivo, requerirán de la autorización judicial correspondiente para investigar el perfil del ciudadano. El diseño de la protección de los datos es lo que permitirá configurar el Estado de Bienestar propio de la Era Digital.

5.2. La organización de los datos en la red: Big Data y Blockchain.

5.2.1. Introducción.

Los datos por sí solos no tienen valor económico, sino que es la agrupación y el análisis de los mismos lo que proporciona rédito a su propietario. Por ello, tiene trascendental importancia comprender cómo se organiza la información dentro del ciberespacio, en relación con su conservación, tratamiento y estudio. Esta será la base de funcionamiento sobre la que se debe estructurar el Estado de Bienestar, principalmente a través de la Administración. Y, es por ello, por lo que se debe focalizar el objeto de estudio sobre dos figuras trascendentales, cuya función y caracteres ayudarán a comprender mejor el funcionamiento de la sociedad que se pretende construir. Por un lado, se encuentra la figura del Big Data, cuya denominación y características ha sido explotada durante los últimos años; y, por otro lado, la figura del Blockchain, como una nueva estructura de ordenación y certificación de los datos que se encuentran en el ciberespacio.

5.2.2. Big Data.

A. Concepto y caracteres.

El aumento de usuarios en la red, así como de las posibilidades de actuación y servicios que se prestan, ha promovido un incremento ingente de la cantidad de datos que generamos en Internet. La sociedad actual produce por persona en el mundo cerca de 1.7MB de datos cada segundo. Una cantidad que se duplicará año tras año, a medida que

se consolide la estructura digital, y con ella nuestra actividad en la red¹⁴³⁶. Los datos que se obtienen son de lo más variados si atendemos a su procedencia, puesto que, se engloban desde la información generada por los propios seres humanos, o datos biométricos; los producidos por las máquinas; las transacciones en la red; o por el uso de la web o redes sociales. Esta situación ha promovido en nuestra sociedad la configuración del término de macrodato, para intentar describir la realidad en la que nos encontramos:

«El concepto de macrodato se refiere a la recopilación, análisis y acumulación constante de grandes cantidades de datos, incluidos datos personales, procedentes de diferentes fuentes y objeto de un tratamiento automatizado mediante algoritmos informáticos y avanzadas técnicas de tratamiento de datos, utilizando tanto datos almacenados como datos transmitidos en flujo continuo, con el fin de generar correlaciones, tendencias y patrones (analítica de macrodatos)»¹⁴³⁷.

La figura del macrodato es la que, ha dado lugar, a la creación de lo que se conoce como fenómeno del *Big Data*, expresión que trae causa del trabajo realizado por Mayer-Schönberger y Cukier en 2013¹⁴³⁸. La traducción al español de este término sería algo así como enorme, vasta o ingente cantidad de datos. Esta es una figura trascendental para el desarrollo de la sociedad moderna, pero que, sin embargo, no tiene un concepto cerrado por el que se refiere a una realidad concreta. La mayoría de las veces, ésta se define de forma imprecisa o vaga, de tal manera que, es cuando se aplica a un determinado sector, cuando surgen las características propias que permiten determinarlo.

Sin embargo, desde el punto de vista técnico, o de los útiles que se sirve para llevar a cabo sus cometidos, el fenómeno del *Big Data* se puede definir como:

¹⁴³⁶ Vide GRUPO BIT, “¿Cuántos datos se producen en un minuto?”, *Grupobit*, 6 de abril de 2020, p. 5.

¹⁴³⁷ Vide PARLAMENTO EUROPEO, *Resolución (2018/C 263/10), de 14 marzo sobre las implicaciones de los macrodatos en los derechos fundamentales: privacidad, protección de datos, no discriminación, seguridad y aplicación de la ley (2016/2225(INI))*, Estrasburgo, Considerando A.

¹⁴³⁸ Vide Víctor MAYER-SCHÖNBERGER y Kenneth CUKIER, *Big data. La revolución de los datos masivos*, Turner Publicaciones, Madrid, 2013.

«conjunto de tecnologías y procesos que están permitiendo capturar y almacenar cantidades masivas de datos de diversos orígenes y tipologías»¹⁴³⁹.

En otras palabras, éste se interpreta, desde la perspectiva técnica, como una herramienta que permite guardar y conservar grandes cantidades de datos, con independencia de su naturaleza o procedencia. Sin embargo, al describir la figura desde ese plano, se excluye la finalidad, o el propósito, que se pretende conseguir con el desarrollo de esta actividad, dado que, no consiste sólo en almacenarlos. El objetivo es organizar esos datos, en una estructura comprensible, de forma que, puedan ser analizados y aportar información con valor económico.

Los datos, en sí mismos, aislados o mal estructurados, no tienen utilidad, por lo que, es necesario realizar un trabajo de observación y orden de los mismos, para poner en relación los unos con los otros. Si bien, esa meta se consigue mediante el uso de algoritmos que transforman los datos en un producto con valor económico en el mercado: bien, extrayendo resultados sobre las necesidades que experimenta la población en relación con la prestación de un determinado servicio, o bien, sobre los productos que pudieran resultar de interés.

De esta forma, encontramos que son tres las partes o elementos que configuran el Big Data: el *Datawarehouse*, o actividad de almacenamiento; el *Data Mining*, o función de minado, o de extracción de contenido; y el *Data Analytics*, cuya ocupación es la de observar y comparar los datos para realizar predicciones¹⁴⁴⁰.

El *Datawarehouse* hace referencia a la necesidad de almacenamiento de los macrodatos, ya sea en estructuras de software o soportes físicos, como a través de sistemas de acopio en la nube digital. Si bien, estos representan una infraestructura cada vez con mayores dificultades para gestionarla, dada la enorme cantidad de datos que se manejan, así como también, para conservar de forma ordenada. Sin embargo, sólo con guardar los datos no basta para acometer la finalidad que persigue el Big Data, y es aquí

¹⁴³⁹ Vide Javier PUYOL MONTERO, *Aproximación jurídica y económica al Big Data*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 79.

¹⁴⁴⁰ Vide Wilma ARELLANO TOLEDO, “El derecho a la transparencia algorítmica en el Big Data e inteligencia artificial”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 50, (2019), p. 4.

donde está el error de muchas compañías, que consideran que por tener muchos datos almacenados cuentan con poder, pero no es así.

Con posterioridad, entra en acción el *Data Mining*, que se encarga de eliminar los datos erróneos, imparciales, mal estructurados, o encontrar patrones que sean conformes a la información previa que se tiene de los usuarios. De esta forma, se lleva a cabo el minado de la información, cuya actividad se realiza mediante programas informáticos, software o algoritmos inteligentes que difieren entre la información valiosa y aquella que no lo es¹⁴⁴¹. Así, los mineros virtuales se dedican a excavar dentro de la base de datos donde se recoge la información, para separar los datos que sirven y los que no, y organizarlos, para que estos tengan valor, configurando de este modo un producto nuevo. Tras la realización de esta actividad es cuando los datos son útiles, y, por tanto, evaluables en términos económicos.

Y, finalmente, entra en juego la última parte o función del *Data Analytics*. Así, una vez que los datos están correspondientemente sistematizados, esta herramienta lleva a cabo su cometido de análisis de la información que tiene en su poder. De esta forma, a través de su sistema, implementa una estrategia algorítmica para comprender mejor ese producto que tiene en sus manos. El *Data Analytics* evalúa esos datos, de manera que, le permita encontrar a los clientes que necesitan determinados servicios o la adquisición de bienes, reduciendo los costes operativos y mejorando los productos¹⁴⁴². Así, no sólo tienes el producto, sino también, identificado al futuro consumidor del mismo.

En consecuencia, el Big Data debe describirse como el conjunto de tecnologías que permiten almacenar y organizar cantidades masivas de datos de naturaleza diversa, y que, tras el uso de algoritmos u otras tecnologías como la inteligencia artificial, permite transformar esa información en un producto con valor económico dentro del mercado¹⁴⁴³.

¹⁴⁴¹ Vide Begoña GONZÁLEZ OTERO, “Las excepciones de minería de textos y datos más allá de los derechos de autor: la ordenación privada contraataca”, en Concepción SAINZ GARCÍA y Raquel EVANGELIO LLORCA, *Propiedad Intelectual y Mercado Único Digital Europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 73 y ss.

¹⁴⁴² Vide Javier PUYOL MONTERO, *Aproximación jurídica y económica al Big Data*, o.c., pp. 98-99.

¹⁴⁴³ Vide Alessandro MANTELERO, “Ciudadanía y gobernanza digital entre política, ética y derecho, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO y José Luis PIÑAR MAÑAS, *Sociedad digital y derecho*, o.c., p. 170: «Por lo tanto, los datos no son suficientes, pero se requieren inversiones importantes en software (y hardware) para analizar datos (analytics) y la disponibilidad de recursos calificados para definir el diseño correcto del análisis y proporcionar una interpretación precisa de los resultados».

No obstante, para algunos sectores de la doctrina, el Big Data lleva aparejado otras consideraciones de mayor amplitud que no son sólo su constitución como un nuevo proceso de analizar información. Para ellos, este nuevo instrumento supone un cambio en la sociedad que instaura los procesos matemáticos en las relaciones convencionales¹⁴⁴⁴. Al final, la actividad de digitalización de lo que nos rodea está utilizando cada vez más las ciencias puras, como las matemáticas o la física, puesto que son éstas las que nos permiten recrear nuestro mundo real en el ciberespacio¹⁴⁴⁵.

Las nuevas tecnologías, y en concreto el Big Data, lo que están ayudando es a instaurar una nueva forma de entender la vida, de relacionarse, comunicarse, analizar, comprar o vender. Y, esto representa un salto cualitativo de nuestras relaciones. En puridad, la evolución se dará cuando al menos el 50% de la población sea capaz de comprender cómo se produce este proceso. Si bien, hasta que eso ocurra, el entendimiento de este fenómeno está reservado para unos pocos.

En la actualidad, el gran reto ante el que se enfrenta el Big Data es el de disponer de las personas adecuadas, y correctamente formadas para analizar y explotar estos datos, es decir, convertirlos en decisiones, estrategias y mejores experiencias para la sociedad y, sobre todo, los futuros consumidores ya identificados¹⁴⁴⁶. Para ello es fundamental abordar la cuestión del análisis de los datos desde un enfoque basado en el riesgo, y de perseguir el bien común de la sociedad¹⁴⁴⁷.

No se puede permitir un análisis de datos que pretenda conseguir fines maliciosos, o que se utilice con la finalidad de fomentar discriminaciones y tratos desiguales en sentido negativo entre la población. Las nuevas tecnologías deben de utilizarse siempre en pro del ser humano, y aunque su uso conlleva inexorablemente problemas, deben

¹⁴⁴⁴ Vide Lorenzo COTINO HUESO, “Big Data e inteligencia artificial. Una aproximación a su tratamiento jurídico desde los derechos fundamentales”, *Dilemata*, 24, (2017), p. 132.

¹⁴⁴⁵ Vide Guillermo ABRIL, “Las mentes matemáticas mueven el mundo”, *El país semanal*, 20 de enero de 2019, p. 1: «En la era de los algoritmos, la supercomputación y el big data, las matemáticas se han convertido en una de las disciplinas más prestigiosas y demandadas. En la Universidad, la carrera vive un auge sin precedentes y sus alumnos se han vuelto clave en todo tipo de sectores. Se les requiere en finanzas, en biomedicina, en la industria petrolífera. Este es un viaje desde las aulas hasta las salas de mercado de la banca de inversión para comprender cómo las conjeturas y teoremas están transformando el planeta».

¹⁴⁴⁶ Vide Lorenzo COTINO HUESO, “Riesgos e impactos del Big Data, la inteligencia artificial y la robótica. Enfoques, modelos y principios de la respuesta del derecho”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 50, (2019), p. 8.

¹⁴⁴⁷ Vide Ricard MARTÍNEZ MARTÍNEZ, “Cuestiones de ética jurídica al abordar proyectos de Big Data: el contexto del Reglamento General de Protección de Datos”, *Dilemata*, 24, (2017), p. 161.

establecerse medidas que frenen esas ideologías, pero sin llegar a desincentivar su uso en la sociedad.

Con los caracteres del Big Data ocurre igual que con su concepto, estos suelen describir situaciones particulares sobre el concreto asunto sobre el que se utiliza esta tecnología. Si bien, el término Big Data lleva siempre aparejadas una serie de características que es lo que se ha denominado como 5V: volumen, variedad, velocidad, veracidad y valor. En otras palabras, el Big Data consiste fundamentalmente en grandes volúmenes de datos; no referentes a un mismo ámbito, es decir, variados; que se generan a gran velocidad; verídicos en tanto que eliminan los datos incorrectos y detecta los patrones reales de comportamiento; y valor, que es la cualidad que se debe desprender de ellos una vez que se ha recopilado la información¹⁴⁴⁸.

En consecuencia, el término Big Data se caracteriza por la producción de tres cambios sustanciales:

«a) la capacidad para analizar grandes cantidades de datos en vez de limitarse a cantidades pequeñas; b) la disposición a aceptar el desorden y la falta de calidad de los datos en vez de priorizar su exactitud; y c) la búsqueda de correlaciones en vez de relaciones causales»¹⁴⁴⁹.

B. Las recomendaciones europeas y su tratamiento en el ordenamiento español.

El Parlamento Europeo ha sido de las primeras instituciones en preocuparse por la necesidad de establecer un marco jurídico preciso que se encargue de regular las relaciones y vínculos que subyacen dentro del Big Data. Este fenómeno está alcanzando cada vez mayor importancia dentro de nuestro sistema económico y social. Así, la evolución de los distintos sectores del Estado, que dependen de la institución de los macrodatos, sólo podrá avanzar si se consigue la confianza pública en el sistema, así como la seguridad jurídica de los mismos. Y, para ello, es imprescindible que se respeten los

¹⁴⁴⁸ Vide Carmen HERRERO SUÁREZ, “Big Data y Derecho de la Competencia”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO y José Luis PIÑAR MAÑAS, *Sociedad digital y derecho*, o.c., pp. 663.

¹⁴⁴⁹ Vide Javier PUYOL MONTERO, *Aproximación jurídica y económica al Big Data*, o.c., p. 80.

derechos fundamentales y la legislación vigente en la Unión Europea en todos los ámbitos y sectores en los que pudiera afectar la aplicación de las técnicas de Big Data¹⁴⁵⁰.

De igual manera el texto legislativo distingue entre la finalidad o el uso al que se vayan a utilizar esos datos para determinar el régimen jurídico que resulta de aplicación. En lo que se refiere a aquellos datos que no sean personales resultará de aplicación el Reglamento relativo a la libre circulación de datos no personales que pretende desarrollar la economía de los datos¹⁴⁵¹. Mientras que, los datos personales, con independencia de que se usen para fines comerciales, investigaciones con fines científicos, o dentro del Sector Público, deberán cumplir con la normativa vigente del Reglamento General de Protección de Datos Personales¹⁴⁵².

Además, dentro de la protección de los datos personales, se reconoce la importancia de la aplicación de las técnicas de seudonimización, anonimización o cifrado de los datos personales para reducir los riesgos de seguridad en esta materia. Tal y como advierte el Parlamento Europeo en el Grupo de Trabajo sobre el artículo 29, en lo que respecta a la anonimización:

«La anonimización puede ser una buena estrategia para obtener estos beneficios al mismo tiempo que se mitigan los riesgos. Cuando un conjunto de datos se anonimiza realmente y no es posible ya identificar a las personas, no es aplicable la legislación europea de protección de datos. No obstante, los estudios de caso y las publicaciones científicas muestran claramente que la generación de un conjunto de datos verdaderamente anónimo a partir de un gran conjunto de datos personales, conservando al mismo tiempo la información subyacente que se requiere para llevar a cabo la tarea, no es un propósito sencillo. Por ejemplo,

¹⁴⁵⁰ Vide PARLAMENTO EUROPEO, *Resolución (2018/C 263/10), sobre las implicaciones de los macrodatos en los derechos fundamentales: privacidad, protección de datos, no discriminación, seguridad y aplicación de la ley*, Estrasburgo, 14 de marzo de 2017, p. 4.

¹⁴⁵¹ Vide PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, *Reglamento 2018/1807, relativo a un marco para la libre circulación de datos no personales en la Unión Europea*, Estrasburgo, 14 de noviembre de 2018.

¹⁴⁵² Vide PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, *Reglamento (UE) 2016/679, 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)*, Estrasburgo, 27 de abril de 2016, pp. 2 y ss.

puede combinarse un conjunto de datos considerado anónimo con otro conjunto de datos de forma que sea posible identificar a una o más personas»¹⁴⁵³.

En lo que se refiere a las categorías de las técnicas de anonimización destacan el uso de métodos como la aleatorización de los datos, la generalización o la seudonimización de los mismos, donde el Dictamen 4/2014 del Grupo de Trabajo sobre la protección de datos, explica los riesgos y ventajas de cada una de ellas. En primer lugar, la aleatorización es

«una familia de técnicas que modifican la veracidad de los datos a fin de eliminar el estrecho vínculo existente entre los mismos y la persona. Si los datos se hacen lo suficientemente ambiguos, no podrán remitir a una persona concreta. La aleatorización por sí sola no reduce la singularidad de cada uno de los registros, ya que estos pueden obtenerse a partir de un único interesado, pero sí puede proteger contra ataques o riesgos de inferencia. Además, se puede combinar con técnicas de generalización para obtener mayores garantías de privacidad. Es posible que haya que aplicar otras técnicas para garantizar que un registro no sirve para identificar a una persona»¹⁴⁵⁴.

La técnica de aleatorización suele combinarse con la adición de ruido que consiste en modificar los atributos del conjunto de datos para que sean menos exactos, y también, en sentido contrario, la eliminación de las cualidades que sean obvias o muy características de la persona. Pero también, con la técnica de permutación que consiste en:

«mezclar los valores de los atributos en una tabla para que algunos de ellos puedan vincularse artificialmente a distintos interesados. Se trata de una estrategia útil en el caso de que sea importante conservar la distribución exacta de cada atributo en el conjunto de datos».

¹⁴⁵³ Vide GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS DEL ARTÍCULO 29, Dictamen 5/2014, de 10 de abril, sobre técnicas de anonimización, p. 5.

¹⁴⁵⁴ *Ibidem* p. 13.

Y, junto a estas se utiliza la técnica de privacidad diferencial que se usa cuando:

«el responsable del tratamiento de datos genera vistas anonimizadas de un conjunto de datos, al mismo tiempo que conserva una copia de los datos originales. Estas vistas anonimizadas normalmente se generan mediante un subconjunto de consultas de un determinado tercero. Este subconjunto contiene algo de ruido aleatorio que se añade de manera deliberada con posterioridad. La privacidad diferencial indica al responsable del tratamiento cuánto ruido debe añadir, y en qué forma, para obtener las garantías de privacidad necesarias»¹⁴⁵⁵.

En segundo lugar, está la técnica de generalización, mediante este enfoque:

«se generaliza o diluye los atributos de los interesados modificando las respectivas escalas u órdenes de magnitud (por ejemplo, sustituyendo una ciudad por una región, o una semana por un mes). Aunque la generalización pueda ser efectiva para descartar la singularización, no permite obtener una anonimización eficaz en todos los casos; en concreto, es necesario aplicar enfoques cuantitativos específicos y complejos para impedir la vinculabilidad y la inferencia»¹⁴⁵⁶.

En esta técnica se utilizan métodos como la agregación de datos y el anonimato, puesto que, éstas permiten que un sujeto sea singularizado cuando se le agrupa dentro de un número de personas; pero, también procesos como la diversidad, asegurándose de que en cada clase de equivalencia todos los atributivos tengan al menos un número determinado de valores diferentes; y la proximidad, que consiste en crear clases equivalentes que se parezcan a la distribución que se utiliza inicialmente en la tabla, añadiendo una nueva restricción a la clase de equivalencia.

De tal manera que, el proceso de anonimización debe realizarse con todas las garantías posibles para asegurar la privacidad y protección de los derechos del individuo, incluso mezclándose varias técnicas para garantizar la anonimización de los datos. La finalidad es que no se puedan revertir los procesos de camuflado o modificación de los datos, posibilitando la identificación del sujeto. Por ello, las técnicas utilizadas deben tener como resultado la disociación de datos a lo largo de todo el proceso, con las mismas

¹⁴⁵⁵ Vide GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS DEL ARTÍCULO 29, *Dictamen 5/2014, de 10 de abril, sobre técnicas de anonimización*, pp. 13-15.

¹⁴⁵⁶ *Ibidem* pp. 17-20.

garantías como si estos hubieran sido eliminados dentro del sistema. Y, de igual manera, hagan valer en todas sus actuaciones el principio de no discriminación, sobre todo, a raíz del uso de algoritmos que pueden utilizar evaluaciones y predicciones que lleguen a conclusiones de tratamiento diferenciado, suponiendo una discriminación indirecta sobre grupos con características similares.

En consecuencia, lo que se produce es un tratamiento indirecto de la regulación del Big Data, a través de normas sectoriales que afectan a una de las parcelas de las que se conforma el fenómeno, pero no a la totalidad del procedimiento. Sin embargo, el Big Data por su importancia estratégica para el desarrollo digital del futuro, debería contar con una regulación específica, mediante la que quedara determinada perfectamente los intervinientes que interceden en el procedimiento, así como las responsabilidades derivadas de sus actuaciones.

Ahora mismo parece algo poco trascendente que los sesgos o discriminación de datos que realice el Big Data, deje fuera cierta información para analizarla, pero si esta información se utiliza, por ejemplo, para dictar una sentencia, se pone en riesgo la tutela judicial efectiva; si se utiliza en un vehículo sin conductor, puede poner en riesgo la vida de personas que circulen por la carretera; o si se utiliza para tomar una decisión, mediante IA, estratégica militar se podría poner en riesgo la vida de cientos de personas.

C. Usos, retos y riesgos.

El Big Data es una herramienta capaz de transformar y ayudarnos a entender la mayor parte de los procesos que ocurren en nuestro mundo de manera habitual. Entre los ejemplos más significativos se encuentra entender procesos demográficos y migratorios; identificar hábitos y problemas sociales; mejorar los sistemas de alerta de desastre; comprender tendencias económicas; detectar riesgos de pandemia en tiempo real; descubrir cambios topográficos, patrones de tráfico y emisiones; entender el cambio climático; mejorar los servicios públicos; organizar la ayuda humanitaria en tiempos de desastre; y mejorar la calidad de vida y fortalecer los lazos comunitarios¹⁴⁵⁷.

En otras palabras, el Big Data no tiene porque utilizarse sólo en el sector comercial, o económico de un país, para analizar las tendencias de consumo o de

¹⁴⁵⁷ Vide Javier PUYOL MONTERO, *Aproximación jurídica y económica al Big Data*, o.c., pp. 81-83.

prestación de servicios, sino que, es una herramienta muy útil de predicción para otro tipo de comportamientos o realidades. Imaginemos lo que podría ser para un país como el nuestro poder predecir los procesos demográficos, es decir, vaticinar el descenso de la natalidad o el aumento de la esperanza de vida, y poder así, configurar un sistema de bienestar viable en los próximos 50 años. O, ayudar a los sectores poblacionales en los que, invirtiendo de forma eficiente los recursos, permitan superar las brechas económicas o sociales. Y, cuanto bien haría alcanzar una prestación de los servicios públicos más eficiente, atendiendo a las necesidades concretas de la población de forma inmediata, prestando un mejor servicio sanitario, o una educación acorde con la realidad digital que vivimos.

Los principales retos que tiene que resolver este modo de organizar la información va a depender de las normas que se encarguen de regular la protección de datos personales. En otras palabras, la evolución y el desarrollo que experimente el Big Data está subordinada a la regulación jurídica que se establezca sobre la protección de datos personales y no personales en nuestro país. Pero, también, del impulso de sus posibilidades técnicas, y la dirección que adopten los poderes públicos.

El primer reto, en consecuencia, está relacionado con la necesidad de una legislación eficiente que se encargue de regular las funciones que desempeña el Big Data. Sin embargo, este debería funcionar en un segundo nivel, puesto que, la primera actividad que se debe realizar, para garantizar nuestros derechos, es de carácter individual. Debemos protegernos nosotros mismos de la información que trasladamos a la red, sobre todo, cuando se piden datos sin una causa específica, y sin la existencia de una contraprestación, o un servicio mejor. No obstante, si se pretende alcanzar ese objetivo, es necesaria una labor de concienciación y educación social sobre el uso de las nuevas tecnologías, y la importancia que tienen los datos que incorporamos; en caso contrario, es difícil que la población se proteja así misma.

Por ejemplo, Facebook lanza de forma habitual encuestas sobre marcas, gustos o aficiones que la mayoría de los usuarios responde casi por inercia. Pero, no sólo eso, se inician retos o actividades en las que se describen comportamientos o acontecimientos importantes de la vida de una persona que se comparten sin más en esta red social. Por ejemplo, ¿cuántos hijos te gustaría tener? ¿cuál es tu profesión ideal? ¿cómo se llamaba tu mascota de la infancia, o tu bebida favorita? No somos conscientes de qué es lo que compartimos, más aún cuando cualquier clave o contraseña que utilizamos en la red

utiliza como pregunta alternativa cuando olvidamos ésta, responde a cuestiones similares a las señaladas con anterioridad. En puridad, no sé como no se producen mayores robos de identidad, o falsificaciones de cuentas. La ingenuidad o actuación inconsciente en la red es realmente cuestionable.

En segundo lugar, en lo que se refiere al plano técnico, esta es una herramienta que se basa en su capacidad para analizar ingentes cantidades de datos en tiempo real, para así no perder la capacidad de generar predicciones actuales y, por tanto, con valor económico. En consecuencia, si los análisis no se producen en tiempo real, estos pierden su utilidad. Además, en cualquier momento, su mayor reto será encontrar una forma de conservar toda la información que recoge.

En este sentido, debemos empezar a pensar en destruir o en hacer desaparecer algunos de los datos que generamos, puesto que, una vez que han cumplido su función y no se pueda extraer mayor rédito económico de ellos deberían de desaparecer. No obstante, es muy interesante pensar en un sistema de reciclaje de estos datos, dado que, aunque hayan perdido el valor para la función con la que se obtuvieron, si que pueden ser útiles en otros aspectos como el análisis de la sociedad: sobre crecimiento, demografía, tendencias, o cualquier otra investigación para la que puedan servir. Obviamente, eso debe ser promovido mediante una ley estableciendo una cláusula general de consentimiento para el reciclaje, es decir, que esos datos sirvan para realizar otras investigaciones o el avance de la ciencia, sin un puro interés comercial.

Mientras que, en lo que se refiere al ejercicio de su actividad, en sentido estricto, en sí misma, la actividad no supone una amenaza contra ningún sector en particular, porque únicamente se limita a buscar patrones similares, ordenar y analizar esa información. El problema se advierte con el uso que se haga de la misma, puesto que se puede utilizar para castigar a personas o grupos poblacionales, por el mero hecho de predecir determinados comportamientos, aún cuando no han llegado a ejecutarse. Sin embargo, las predicciones son sólo eso, meros pronósticos de lo que creemos que va a ocurrir, pero no tienen porque llegar a consumarse o producirse.

En tercer lugar, hay otra serie de elementos que van a frenar su desarrollo, como es el problema del liderazgo y la gestión del talento. En este sentido, necesitamos que las organizaciones gubernamentales se enfrenten, de una vez por todas, al problema de la transformación social, y con ella, de los datos que generamos. En consecuencia, es necesario adoptar una decisión, un plan de ruta a seguir para ver los objetivos que

pretendemos alcanzar y el régimen proteccionista a instaurar. Y, de igual manera, también influyen la gestión del talento y el avance de las nuevas tecnologías, éstos pueden cambiar el rumbo de la nueva era que pretendemos comenzar¹⁴⁵⁸.

No obstante, en la práctica (no oficial) los gobiernos y las Administraciones Públicas están cada vez más interesados en asociarse con empresas privadas para tener un acceso más fácil a la información personal de los ciudadanos. La finalidad de esos negocios puede ser diversa, aunque son más proclives las de tipo electoral, o para proporcionar servicios a un menor coste. De este modo, las instituciones públicas obtienen la información de manera indirecta, como una especie de cooperación entre las instituciones, de usuarios que, seguramente, no hubieran cedido esa información si fueran las entidades públicas quienes la solicitaran.

Realmente, la mayoría de las personas no están dispuestas a decir la verdad a los poderes públicos, puesto que sería admitir en la mayoría de las veces la comisión de tipos sancionados administrativa o penalmente. La población no contestaría nunca a una encuesta que le pregunte directamente si defrauda, y cómo lo hace, al Sistema Público de la Agencia Tributaria, o si ha cometido o piensa cometer algún delito. Al final las empresas privadas utilizan el consentimiento de los usuarios para el tratamiento de los datos obtenidos con un fin específico, pero que, este se disuelve a través de acuerdos y órdenes judiciales donde los Gobiernos obtienen la divulgación de esa información¹⁴⁵⁹.

5.2.3. El blockchain.

A. Concepto y caracteres.

La tecnología de gestión de datos nace con el objetivo de crear un sistema descentralizado en el que ningún tercero tuviera el control de las transacciones y los datos que circulan por la red. El Blockchain debe entenderse como una tecnología de registro que permite almacenar y mover la información en forma de bloques, pero que genera

¹⁴⁵⁸ Vide Javier PUYOL MONTERO, *Aproximación jurídica y económica al Big Data*, o.c., pp. 94-95.

¹⁴⁵⁹ Vide Alessandro MANTELERO, “Ciudadanía y gobernanza digital entre política, ética y derecho”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO y José Luis PIÑAR MAÑAS, *Sociedad digital y derecho*, o.c., p. 164.

confianza, transparencia, confiabilidad, velocidad y efectividad en las transacciones electrónicas automáticas¹⁴⁶⁰.

El Blockchain, o cadena de bloques, es una de las tecnologías disruptivas sobre la que se basará la plenitud de la sociedad digital en el futuro, y en la que, ya se instrumentan la mayoría de los productos y servicios. La idea es muy simple: todo en la red funciona uniendo un bloque con otro, y esto queda registrado en una base de datos. Cada dato se agrupa en torno a un bloque, y los bloques que se forman se ordenan, a su vez, siguiendo el criterio de cronología, de manera que, cuando se añade un dato nuevo, éste se enlaza con el anterior. Esa es la explicación sencilla de cómo funciona esta nueva herramienta, pero en realidad el funcionamiento técnico es mucho más complicado. Para comprender realmente cómo se desarrolla esta innovación hay que tener claras las siguientes figuras: la criptografía asimétrica, el *hash*, la firma digital y las redes P2P¹⁴⁶¹.

En la criptografía asimétrica se utilizan dos claves, relacionadas entre sí por fórmulas matemáticas, de tal modo que, el contenido cifrado con una de las claves sólo puede ser descifrado con la otra. Una de las claves siempre es pública, por lo que se comparte dentro de la base de datos, y todo el mundo tiene acceso; y, la otra es privada por lo que únicamente tiene acceso al contenido aquella persona que cuenta con el número matemático que la descifra. De tal manera que, el contenido del mensaje es inaccesible, puesto que sólo alguien con la clave privada puede descifrar la comunicación guardada o enviada.

Por otro lado, el *hash criptográfico* es la huella digital o resumen de la actividad que se ha desarrollado, de forma que, una mínima variación del contenido de los datos guardados supone la creación de otro hash totalmente distinto. Además, no pueden existir colisiones entre los distintos hashes, puesto que, es muy difícil que se obtenga un mismo resumen digital para describir una actividad distinta.

Mientras que, el procedimiento de firma digital consiste en que, si se pretende firmar digitalmente el contenido de una actividad, se calcula primero su hash y se cifra el contenido con la clave privada. Con posterioridad, el hash cifrado se lanza junto al

¹⁴⁶⁰ Vide Antonio MERCHÁN MURILLO, “Inteligencia artificial y blockchain: retos jurídicos en paralelo”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 50, (2019), p. 5.

¹⁴⁶¹ Vide Rodrigo MARTÍNEZ CASTAÑO, “Blockchain: introducción técnica”, en César GARCÍA NOVOA y Diana SANTIAGO IGLESIAS, *4ª Revolución Industrial: impacto de la automatización y la inteligencia artificial en la sociedad y la economía digital*, o.c., pp. 296-297.

contenido digital y la clave pública a la base de datos común. Si dentro de la base, se observa que la clave pública y el cifrado del hash no ha sufrido ninguna modificación, es decir, si el resumen corresponde con el contenido digital aportado, se confirma que el contenido no ha sido alterado. Si, por el contrario, aparece un resumen digital distinto que no cuadra con el aportado, esto supone una variación de los datos o mensajes lanzados a la base.

Y, finalmente, una red per-to-peer, es un sistema compuesto por redes de ordenadores conectados entre sí, pero con una estructura de igual a igual. De este modo, ninguno de los integrantes tiene privilegios, de forma que, la conjunción de los nodos forma redes centralizadas de control. Todo lo que se lance dentro de esa red puede ser observado y controlado por cada uno de los miembros. Así, si cualquier persona introduce alguna modificación, el resto lo puede visibilizar. De forma simplificada, la confianza se comparte y se basa en los siguientes procesos: la verificación de cada transacción, contra ciertos criterios cuando es recibida por cada nodo, y antes de que se produzca la propagación de los demás nodos en la red; la validación de las transacciones en nuevos bloques, a través de la minería de datos; la certificación de los bloques generados por todos los nodos; y la adición de nuevos bloques generados a la cadena con el mayor esfuerzo computacional posible¹⁴⁶².

Las características principales que presenta el blockchain son: que es una base de datos distribuida, puesto que, formada por cada uno de los nodos que componen la cadena de bloques, y por la que se accede a toda la base de datos, junto con su historial; la transmisión de los datos es descentralizada, utilizando la tecnología P2P; la transparencia, aunque se suelen utilizar pseudónimos por los participantes, si que cada transacción que se realiza es visible por cualquiera que tenga acceso al sistema; son registros no modificables en el tiempo; y utilizan la lógica computacional, de forma que, los usuarios pueden programar reglas que se activen automáticamente en determinadas transacciones¹⁴⁶³.

¹⁴⁶² Vide Christopher MILLARD, "Blockchain and law: incompatible codes?", *Computer Law & Security Review*, 34, (2018), p. 845.

¹⁴⁶³ Vide Luis OTERO GONZÁLEZ y Pablo DURÁN SANTOMIL, "Fintech, Blockchain y Big Data", en César GARCÍA NOVOA y Diana SANTIAGO IGLESIAS, *4ª Revolución Industrial: impacto de la automatización y la inteligencia artificial en la sociedad y la economía digital*, o.c., pp. 96-99.

El origen del blockchain es simplemente una forma diferente de organizar los datos, a partir de cadenas de bloques que se agrupan cronológicamente. La innovación más relevante la produce el hash, puesto que, el resto de los instrumentos ya existían y se utilizaban con frecuencia dentro de las redes. Para conseguir la seguridad de la cadena de bloques es muy importante que estos se actualicen de forma constante, de manera que, se incluyan entre los metadatos un sello temporal, es decir, de fecha y hora.

B. Las recomendaciones europeas y su tratamiento en el ordenamiento español.

El Parlamento Europeo mediante resolución del año 2018¹⁴⁶⁴, plantea la importancia que tienen las cadenas de bloques como instrumento de garantía de los propios ciudadanos para preservar el control y registro de sus datos. Si bien, las tecnologías de registro distribuidos (TRD en adelante), y especialmente, las de las cadenas de bloques, pueden suponer una gran influencia positiva dentro del desarrollo de las tecnologías que conforman la IV Revolución Industrial, generando confianza en la sociedad, que es el mayor reto que se presenta en la actualidad.

El éxito de este sistema consiste en la autosoberanía, la identidad y la confianza, ya que son los propios usuarios quienes autogestionan la custodia de los datos, a través de una identificación fiable y de confianza. Lo que más preocupa de este aspecto es que es necesario que los ciudadanos posean las capacidades y conocimientos para el desempeño de esta actividad. Además, para promover su consolidación es imprescindible acordar normas o códigos de interoperabilidad, normalización y escalabilidad, de manera que se siga fomentando la seguridad de la infraestructura.

De este modo, se puede afirmar que al igual que ocurre con el Big Data se está haciendo una regulación indirecta de la materia, puesto que, a estas tecnologías le resulta de aplicación lo dispuesto en el Reglamento General de Protección de Datos

¹⁴⁶⁴ Vide PARLAMENTO EUROPEO, *Resolución (2017/2772) sobre las tecnologías de registros distribuidos y las cadenas de bloques: fomentar la confianza con la desintermediación*, Estrasburgo, 3 de octubre de 2018, Considerando A y K.

Personales¹⁴⁶⁵, en lo que respecta al tratamiento, gestión y análisis de los mismos. Y, de igual manera el Reglamento relativo a la libre circulación de datos no personales¹⁴⁶⁶.

C. Usos, retos y riesgos.

Los sectores sobre los que se puede implantar esta tecnología son de lo más variados, y, además, se puede conseguir una transformación radical de su funcionamiento, aumentando las garantías de protección y seguridad convencionales. Entre algunos de los ejemplos, se encuentra la energía y una aplicación más respetuosa con el medio ambiente de la misma. Así, por ejemplo, estas tecnologías permitirían cambiar el funcionamiento de la red y ofrecer servicios de red a las comunidades, así como energías renovables, de forma más eficiente. Pero, también puede utilizarse en el transporte, potenciando la movilidad y la logística; dentro del sector sanitario, para mejorar la eficiencia de los datos y las notificaciones de los ensayos clínicos, permitiendo el intercambio de datos digitales bajo la supervisión constante por parte de los pacientes; o, también sería muy útil en educación a modo de verificar cualificaciones académicas.

No obstante, son muchos los usos que se puede dar a esta tecnología en el ámbito privado (como el ámbito financiero o fiscal). Pero, las TDR tienen una importancia estratégica para la eficiencia del Sector Público, reduciendo y simplificando la burocracia, lo que al mismo tiempo permite mejorar su transparencia y rendición de cuentas por el Gobiernos¹⁴⁶⁷. Esta técnica está prohibida en la actualidad dentro del Sector Público¹⁴⁶⁸,

¹⁴⁶⁵ Vide PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, *Reglamento (UE) 2016/679, 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)*, Estrasburgo, 27 de abril de 2016, pp. 2 y ss.

¹⁴⁶⁶ Vide PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, *Reglamento 2018/1807, relativo a un marco para la libre circulación de datos no personales en la Unión Europea*, Estrasburgo, 14 de noviembre de 2018, p. 2 y ss.

¹⁴⁶⁷ Vide PARLAMENTO EUROPEO, *Resolución (2017/2772) sobre las tecnologías de registros distribuidos y las cadenas de bloques: fomentar la confianza con la desintermediación*, Estrasburgo, 3 de octubre de 2018, p. 8

¹⁴⁶⁸ Vide Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, Disposición adicional sexta: «1. No obstante lo dispuesto en los artículos 9.2 c) y 10.2 c) de la presente Ley, en las relaciones de los interesados con los sujetos sometidos al ámbito de aplicación de esta Ley, no serán admisibles en ningún caso y, por lo tanto, no podrán ser autorizados, los sistemas de identificación basados en tecnologías de registro distribuido y los sistemas de firma basados en los anteriores, en tanto que no sean objeto de regulación específica por el Estado en el marco del Derecho de la Unión Europea. 2. En todo caso, cualquier sistema de identificación basado en tecnología de registro distribuido que prevea la legislación estatal a que hace referencia el apartado anterior deberá contemplar

aunque es el método idóneo para garantizar para garantizar la custodia y la seguridad de los procedimientos administrativos. Más aún, en aras de prevenir la corrupción de la propia Administración¹⁴⁶⁹. Así, tal y como señala la doctrina:

*«urge disponer de una interpretación auténtica y precisa del significado de estas normas. Porque, de lo contrario, estamos abocados a ejercicios especulativos y peligrosos (...)»*¹⁴⁷⁰.

Por ello, la gran revolución se representaría dentro de la actividad del Sector Público. Por ejemplo, un notario, un registrador de la propiedad, los registros civiles, o garantizar el secreto del voto de una persona en las elecciones. Sin olvidarnos de la importancia que puede tener dentro del procedimiento administrativo para garantizar que los procedimientos no son manipulados, o de control de los contratos. En consecuencia, dada su importancia dentro del Sector Público, la Comisión ha propuesto ya la creación del Observatorio y Foro de la Cadena de Bloques de la UE¹⁴⁷¹.

No obstante, en los que se refiere a los problemas a los que se enfrenta el Blockchain distinguimos entre los funcionales, o de carácter internos y aquellos de carácter externo.

En lo relacionado a los problemas internos, encontramos el riesgo intrínseco de utilizar el sistema P2P en la cadena de bloques. Hay problemas que, por su urgencia, necesitan ser resueltos de forma eficiente y a mucha velocidad, y la estructura en red, o de consenso, puede ralentizar bastante este procedimiento. Este paradigma se conoce como “scaling”. No obstante, como soluciones a esta problemática se plantea la fragmentación, o procesamiento en paralelo, de múltiples sistemas de trabajo, dividiendo de este modo la carga de las ocupaciones y verificando las transacciones con mayor celeridad. En segundo lugar, hay un problema evidente respecto del sistema para guardar

asimismo que la Administración General del Estado actuará como autoridad intermedia que ejercerá las funciones que corresponda para garantizar la seguridad pública».

¹⁴⁶⁹ Vide Manuel PEREIRO CÁRCELES, “La utilización del blockchain en los procedimientos de concurrencia competitiva”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 50, (2019), p. 8.

¹⁴⁷⁰ Vide Ricard MARTÍNEZ MARTÍNEZ, “El laberinto de la contratación pública en protección de datos”, *en La Ley Ciberderecho*, 35, (2020), p. 10.

¹⁴⁷¹ Vide Lorena ALONSO SUÁREZ, “Blockchain en la Administración Pública”, en César GARCÍA NOVOA y Diana SANTIAGO IGLESIAS, *4ª Revolución Industrial: impacto de la automatización y la inteligencia artificial en la sociedad y la economía digital*, o.c., pp. 491-492.

estos datos que, implica muchos Gigabytes de almacenamiento. En tercer lugar, los incentivos para realizar la operación de minado que pueden no ser lo suficientemente elevados para garantizar que se dediquen a ello, lo que puede provocar que esa supuesta eficiencia de ahorro se viera desvirtuada. Y, en cuarto lugar, también son evidentes los problemas de seguridad ante ciberataques. Si bien, este sistema garantiza que, si el contenido es modificado, o varía, el hash cambia, por lo que, siempre será necesario incrementar los sistemas de protección en general, pero al menos, en este caso, los usuarios se percatarán de que existe una modificación¹⁴⁷².

Mientras que, en lo que se refiere a los problemas externos, distinguimos entre los siguientes: en primer lugar, las limitaciones en educación y experiencias en torno a esta tecnología; en segundo lugar, el problema de la transición hacia la confianza en las redes descentralizadas; en tercer lugar, el coste significativo del mantenimiento y actualización de esta tecnología; en cuarto lugar, la necesidad de revisar los marcos regulatorios para adaptarse a las necesidades de las partes interesadas; y, finalmente, centrar la atención en los problemas derivados de la protección de la intimidad y la privacidad¹⁴⁷³.

El Blockchain es una muy buena solución de los problemas de ciberseguridad y de establecimiento de garantías para asegurar la privacidad, protección e integridad de los datos. No obstante, este sistema será mejorado en el futuro, corrigiendo los problemas anteriores, principalmente de almacenamiento y ante ciberataques, que son los mayores riesgos o frenos a su desarrollo, que deben ser solventados en la actualidad. En este sentido, señala la Agencia Española de Protección de Datos que es imprescindible que los servicios ofertados con las técnicas de Blockchain, se realice previamente un juicio de proporcionalidad, evaluando sus beneficios y los principales retos¹⁴⁷⁴.

¹⁴⁷² Vide Luis OTERO GONZÁLEZ y Pablo DURÁN SANTOMIL, “Fintech, Blockchain y Big Data”, en César GARCÍA NOVOA y Diana SANTIAGO IGLESIAS, *4ª Revolución Industrial: impacto de la automatización y la inteligencia artificial en la sociedad y la economía digital*, o.c., pp. 101-103.

¹⁴⁷³ Vide Antonio MERCHÁN MURILLO, “Inteligencia artificial y blockchain: retos jurídicos en paralelo”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 50, (2019), pp. 7-8.

¹⁴⁷⁴ Vide AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, “Tecnologías y protección de datos en las AA.PP.”, noviembre de 2020, p. 48.

5.3. El desarrollo del régimen regulatorio de la protección de datos en la Unión Europea.

En materia de protección de datos, la primera iniciativa a destacar, aunque no es Derecho comunitario, pero sí que sirve de precedente en la materia, es el Convenio 108 del Consejo, sobre la protección de las personas en lo relativo al tratamiento automatizado de datos de carácter personal. Si bien, mediante esta norma se establecieron las pautas de organización para las regulaciones que devinieron posteriormente. La base fundacional de este texto es garantizar:

«el respeto de sus derechos y libertades fundamentales, concretamente su derecho a la vida privada, con respecto al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal correspondientes a dicha persona»¹⁴⁷⁵.

El contexto en el que nace este Convenio es el de preocupación creciente por el aumento del intercambio de datos personal de los ciudadanos y su tratamiento automatizado fuera de sus fronteras¹⁴⁷⁶. Por ello, y con la finalidad de garantizar el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales, se deciden ampliar las garantías de protección, así como también la unificación del tratamiento de la cuestión. Además, este Convenio está abierto a la adhesión de otros Estados no miembro del Consejo de Europa, y junto a éstos, su aplicación era extensible a todos los sectores, como la Administración, la justicia o la asistencia sanitaria. Con posterioridad, y ya una vez iniciada el cambio de siglo, se adoptará por el Comité de Ministros del Consejo de Europa un protocolo adicional al Convenio¹⁴⁷⁷.

El objetivo que se persigue con este instrumento legislativo es claro: *«reforzar la puesta en marcha y la aplicación efectiva de los principios enunciados en el Convenio 108, debido, sobre todo, al extraordinario crecimiento experimentado de los flujos*

¹⁴⁷⁵ Vide CONSEJO DE EUROPA, Convenio 108 para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, de 28 de enero de 1981, Estrasburgo, artículo 1.

¹⁴⁷⁶ Vide José Luis PIÑAR MAÑANAS, “Protección de datos. Las claves de un derecho fundamental imprescindible”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 88-89, (2020), p. 9.

¹⁴⁷⁷ Vide CONSEJO DE EUROPA, Protocolo adicional que modifica el Convenio del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, 23 de mayo de 2001.

transfronterizos de datos de carácter personal»¹⁴⁷⁸. Así, el Convenio 108 buscaba ampliar la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, especialmente en el marco del derecho a la vida privada. Por esta razón, el Convenio se aplicaría a todos los tratamientos automatizados de datos de carácter personal, tanto en el sector público como privado¹⁴⁷⁹.

Dentro del marco jurídico de la Unión Europea, el derecho a la protección de datos de carácter personal se encuentra recogido en dos instrumentos normativos: por un lado, el artículo 16 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea¹⁴⁸⁰; y, por otro lado, en el artículo 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹⁴⁸¹. Si bien, con estas normas como marco de referencia, se han ido dictando distintas directivas.

La primera de ellas fue la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de esos datos. La Directiva se aprueba con dos objetivos principalmente: en primer lugar, regular la transmisión de datos personales en el territorio europeo; y, en segundo lugar, armonizar las distintas legislaciones de los Estados miembros en el tratamiento de esta cuestión y el aseguramiento de un alto nivel de protección del derecho dentro de la Unión, tal y como se afirma por la jurisprudencia¹⁴⁸². En lo que se refiere al ámbito de aplicación material,

¹⁴⁷⁸ Vide Juan Antonio PAVÓN PÉREZ, “La protección de datos personales en el Consejo de Europa: El Protocolo Adicional al Convenio 108 relativo a las autoridades de control y a los flujos transfronterizos de datos personales”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, 19-20, (2001-2002), p. 242.

¹⁴⁷⁹ Vide Artemi RALLO LOMBARTE, “Nuevas tecnologías, nuevos derechos”, en Benigno PENDAS GARCÍA, *España constitucional (1078-2018) trayectorias y perspectivas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, p. 2369.

¹⁴⁸⁰ Vide UNIÓN EUROPEA, *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*, Lisboa, 2007, Artículo 16: «1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan. 2. El Parlamento Europeo y el Consejo establecerán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, las normas sobre protección de las personas físicas respecto del tratamiento de datos de carácter personal por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, así como por los Estados miembros en el ejercicio de las actividades comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, y sobre la libre circulación de estos datos. El respeto de dichas normas estará sometido al control de autoridades independientes. Las normas que se adopten en virtud del presente artículo se entenderán sin perjuicio de las normas específicas previstas en el artículo 39 del Tratado de la Unión Europea».

¹⁴⁸¹ Vide PARLAMENTO EUROPEO, CONSEJO Y COMISIÓN EUROPA, *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión*, Niza, 2000, artículo 8: «1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan. 2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que le conciernan y a obtener su rectificación. 3. El respeto de estas normas estará sujeto al control de una autoridad independiente».

¹⁴⁸² Vide STJUE, de 24 de noviembre de 2011, asuntos acumulados C-468/10 y C-469/10, Asociación Nacional de Establecimiento Financieros de Crédito (ASNEF) y Federación de Comercio Electrónico y Marketing Directo (FECEDM) contra Administración del Estado, apartado 28 y ss.: «la Directiva 95/46

CAPÍTULO SEGUNDO

LA REVOLUCIÓN “INTERNET”: EL IMPULSOR DE LA SOCIEDAD DIGITAL

esté queda únicamente vinculado al tratamiento de las cuestiones del mercado interior de la UE, excluyendo ámbitos como la seguridad y defensa del Estado, así como también, en materia de justicia penal.

De forma complementaria a la Directiva, se aprobó el Reglamento 45/2001, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones y los organismos comunitarios y la libre circulación de datos. No obstante, el ámbito objetivo de esta norma estaba reservado exclusivamente para el funcionamiento de las instituciones de la Unión Europea.

Desde que la Unión Europea se da cuenta de la importancia que tienen los datos intenta armonizar su régimen de protección entre los distintos Estados miembros. Sin embargo, a partir de la aprobación de la Agenda Digital para Europa, los datos adquieren una mayor relevancia dentro de su proyecto, y ésta se ve obligada a aprobar un Reglamento General de protección de datos personales¹⁴⁸³. Los datos personales no son un tipo de propiedad más, sino que, es necesario prestar especial protección y garantías para su defensa¹⁴⁸⁴.

Este régimen se presenta como el más garantista de los derechos de los usuarios en lo que respecta al tratamiento de los datos personales (especialmente en la red), y que, a priori, parece ser inadecuado para potenciar el crecimiento económico donde priman los mercados del Big Data¹⁴⁸⁵. Además, de que ésta no deja de ser una «norma

tiene por objeto, tal y como se desprende, en particular, de su octavo considerando, equiparar el nivel de protección de los derechos y libertades de las personas por lo que se refiere al tratamiento de datos personales en todos los Estados miembros. Su décimo considerando añade que la aproximación de las legislaciones nacionales en la materia no debe conducir a una disminución de la protección que garantizan sino que, por el contrario, debe tener por objeto asegurar un alto nivel de protección dentro de la Unión (véanse, en este sentido, las sentencias antes citadas Lindqvist, apartado 95, y Huber, apartado 50). e ha declarado así que la armonización de dichas legislaciones nacionales no se limita a una armonización mínima, sino que constituye, en principio, una armonización completa. Desde este punto de vista, la Directiva 95/46 trata de asegurar la libre circulación de datos personales, garantizando al mismo tiempo un alto nivel de protección de los derechos e intereses de las personas a las que se refieren dichos datos».

¹⁴⁸³ Vide PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril, 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, Estrasburgo.

¹⁴⁸⁴ Vide Carlos B. FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, “La transparencia en la información y el empoderamiento de los ciudadanos para decidir sobre el uso de sus datos, claves para una política de privacidad”, *Diario la Ley Ciberderecho*, 37 (2020), pp. 2 y ss.

¹⁴⁸⁵ Vide Alessandro MANTELERO, “Ciudadanía y gobernanza digital entre política, ética y derecho, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO y José Luis PIÑAR MAÑAS, *Sociedad digital y derecho*, o.c., p. 175: «Por estos motivos, la evaluación de impacto relativa a la protección de datos debería evolucionar hacia una evaluación más amplia y más compleja que es la Privacy, Ethical and Social Impact Assessment. Esta evaluación sobre el cumplimiento del uso de datos con valores éticos y sociales es más complicada que la evaluación tradicional de protección de datos. De

Frankenstein de diferentes concepciones jurídicas, que debe ser aplicada por 25 autoridades nacionales que deben resolver los problemas conjuntamente»¹⁴⁸⁶.

El Reglamento configura el régimen del tratamiento de los datos desde un cambio de la perspectiva que se hacía de forma precedente: se pasa de la autodeterminación del sujeto al ejercicio de la responsabilidad por las personas involucradas en el tratamiento y procesamiento de los datos. En otras palabras, se opta por una responsabilidad proactiva, y una regulación basada en el principio de precaución o de riesgo. Asimismo, tal y como manifiesta la doctrina, la protección de los datos vira hacia un nuevo modelo, mucho más garantista y responsable con el uso de la información¹⁴⁸⁷.

Además, recoge los tradicionales derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, aunque con significativas modificaciones. Por ejemplo, se genera el derecho a obtener copia de los datos personales reportados¹⁴⁸⁸; se simplifica el proceso para que el usuario ejerza el derecho de rectificación¹⁴⁸⁹, el derecho de bloqueo de datos¹⁴⁹⁰; el derecho de oposición introduciendo nuevos motivos para rechazar la creación de perfiles¹⁴⁹¹; o el derecho al olvido¹⁴⁹² o de supresión¹⁴⁹³. En opinión de la doctrina,

«este nuevo modelo no es en absoluto más sencillo que el anterior. De entrada, las reglas son más uniformes a nivel de la unión Europea, pero al mismo

hecho, los valores principales (p. eje., la integridad de los datos) que se utilizan para realizar una evaluación en el contexto de la seguridad de los datos y la gestión de información se basa en la tecnología y por lo tanto se pueden generalizar en diferentes contextos sociales. Al contrario, utilizando valores sociales y éticos, la situación es diferente: estos están necesariamente basados en el contexto y cambio de una comunidad a otra, por lo que es difícil de identificar el punto de referencia que debe adoptarse en este tipo de evaluación del riesgo».

¹⁴⁸⁶ Vide Leonardo CERVERA NAVAS, “Un año de la LOPDGDD: La AEPD y el Comité y el supervisor pasan revista a la situación”, *Diario la LEY CIBERDERECHO*, 34, (2019), p. 5.

¹⁴⁸⁷ Vide José Luis PIÑAR MAÑAS, *Reglamento General de Protección de datos: hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*, Reus, Madrid, 2016, pp. 15 y ss.

¹⁴⁸⁸ Vide PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, *Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril, 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*, Estrasburgo, artículo 15.3.

¹⁴⁸⁹ *Ibidem* Artículo 16.

¹⁴⁹⁰ *Ibidem* Artículo 19.

¹⁴⁹¹ *Ibidem* Artículo 21.

¹⁴⁹² Vide M^a del Carmen CHÉLIZ INGLÉS, “El Derecho al olvido digital. Una exigencia de las nuevas tecnologías, recogida en el futuro Reglamento General de Protección de Datos”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 5, (2016), pp. 225-271.

¹⁴⁹³ Vide PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, *Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril, 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*, Estrasburgo, artículo 17.

tiempo se deja mayor margen de apreciación y valoración y responsables encargados. La falsa idea de que es suficiente el cumplimiento formal de las obligaciones que fijan la ley y el reglamento ha de quedar definitivamente superada. Ya que no basta (nunca ha sido así, por lo demás) cumplir una serie de obligaciones formales, implementar medidas de seguridad preconfiguradas y redactar las cláusulas informativas en materia de protección de datos (...). Ahora es necesario adoptar decisiones propias en función de los tratamientos de datos que se lleven a cabo, de la naturaleza de éstos y del posible riesgo que pueda generar el tratamiento de los datos»¹⁴⁹⁴.

No obstante, las críticas al Reglamento no han dejado de sucederse debido al uso de conceptos jurídicos indeterminados, donde la ambigüedad y el interés económico¹⁴⁹⁵ puede derivar en interpretaciones poco garantistas de la privacidad, más aún, teniendo en cuenta que éste es el objetivo que persigue la UE con este Reglamento¹⁴⁹⁶. Además, para la consecución de las metas fijadas para el año 2020, la Comisión se pronuncia instando a que la sociedad digital se construya sobre el aprovechamiento de la aglomeración de datos, y es por ello, que busca la máxima velocidad de Internet, para que se hagan factibles sus proyectos¹⁴⁹⁷.

La Unión Europea ha cumplido con lo estipulado y ha aprobado recientemente, una estrategia Europea de Datos que pretende materializar auténtico mercado único de datos, abordando desde los problemas detectados con anterioridad, hasta las medidas de financiación. Las acciones se basarán en cuatro pilares principalmente. En primer lugar, la creación de un marco de gobernanza intersectorial que garantice el acceso a los datos y su utilización, lo que conlleva la concreción de un marco legislativo propio para la gobernanza de los espacios comunes europeos de datos; la determinación de los actos de ejecución sobre conjuntos de datos de gran valor; y la elaboración de un estudio sobre la

¹⁴⁹⁴ Vide José Luis PIÑAR MAÑAS, “Protección de datos. Las claves de un derecho fundamental imprescindible”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 88-80, (2020), p. 12.

¹⁴⁹⁵ Vide Susana RODRÍGUEZ BALLANO, “Habemus nuevo Reglamento General de Protección de Datos”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 919, (2016), p. 9

¹⁴⁹⁶ Vide Marina SANCHO LÓPEZ, “Estrategias legales para garantizar los derechos fundamentales frente a los desafíos del Big Data”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 50 (2019), p. 7.

¹⁴⁹⁷ Vide COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación (2016) 587, de 14 de septiembre, al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: la conectividad para un mercado único digital competitiva, hacia una sociedad europea del Gigabit*, Bruselas, pp. 2 y ss.

necesidad de adoptar medidas legislativas relativas a las cuestiones que afecten a las relaciones entre los distintos actores de una economía ágil en el manejo de los datos¹⁴⁹⁸.

En segundo lugar, debe realizar inversiones y refuerzo de las capacidades e infraestructuras de Europa para albergar, tratar y utilizar los datos, en términos de interoperabilidad. En otras palabras, apostar por un proyecto de gran impacto, sobre los espacios de datos europeos, que abarque la arquitectura de intercambio de datos y los mecanismos de gobernanza, así como la federación europea de infraestructuras en la nube, desde un punto de vista energético y fiable, y también de sus servicios conexos. En términos económicos se habla de aspirar a invertir de forma combinada entre 4.000 y 6.000 millones de euros, de los cuales los 2.000 primeros se invertirían en la primera fase de ejecución del proyecto. Además, se crearía un mercado europeo de servicios en la nube, con su correspondiente regulación jurídica¹⁴⁹⁹.

En tercer lugar, se llevaría a cabo un proyecto para empoderar a las personas, invirtiendo en su cualificación y también para las PYMES. En este caso, supondría explorar la portabilidad de los datos de conformidad con el art. 20 del Reglamento General de Protección de datos, dándole un mayor control sobre quienes pueden acceder a los datos generados por las máquinas y utilizarlos. La financiación dedicada a la cualificación y alfabetización digital correrá a cargo del programa Europa Digital. Así como también, se crearán capacidades específicas para las PYMES en materia de datos, pero este programa irá a cargo de Horizonte Europa y Europa Digital, así como de los Fondos Estructurales y de Inversión¹⁵⁰⁰.

Y, en cuarto lugar, la Comisión promoverá el desarrollo de espacios comunes de datos europeos en sectores económicos estratégicos y de ámbito o interés público. Esto debe conducir a la posibilidad de construir grandes repositorios de datos en ámbitos concretos que, junto con las herramientas e infraestructuras técnicas necesarias, permitirá utilizar e intercambiar datos de todo tipo. En este sentido, además, será necesaria la creación de mecanismos de gobernanza adecuados que se encarguen del tratamiento y gestión de estos datos. Si bien, sobre la base de esta experiencia se construirá la Nube

¹⁴⁹⁸ *Vide* COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación (2020) 66, de 19 de febrero, al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las regiones: una estrategia europea de datos*, Bruselas, pp. 15 y ss.

¹⁴⁹⁹ *Ibidem* pp. 18 y ss.

¹⁵⁰⁰ *Ibidem* pp. 21 y ss.

Europea de Ciencia Abierta, cuyos espacios comunes serán los siguientes: industria, Pacto Verde Europeo, movilidad, salud, materia financiera, energía, sector agrario, Administraciones Públicas y cualificaciones¹⁵⁰¹.

En consecuencia, a través de los anteriores textos legislativos citados es como se construye el régimen jurídico del mercado digital en la Unión Europea en materia de protección de datos personales y que, por ende, resulta de aplicación en el territorio español. Así, tal y como se observa, la tendencia actual es apostar por un mercado de los datos, pero en el que se respeten ciertas garantías y derechos de los ciudadanos. Sin embargo, esta misión de proteger especialmente los datos de carácter personal con un tratamiento legal muy rígido de los mismos previsiblemente tenderá a desaparecer en el futuro. Más aún, si lo que se pretende es crecer en términos económicos. Por último, he de añadir que ya ha sido propuesto un nuevo Reglamento (e-Privacy) para garantizar el respeto a la vida privada de las personas, y la protección de los datos personales de las comunicaciones electrónicas, a expensas de tramitación en el Parlamento Europeo¹⁵⁰².

5.4. El régimen jurídico de la protección de datos en España.

5.4.1. Introducción.

La Constitución española garantiza en el artículo 18 una pluralidad de derechos, entre los que se encuentra la protección de los datos privados. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha sido el encargado de dotar de contenido a este derecho autónomo:

(...) el contenido del Derecho fundamental a la protección de datos consiste en un poder disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué,

¹⁵⁰¹ Vide COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación (2020) 66, de 19 de febrero, al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las regiones: una estrategia europea de datos*, Bruselas, pp. 24 y ss.

¹⁵⁰² Vide PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, *Propuesta de Reglamento sobre el respeto de la vida privada y la protección de los datos personales en el sector de las comunicaciones electrónicas y por el que se deroga la Directiva 2002/58/CE (Reglamento sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas)*, 10 de enero de 2017, Bruselas.

pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del Derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular.

Y ese Derecho a consentir el conocimiento y el tratamiento, informático o no, de los datos personales, requiere como complementos indispensables, por un lado, la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo, y, por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y usos. En fin, son elementos característicos de la definición constitucional del Derecho fundamental a la protección de datos personales los Derechos del afectado a consentir sobre la recogida y uso de sus datos personales y a saber de los mismos.

Y resultan indispensables para hacer efectivo ese contenido el reconocimiento del Derecho a ser informado de quién posee sus datos personales y con qué fin, y el Derecho a poder oponerse a esa posesión y uso requiriendo a quien corresponda que ponga fin a la posesión y empleo de los datos. Es decir, exigiendo del titular del fichero que le informe de qué datos posee sobre su persona, accediendo a sus oportunos registros y asientos, y qué destino han tenido, lo que alcanza también a posibles cesionarios; y, en su caso, requerirle para que los rectifique o los cancele»¹⁵⁰³.

En este sentido, tal y como afirma la doctrina, el derecho a la protección de datos, es aquel que permite rectificar y cancelar la información relativa a una persona. En consecuencia, este otorga la facultad a su titular de controlar la exactitud y veracidad de los mismos, así como también, la difusión y verificación del cumplimiento de la normativa aplicable¹⁵⁰⁴. Si bien, este derecho no fue desarrollado hasta la promulgación

¹⁵⁰³ Vide STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 7.

¹⁵⁰⁴ Vide Antonio E. PÉREZ LUÑO, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 316 y ss.

de Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal¹⁵⁰⁵.

Así, tal y como apunta la doctrina, se desconoce si es que la regulación normativa llegó con retraso, o que la Constitución era altamente previsor para la época¹⁵⁰⁶. En un primer momento esta Ley tuvo por objeto «*limitar el ámbito el uso de la informática y otras técnicas y medios de tratamiento automatizado de los datos de carácter personal para garantizar el honor, la intimidad personal y familiar de las personas físicas y el pleno ejercicio de sus derechos*»¹⁵⁰⁷. Sin embargo, como afirma la doctrina, a pesar de la influencia del Convenio 108 del Consejo de Europa que se cita varias veces a lo largo del articulado, el desarrollo del artículo 18.4 CE, se acometió con carácter previo a que se promoviera desde la Unión Europea¹⁵⁰⁸.

No obstante, con la aprobación de la Directiva 95/56/CE, la mera modificación de la Ley orgánica vigente no era factible para acoger todos los cambios del régimen jurídico, por ello se apostó por una Ley completamente nueva¹⁵⁰⁹. De este modo, es como se aprueba la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal y su reglamento de desarrollo¹⁵¹⁰. El problema es que mediante normas no se apostó por una mayor reflexión doctrinal, sino únicamente a la mera incorporación al ordenamiento de la directiva europea¹⁵¹¹.

Ambas han sido las normas de cabecera de grupo normativo hasta la aprobación del Reglamento Europeo de protección de datos. Con posterioridad, la legislación

¹⁵⁰⁵ Vide Artemi RALLO LOMBARTE, “Nuevas tecnologías, nuevos derechos”, en Benigno PENDAS GARCÍA, *España constitucional (1078-2018) trayectorias y perspectivas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, p. 2372 y ss.

¹⁵⁰⁶ Vide Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, “La primera Ley española de Protección de Datos (LORTAD) y el proceso de su elaboración”, en AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *20 años de protección de Datos en España*, Agencia Estatal Boletín Oficial del estado, Madrid, 2015, pp. 28-30.

¹⁵⁰⁷ Vide Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal, artículo 1.

¹⁵⁰⁸ Vide Manuel HEREDERO HIGUERAS, “La ORTAD y su futuro”, *Informática y derecho*, 27-29 (1998), p. 464.

¹⁵⁰⁹ Vide Artemi RALLO LOMBARTE, “Nuevas tecnologías, nuevos derechos”, en Benigno PENDAS GARCÍA, *España constitucional (1078-2018) trayectorias y perspectivas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, p. 2374.

¹⁵¹⁰ Vide Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el cual se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de protección de datos de carácter personal.

¹⁵¹¹ Vide José AMÉRIGO ALONSO, “El marco normativo de la protección de datos en España”, *El cronista del Estado Social y democrático de derecho*, 88-89, (2020), p. 24.

española se ha visto obligada a reestructurarse de conformidad con los principios y caracteres que ésta señala, y ha promulgado una reciente ley orgánica¹⁵¹². En lo que se refiere al contenido del derecho, el Tribunal Constitucional destaca su singularidad respecto del objeto como de su contenido: en primer lugar, el objeto es más amplio que el derecho a la intimidad, puesto que no se limita sólo a los datos íntimos, sino a cualquier tipo de dato personal; y, en segundo lugar, respecto del contenido porque atribuye a su titular las facultades para disponer sobre sus datos personales, y no la mera abstención de terceros de intromisiones¹⁵¹³.

Tal y como señala la norma, el motivo principal que ha dado lugar a la necesidad de transformación del régimen jurídico es el desarrollo de Internet, y el desenvolvimiento de gran parte de nuestra vida (personal, laboral y económica) en la red¹⁵¹⁴. De este modo, siendo cada vez más los datos personales que circulan en el ciberespacio, se hace necesario un régimen garantista de la protección de la información que suministramos a la red¹⁵¹⁵. Y, junto a éste, una serie de derechos relativos al entorno digital. En consecuencia, se distinguen dos partes completamente diferenciadas de la norma: por un lado, el tratamiento y régimen de responsabilidad de los datos; y, por otro lado, el reconocimiento de una serie de derechos relacionados con el entorno digital.

No obstante, los derechos digitales tienen una naturaleza jurídica especial puesto que, aunque se recogen dentro de la ley orgánica, tienen carácter de ley ordinaria. Además, los derechos digitales representan una novedad dentro de nuestro ordenamiento jurídico, no tanto por su contenido, sino más bien por su regulación expresa dentro de una

¹⁵¹² Vide Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y de garantía de los derechos digitales.

¹⁵¹³ Vide STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 5 y 6.

¹⁵¹⁴ Vide Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y de garantía de los derechos digitales: «Internet, por otra parte, se ha convertido en una realidad omnipresente tanto en nuestra vida personal como colectiva. Una gran parte de nuestra actividad profesional, económica y privada se desarrolla en la Red y adquiere una importancia fundamental tanto para la comunicación humana como para el desarrollo de nuestra vida en sociedad. (...) Hoy identificamos con bastante claridad los riesgos y oportunidades que el mundo de las redes ofrece a la ciudadanía. Corresponde a los poderes públicos impulsar políticas que hagan efectivos los derechos de la ciudadanía en Internet promoviendo la igualdad de los ciudadanos y de los grupos en los que se integran para hacer posible el pleno ejercicio de los derechos fundamentales en la realidad digital. La transformación digital de nuestra sociedad es ya una realidad en nuestro desarrollo presente y futuro tanto a nivel social como económico. En este contexto, países de nuestro entorno ya han aprobado normativa que refuerza los derechos digitales de la ciudadanía»

¹⁵¹⁵ Vide José Luis PIÑAR MAÑAS, “Protección de datos. Las claves de un derecho fundamental imprescindible”, *El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 89, (2020), p. 6 y ss.

norma. Por ello, éstos serán objeto de tratamiento en un apartado especial de la tesis destinado exclusivamente para su examen, ya que, muy probablemente sean los derechos (dentro del entorno de la sociedad de la Era Digital) sobre los que se asiente el Estado de Bienestar.

5.4.2. Grupo normativo regulador.

Los retos que hay que enfrentar para el estudio del grupo normativo regulador de la protección de datos personales están relacionados con la amplitud y dimensión del régimen jurídico, como consecuencia de su consideración como un derecho fundamental que, a la par, se regula en distintos textos internacionales. Por ello, dentro del grupo normativo muchas veces persisten previsiones de distintos orígenes y rango, lo que genera controversias interpretativas y de aplicación. De este modo, el conjunto de normas encargadas de regular la protección de datos en nuestro país son las siguientes:

a) Derecho Internacional y comunitario.

- Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.
- Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966.
- Resolución 68/167 de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre el derecho a la privacidad en la era digital
- Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Roma, 1950.
- Convenio 108 para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, de 28 de enero de 1981.
- Protocolo adicional que modifica el Convenio del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, 23 de mayo de 2001.
- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, Niza, 2000.
- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, Lisboa, 2007.
- Directiva 2009/136/CE, de 25 de noviembre, por la que se modifican la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/58/CE relativa al tratamiento de los datos

personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas y el Reglamento (CE) no 2006/2004 sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores.

- Directiva 2009/140/CE de 25 de noviembre, por la que se modifican la Directiva 2002/21/CE relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/19/CE relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión, y la Directiva 2002/20/CE relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas.
- Directiva (UE) 2018/1972, de 11 de diciembre de 2018 por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas.
- Reglamento (UE) 910/2014, de 23 de julio, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por el que se deroga la Directiva 1999/93/CE, que apuesta por garantizar la seguridad del consumidor, para favorecer que se acrecienten las transacciones del comercio electrónico.
- Reglamento (UE) 2015/2120, de 25 de noviembre, por el que se establecen medidas en relación con el acceso a una internet abierta y se modifica la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas y el Reglamento (UE) nº531/2012 relativo a la itinerancia en las redes públicas de comunicaciones móviles en la Unión.
- Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril, 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 (UE) 2018/1725, de 23 de octubre, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y a la libre circulación de esos datos, y por el que se derogan el Reglamento (CE) nº 45/2001 y la Decisión nº 1247/2002/CE.
- Reglamento (UE) 2018/1807, de 14 de noviembre, relativo a un marco para la libre circulación de datos no personales en la Unión Europea.

- Resolución (2017/2772), de 3 de octubre, sobre las tecnologías de registros distribuidos y las cadenas de bloques: fomentar la confianza con la desintermediación.
- Resolución (2018/C 263/10), de 14 de marzo, sobre las implicaciones de los macrodatos en los derechos fundamentales: privacidad, protección de datos, no discriminación, seguridad y aplicación de la ley
- Dictamen 5/2014 sobre técnicas de anonimización, Estrasburgo, 10 de abril de 2014.

b) Derecho interno español.

- Constitución española, de 29 de diciembre de 1978
- Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.
- Ley 2/2004, de 25 de febrero, de Ficheros de Datos de Carácter Personal de Titularidad Pública y de creación de la Agencia Vasca de Protección de Datos.
- Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos.
- Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones.
- Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público.
- Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información.
- Ley 32/2010, de 1 de octubre, de la Agencia catalana de Protección de Datos.
- Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.
- Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.
- Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía.
- Ley 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana.
- Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.
- Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

- Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.
- Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y de Garantía de los Derechos Digitales.
- Ley 6/2020, de 11 de noviembre, reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza.
- Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia de Protección de Datos
- Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios.
- Real Decreto 1553/2005, de 23 de diciembre, por el que se regula la expedición del documento nacional de identidad y sus certificados de firma electrónica.
- Real Decreto 1494/2007, de 12 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones básicas para el acceso de las personas con discapacidad a las tecnologías, productos y servicios relacionados con la sociedad de la información y medios de comunicación social.
- Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el cual se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de protección de datos de carácter personal.
- Real Decreto 899/2009, de 22 de mayo, por el que se aprueba la carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas.
- Real Decreto 3/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Seguridad en el ámbito de la Administración Electrónica.
- Real Decreto 4/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Interoperabilidad en el ámbito de la Administración Electrónica.
- Real Decreto 1495/2011, de 24 de octubre, por el que se desarrolla la ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público, para el ámbito del sector público estatal.
- Real Decreto 806/2014, de 19 de septiembre, sobre organización e instrumentos operativos de las tecnologías de la información y las comunicaciones en la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA REVOLUCIÓN “INTERNET”: EL IMPULSOR DE LA SOCIEDAD DIGITAL

- Orden de 2 de febrero de 1995 por la que se aprueba la primera relación de países con protección de datos de carácter personal equiparable a la española, a efectos de transferencia internacional de datos.
- Resolución de 22 de junio de 2001, de la Subsecretaría, por la que se dispone la publicación del Acuerdo de Consejo de Ministros por el que se concreta el plazo para la implantación de medidas de seguridad de nivel alto en determinados sistemas de información.
- Resolución de 12 de julio de 2006, de la Agencia Española de Protección de Datos, por la que se crea el Registro Telemático de la Agencia Española de Protección de Datos.
- Resolución de 12 de julio de 2006, de la Agencia Española de Protección de Datos, por la que se aprueban los formularios electrónicos a través de los que deberán efectuarse las solicitudes de inscripción de ficheros en el Registro General de Protección de Datos, así como los formatos y requerimientos a los que deben ajustarse las notificaciones remitidas en soporte informático o telemático.
- Resolución de 24 de mayo de 2010, de la Agencia Española de Protección de Datos, por la que se regula el Registro Electrónico de la Agencia Española de Protección de Datos.
- Resolución de 18 de marzo de 2010, de la Agencia Española de Protección de Datos, por la que se crea la Sede Electrónica de la Agencia Española de Protección de Datos.
- Resolución de 24 de mayo de 2010, de la Agencia Española de Protección de Datos, por la que se regula el Registro Electrónico de la Agencia Española de Protección de Datos.
- Instrucción 2/1995, de 4 de mayo, de la Agencia de Protección de Datos, sobre medidas que garantizan la intimidad de los datos personales recabados como consecuencia de la contratación de un seguro de vida de forma conjunta con la concesión de un préstamo hipotecario o personal.
- Instrucción 1/1995, de 1 de marzo, de la Agencia de Protección de Datos, relativa a prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito.

- Instrucción 1/1996, de 1 de marzo, de la Agencia de Protección de Datos, sobre ficheros automatizados establecidos con la finalidad de controlar el acceso a los edificios.
- Instrucción 2/1996, de 1 de marzo, de la Agencia de Protección de Datos, sobre ficheros automatizados establecidos con la finalidad de controlar el acceso a los casinos y salas de bingo.
- Instrucción 1/1998, de 19 de enero, de la Agencia de Protección de Datos, relativa al ejercicio de los derechos de acceso, rectificación y cancelación.
- Instrucción 1/2000, de 1 de diciembre, de la Agencia de Protección de Datos, relativa a las normas por las que se rigen los movimientos internacionales de datos.
- Instrucción 1/2004, de 22 de diciembre, de la Agencia Española de Protección de Datos sobre publicación de sus Resoluciones.
- Instrucción 1/2006, de 8 de noviembre, de la Agencia Española de Protección de Datos, sobre el tratamiento de datos personales con fines de vigilancia a través de sistemas de cámaras o videocámaras.
- Circular 1/2019, de 7 de marzo, de la Agencia Española de Protección de Datos, sobre el tratamiento de datos personales relativos a opiniones políticas y envío de propaganda electoral por medios electrónicos o sistemas de mensajería por parte de partidos políticos, federaciones, coaliciones y agrupaciones de electores al amparo del artículo 58 bis de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

5.4.3. La ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y de Garantía de los Derechos Digitales.

A. Ámbito de aplicación.

En primer lugar, en lo que se refiere al ámbito objetivo de la norma, éste está dirigido a regular la protección de los datos personales. Si bien, el Reglamento General de Protección de Datos, define en el artículo 4.1, qué se debe entender por “datos personales”:

«toda información sobre una persona física identificada o identificable (“el interesado”); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona».

Y, además, se excluye expresamente de su ámbito de aplicación a aquellos datos personales que no se desarrollen en el ejercicio de una actividad fuera de las competencias de la Unión Europea; las actividades exclusivamente personales o de carácter doméstico; y las realizadas por las autoridades con fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales, o de ejecución de sanciones, incluida la protección de amenazas contra la seguridad¹⁵¹⁶. Junto a éstos se incorporan los datos de las personas fallecidos, y aquellos que se encuentren sometidos a una normativa específica por tener la condición de materia clasificadas¹⁵¹⁷.

De este concepto se desprende que el Reglamento no determina qué se debe entender por “información relativa a una persona identificada”. No obstante, se sobreentiende que esta debe hacer referencia a cualidades o datos que revelan directamente la identidad del individuo. Mientras que, se considerará como persona identificable, toda aquella que se pueda deducir su personalidad indirectamente a través de un identificador directo, o bien a través de la combinación o interrelación de indicadores directos. De igual manera, el Reglamento no define qué se debe entender por indicador directo, pero sí que enumera una lista abierta de supuestos que pueden comprenderse como tales. Así, en sentido contrario, por identificador directo debe entenderse cualquier dato que contenga información sobre una persona física, como puede ser una dirección IP, y que, a la par, permite identificar a la persona natural. En consecuencia, la trascendencia para proteger los indicadores indirectos se encuentra en la

¹⁵¹⁶ Vide Ana Isabel BERROCAL LANZAROT, *Estudio jurídico-crítico sobre la ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales*, Reus, Madrid, 2019, pp. 35 y ss.

¹⁵¹⁷ Vide Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y de garantía de los derechos digitales, artículo 3.

posibilidad o probabilidad que existe de identificar a la persona física, a través de la información que éste aporta, existiendo un presupuesto razonable y certero, y no meramente hipotéticos, o de esfuerzos desproporcionados¹⁵¹⁸.

En este sentido, existe una reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo¹⁵¹⁹ que, aunque interpretando la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, considera la voz como un dato personal cuya protección se encuentra recogido dentro del ámbito de aplicación de la norma. La voz, es un claro atributo del ser humano que manifiesta multitud de parámetros que pueden llegar a identificarlo. Lo que, en sentido contrario, implica la sujeción al a normativa de protección de tratamiento automatizado de datos, al ser posible asociarla a la persona a la que pertenece. Por lo que, para su tratamiento es exigible el consentimiento del interesado que, en todo caso, deberá ser explícito, no bastando la no oposición del interesado¹⁵²⁰.

B. Los principios de la norma y el régimen de tratamiento de los datos.

La Ley 3/2018, de Protección de Datos y de los Derechos Digitales, se estructura alrededor de los principios generales¹⁵²¹ que se recogen en el Reglamento General de Protección de datos. Si bien, se pueden sistematizar en el trato ilícito, leal y transparente en relación con el interesado; para fines determinados, explícito y legítimos; adecuados, pertinentes y limitados para el objeto con el que se recogen; exactos; conservados de manera que sea identificable al sujeto durante su tratamiento; y tratados de manera que se garantice una seguridad adecuada de los datos personales¹⁵²². Sin embargo, la Ley de Protección de Datos no sigue una estructura parecida la que realiza el régimen

¹⁵¹⁸ Vide María ELENA ARMADA VILLAVARDE y Ignacio Javier LÓPEZ BUSTABAD, “La voz: ¿es un dato de carácter personal?”, *Diario la Ley Ciberderecho*, 41, (2020), p. 3.

¹⁵¹⁹ Vide STS 1771/2020, de 18 de junio, FJ 4.

¹⁵²⁰ Vide Carlos B. FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, “El TS se pronuncia sobre el carácter de la voz como dato personal y sobre el ámbito de las actividades personales o domésticas”, *Diario la Ley Ciberderecho*, 41, (2020), p. 2.

¹⁵²¹ Vide Javier PUYOL MONTERO, “Los principios del derecho a la protección de datos”, en José Luis PIÑAR MAÑAS, *Reglamento General de Protección de datos: hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*, Reus, Madrid, 2016, p. 135: «por principios debe entenderse un conjunto de reglas que determinan cómo se deben recoger, tratar y ceder los datos de carácter personal, a los efectos de garantizar la intimidad y demás derechos fundamentales de los titulares de los datos, los consumidores y usuarios, y en definitiva de los ciudadanos».

¹⁵²² Vide PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, *Reglamento 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 95/56/CE*, Estrasburgo, artículo 5:

comunitario, sino que, ésta analiza de forma separada cada uno de estos principios, lo que permite distinguir distintas categorías.

El primer principio es el de la obligación de la exactitud de los datos. El artículo cuatro obliga a que los datos que circulen dentro de bases o plataformas digitales deben ser exactos y, en todo caso, actualizarse de manera constante¹⁵²³. Además, en el supuesto de que contengan errores, o datos incompletos, en relación con los fines para los que se suministraron, será responsabilidad del competente para su tratamiento, salvo en el caso de unas determinadas excepciones que la propia ley contempla¹⁵²⁴. En consecuencia, rige el principio general de transparencia e información¹⁵²⁵ al afectado que debe conocer en todo caso quién es el responsable del tratamiento, la finalidad que se persigue, y la posibilidad de ejercer los derechos de rectificación, supresión, limitación o portabilidad sobre éstos¹⁵²⁶.

El segundo principio está referido al deber de confidencialidad de los datos e información¹⁵²⁷, con independencia de la obligación de secreto profesional que por el ejercicio de una determinada ocupación resulten de aplicación¹⁵²⁸. Además, esta obligación permanece aun cuando hubiese finalizado la relación de obligado cumplimiento con el responsable del tratamiento de los datos¹⁵²⁹. Por tanto, lo que se

¹⁵²³ Vide Mónica VILASAU SOLANA, “Las exigencias de información en el RGPD y en la LO 3/2018 de protección de datos y garantía de los derechos digitales, ¿contribuyen a la formación de un consentimiento de mejor calidad?”, en Rosario GARCÍA MAHAMUT y Beatriz TOMÁS MALLÉN, *El Reglamento General de Protección de Datos: Un enfoque nacional y comparado*, Tirant, Valencia, 2019, pp. 210 y ss.

¹⁵²⁴ Vide Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, artículo 4.

¹⁵²⁵ Vide Beatriz TOMÁS MALLÉN, “Las sinergias entre el Reglamento General de Protección de datos de la Unión Europea y el Convenio 108+ del Consejo de Europa”, en Rosario GARCÍA MAHAMUT y Beatriz TOMÁS MALLÉN, *El Reglamento General de Protección de Datos: Un enfoque nacional y comparado*, Tirant, Valencia, 2019, pp. 78 y ss.

¹⁵²⁶ Vide Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, artículo 11.

¹⁵²⁷ Vide Monserrat AUZMENDI DEL SOLAR, “Incidencia del Reglamento General de Protección de datos en los Parlamentos”, en Rosario GARCÍA MAHAMUT y Beatriz TOMÁS MALLÉN, *El Reglamento General de Protección de Datos: Un enfoque nacional y comparado*, Tirant, Valencia, 2019, pp. 422 y ss.

¹⁵²⁸ Vide STS 674/2012, de 20 de noviembre, FJ 1.

¹⁵²⁹ Vide Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, artículo 5: «1. Los responsables y encargados del tratamiento de datos, así como todas las personas que intervengan en cualquier fase de este estarán sujetas al deber de confidencialidad al que se refiere el artículo 5.1.f) del Reglamento (UE) 2016/679. 2. La obligación general señalada en el apartado anterior será complementaria de los deberes de secreto profesional de conformidad con su normativa aplicable. 3. Las obligaciones establecidas en los apartados anteriores se mantendrán aun cuando hubiese finalizado la relación del obligado con el responsable o encargado del tratamiento».

genera es un deber de confidencialidad sin fecha límite de resguardo, es decir, “*sine die*”. Además, se pide a los operadores del tratamiento de éstos que guarden la discreción y tenga en consideración los deberes propios de cualquier profesión.

En tercer lugar, se configura, un tratamiento de los datos basado en el consentimiento del afectado¹⁵³⁰. En este sentido, por consentimiento se entiende toda manifestación voluntaria, libre, e informada, por la que se acepta el tratamiento de los datos que le conciernen. En consecuencia, cuando se pretenda que el consentimiento sirva para una diversidad de tratamientos, es preciso que se especifique el permiso para cada uno de éstos que, evidentemente, deben tener un contenido inequívoco para el usuario¹⁵³¹.

No obstante, la ley establece categorías específicas de datos sobre los cuáles debe recaer un régimen de protección de entidad superior¹⁵³². Donde, por ejemplo, en caso de que el titular sea menor de edad¹⁵³³, únicamente será válido el consentimiento prestado en los mayores de 14 años, salvo que en los menores de esta edad el titular de la patria potestad o tutela permita el tratamiento de los datos personales. Además, en el caso de que el tratamiento de datos sea constitutivo de una obligación legal, por interés público o el ejercicio de las competencias de los poderes públicos, sólo podrá determinarse a través de una norma con rango de ley, en la que se especifiquen las condiciones generales, así como el tratamiento concreto que va a experimentar esa información¹⁵³⁴. Y, de igual

¹⁵³⁰ Vide Mónica VILASAU SOLANA, “Las exigencias de información en el RGPD y en la LO 3/2018 de protección de datos y garantía de los derechos digitales, ¿contribuyen a la formación de un consentimiento de mejor calidad?”, en Rosario GARCÍA MAHAMUT y Beatriz TOMÁS MALLÉN, *El Reglamento General de Protección de Datos: Un enfoque nacional y comparado*, Tirant, Valencia, 2019, pp. 209 y ss.

¹⁵³¹ Vide Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, artículo 6: «1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 4.11 del Reglamento (UE) 2016/679, se entiende por consentimiento del afectado toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que este acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen. 2. Cuando se pretenda fundar el tratamiento de los datos en el consentimiento del afectado para una pluralidad de finalidades será preciso que conste de manera específica e inequívoca que dicho consentimiento se otorga para todas ellas. 3. No podrá supeditarse la ejecución del contrato a que el afectado consienta el tratamiento de los datos personales para finalidades que no guarden relación con el mantenimiento, desarrollo o control de la relación contractual».

¹⁵³² Vide José DÍAZ LAFUENTE, “Los desafíos de la sociedad global digitalizada y la protección de datos personales. Análisis de la elaboración de perfiles en el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea”, en Rosario GARCÍA MAHAMUT y Beatriz TOMÁS MALLÉN, *El Reglamento General de Protección de Datos: Un enfoque nacional y comparado*, Tirant, Valencia, 2019, pp. 295

¹⁵³³ Vide Mónica ARENAS RAMIRO, “El impacto del Reglamento General de Protección de Datos Europeo en el tratamiento de los datos personales de los menores de edad”, en Rosario GARCÍA MAHAMUT y Beatriz TOMÁS MALLÉN, *El Reglamento General de Protección de Datos: Un enfoque nacional y comparado*, Tirant, Valencia, 2019, pp. 249.

¹⁵³⁴ Vide Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, artículo 8: «1. El tratamiento de datos personales solo podrá considerarse fundado en

CAPÍTULO SEGUNDO

LA REVOLUCIÓN “INTERNET”: EL IMPULSOR DE LA SOCIEDAD DIGITAL

manera incluye una restricción respecto de los datos de naturaleza penal, que solamente podrán ser objeto de tratamiento cuando una norma comunitaria o legal lo exija. Excepcionalmente, sólo se permite el tratamiento de estos datos que, por el ejercicio de su profesión, tengan acceso los abogados y procuradores¹⁵³⁵.

Por último, todos estos principios generan un deber de protección de los datos que recaen sobre el responsable del tratamiento. Para ello, se deberán determinar las medidas técnicas y organizativas apropiadas que acrediten que, la gestión de los datos que se está realizando se ajusta a los principios y derechos que se regulan en los textos legales aplicables¹⁵³⁶.

Además, la Ley señala cuáles pueden ser los mayores riesgos a los que se enfrentan, lo que es en toda regla una llamada de atención sobre los aspectos en los que deben centrar su actuación como: las situaciones de discriminación o usurpación de identidad, cuando impidan el ejercicio de derechos, o que sean indicativos de su situación económica, su salud o sus preferencias, puesto que, representan los problemas más frecuentes¹⁵³⁷.

el cumplimiento de una obligación legal exigible al responsable, en los términos previstos en el artículo 6.1.c) del Reglamento (UE) 2016/679, cuando así lo prevea una norma de Derecho de la Unión Europea o una norma con rango de ley, que podrá determinar las condiciones generales del tratamiento y los tipos de datos objeto del mismo así como las cesiones que procedan como consecuencia del cumplimiento de la obligación legal. Dicha norma podrá igualmente imponer condiciones especiales al tratamiento, tales como la adopción de medidas adicionales de seguridad u otras establecidas en el capítulo IV del Reglamento (UE) 2016/679. 2. El tratamiento de datos personales solo podrá considerarse fundado en el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable, en los términos previstos en el artículo 6.1 e) del Reglamento (UE) 2016/679, cuando derive de una competencia atribuida por una norma con rango de ley».

¹⁵³⁵ *Ibidem* Artículo 10: «1. El tratamiento de datos personales relativos a condenas e infracciones penales, así como a procedimientos y medidas cautelares y de seguridad conexas, para fines distintos de los de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, solo podrá llevarse a cabo cuando se encuentre amparado en una norma de Derecho de la Unión, en esta ley orgánica o en otras normas de rango legal. 2. El registro completo de los datos referidos a condenas e infracciones penales, así como a procedimientos y medidas cautelares y de seguridad conexas a que se refiere el artículo 10 del Reglamento (UE) 2016/679, podrá realizarse conforme con lo establecido en la regulación del Sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia. 3. Fuera de los supuestos señalados en los apartados anteriores, los tratamientos de datos referidos a condenas e infracciones penales, así como a procedimientos y medidas cautelares y de seguridad conexas solo serán posibles cuando sean llevados a cabo por abogados y procuradores y tengan por objeto recoger la información facilitada por sus clientes para el ejercicio de sus funciones».

¹⁵³⁶ *Vide* Ricard MARTÍNEZ MARTÍNEZ, “El principio de responsabilidad proactiva y la protección de datos desde el diseño y por defecto”, en Rosario GARCÍA MAHAMUT y Beatriz TOMÁS MALLÉN, *El Reglamento General de Protección de Datos: Un enfoque nacional y comparado*, Tirant, Valencia, 2019, pp. 340 y ss.

¹⁵³⁷ *Vide* Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, artículo 28: «1. Los responsables y encargados, teniendo en cuenta los elementos enumerados en los artículos 24 y 25 del Reglamento (UE) 2016/679, determinarán las medidas técnicas y

Debemos pensar que el cuarto riesgo global con más probabilidad de que sufra el conjunto de la humanidad está relacionado con el robo de identidades o el uso fraudulento de los datos que se han facilitado¹⁵³⁸. De ahí el interés por establecer trabas y medidas garantistas para, al menos, intentar evitar que esto suceda.

C. La responsabilidad en el tratamiento de los datos.

En lo que se refiere al procedimiento en caso de vulneración de la normativa, es la propia ley la que establece un régimen jurídico propio de competencia que recae sobre la Agencia Española de Protección de Datos¹⁵³⁹. Sin embargo, la figura más novedosa dentro de esta ley, son el delegado y el responsable de protección y tratamiento de los datos, cuya función es el asesoramiento y supervisión, y quienes se convierten en los responsables de cumplir con la norma¹⁵⁴⁰. Realmente, ésta supone la principal innovación de la Ley¹⁵⁴¹. De este modo, se produce la creación de una serie de responsables y encargados de cumplir con el Reglamento, pasando de un modelo de cumplimiento normativo o reglado, donde se establecen los requisitos que debían observarse, a otro modelo en el que el responsable del tratamiento tiene que actuar de forma diligente y

organizativas apropiadas que deben aplicar a fin de garantizar y acreditar que el tratamiento es conforme con el citado reglamento, con la presente ley orgánica, sus normas de desarrollo y la legislación sectorial aplicable. En particular valorarán si procede la realización de la evaluación de impacto en la protección de datos y la consulta previa a que se refiere la Sección 3 del Capítulo IV del citado reglamento. (...)».

¹⁵³⁸ Vide FORO ECONÓMICO MUNDIAL, *Informe de riesgos mundiales 2019*, Ginebra, 2019, p. 17.

¹⁵³⁹ Vide Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, artículo 63: «Las disposiciones de este Título serán de aplicación a los procedimientos tramitados por la Agencia Española de Protección de Datos en los supuestos en los que un afectado reclame que no ha sido atendida su solicitud de ejercicio de los derechos reconocidos en los artículos 15 a 22 del Reglamento (UE) 2016/679, así como en los que aquella investigue la existencia de una posible infracción de lo dispuesto en el mencionado reglamento y en la presente ley orgánica. 2. Los procedimientos tramitados por la Agencia Española de Protección de Datos se regirán por lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679, en la presente ley orgánica, por las disposiciones reglamentarias dictadas en su desarrollo y, en cuanto no las contradigan, con carácter subsidiario, por las normas generales sobre los procedimientos administrativos. 3. El Gobierno regulará por real decreto los procedimientos que tramite la Agencia Española de Protección de Datos al amparo de este Título, asegurando en todo caso los derechos de defensa y audiencia de los interesados».

¹⁵⁴⁰ En el tiempo de vigencia de esta norma se han nombrado más de 50.000 delegados de protección de datos, a los que se han tenido que impartir los preceptivos cursos de formación. Sin embargo, esto sigue sin garantizar que el cumplimiento de la Ley se efectúa en su totalidad.

¹⁵⁴¹ Vide Ricard MARTÍNEZ MARTÍNEZ, “El principio de responsabilidad proactiva y la protección de datos desde el diseño y por defecto”, en Rosario GARCÍA MAHAMUT y Beatriz TOMÁS MALLÉN, *El Reglamento General de Protección de Datos: Un enfoque nacional y comparado*, Tirant, Valencia, 2019, pp. 312 y ss.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA REVOLUCIÓN “INTERNET”: EL IMPULSOR DE LA SOCIEDAD DIGITAL

proactiva¹⁵⁴². Así, el delegado de protección de datos se convierte en el interlocutor con la Agencia Española de Protección de Datos, con capacidad para inspeccionar y emitir recomendaciones en el ámbito de sus competencias¹⁵⁴³.

Alrededor del delegado de protección de datos se está gestando una polémica, en relación con los conocimientos y competencias que se esperan de los mismos. Así, según la doctrina, el hecho de considerar que menos 200 horas de formación suponen cinco años de experiencia, está totalmente desconectado con la realidad. Puesto que, algunas universidades dedican unos 60 créditos ECTS que equivalen a mil quinientas horas de trabajo, es sin duda una incongruencia de los conocimientos y la dedicación necesaria que se necesita. Si bien, a pesar de su corta vida, no existe un estándar pacífico de la figura del delegado de protección de datos, donde la certificación de su condición comienza a tratarse como un requisito y no como un mérito. Pero, frente a esa realidad, encontramos unas autoridades que rechazan a considerar ésta como una profesión regulada¹⁵⁴⁴.

Durante el período de vigencia de esta Ley, no se están registrando grandes escándalos, ni conflictos sobre la interpretación y aplicación de la norma, y las personas que deben de recibir su protección, y de igual manera, tampoco ha supuesto un incremento de las sanciones¹⁵⁴⁵. En materia, de servicios de Internet y Telecomunicaciones las sanciones que se están imponiendo están relacionadas con el artículo 5.1, 6.1, y el 83. 5 del Reglamento General de Protección de Datos, y con el artículo 72 y 73 de la Ley Orgánica de Protección de Datos¹⁵⁴⁶.

No se sabe muy bien si esto es consecuencia de que la Ley aboga por la resolución amistosa de los conflictos, y por eso aún no han llegado a los tribunales¹⁵⁴⁷. O, más bien

¹⁵⁴² Vide MAR ESPAÑA MARTÍ, “La aplicación práctica de la Ley Orgánica de Protección de Datos y garantía de los derechos digitales”, *Diario la LEY CIBERDERECHO*, 34, (2019), p. 3.

¹⁵⁴³ Vide Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, artículo 34 «1. Los responsables y encargados del tratamiento deberán designar un delegado de protección de datos en los supuestos previstos en el artículo 37.1 del Reglamento (UE) 2016/679 y, en todo caso, cuando se trate de las siguientes entidades (...)».

¹⁵⁴⁴ Vide Ricard MARTÍNEZ MARTÍNEZ, “La nueva LOPD: entre las luces y las sombras”, *Diario la Ley Ciberderecho*, 34, (2019), p. 3

¹⁵⁴⁵ *Ibidem* p. 4.

¹⁵⁴⁶ Vide AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, Resolución 132/2019, de 18 de marzo; Resolución 212/2019 de 1 de marzo; Resolución 250/2019, de 27 de mayo; Resolución 277/2019, de 24 de junio; Resolución 296/2019, de 21 de junio; Resolución 317/2019, de 3 de julio; Resolución 356/2019 de 24 de julio; Resolución 365/2019, de 25 de julio; Resolución 397/2019, de 12 de agosto.

¹⁵⁴⁷ Vide Ofelia TEJERINA RODRÍGUEZ, “Lo que nos falta de la LOPDGDD”, *Diario la Ley*, 34 (2019), pp. 3 y ss.

porque no caben dudas en su interpretación. Así, la única polémica que ha suscitado hasta ahora la norma es la primacía del derecho fundamental a la protección de datos frente a otros derechos, como la libertad de información. Sin embargo, la controversia es escasa teniendo en cuenta el riesgo del bien jurídico en juego, así como el interés que lleva defendiendo el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia durante años¹⁵⁴⁸.

Sin embargo, sí que se ha existido a un proceso imparable de guías y pronunciamientos para distintos ámbitos (menores, violencia de género, salud o drones) por parte de la Agencia Española de Protección de Datos. Esta realidad está provocando la concreción de una gran variedad de criterios que, atendiendo al sector concreto implican necesidades diversas, lo que no ayuda a homogenizar su tratamiento¹⁵⁴⁹.

Los datos se han convertido en una mercancía de gran valor, por lo que su tratamiento genera grandes responsabilidades y evidentes riesgos. Por ello, porque no estamos hablando de una propiedad sin más, es necesario que, junto a los principios que recoge el Reglamento General de Protección de Datos y que repite la Ley 3/2018, que se tengan en consideración reglas como: la recogida y el análisis de los datos sólo debe justificarse en los casos en que sea necesario cumplir con una finalidad valiosa para la persona o la sociedad; tener un plan para eliminar los datos, y así como almacenarlos el menor tiempo posible cuando ya no sean útiles; establecer herramientas tecnológicas para

¹⁵⁴⁸ Vide STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ7: «De todo lo dicho resulta que el contenido del derecho fundamental a la protección de datos consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular. Y ese derecho a consentir el conocimiento y el tratamiento, informático o no, de los datos personales, requiere como complementos indispensables, por un lado, la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo, y, por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y usos. En fin, son elementos característicos de la definición constitucional del derecho fundamental a la protección de datos personales los derechos del afectado a consentir sobre la recogida y uso de sus datos personales y a saber de los mismos. Y resultan indispensables para hacer efectivo ese contenido el reconocimiento del derecho a ser informado de quién posee sus datos personales y con qué fin, y el derecho a poder oponerse a esa posesión y uso requiriendo a quien corresponda que ponga fin a la posesión y empleo de los datos. Es decir, exigiendo del titular del fichero que le informe de qué datos posee sobre su persona, accediendo a sus oportunos registros y asientos, y qué destino han tenido, lo que alcanza también a posibles cesionarios; y, en su caso, requerirle para que los rectifique o los cancele».

¹⁵⁴⁹ Vide Ricard MARTÍNEZ MARTÍNEZ, “La nueva LOPD: entre las luces y las sombras”, *Diario la Ley Ciberderecho*, 34, (2019), p. 3.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA REVOLUCIÓN “INTERNET”: EL IMPULSOR DE LA SOCIEDAD DIGITAL

proteger la privacidad¹⁵⁵⁰, mediante técnicas como encriptación o la privacidad diferencial; o establecer una cadena de responsabilidad en el tratamiento de los datos, de manera que sea fácilmente identificable quién ha incumplido sus obligaciones o compromisos¹⁵⁵¹.

No obstante, esta Ley es sólo el primer paso para construir la sociedad digital, puesto que, aún quedan muchos aspectos en los que trabajar, y en los que mejorar, sobre todo, si lo comparamos con las tres propuestas normativas que se están gestando ya en los EE. UU. La primera de ellas es “*Do not track Act*” por la que se permitiría a los usuarios desconectar con tan sólo pulsar un botón de las compañías que poseen sus datos, desapareciendo para ellas, por lo que su actividad deja de rastrearse. La segunda propuesta es “*Dashboard Act*”, donde se obligaría a las empresas que recopilen grandes datos personales a informar a los usuarios sobre los datos recopilados, así como también, sobre los contratos con terceros en los que se estén usando éstos. Y, la tercera propuesta es “*Smart Act*”, que consiste en limitar la capacidad adictiva de las redes sociales. Las grandes compañías de redes sociales utilizan técnicas muy adictivas como el *scroll*, o desplazamiento vertical, la reproducción automática de música o vídeo, o la concesión de reconocimiento y aceptación atendiendo a las prácticas habituales en el teléfono móvil. De este modo, las grandes empresas se aprovechan de su capacidad para generar cada vez más usuarios y que éstos pasen más horas en redes sociales, utilizando técnicas poco éticas. En consecuencia, lo que se pretende con esta norma es evitar que se utilicen determinadas técnicas que generan adicción, sobre todo, entre los jóvenes y adolescentes, el grupo mayoritario de utilización de estos servicios¹⁵⁵².

¹⁵⁵⁰ Vide SAN 5203/2014, de 15 de julio, FJ2: «Pues bien, tal y como consta acreditado, la entidad sancionada incumplió la obligación de adoptar tales medidas de seguridad, ya que el sistema habilitado para la búsqueda y consulta de documentos a disposición del Departamento de Reclamación y de la Comisión de la Defensa del Asegurado no impidió que talles documentos, en los que figuraban datos relativos a la identidad y salud de las personas, pudieran ser accedidos por terceros a través de Google. Ello fue debido a que la aplicación utilizada para acceder al fichero “Reclamaciones”, que tan solo debería recoger información anonimizada del citado departamento, en realidad contenía documentación en la que se identificaban los afectados y podía ser indexada por buscadores en Internet debido a un error de configuración, lo que posibilita la consulta de éstos. De este modo, los mecanismos de seguridad que deberían haber asegurado la anonimización de los citados documentos y evitado su indexación por los buscadores de internet no funcionaron debidamente, resultando insuficientes e ineficaces a tal fin».

¹⁵⁵¹ Vide Carlos B. FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, “La transparencia en la información y el empoderamiento de los ciudadanos para decidir sobre el uso de sus datos, claves para una política de privacidad”, *Diario LA LEY CIBERDERECHO*, 37, (2020), pp. 4 y ss.

¹⁵⁵² Vide Carlos B. FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, “Tres propuestas legislativas norteamericanas sobre privacidad, valor de los datos personales y prevención de adicción a las redes sociales”, *Diario la LEY CIBERDERECHO*, 34, (2019), pp. 2 y ss.

Realmente, la legislación actual, tanto comunitaria como española, puede y debe mejorarse, para garantizar los derechos de los usuarios, especialmente de los menores, cuyas capacidades técnicas y madurez no les permite hacer un buen uso de estos servicios, y menos aún, de los datos que se aportan y circulan en Internet. Además, es muy importante que configurar un régimen de protección específico para los datos que obren en poder de las Administraciones Públicas y que permita la base de evolución de los pilares que conforman el Estado de Bienestar y el resto de nuestras instituciones.

5.5. La protección de datos en Internet.

5.5.1. Las cookies.

A. Consideraciones generales.

La protección de los datos personales cobra mayor relevancia a medida que se consolida el entorno digital. En Internet, son las cookies las que permiten el acceso a la información de carácter personal de los usuarios del ciberespacio. Éstas deben ser entendidas como ficheros digitales que los proveedores de servicios de la sociedad de la información instalan en los dispositivos conectables de los usuarios que visitan sus plataformas. Las cookies son:

«pequeños archivos que permiten a las páginas web reconocer al usuario cuando las visita y mostrarle la información en su idioma recordar su nombre de usuario y contraseña. Para ello recogen información como el tipo de navegador, sistema operativo, página de referencia, ruta dentro de la página web, dominio del proveedor de servicios o dirección IP»¹⁵⁵³.

De este modo, a través de éstas, se rastrea y analiza la actividad del usuario en el servicio concreto, de forma que, el proveedor puede acceder al contenido que recogen, cada vez que visitamos esa página, para facilitar la navegación u obtener información

¹⁵⁵³ Vide Paula ORTIZ LÓPEZ, “E-privacy: protección de datos en el mundo de las comunicaciones comerciales y de la publicidad”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 88-89, (2020), p. 118.

específica sobre la actividad del usuario. En consecuencia, la instalación de cookies en el dispositivo digital es lo que permite hacer un seguimiento de la actividad de los usuarios en el ciberespacio, para después analizar los datos que se extraen ofreciéndole productos y servicios en los que puede estar interesado.

Sin embargo, el tratamiento de los datos que recogen las cookies está sometido a idénticos principios que el resto de los instrumentos que acometen la misma finalidad. Así, el Reglamento General de Protección de Datos, regula los identificadores en línea en el artículo 4 y en el considerando 30, a los que también le resulta de aplicación, el artículo 22 sobre la creación de perfiles. De este modo, el consentimiento del titular de los datos es el elemento imprescindible para poder gestionar la información que se recoge a través de la red. No obstante, ese consentimiento virtual debe emitirse en los mismos términos que se hace en el mundo físico, no existiendo diferencias. Por tanto, el consentimiento debe ser libre, específico, informado e inequívoco para tratar los datos con una finalidad concreta, emitido mediante una declaración, o una acción afirmativa.

Así, en sentido contrario, no es válido ese consentimiento si presta por una casilla marcada por defecto, de la que el usuario debe retirar la marca para imposibilitar su tratamiento. Ni tampoco, por el hecho de que el usuario acceda a la página y active su participación en la plataforma con fines promocionales. En consecuencia, el proveedor de servicios que vaya a recoger estos datos debe facilitar una información clara y completa, de manera que, el usuario pueda conocer las consecuencias de su consentimiento si decide prestarlo. Así, en la información que se ofrece debe constar el tiempo que las cookies estarán activas en su dispositivo, la finalidad con la que se recoge la información, y la cesión de esos datos que se puede hacer a terceros, siempre que tengan la consideración de personales¹⁵⁵⁴.

En este mismo sentido, se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencia de 1 de octubre de 2019. Esta decisión prejudicial resuelve el litigio entre la Federación de Organizaciones y Asociaciones de Consumidores de Alemania y una sociedad (Planet49) proveedora del servicio de juegos en línea. La sociedad ofrecía un juego con finalidad promocional en una página de Internet, y para poder acceder al servicio había que introducir el nombre y dirección del usuario. Justo debajo de los

¹⁵⁵⁴ Vide Carlos B. FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, “TJUE: La instalación de cookies requiere el consentimiento específico del usuario para cada tratamiento concreto”, *Diario la LEY CIBERDERECHO*, 32, (2019), pp. 2 y ss.

campos para introducir estos datos había dos casillas: la primera, no estaba marcada por defecto y servía para que los usuarios pudieran recibir información de patrocinadores y empresas colaboradoras; y la segunda, marcada por defecto, donde se consentía a la instalación de las cookies en el dispositivo para analizar y tratar los datos de la actividad del usuario en la página.

El tribunal alemán que conoce el del litigio principal entiende que la cuestión controvertida se resuelve a la luz de la interpretación de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, y del Reglamento General de Protección de Datos, por lo que plantea una cuestión prejudicial al TJUE. Así, el TJUE entiende que:

«en lo que concierne al tenor del artículo 5, apartado 3, de la Directiva 2002/58, procede señalar que, si bien esta disposición establece expresamente que el usuario debe haber “dado su consentimiento” a la colocación de cookies en su equipo terminal y a la consulta de estas, la referida disposición no contiene, en cambio, indicación alguna sobre el modo en que debe darse dicho consentimiento. No obstante, los términos «dado su consentimiento» se prestan a una interpretación literal, según la cual se precisa una acción del usuario para que este exprese su consentimiento. A este respecto, del considerando 17 de la Directiva 2002/58 se desprende que, a efectos de esta Directiva, el consentimiento de un usuario podrá darse por cualquier medio apropiado que permita la manifestación libre, inequívoca y fundada de la voluntad del usuario, por ejemplo, “mediante la selección de una casilla de un sitio web en Internet”¹⁵⁵⁵.

En consecuencia, se exige un comportamiento activo que permita identificar ese consentimiento afirmativo para el tratamiento de los datos por parte del usuario. Este hecho le lleva a afirmar que:

«el consentimiento no se otorga de manera válida cuando el almacenamiento de información o el acceso a información ya almacenada en el equipo terminal del usuario de un sitio de Internet se autoriza mediante una

¹⁵⁵⁵ Vide STJUE, Asunto C-673/17, de 1 de octubre de 2019, apartado 49.

casilla marcada por defecto por el proveedor del servicio de la que el usuario debe retirar la marca en caso de que no desee prestar su consentimiento»¹⁵⁵⁶.

Pero, además, el Tribunal va un paso más allá y advierte que es indiferente que la información almacenada o consultada en el equipo se trate o no de datos personales en el sentido de la Directiva 95/46 y del Reglamento General de Protección de Datos, puesto que, la colación de las cookies constituye por sí mismo un tratamiento de datos personales. De este modo, toda la información almacenada de una red de comunicaciones forma parte de la vida privada de los usuarios, y debe ser protegida de conformidad con el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, por lo que:

«esta protección se aplica a toda información almacenada en dicho equipo, con independencia de si se trata de datos personales o no, y tiene como finalidad, en particular, según se desprende de ese mismo considerando, proteger a los usuarios contra el riesgo de que identificadores ocultos u otros dispositivos similares puedan introducirse en el equipo terminal del usuario sin su conocimiento»¹⁵⁵⁷.

Finalmente, y en relación con la información que el proveedor debe suministrar a los usuarios sobre el tiempo de activación de las cookies y la posibilidad de que terceros puedan acceder a ellas, establece que:

«debe permitir al usuario determinar fácilmente las consecuencias de cualquier consentimiento que pueda dar y garantizar que dicho consentimiento se otorgue con pleno conocimiento de causa. Debe ser claramente comprensible y suficientemente detallada para que el usuario pueda comprender el funcionamiento de las cookies empleadas»¹⁵⁵⁸.

En España, aún no han llegado a los Tribunales cuestiones controvertidas aplicando la nueva Ley de protección de Datos, pero si que la Agencia Española de

¹⁵⁵⁶ Vide STJUE, Asunto C-673/17, de 1 de octubre de 2019, apartado 57.

¹⁵⁵⁷ *Ibidem* Apartado 70.

¹⁵⁵⁸ *Ibidem* Apartado 74.

Protección de Datos ha sancionado las primeras conductas relacionadas con la instalación de cookies. Este organismo se sirve de la Guía sobre uso de las cookies, de noviembre de 2019, para interpretar y analizar las conductas conforme a derecho de las empresas en la red. Asimismo, casi en idénticos términos que el TJUE, se ha pronunciado recientemente la Agencia Española de Protección de Datos quién, aplicando idénticos fundamentos de derecho, ha impuesto una sanción a la empresa Vueling de 30.000 € por instalar cookies en el quipo de los usuarios de la página sin su consentimiento expreso.

La empresa no permitía que se denegara la instalación de cookies en el dispositivo, si no se hacía a través de las opciones que posibilita el navegador, y tampoco daba la opción de retirar el consentimiento prestado. La conducta constituye una infracción según la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información (art. 22.2), y tipificada como leve en el mismo cuerpo legal (art. 38.4 g)¹⁵⁵⁹.

En otras palabras, la aerolínea no facilitaba un sistema de gestión o control de configuración de las cookies que permitiera a los usuarios eliminarlas de forma selectiva. Si bien, en términos similares ha impuesto recientemente una sanción a Twitter de 30.000 €, por idéntico comportamiento, puesto que, la información y el consentimiento que se le solicitaba a los usuarios no es conforme a la normativa aplicable en política de cookies¹⁵⁶⁰. No obstante, en la actualidad la sanción interpuesta está siendo objeto de recurso ante la Audiencia Nacional, por lo que Twitter sigue sin cambiar nada del procedimiento sobre el consentimiento de los usuarios, ni siquiera ha variado el banner inicial de su web.

Sin duda, la instalación de las cookies en los dispositivos de los usuarios son una cuestión muy controvertida y que necesita de garantías suficientes para proteger los datos personales de los usuarios. El problema es que la falta de unificación en el tratamiento de la cuestión, pese a interpretar idéntica normativa, imposibilita tener unas nociones claras sobre cómo actuar dentro del territorio europeo. Huelga decir que, hasta el momento, la Agencia Española de Protección de Datos, sigue su propia doctrina, plasmada en la guía que ha facilitado, creando incertidumbre, sobre todo, para las pequeñas empresas.

¹⁵⁵⁹ *Vide* AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, Resolución 499/2019, de 10 de octubre de 2019.

¹⁵⁶⁰ *Vide* AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, Resolución 159/2020, de 3 de marzo de 2020.

Por ello, cobra especial relevancia el Reglamento e-privacy, donde se van a regular figuras tan importantes como el spam, la huella digital y las cookies. El Reglamento e-privacy, después de la inicial propuesta del año 2017, el Consejo de la Unión Europea ha presentado otro proyecto al Parlamento el 17 de octubre de 2019, a expensas de que se tramite su aprobación. Sin embargo, este no goza de gran aceptación, por la rigidez de sus términos y la falta de interconexión con el Reglamento General de Protección de Datos¹⁵⁶¹.

B. Las cookies y las Administraciones Públicas.

La Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información, la cual se encarga de regular las obligaciones de los prestadores de servicios en esta materia, no resulta de aplicación a las Administraciones Públicas, puesto que éstas no reúnen los requisitos necesarios para ser consideradas como parte de las relaciones. En este mismo sentido, se ha pronunciado el Ministerio competente:

«En general, la LSSI no se aplica a las Administraciones Públicas, puesto que éstas no tienen el carácter de prestador de servicios de la sociedad de la información definido en su anexo. De esta forma, determinadas actividades típicas de las Administraciones, como la gestión electrónica de la recaudación de tributos o la información sobre los servicios de un tercero (como podría ser la mera información en la página web de un Ayuntamiento sobre las casas rurales existentes en el término municipal) se consideran como actividades públicas o de interés general distintas a la "actividad económica" a la que se refiere la LSSI»¹⁵⁶².

En consecuencia, sólo en casos excepcionales, cuando se preste un servicio a título oneroso y a petición individual destinatario en un dominio, ya sea un portal o sede electrónica, perteneciente a una Administración Pública, podrá aplicarse esta normativa. Sin embargo, esto no impide incluir las cookies como una herramienta adicional para

¹⁵⁶¹ Vide Carlos B. FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, “El Consejo Europeo presenta una nueva propuesta del Reglamento e-privacy”, *Diario LA LEY CIBERDERECHO*, 33, (2019), pp. 2 y ss.

¹⁵⁶² Vide <https://lssi.mineco.gob.es/la-ley/Paginas/preguntas-frecuentes.aspx?Faq=%C3%81mbito+de+aplicaci%C3%B3n>

prestar mejores servicios. Como norma general, el empleo de cookies dentro de las Administraciones se construye sobre un entorno de código abierto, y se suelen incluir los SDKs de los usuarios, lo cual permite ampliar la agilidad y funcionalidad del sistema. No obstante, las Administraciones también pueden incorporar técnicas de seguimiento conductuales de la actividad del usuario, o el tratamiento de esta información con fines publicitarios.

En este supuesto, la Administración Pública titular del portal web o sede electrónica es la responsable del tipo de cookies que se están utilizando (art. 38 y 39 LRJSP), y de igual manera, del tratamiento que están recibiendo esos datos que, en todo caso, debe respetar la legalidad vigente. Además, no sólo debe conocer el tratamiento que recibe esa información que se recoge a través de sus plataformas, sino que también, es su obligación verificar que, en el caso de que esta actuación sea realizada por terceros, el responsable cumple con la normativa aplicable. Y, de igual manera, en ningún caso se puede negar el acceso a estas plataformas por no consentir el usuario de las cookies imprescindibles para la implementación del servicio.

Los riesgos para los derechos y libertades asociados al uso de las cookies aumentan cuando son utilizadas por las Administraciones Públicas. En este sentido se pronuncia, la Agencia Española de Protección de Datos, en el documento *“Tecnologías y protección de datos en las AA.PP.”*, de noviembre de 2020. Este documento señala que el principal riesgo es la recopilación de información personal más allá de lo estrictamente necesario, no respetando el principio general de minimización en el tratamiento de los datos. Como recomendación para gestionar dicho riesgo se propone la utilización de servicios que no obliguen a identificar al usuario, lo que no termina de casar con la rigidez estructural y los sistemas de identificación de algunas plataformas de las Administraciones. Además, tampoco se pueden obviar los riesgos derivados de la seguridad de los datos, como por ejemplo que se utilicen técnicas maliciosas para la captura y utilización de esa información con finalidades ilegales por terceros. De este modo, la Administración debe auditar y comprobar sus sistemas de seguridad para evitar que se produzcan este tipo de ataques¹⁵⁶³.

¹⁵⁶³ Vide AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *“Tecnologías y protección de datos en las AA.PP.”*, de noviembre de 2020, p. 14.

5.5.2. La información en redes sociales.

Las redes sociales se han convertido en el nuevo caballo de batalla contra el que deben lidiar tanto la Ley 3/2018, de 5 de diciembre de Protección de Datos Personales y de Garantía de los Derechos Digitales, y el Reglamento General de Protección de Datos. Los proveedores de estos servicios se sirven, como bien ha sido expuesto anteriormente, de los datos que nosotros mismos agregamos al sistema, y que, tras las perceptivas fases de acumulación y análisis terminan por configurar un perfil del usuario que proporciona rédito económico. Sin embargo, y pese a la desprotección inicial que parecen presentar los usuarios de estos servicios, la recopilación de esta información está sujeta a idéntico régimen jurídico que en los supuestos tradicionales. En consecuencia, todos los datos que se recopilan a través de estos servicios deben contar con el consentimiento de su titular para su recopilación, tratamiento y gestión. Pero ¿realmente se cumple con estas obligaciones?

Los distintos escándalos que han surgido alrededor de Facebook han disminuido la confianza de la población en la protección que se ejerce sus datos, especialmente tras la cesión de la información a la empresa Cambridge Analytics con fines políticos. Facebook cedió los datos de millones de usuarios sin su conocimiento, autorización para utilizar esta información en las campañas electorales de Estados Unidos, o el proceso de salida de Reino Unido de la Unión Europea, como algunos de lo que se tiene fehaciente constancia. Los incumplimientos legales de la red social fueron de lo más variados, desde compartir la información de los usuarios, sin su consentimiento, a desarrolladores externos de forma ilimitada; la activación automática de ciertas tecnologías de reconocimiento facial, aun cuando la aplicación no se estaba utilizando; o mediante la configuración por defecto de configuraciones que no protegían la privacidad de sus usuarios¹⁵⁶⁴.

Hasta el punto de que, un tribunal federal estadounidense ha condenado a la empresa al pago de 5.000 millones de dólares, a los que se suman 100 millones por ofrecer información engañosa sobre los riesgos derivados a la fuga de datos de este caso a la Junta Directiva. Si bien, junto con la sanción, se ha acordado el sometimiento a una orden administrativa por la que se obliga a reforzar las condiciones de privacidad de los

¹⁵⁶⁴ Vide Sandro POZZI, “Facebook pagará en EE. UU. multa de 5.000 millones y deberá mejorar sus sistemas de protección de datos”, *El País Digital*, 24 de julio de 2019, pp. 1 y ss.

usuarios, abordando los riesgos para la privacidad relacionados con el desarrollo y gestión de los productos y servicios, y protegiendo la privacidad y confidencialidad de los usuarios¹⁵⁶⁵. Además, estas medidas no sólo se aplicarán a la red social Facebook, sino también al resto de aplicaciones del grupo, como es el caso de WhatsApp, Instagram y Messenger.

La política de protección de datos de Facebook ha generado controversias concretas en España, donde los Tribunales, en aplicación de la normativa, han realizado afirmaciones rotundas frente a las carencias que presenta el régimen de protección de esta red social. De forma reciente, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado acerca del consentimiento que se efectúa para el tratamiento de los datos por esta red social, aunque en aplicación de la legislación anterior. Si bien, lo primero que advierte el Tribunal es que:

«las denominadas condiciones de servicio incluidas en la “Declaración de derechos y responsabilidades” que necesariamente deben aceptar los usuarios de Facebook para poder utilizar la red revelan que el contrato suscrito por ambas partes es típicamente de los llamados de “adhesión”, con la particularidad de que se formaliza mediante un clic en el botón de la aplicación digital previsto al efecto. Es decir, estamos en presencia de un contrato electrónico puro»¹⁵⁶⁶.

Pero, no sólo esto, sino que, además, añade el Tribunal que:

«Los avisos legales, las condiciones de uso y las políticas de privacidad están redactadas en un lenguaje generalista, de difícil comprensión para el usuario medio, de tal suerte que, a pesar de encontrarse recogidas en el sitio web, no alcanzan su finalidad última, que no es otra que la comprensión por el usuario del objeto, la finalidad y el plazo para el que otorga dicha autorización».

En consecuencia, esto lleva a reiterar algunas de las afirmaciones realizadas en los párrafos anteriores, sobre la falta de capacidad y formación de los usuarios de estas redes

¹⁵⁶⁵ Vide Carlos B. FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, “Un tribunal norteamericano confirma la sanción de 5.000 millones a Facebook por no respetar la privacidad de sus usuarios”, *Diario la Ley Ciberderecho*, 39 (2020), pp. 2 y ss.

¹⁵⁶⁶ Vide STC 27/2020, de 24 de febrero, FJ4.

para comprender la finalidad o el objetivo con el que ceden sus datos. Las cláusulas y condiciones generales no son del todo claras, e incluso existen contradicciones evidentes entre el contenido de las mismas. Así la sentencia señala muy acertadamente las cláusulas 2.4. que advierte que cuando publicas contenido o de información con la configuración de público significa que permites que todos, incluidas las personas que son ajenas a Facebook, accedan y usen dicha información y la asocien a ti; mientras que la cláusula 5.7, advierte a los terceros que si obtienen información de los usuarios deberán obtener su consentimiento previo. Por tanto, el hecho de registrarse en Facebook implica una serie de consecuencias desproporcionadas, cuando el usuario presta un consentimiento general para el tratamiento de sus datos, que éste ni siquiera llega a comprender¹⁵⁶⁷. Y, por lo tanto, cualquier uso que se pretenda dar a esos datos, fuera de la utilización como red de comunicación, o que se sobreentienda de los servicios y productos que presta esta red, como es el hecho de ser observado en ese concreto lugar del ciberespacio, o de interrelación, debe contar con un consentimiento específico.

En el supuesto objeto de la sentencia, los hechos que se llevan a los tribunales es la vulneración del derecho fundamental a la propia imagen tras publicar un periódico una fotografía obtenida de un perfil de Facebook público. Si bien, el Tribunal es contundente en este sentido, y afirma que:

«el titular del derecho fundamental debe autorizar el concreto acto de utilización de su imagen y los fines para los que la otorga El consentimiento prestado, por ejemplo, para la captación de la imagen no se extiende a otros actos posteriores, como por ejemplo su publicación o difusión. De la misma manera debe entenderse que la autorización de una concreta publicación no se extiende a otras, ya tengan la misma o diversa finalidad que la primigenia. Tampoco el permiso de uso otorgado a una persona determinada se extiende a otros posibles destinatarios»¹⁵⁶⁸.

¹⁵⁶⁷ Vide STC 27/2020, de 24 de febrero, FJ4: «Por tanto, hay que concluir que el ciudadano desconoce la mayor parte de las veces el contenido real y las consecuencias del otorgamiento de la autorización exigida para su registro y utilización, pues resultan de no fácil comprensión para cualquier usuario medio que no disponga de conocimientos jurídicos y tecnológicos, por lo que difícilmente en este caso puede hablarse de un consentimiento basado en información fiable o confiable».

¹⁵⁶⁸ Vide STC 27/2020, de 24 de febrero, FJ4.

Así, como de forma acertada afirma la sentencia no puede nunca desprenderse de las cláusulas general para el uso de esta red social, un consentimiento indefinido y para finalidad indeterminada. Más aún como advierte la doctrina, cuando se recogen datos sin recibir ningún servicio a cambio, en la que el valor económico del dato no tiene contrapartida para los usuarios¹⁵⁶⁹.

Además, el Tribunal pondera y limita el derecho a la información frente al de la protección de la propia imagen, al no existir un consentimiento expreso de su titular. El Tribunal Constitucional entiende que no es proporcional, puesto que la imagen que se utiliza procedente de esta red social no guardaba relación con la noticia sobre la que se estaba informando. Lo que, en sentido contrario, hacia innecesario la reproducción de la imagen identificando claramente a la víctima y autor del supuesto sobre el que se pretendía informar. Y que, por tanto:

«se ha producido un sacrificio desproporcionado en detrimento del segundo; y la publicación por parte de dicho periódico de la fotografía de la víctima del delito al que la noticia hace referencia, sin su consentimiento, constituyó una intromisión ilegítima en su derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE), el cual, en este caso, no puede encontrar protección en el derecho a comunicar libremente información veraz [art. 20.1 d) CE], constitucionalmente limitado de forma expresa por aquel derecho»¹⁵⁷⁰.

La ponderación y utilización de la información que se recoge a través de estos instrumentos de comunicación no va a ser pacífica durante los próximos años. Si bien, el Tribunal Constitucional se esfuerza en explicar que, a pesar de los cambios tecnológicos y la consolidación de la sociedad digital, los ciudadanos tienen derecho preservar su esfera privada, si no han prestado un consentimiento de forma inequívoca para que su utilice esa información.

Pero, creo que no está acertado en la afirmación que realiza, y cuya doctrina será modificada en un breve período de tiempo. Si bien, esta tenía sentido al inicio de la

¹⁵⁶⁹ Vide Carlos B. FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, “La mayoría de las sanciones por protección de datos se están imponiendo por infracción del artículo 6.1 del Reglamento”, *Diario LA LEY CIBERDERECHO*, 30, (2019), p. 6.

¹⁵⁷⁰ Vide STC 27/2020, de 24 de febrero, FJ 5.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA REVOLUCIÓN “INTERNET”: EL IMPULSOR DE LA SOCIEDAD DIGITAL

construcción de la sociedad de la información, pero la sociedad digital ya no reúne los requisitos para hablar de ciudadanos que desconocen que se hace con sus datos. Huelga decir, que un ciudadano de la sociedad digital debería contar la formación y aprendizaje suficiente para poder utilizar estos servicios, y no es responsabilidad absoluta de los proveedores de estos servicios el uso que se hace de los datos.

En mi opinión, debería existir un régimen de responsabilidades compartidas entre los proveedores de estos servicios, que efectivamente deberían de constatar un consentimiento específico para cada tratamiento, o utilización que difiera al uso general de la red social, pero también de los usuarios. El sistema no puede seguir protegiendo determinados derechos de los ciudadanos, cuando ellos mismos, con su comportamiento, los exponen a un riesgo desproporcional. Son éstos quienes tienen que valorar sus derechos, y donde se encuentra el límite de la intromisión de terceros.

No se puede pretender tener un perfil de Facebook, Instagram o Tik Tok, público y que esas imágenes no sean utilizadas por terceros. Es simplemente incongruente: se pretende que todos los usuarios del ciberespacio conozcan determinados aspectos de la vida privada, pero, después se niega a que utilicen esas imágenes que sin la más mínima protección se comparten¹⁵⁷¹.

Hay que ser sensatos y consecuentes con la actividad en redes sociales. Y, eso sólo es posible mediante la formación y capacitación de los usuarios. Éstos deben comprender a qué riesgos se ponen, cuál será el tratamiento de la información que publiquen, y cuánto están limitando sus derechos. De este modo, esa posición activa no se consigue con sentencias como ésta, que dejan en manos de los prestadores de servicio

¹⁵⁷¹ *Vide* SAP de Navarra, 2/2015, de 22 de enero, FJ3: «De todo lo anterior se deduce que existió por un lado una actuación negligente por parte de Caja Laboral ya que sus sistema de seguridad de banca electrónica no fue el adecuado, atendiendo al nivel de riesgo que conlleva esta forma de operar en banca, y ello porque no podemos olvidar que la página web que fue pirateada es la del banco siendo por tanto obligación suya el utilizar todos los medios posibles para evitar dichas posibilidades de suplantación, debiendo tener presente además el incremento progresivo en el uso de estas nuevas tecnologías por parte de los consumidores con el consiguiente incremento en los beneficios que obtiene la entidad financiera con dichas operaciones. Ello no impide sin embargo que también exista una actuación negligente por parte de la actora quien proporcionó datos a terceros sin atender a las más elementales normas de seguridad de la banca online, y ello porque debió cerciorarse de que el portal al que había accedido no era el auténtico máxime cuando le solicitó un número de claves fuera de lo normal y que según reconoció a él le hizo dudar lo que refuerza la tesis de que no actuó con la diligencia debida. De todo lo expuesto se deduce la existencia de una clara concurrencia de culpas entre actor y demandada que debe llevar a la a compensación de responsabilidades (...)».

como los únicos responsables, es necesario abogar por un régimen de deberes compartidos.

6. El Derecho de Internet sobre las relaciones en la red.

6.1. Consideraciones previas.

Internet se ha convertido en otro medio por el que transitan los seres humanos. El problema es que, al igual que ocurre dentro del plano físico, las relaciones de las personas no están exentas de generar controversias. Por ello, el Estado ha adaptado su ordenamiento jurídico para velar por los derechos y libertades de los ciudadanos y sus garantías de protección, ejercitando sus competencias de soberanía o autoridad para velar por la defensa de la seguridad pública.

En lo que se refiere a la regulación constitucional de protección de la seguridad, se llevan a cabo distintas referencias a lo largo del texto, unas más generales (valga de ejemplo el artículo 97 CE¹⁵⁷²), pero también a aspectos concretos de seguridad de las instituciones del ordenamiento. Hasta el punto de que se distinguen dos tipos diferentes de seguridad: por un lado, la seguridad pública garantizada en el artículo 149.1. 29^o¹⁵⁷³, como una competencia exclusiva del Estado (aunque conceden ciertas potestades a las Comunidades Autónomas); y, por otro lado, la seguridad ciudadana recogida en el art. 104 CE que es la función que acometen los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado¹⁵⁷⁴.

El Tribunal Constitucional ha interpretado a que se refiere el legislador constitucional cuando habla de seguridad pública, entendiendo como tal a:

¹⁵⁷² Vide CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, de 29 de diciembre de 1978, artículo 97: «El Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes».

¹⁵⁷³ *Ibidem* Artículo 149.1: «El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 29.^a Seguridad pública, sin perjuicio de la posibilidad de creación de policías por las Comunidades Autónomas en la forma que se establezca en los respectivos Estatutos en el marco de lo que disponga una ley orgánica».

¹⁵⁷⁴ *Ibidem* Artículo 104. 1: «Las Fuerzas y Cuerpos de seguridad, bajo la dependencia del Gobierno, tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana».

«la actividad dirigida a la protección de personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad y el orden ciudadano»¹⁵⁷⁵, lo que incluye «un conjunto plural y diversificado de actuaciones, distintas por su naturaleza y contenido, aunque orientadas a una misma finalidad tuitiva del bien jurídico así definido. Dentro de este conjunto de actuaciones hay que situar, incluso de modo predominante, las específicas de las organizaciones instrumentales destinadas a este fin y, en especial, las que corresponden a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, a que se refiere el art. 104 CE. Pero, por relevantes que sean, esas actividades policiales, en sentido estricto, o esos servicios policiales no agotan el ámbito material de lo que hay que entender por seguridad pública en cuanto que concepto delimitador de la competencia, aun sólo ejecutiva, de los poderes públicos. Otros aspectos y otras funciones distintas de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, y atribuidas a otros órganos y autoridades administrativas ... componen, sin duda, aquel ámbito material»¹⁵⁷⁶.

No obstante, con posterioridad, el Tribunal Constitucional ha limitado el ámbito material de la seguridad pública al afirmar que:

«que no toda seguridad de personas y bienes, ni toda normativa encaminada a conseguirla o a preservar su mantenimiento, puede englobarse en aquella, pues, si así fuera, la práctica totalidad de las normas del Ordenamiento serían normas de seguridad pública»¹⁵⁷⁷.

Esta interpretación está referida a la necesidad de respetar las competencias propias de las Comunidades Autónomas, dentro de las cuáles si se encuentra la protección de la seguridad ciudadana, en referencia a la regulación establecida en la Ley 4/2015 de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana¹⁵⁷⁸. En consecuencia, cuando se utilizan los términos de seguridad pública se alude:

¹⁵⁷⁵ Vide STC 33/1982, de 8 de junio, FJ 3.

¹⁵⁷⁶ Vide STC 104/1989, de 8 de junio FJ 3.

¹⁵⁷⁷ Vide SSTC 25/2004, de 26 de febrero, FJ 6; y STC 87/2016, de 18 de abril, FJ 5.

¹⁵⁷⁸ Vide STC 184/2016, de 3 de noviembre, FJ 3.

«a la protección que se lleva a cabo, preferentemente, mediante la actividad policial propiamente dicha y las funciones no policiales inherentes o complementarias a aquellas»¹⁵⁷⁹, pero, la regulación de la seguridad pública «puede ir más allá de la regulación de las intervenciones de la “policía de seguridad”, es decir, de las funciones propias de las fuerzas y cuerpos de seguridad»¹⁵⁸⁰, lo que en consecuencia lleva a afirmar que «la actividad policial es una parte de la materia más amplia de la seguridad pública»¹⁵⁸¹.

Por tanto, hay matices que diferencian ambos conceptos tal y como ha sido expuesto por la jurisprudencia, pero no implica que a lo largo de los distintos textos normativos se utilicen casi como sinónimos. La Exposición de Motivos de la Ley 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana corrobora esta pretensión:

«La Constitución Española de 1978 asumió el concepto de seguridad ciudadana (artículo 104.1), así como el de seguridad pública (artículo 149.1. 29.ª). Posteriormente, la doctrina y la jurisprudencia han venido interpretando, con matices, estos dos conceptos como sinónimos, entendiendo por tales la actividad dirigida a la protección de personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad ciudadana. Es a la luz de estas consideraciones como se deben interpretar la idea de seguridad ciudadana y los conceptos afines a la misma, huyendo de definiciones genéricas que justifiquen una intervención expansiva sobre los ciudadanos en virtud de peligros indefinidos, y evitando una discrecionalidad administrativa y una potestad sancionadora genéricas».

6.2. La libertad y seguridad dentro del ciberespacio.

La seguridad ciudadana, es decir, que el Estado garantice el respeto a las libertades y derechos que se reconocen en nuestro ordenamiento jurídico¹⁵⁸², debe promoverse de

¹⁵⁷⁹ Vide SSTC 104/1989, de 8 de junio FJ 6; y 175/1999, de 30 de septiembre, FJ 5.

¹⁵⁸⁰ Vide STC 86/2014, de 29 de mayo, FJ 4.

¹⁵⁸¹ Vide STC 175/1999, de 30 de septiembre, FJ 7.

¹⁵⁸² Vide CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, 29 de diciembre de 1978, artículo 17.1: «Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley».

igual manera dentro del ciberespacio, puesto que se ha convertido en un medio más por el que se desarrolla la actividad de las personas. De esta forma, no regular lo que ocurre dentro del ciberespacio, o excluirlo dentro del ámbito material de la seguridad ciudadana resultaría peligroso para el normal funcionamiento del Estado. Y, de igual manera, la misma amenaza supondría que no existieran límites a la actividad regulatoria del Estado, sobre la intromisión en este ámbito, conforme a los parámetros de legalidad de nuestro ordenamiento jurídico.

Tal y como apunta la Fiscalía en el informe del año 2019, los delitos en la red o relacionados con datos, o sistemas informáticos han aumentado cerca del 40% respecto del período anterior. Si bien, se advierte un desplazamiento generalizado hacia la red de todo tipo de actividades criminales y que, además, gozan en su mayoría de impunidad. La principal causa de falta de castigo de estos comportamientos se halla en la facilidad para crear perfiles falsos, de organizarse en grupos, y la dificultad para seguir rastros en la red. Además, hay que sumar la resistencia de los ciudadanos a denunciar, muchas veces, este tipo de ilícitos (por ser causas de menor envergadura), y como señala la Fiscalía, la falta de estudio y análisis de los datos policiales con todas las denuncias e investigaciones, con las sentencias condenatorias para así obtener una visión general de los delitos en la red¹⁵⁸³.

Por ello, la Ley 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, afirma que tanto la libertad como la seguridad se convierten en valores fundamentales para garantizar el funcionamiento de una sociedad avanzada, en derechos y libertades. En consecuencia:

«cualquier incidencia o limitación en el ejercicio de las libertades ciudadanas por razones de seguridad debe ampararse en el principio de legalidad y en el de proporcionalidad en una triple dimensión: un juicio de idoneidad de la limitación (para la consecución del objetivo propuesto), un juicio de necesidad de la misma (entendido como inexistencia de otra medida menos intensa para la consecución del mismo fin) y un juicio de proporcionalidad en sentido estricto de

¹⁵⁸³ Vide José Miguel BARJOLA MERINO, “La Fiscalía advierte del desplazamiento generalizado hacia la red de todo tipo de actividades criminales”, *Diario la Ley Ciberderecho*, 31, (2019), pp. 3 y ss.

dicha limitación (por derivarse de ella un beneficio para el interés público que justifica un cierto sacrificio del ejercicio del derecho)»¹⁵⁸⁴.

Sin embargo, es curioso que, frente a las pretensiones protectoras de los derechos de la norma, ésta ha sido denominada como “Ley Mordaza” por la afectación negativa que tiene sobre la libertad de expresión, especialmente, en el mundo digital. Dentro del ámbito de aplicación material de la norma se distinguen claramente dos ejes de actuación para intentar frenar los efectos derivados de la actividad en el ciberespacio: por un lado, la identificación de las personas que navegan por la red; y por otro lado, la tipificación de infracciones administrativas y sus correspondientes sanciones, algunas directamente relacionadas con los efectos que determinados comportamientos pueden tener en la red; y la tipificación de nuevos tipos penales, en este caso, directamente relacionados con el medio digital.

6.2.1. La identidad digital.

La identificación de los sujetos que navegan por el ciberespacio es un problema al que se enfrentan todos los Gobiernos, y al que deben dar respuestas eficientes para solventar las cuestiones de confianza sobre la seguridad de la actividad que se desarrolla en la red. El problema de la identificación de los usuarios es derivado del nacimiento libre y anárquico sobre el que se configura la red de redes, y que imposibilita la aplicación del Derecho ordinario en el ciberespacio.

En otras palabras, los Estados tienen limitadas sus capacidades para someter a los individuos dentro del entorno digital, puesto que, no se puede identificar fácilmente al usuario de la red con la persona física que realiza la actividad en el medio digital. No obstante, la aplicación del Derecho y la protección de los derechos del ordenamiento jurídico, no se puede convertir en “carta blanca” del Estado para limitar la actuación en la red de las personas. Si esto fuera así Internet perdería la finalidad para la que se creó y estaríamos coartando su desarrollo.

La diferencia de tratamiento de lo que ocurre en el mundo físico y virtual sobre la identificación de los seres humanos es evidente y por eso se generan ciertas disyuntivas.

¹⁵⁸⁴ Vide Ley 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, Exposición de motivos.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA REVOLUCIÓN “INTERNET”: EL IMPULSOR DE LA SOCIEDAD DIGITAL

El ser humano es individualizado del grupo al que pertenece desde que nace. Este se presenta como un mecanismo de garantía de la democracia para conseguir el respeto y garantías de las libertades y derechos fundamentales, además, de ser un derecho relacionado con la dignidad del individuo. El Estado identifica a la persona con ciertos datos como el nombre, la fecha de nacimiento o el género. No obstante, con posterioridad, cada persona adquiere una identidad propia, con unos caracteres concretos que, por sus experiencias, relaciones o gustos, termina por definirse.

Sin embargo, que se nos identifique a través de una identidad no significa que ésta nos guste, y que aspiremos a aparentar alguien que no somos, creando identidades falsas o que no se corresponden con la realidad. Además, el hecho de no poder ser individualizado de la sociedad, o cualquier acto que dificulte ese proceso, se atribuye directamente a la imposibilidad de aplicar el ordenamiento jurídico, tanto de protección sobre la persona, como de solicitud de responsabilidad por los actos cometidos. Pensemos que el ser humano se escuda en el anonimato como una forma de protegerse para la no aplicación del Derecho, puesto que, si el Estado no es capaz de individualizar al sujeto no puede someterlo a la ley¹⁵⁸⁵.

No obstante, en el mundo virtual, no existe un Estado, propiamente dicho, que otorgue una identificación al individuo. El Estado se encarga de regular la dirección IP que sitúa al ordenador o dispositivo a través del que alguien se conecta a la red, pero esto no determina a la persona concreta que accede a Internet. Por ello, es el usuario quién se identifica, pero esta identificación no tiene que ser un fiel reflejo de la realidad física. Reflexionemos sobre que, en el medio digital, dentro del seno libertario en el que nace, se puede ser quien uno quiera, y ni siquiera hay una mínima obligación de parecerse a la realidad. De este modo, esa capacidad de identificarse por sí mismo, otorga impunidad a los cibernautas, en tanto que, supone cierto anonimato en la actividad que se lleva a cabo en la red. Éstos han hecho como propio el principio de que, si no pueden relacionarlos con su yo del mundo físico, pueden cometer cualquier acción posible dentro de la red, aunque atente contra los derechos y libertades del propio ser humano.

El Estado ha tenido que crear un servicio público digital de identificación de los usuarios para intentar solventar los problemas de identidad en la red, a través de una serie

¹⁵⁸⁵ *Vide* José Luis PIÑAR MAÑAS, “Identidad y persona en la sociedad digital”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO y José Luis PIÑAR MAÑAS, *Sociedad digital y derecho*, o.c., pp. 99 y ss.

de mecanismos de autenticación. Estos mecanismos permiten garantizar que determinadas acciones del mundo virtual son llevadas a cabo por personas físicas o jurídicas del mundo real. La autenticación de éstas se configura por dos recomendaciones de carácter internacional que son la ISO/IEC 24760-1 de 2011, y la ISO/IEC 29115 de 2013. En este sentido, la criptografía¹⁵⁸⁶ es la base tecnológica en la que se fundamentan la acreditación de estas actuaciones.

La criptografía utiliza los algoritmos para asegurar el contenido de la información, ya sea bien, de resumen, de código de autenticación de mensaje, o de firma digital. Y, a partir de estos, permiten crear los denominados como certificados de clave pública, que corresponden a la necesidad de confiar en determinadas transacciones sobre el hecho especial de quién las está ejecutando. Por ello, se han promovido diversidad de normas para certificar la identidad de los usuarios en la red como, por ejemplo, la Ley 6/2020, de 11 de noviembre, reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza, o el Real Decreto 1553/2005, de 23 de diciembre, por el que se regula la expedición del documento nacional de identidad y sus certificados de firma electrónica.

En lo que atiene a la identificación de las personas, la Ley 4/2015, de 30 de marzo de protección de la seguridad ciudadana, reconoce como un derecho de los usuarios, derivado del derecho a la expedición del Documento Nacional de Identidad:

«a la identificación electrónica de su titular, así como la firma electrónica de documentos, en los términos previstos en la legislación específica»¹⁵⁸⁷.

Sin embargo, llama la atención que se reconozca como un derecho, pero no se cree una obligación específica para utilizarlo dentro del medio digital, como si ocurre dentro del medio físico. Si esto fuese así, se habría producido una transformación trascendental del tratamiento de la identificación de los individuos dentro del ciberespacio, solucionando gran parte de la problemática. Si bien, no se trata de que el Estado pueda conocer en todo momento la actividad que desarrolla un usuario dentro de

¹⁵⁸⁶ Vide Ignacio ALAMILLO DOMINGO, “Los mecanismos y servicios de seguridad de las TIC para la acreditación de la actuación electrónica”, *Identificación, firma y otras pruebas electrónicas: la regulación jurídico-administrativa de la acreditación de las transacciones electrónicas*, Aranzadi, Navarra, 2018, p. 35: «una disciplina que incluye los principios, medios y métodos para la transformación de los datos con el fin de ocultar su contenido semántico, prevenir su uso no autorizado, o impedir modificaciones no detectadas».

¹⁵⁸⁷ Vide Ley 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, artículo 8.

Internet, sino de tener los datos siempre que sea necesario o requerido para la salvaguarda de determinados bienes jurídicos. Así, el principio de equivalencia funcional en este ámbito sí que sería del todo acertado, dado que si existe una obligación de identificación, cuando las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad entiendan que es conveniente dentro del mundo físico¹⁵⁸⁸, ¿porque no generar la misma obligación dentro del ciberespacio?

España ha realizado una inversión muy elevada para la creación del DNI electrónico y la prestación de determinados servicios públicos de certificación de identidad. Pero, sin embargo, éstos no están teniendo una recepción y uso proporcional a la inversión entre la población. Por ello, si todos los ciudadanos tienen derecho a tener su DNI electrónico también podría ser obligatorio su utilización para la prestación de determinados servicios del Estado. Así, por ejemplo, si para acceder a determinados servicios de la sociedad de la información, especialmente, en redes sociales que son las que mayores problemas de actividad delictiva representan, fuese obligatorio, no sólo se mejoraría el régimen de protección de la seguridad ciudadana, sino que promovería el aumento de las capacidades digitales.

No obstante, no se trata de limitar el número de perfiles o usuarios que podemos tener en la red, todo lo contrario, en la red se debe ser quién se quiera ser. Internet nace libre, y por eso es por lo que el ser humano se siente independiente o exento de las ataduras impuestas por el mundo real. Pero, no significa esto que tengamos que ser anónimos para el Estado, y que se pueda actuar con impunidad. Todos los actos tienen consecuencias, y en la red no puede ser menos. Y, al mismo tiempo, siendo considerado éste como un servicio prácticamente indispensable para el desarrollo de la vida, genera un efecto rebote en la sociedad que se ve obligada a aumentar y mejorar sus conocimientos y capacidades digitales, como es a través del uso del certificado digital.

6.2.2. Las nuevas tipificaciones administrativas y penales.

Dentro del ámbito subjetivo de la norma, se introduce como novedad, la posibilidad de considerar sujeto responsable de las infracciones a aquellas personas «*que*

¹⁵⁸⁸ Vide Ley 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, artículo 9.2: «*Todas las personas obligadas a obtener el Documento Nacional de Identidad lo están también a exhibirlo y permitir la comprobación de las medidas de seguridad a las que se refiere el apartado 2 del artículo 8 cuando fueren requeridas para ello por la autoridad o sus agentes, para el cumplimiento de los fines previstos en el apartado 1 del artículo 16*».

por publicaciones o declaraciones de convocatoria de las mismas (...) pueda determinarse razonablemente que son directores de aquellas»¹⁵⁸⁹.

Las publicaciones o post son los instrumentos o canales de comunicación más extendidos a través de la red. Por ello, la referencia que se hace con el uso de este término al contenido que se difunde en Internet, de forma que, puedan llevar a un conjunto de personas a manifestarse o concentrarse, sin los requisitos legales. Al gobierno actual, le ha servido este precepto para limitar el acceso a determinadas páginas web, en las que se hacían determinadas declaraciones separatistas o independentistas, en de la defensa de la seguridad pública del país¹⁵⁹⁰. No obstante, este será analizado en mayor profundidad en un apartado específico de la tesis.

Además, se incorpora una infracción polémica a nuestro ordenamiento, como es:

«el uso no autorizado de imágenes o datos personales o profesionales de autoridades o miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que pueda poner en peligro la seguridad personal o familiar de los agentes, de las instalaciones protegidas o en riesgo el éxito de una operación, con respeto al derecho fundamental a la información»¹⁵⁹¹.

En este sentido, una gran parte de la población lo ha interpretado como una limitación al ejercicio de la libertad de expresión, además, de representar un elemento probatorio en caso de abuso de autoridad, o ejercicio impropio de atribuciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad¹⁵⁹².

Por otro lado, encontramos que algunas de las conductas típicas y antijurídicas de nuestro ordenamiento se han trasladado al medio digital. De este modo, la seguridad de la actividad que realizamos en Internet tiene que ser una de las encomiendas principales para cualquier ejecutivo. Si los ciudadanos no sienten que están protegidos por el Derecho, y que cualquier actuación tendrá consecuencias jurídicas, al igual que en el

¹⁵⁸⁹ Vide Ley 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, artículo 30.3.

¹⁵⁹⁰ Vide Real Decreto-ley 14/2019, de 31 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes por razones de seguridad pública en materia de administración digital, contratación del sector público y telecomunicaciones.

¹⁵⁹¹ Vide Ley 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, artículo 36.23.

¹⁵⁹² Vide Ofelia TEJERINA RODRÍGUEZ, “Seguridad Pública en el mundo digital”, en Tomás DE LA QUADRA SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, *Sociedad digital y derecho*, o.c., pp. 559 y ss.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA REVOLUCIÓN “INTERNET”: EL IMPULSOR DE LA SOCIEDAD DIGITAL

mundo de los hechos, no desarrollarán nunca una actividad plena en la red. La propia Ley en la exposición de motivos entiende que es necesario acometer una reforma del régimen jurídico aplicable, atendiendo a los nuevos contenidos y demandas sociales¹⁵⁹³.

En ella se sanciona conductas de lo más variadas desde la secundación o incitación a alguien a manifestarse en cualquier tipo de concentración ilegal; la prohibición de difusión de datos personales o imágenes de autoridades judiciales en el ejercicio de sus funciones, o convertir en delitos de terrorismo los hasta ahora delitos informáticos tipificados en los arts. 197 bis, 197 ter y 264 y 575.2 del Código Penal¹⁵⁹⁴.

Además, en lo que al ámbito penal se refiere se han creado nuevos delitos como las estafas informáticas¹⁵⁹⁵, los delitos de daños informáticos¹⁵⁹⁶, el acoso online¹⁵⁹⁷, los delitos contra la integridad sexual de los menores¹⁵⁹⁸, o los delitos contra la intimidad utilizando medios tecnológicos¹⁵⁹⁹. También es necesario tener en consideración la represión a los delitos de odio en el entorno digital¹⁶⁰⁰, donde se han aumentado las penas y los medios para acometerlos incluyendo el ciberespacio¹⁶⁰¹.

Como jurisprudencia reciente destaca la sentencia a un conocido youtuber por humillar a un mendigo ofreciéndole unas galletas rellenas de pasta de dientes y colgarlo en su canal de YouTube para conseguir un mayor rédito económico. Éste ha sido condenado por autor de un delito de odio a la pena de prisión de 15 meses, el pago de 20.000 € en concepto de indemnización por daños morales y la eliminación de su cuenta

¹⁵⁹³ Vide Ley 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, , Exposición de Motivos: «Sin embargo, varios factores aconsejan acometer su sustitución por un nuevo texto. La perspectiva que el transcurso del tiempo ofrece de las virtudes y carencias de las normas jurídicas, los cambios sociales operados en nuestro país, las nuevas formas de poner en riesgo la seguridad y la tranquilidad ciudadanas, los nuevos contenidos que las demandas sociales incluyen en este concepto, la imperiosa necesidad de actualización del régimen sancionador o la conveniencia de incorporar la jurisprudencia constitucional en esta materia justifican sobradamente un cambio legislativo. Libertad y seguridad constituyen un binomio clave para el buen funcionamiento de una sociedad democrática avanzada, siendo la seguridad un instrumento al servicio de la garantía de derechos y libertades y no un fin en sí mismo».

¹⁵⁹⁴ Vide Ofelia TEJERINA RODRÍGUEZ, “Seguridad pública en el mundo digital”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO y José Luis PIÑAR MAÑAS, *Sociedad digital y derecho*, o.c., pp. 558-560.

¹⁵⁹⁵ Vide Ley 10/1995, del Código Penal, 23 de noviembre de 1995, artículo 248.

¹⁵⁹⁶ *Ibidem* Artículo 264.

¹⁵⁹⁷ *Ibidem* Artículo 172 ter.

¹⁵⁹⁸ *Ibidem* Artículo 183 ter.

¹⁵⁹⁹ *Ibidem* Artículo 197.

¹⁶⁰⁰ Vide SAN, de 11 de diciembre de 2017.

¹⁶⁰¹ Vide Ley 10/1995, del Código Penal, 23 de noviembre de 1995, artículo 510.

de YouTube, así como la imposibilidad de crear otra nueva en un período de cinco años¹⁶⁰². Sin duda una condena ejemplarizante que visibiliza que no está permitido realizar cualquier actuación en la red y fuera de ella para alcanzar mayor popularidad o beneficios dentro del ciberespacio.

O, en el caso de los delitos de odio, donde se determina que los discursos de odio no están amparados por la libertad de expresión, y se condenó por colgar un vídeo que contenía estrofas que aludían a condenados por terrorismo o a sus acciones, y, asimismo en clave retórica se citaba a personas u organismos concretos como merecedoras de ser atacadas¹⁶⁰³.

No obstante, en la opinión de quien suscribe, la introducción de estos tipos penales no era necesaria, bastaba con hacer una interpretación extensiva de la norma, aplicando el supuesto al medio digital. Sin embargo, parece que esta reforma genera mayor sensación de confort, o respaldo de los derechos, sobre los ciudadanos, por lo que, de alguna manera, se avala su aprobación.

De este modo, el legislador debería empezar a valorar no sólo sancionar las conductas que supongan la constitución de un delito, sino otras actuaciones, de menor envergadura, que se cometan a través de los servicios de la sociedad de la información. Como por ejemplo, mediante la creación de un Código de Conducta a las páginas web que permitan la distribución de contenido inadecuado o ilegal, sobre todo, para proteger a la juventud y la infancia; la verificación y el establecimiento de un sello calidad, sinónimo de fiabilidad, de las distintas páginas webs; o la comprobación del contenido que se publica en redes sociales, si bien, en la actualidad, tanto el proceso de revisión como de censura lo realizan las propias plataformas, sin seguir criterios constitucionales, lo que debería de vigilarse de cerca por las Administraciones Públicas.

6.3. La ciberseguridad.

¹⁶⁰² *Vide* Sentencia 243/2019, de 29 mayo, del Juzgado de lo Penal de Barcelona, FJ 4.

¹⁶⁰³ *Vide* STS 106/2015, de 19 febrero, FJ 4.

6.3.1. Concepto y caracteres.

El entorno digital, a pesar de sus múltiples beneficios, no es ni mucho menos inmune, sino que se encuentra expuesto a determinadas amenazas propias de su entorno virtual. La sociedad digital se construye gracias a los datos que los usuarios, las empresas y las propias Administraciones Públicas aportan a la red, conformando una enorme base de datos. El problema es que hemos adaptado tanto nuestra actividad al uso de Internet que, el fallo del sistema puede provocar graves consecuencias en el normal funcionamiento de ésta. Reflexionemos sobre que la gestión de la red eléctrica de nuestro país está conectada a Internet, al igual que las centrales nucleares, o el tratamiento de las aguas para su suministro a la población. En consecuencia, el Estado ha tenido que adoptar medidas para garantizar la confianza y seguridad tanto de las estructuras como infraestructuras a través de herramientas tecnológicas que garanticen la disponibilidad y autenticidad de los datos que éstas transmiten o almacenan.

De este modo, la ciberseguridad se ha convertido en un elemento estratégico y transversal de crecimiento de la sociedad, y en un objetivo prioritario para todos los Estados. El Tribunal Constitucional ha definido la ciberseguridad como:

«conjunto de mecanismos dirigidos a la protección de las infraestructuras informáticas y de la información digital que albergan, fácilmente se infiere que, en tanto que dedicada a la seguridad de las tecnologías de la información, presenta un componente tuitivo que se proyecta específicamente sobre el concreto ámbito de la protección de las redes y sistemas de información que utilizan los ciudadanos, empresas y administraciones públicas. El uso cotidiano de las tecnologías de la información y la comunicación ha provocado que se conviertan en un elemento esencial para el desarrollo económico y las relaciones sociales. No obstante, es también un hecho constatado que las amenazas a la seguridad de la red comportan un riesgo que afecta a los ámbitos más diversos, por cuanto pueden afectar a la disponibilidad, integridad y confidencialidad de la información»¹⁶⁰⁴.

¹⁶⁰⁴ Vide STC 142/2018, de 20 de diciembre de 2018, FJ 4.

En consecuencia, mediante el término ciberseguridad se hace referencia a todos los elementos de protección de las redes y sistemas de información, con independencia de quién las use. Sin embargo, el Tribunal parece centrarse en ese componente tuitivo, obviando todos aquellos aspectos que se encargan de prevenir amenazas, de detectar los fallos en el sistema, o incluso de reparación inmediata cuando el sistema haya sido dañado. La ciberseguridad no es sólo proteger las infraestructuras físicas de la red, o los elementos logísticos del ciberespacio como podría ser la utilización de un antivirus, sino que ésta representa sólo una faceta de las que engloba. Asimismo, tal y como se advierte por los expertos, la ciberseguridad debe reunir tres atributos: anticipación frente a las amenazas que puedan quebrar la ciberseguridad; el alineamiento que implica coordinar los recursos internos y externos para controlar la crisis de seguridad; y la adaptabilidad, en relación con la facilidad para adecuarse al entorno, a pesar de tener una estrategia definida¹⁶⁰⁵.

En consecuencia, dentro de la ciberseguridad debe incluirse toda actividad que posibilite la detección de brechas de seguridad, o que adviertan de los flancos del sistema, mucho antes de que puedan ocurrir; las que dificulten la propagación o extensión de cualquier ciberriesgo; y la restauración del sistema para recobrar la normalidad en su funcionamiento.

Debemos ser conscientes que, a mayor volumen de datos, existe una complejidad mayor para protegerlos¹⁶⁰⁶. Por ello, para construir la economía de los datos a la que se aspira es necesario una estrategia de seguridad de todo aparato tecnológico que se pueda conectar a la red que garantice no sólo la protección de todos los datos que recoge, sino también la imposibilidad de manipularlos. La importancia de esto último es vital, más aún, cuando este problema sea tratado dentro del ámbito de la inteligencia artificial y la robótica.

Así, aunque sobre la necesidad de configurar un régimen específico de ciberseguridad de estos útiles hay un apartado específico en esta tesis, es necesario comenzar a señalar su trascendental influencia para la evolución de la IV Revolución

¹⁶⁰⁵ Vide Daniel MADRID, “Anticipación, alineamiento y adaptabilidad, las tres herramientas de ciberseguridad de las organizaciones en tiempos de incertidumbre”, *Diario LA LEY CIBERDERECHO*, 40, (2020), pp. 3 y ss.

¹⁶⁰⁶ Vide Carlos B. FERNÁNDEZ HÉRNDEZ, “Las empresas manejan ya más de 13,5 petabytes de datos, un 831% más que en 2016”, *Diario la LEY CIBERDERECHO*, 38, (2020), pp. 1 y ss.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA REVOLUCIÓN “INTERNET”: EL IMPULSOR DE LA SOCIEDAD DIGITAL

Industrial. La sociedad digital necesita confiar en los sistemas que va a utilizar, puesto que, si no se produce esa tranquilidad de protección de los datos y de imposibilidad de que sean adulteradas las funciones que estos desarrollan, es imposible que ésta avance y se consolide.

La principal amenaza de la ciberseguridad son los ciberataques. Si bien, las modalidades más comunes de ciberataques son los virus, los troyanos o los gusanos virtuales que infectan los dispositivos conectables dejando toda la información que recogen totalmente inaccesible. No obstante, no existe una sola motivación para acometer estas actuaciones ya que pueden ser de lo más variopintas: desde encargos privados para robar los datos de particulares o empresas; hacer ostentación de la propia capacidad tecnológica del hacker; una forma de resolver controversias; para pedir un rescate económico o de favores por la información; o, ataques políticos o geopolíticos. Como regla general, los ataques se realizan a través de programas informáticos (malware) que afectan a la intimidad y privacidad, y suelen utilizarse para suplantar identidades o robar cuentas. Lo bueno es que contra estas herramientas de ataque se han generado otras de defensa como los bloqueos pop-up, antispam, anti-espía, o pluging de seguridad¹⁶⁰⁷.

De este modo, los sistemas de protección de equipos informáticos se han convertido en un elemento imprescindible para el desarrollo de la vida en Internet, especialmente, en el caso de las Administraciones Públicas que son objetivos fáciles y muy rentables de los hackers. Las entidades locales y provinciales, especialmente, cuentan con recursos limitados de protección del ciberespacio, al que no se le está dando la importancia que debiere para garantizar la seguridad de los datos de los ciudadanos. Hasta el punto de que, la casuística de los últimos años lleva a plantearse el tratamiento erróneo que se está haciendo de esta cuestión. En la mayoría de los casos se invierte en seguridad de las redes, pero se hace de forma errónea, ya que no se apuesta por la gestión de esta actividad desde sus propias instituciones, sino que tiende a externalizarse y a contratar la prestación de este servicio.

La tendencia es que los problemas de ciberseguridad irán en aumento en los próximos años, y al menos, deberían de preverse de forma obligatoria en los planes de

¹⁶⁰⁷ Vide José Julio FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Ciberseguridad: ¿desafío insuperable? En búsqueda de escenarios de respuesta”, en César GARCÍA NOVOA y Diana SANTIAGO IGLESIAS, *4ª Revolución Industrial: impacto de la automatización y la inteligencia artificial en la sociedad y la economía digital*, o.c., pp. 58-60.

todas las Administraciones Públicas, como un eje de actuación para salvaguardar las instituciones. Las tecnologías emergentes desafían los problemas de ciberseguridad del futuro, dado que, encarnan un sistema más complejo de protección de datos¹⁶⁰⁸. Si bien, aunque esto es objeto de tratamiento en un apartado concreto de la tesis, es necesario advertir ya la necesidad de configuración de un marco específico para su regulación.

El Internet de las Cosas, la inteligencia artificial o la robótica avanzada presentan graves problemas para preservar la garantía y protección suficiente de la materia prima con la que funcionan. Asimismo, la pérdida, secuestro o manipulación de los datos que recogen suponen un riesgo evidente para su funcionamiento, cobrando la ciberseguridad una trascendencia relevante para el desarrollo de las mismas. Sin un marco normativo que garantice el correcto funcionamiento y protección de estos sistemas, es imposible que la sociedad digital llega a constituirse.

6.3.2. Grupo normativo regulador.

A. La Unión Europea y la ciberseguridad.

Los principios que rigen en el ciberespacio imposibilitan tratar la cuestión de la ciberseguridad de los Estados de forma independiente y unitaria, sino que, hay que conseguir soluciones válidas para todos los partícipes y que sean globales. Por ello, la Unión Europea lleva años realizando grandes esfuerzos en este sentido, iniciando una regulación de la materia común¹⁶⁰⁹.

En el año 2004 se crea la Agencia de Seguridad de las Redes y de la información de la Unión Europea¹⁶¹⁰ (ENISA), para el fomento y la cooperación entre los equipos de respuesta en caso de emergencia informáticas. Si bien, junto a ENISA, también hay que destacar en materia de ciberseguridad la Agencia de la Unión Europea para la formación Policial (CEPOL), la Oficina del Organismo de Reguladores Europeos de las

¹⁶⁰⁸ Vide Carlos B. FERNÁNDEZ HÉRNDZ, “Las empresas manejan ya más de 13,5 petabytes de datos, un 831% más que en 2016”, *Diario la LEY CIBERDERECHO*, 38, (2020), pp. 1 y ss.

¹⁶⁰⁹ Vide Lucrecio REBOLLO DELGADO y Pilar ZAPATERO MARTÍN, “Derecho a la seguridad digital”, *Derechos digitales*, Dykinson, Madrid, 2019, p. 42.

¹⁶¹⁰ Vide PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, Reglamento 460/2014, de 10 de marzo de 2004, por el que se crea la Agencia Europea de Seguridad de las Redes y la Información.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA REVOLUCIÓN “INTERNET”: EL IMPULSOR DE LA SOCIEDAD DIGITAL

Comunidades Electrónicas (ORECE), la Agencia Europea la Gestión Operativa de Sistemas Informáticos de Gran Magnitud en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (eu-LISA), la Agencia Europea de Seguridad Aérea, y el Centro Europeo Contra el Terrorismo (ECTC).

No obstante, el primer documento que se elaboró en materia de ciberseguridad, en sentido estricto, fue en el año 2013, y se titulaba “*Estrategia de ciberseguridad de la Unión Europea: un ciberespacio abierto, seguro y protegido*”. La idea era crear una visión estratégica de protección del ciberespacio a partir del desarrollo de un sistema de seguridad resiliente que permitiera la reducción de la delincuencia en la red, y la configuración de una política de ciberdefensa común, entre otros¹⁶¹¹.

Con posterioridad, se elabora la Directiva 2016/1148, de 6 de julio, relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de seguridad de las redes y sistemas de información en la Unión. Entre los objetivos de la norma se encuentra la obligación de crear una estrategia de seguridad nacional de las redes y sistemas de información para todos los Estados miembros; la creación de un Grupo de cooperación para facilitar colaboración estratégica en esta materia; se crea una red específica para el tratamiento de incidentes de seguridad informática (CSIRT) para contribuir al desarrollo de la confianza y seguridad de la red; y establece requisitos y obligaciones tanto para los proveedores de los servicios de la sociedad de la información, como para los propios Estados miembros, especialmente, en caso de quebras a la seguridad¹⁶¹². En palabras de la doctrina:

«La Directiva establece medidas con el objeto de lograr un elevado nivel común de seguridad de las redes y sistemas de información dentro de la unión, a fin de mejorar el mercado interior. (...). Por ello, adopta obligaciones para todos los Estados miembros de adoptar una estrategia nacional de seguridad de las redes y sistemas de información»¹⁶¹³.

¹⁶¹¹ Vide COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación (2013) 1, de 7 de febrero, al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Estrategia de ciberseguridad de la Unión Europea: Un ciberespacio abierto, protegido y seguro*, Bruselas, pp. 2 y ss.

¹⁶¹² Vide PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, *Directiva 2016/1148, de 6 de julio de 2016 relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de seguridad de las redes y sistemas de información en la Unión*, Estrasburgo, artículo 1.

¹⁶¹³ Vide Ana BORREDÁ, “Directiva NIS: la oportunidad”, Fundación Borredá, *Seguritecnia*, (2016), pp. 16-17.

Lo que, en sentido contrario, provoca que se esperara de esta norma una mayor colaboración en materia de ciberdelincuencia y lucha por la fragmentación de los planes nacionales de ciberseguridad¹⁶¹⁴. Además, el Reglamento General de Protección de Datos, a pesar de no tener contenido específico en la materia, sí que hace algunas consideraciones generales, cuando se refiere a la violación de datos personales como:

*«toda violación de la seguridad que ocasione la destrucción, pérdida o alteración accidental o ilícita de datos personales transmitidos, conservados o tratados de otra forma, o la comunicación o acceso no autorizados a dichos datos»*¹⁶¹⁵.

De este modo, es el Reglamento General de Protección de Datos el que determina los supuestos en los que se produce un quebrantamiento de las obligaciones generales de protección y seguridad que se debe otorgar a los datos personales. De esta forma, éste puede ayudar a delimitar cuando se produce un quebrantamiento de la seguridad de la red, o de protección de los datos que esta recoge.

No obstante, en la actualidad, la norma de referencia es el Reglamento 2019/881 de 17 de abril, relativo a ENISA y a la certificación de la ciberseguridad de las tecnologías de la información y la comunicación y por el que se deroga el Reglamento 526/2013 de la ciberseguridad. Las principales novedades de este texto se encuentran en la asignación de mayores recursos y funciones a la Agencia de Ciberseguridad (ENISA), y el establecimiento de normas y esquemas europeos de certificación, a escala comunitaria, para garantizar un nivel adecuado de protección en los productos, servicios y procesos en Europa.

Los objetivos principales de estos esquemas se pueden resumir de la siguiente manera: la protección de los datos almacenados; el acceso exclusivo a los mismos para las personas autorizadas; la detección de las vulnerabilidades; el registro de los datos que han sido objeto de acceso y de tratamiento; verificación de los productos y servicios que se prestan para que no contengan flaquezas; la restauración de la normalidad en el

¹⁶¹⁴ Vide BBVA RESEARCH, “La directiva de seguridad de las redes y de la información (NIS)”, *Situación de Economía Digital*, (2016), pp. 10 y ss.

¹⁶¹⁵ Vide PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, *Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril, 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*, Estrasburgo, artículo 4.12.

funcionamiento de la forma más rápida en caso de ciberincidente; y garantizar la protección de los sistemas e instrumentos desde el diseño¹⁶¹⁶.

Además, la Unión Europea también se compromete a la elaboración de un “*Programa de Trabajo Evolutivo*” que definirá las principales estrategias en materia de certificación de ciberseguridad, dónde se incluirán entre otros aspectos la lista de productos, servicios y procesos que pudieran beneficiarse de su inclusión¹⁶¹⁷. Y, por último, también incluye la condición para la solicitud, adopción y revisión de esquemas europeos de certificación de la ciberseguridad, así como sus objetivos, elementos, niveles de garantía y de difusión¹⁶¹⁸. El grado de cumplimiento de estos requisitos permite emitir a la autoridad competente certificados de ciberseguridad de escala básica, sustancial o elevado, lo que ayuda a proteger a los consumidores¹⁶¹⁹.

B. La ciberseguridad en el ordenamiento jurídico.

Tal y como se ha señalado, la conexión de gran parte de las instituciones, estructuras y servicios que proporciona el Estado a Internet genera la obligación de establecer un régimen especial de protección en determinados sectores por el carácter vital que representan para el mantenimiento del Estado. Por ello, a pesar de la afirmación de necesidad de establecer un régimen universal de protección del ciberespacio, España siguiendo las recomendaciones europeas y de motu proprio se ha visto obligada reforzar a través de las políticas públicas el régimen de protección de la seguridad del país. Asimismo, se puede distinguir entre la regulación relativa a las infraestructuras críticas, a la seguridad nacional del país, y la estrategia de ciberseguridad general. De este modo, el grupo normativo regulador quedaría recogido en las siguientes normas:

¹⁶¹⁶ Vide PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, *Reglamento 2019/881, de 17 de abril de 2019 relativo a ENISA (Agencia de la Unión Europea para la Ciberseguridad) y a la certificación de la ciberseguridad de las tecnologías de la información y la comunicación y por el que se deroga el Reglamento (UE) n° 526/2013 («Reglamento sobre la Ciberseguridad»)*, Estrasburgo, considerando 67 y ss.

¹⁶¹⁷ *Ibidem* Artículo 47.

¹⁶¹⁸ *Ibidem* Artículo 50.

¹⁶¹⁹ *Ibidem* Considerando 84.

a) Derecho comunitario.

- Convenio sobre la ciberdelincuencia, de 23 de noviembre de 2001, Budapest.
- Directiva (UE) 2013/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de agosto de 2013 relativa a los ataques contra los sistemas de información y por la que se sustituye la Decisión marco 2005/222/JAI del Consejo
- Directiva (UE) 2016/1148 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 2016, relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de seguridad de las redes y sistemas de información en la Unión.
- Directiva (UE) 2016(2102 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre, sobre la accesibilidad de los sitios web y aplicaciones para dispositivos móviles de los organismos del sector público.
- Reglamento de ejecución (UE) 2018/151 de la Comisión Europea de 30 de enero de 2018, por el que se establecen normas para la aplicación de la Directiva (UE) 2016/1148 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a la especificación de los elementos que han de tener en cuenta los proveedores de servicios digitales.

b) Derecho interno español.

- Constitución española, de 29 de diciembre de 1978.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia.
- Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico.
- Ley 8/2011, de 28 de abril, por la que se establecen las medidas de protección de las infraestructuras críticas.
- Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de las Telecomunicaciones.
- Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen jurídico del Sector Público.
- Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional.
- Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y de Garantía de los Derechos Digitales.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA REVOLUCIÓN “INTERNET”: EL IMPULSOR DE LA SOCIEDAD DIGITAL

- Real Decreto de 421/2004, de 12 de marzo, por el que se regula el Centro Criptológico Nacional.
- Real Decreto 1702/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.
- Real Decreto 3/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Seguridad, para las entidades del Sector Público, de su ámbito de aplicación, modificada por Real Decreto 951/2015.
- Real Decreto 704/2011, de 20 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de protección de las infraestructuras críticas.
- Real Decreto 998/2017, de 24 de noviembre, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del MDEF y modifica el Real Decreto 424/2016, de 11 de noviembre.
- Real Decreto-ley 12/2018, de 7 de septiembre, de seguridad de las redes y sistemas de información.
- Real Decreto 951/2018, de 23 de octubre, de modificación del Real Decreto, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Seguridad en el ámbito de la Administración electrónica.
- Orden Ministerial 10/2013, de 19 de febrero, por la que se crea el Mando Conjunto de Ciberdefensa de las Fuerzas armadas.
- Orden DEF 166/2015, de 21 de enero, que desarrolla la organización básica de las FAS.
- Instrucción Técnica de Seguridad de Notificaciones de Incidentes de Seguridad, de 18 de abril de 2018.
- Estrategia de Seguridad Nacional: un proyecto compartido de todos y para todos, 2017.
- Estrategia Nacional de ciberseguridad, 2019.
- Plan Nacional de Protección de Infraestructuras Críticas (PNPIC), aprobado mediante instrucción nº1/2016, de la Secretaría de Estado de Seguridad.
- Acuerdo marco de colaboración en materia de ciberseguridad entre la Secretaría de Estado de la Seguridad y la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la sociedad de la información de 21 de octubre de 2015.
- Acuerdo del Consejo de Seguridad Nacional de 5 de diciembre de 2013, por el que se crea el Consejo Nacional de Ciberseguridad, presidido por el Secretario

de Estado, el director del Centro Nacional de Inteligencia y director del Centro Criptológico Nacional. El Consejo Nacional de Ciberseguridad se encarga de la coordinación, la colaboración y la cooperación entre las distintas Administraciones Públicas que tienen competencia cualquiera de los asuntos que puedan afectar a materia de ciberseguridad, y entre sectores públicos y privados. Si bien, su función principal consiste en el análisis, estudio y propuesta de iniciativas para proteger la ciberseguridad de los sectores críticos del país y de la seguridad nacional.

6.3.3. Las infraestructuras críticas.

El Estado, dentro de las prioridades estratégicas de seguridad nacional, identifica una serie de infraestructuras de vital importancia para el desarrollo de las funciones que tienen atribuidas las instituciones que están expuestas a amenazas de todo tipo, pero destaca su vulnerabilidad frente a los ciberriesgos. Este hecho es el que lleva a legislar de forma específica en esta materia, para establecer medidas de protección y sistemas de coordinación entre las Administraciones Públicas y los distintos organismos encargados de la gestión de los servicios esenciales de la sociedad¹⁶²⁰.

El primer acercamiento de análisis de la materia obliga a distinguir entre dos figuras de referencia dentro de la norma: por un lado, las infraestructuras estratégicas que son todas aquellas instalaciones, sistemas o equipos físicos de tecnología de la información sobre los que descansa el funcionamiento de servicios esenciales; y, por otro lado, las infraestructuras críticas, que son aquellas cuyo funcionamiento es indispensable y no permite soluciones alternativas, de forma que, cualquier perturbación del régimen supondría un grave impacto en la prestación de los servicios¹⁶²¹. El legislador identifica 12 sectores estratégicos, entre los que destacan la Administración, la salud, o las tecnologías de la información y la comunicación. Mientras que, respecto de las infraestructuras críticas se encuentran bajo secreto para garantizar su protección.

El Estado fija entre los objetivos de la norma, identificar las infraestructuras críticas de nuestro país, para mejorar la prevención y respuesta, especialmente, frente a

¹⁶²⁰ *Vide* Ley de 8/2011, por la que se establecen medidas para la protección de infraestructuras críticas, 28 de abril de 2011, Preámbulo.

¹⁶²¹ *Ibidem* Artículo 2 e) y f)

atentados terroristas. Para ello, se apuesta por impulsar la colaboración de los distintos gestores de estas infraestructuras, para incrementar la protección de éstas contra cualquier tipo de ataque, siempre bajo el fin último de proteger a la población. En este sentido, para conseguir este objetivo se opta por establecer un régimen especial de obligaciones que debe ser asumido tanto por las Administraciones Públicas, como los operadores de estas infraestructuras¹⁶²². Y, finalmente, para el cumplimiento de estos objetivos se fijan dos herramientas funcionales que atienden a las dos figuras de referencia: por un lado, el Catálogo de Infraestructuras estratégicas¹⁶²³; y, por otro lado, el Centro Nacional de Infraestructuras Críticas (CNPIC)¹⁶²⁴.

Por último, el régimen jurídico de protección de esta norma ha sido completado con la aprobación del Reglamento de protección de infraestructuras críticas¹⁶²⁵. Entre las finalidades que este lleva cabo se encuentra el desarrollo sobre cómo debe efectuarse la planificación estratégica en materia de protección de todos estos sectores especialmente vulnerables, tanto los planes estratégicos como operativos. Además, se contempla la designación de un Delegado de Seguridad por cada una de las infraestructuras críticas que sean identificadas, de manera que, se responsabiliza de la gestión, comunicación, y tratamiento de los problemas de protección que deriven de la misma¹⁶²⁶.

España recibe multitud de ataques a las infraestructuras críticas, pero no todas han obligado a activar los protocolos de notificación de incidentes que se recogen en la normativa¹⁶²⁷. Desde la incorporación de la Directiva (UE) 2016/1148, de 6 de julio de 2016, que regula las obligaciones de los operadores de infraestructuras críticas y servicios esenciales en el ámbito de la ciberseguridad, y su transposición por Real Decreto-Ley 12/2018, de 7 de septiembre, se han comunicado varios incidentes de gran riesgo para la

¹⁶²² *Vide* Ley de 8/2011, por la que se establecen medidas para la protección de infraestructuras críticas, 28 de abril de 2011, artículo 1.

¹⁶²³ *Ibidem* Artículo 4.

¹⁶²⁴ *Ibidem* Artículo 7.

¹⁶²⁵ *Vide* Real Decreto 704/2011, de 20 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de protección de las infraestructuras críticas.

¹⁶²⁶ *Ibidem* Exposición de Motivos.

¹⁶²⁷ *Vide* Real Decreto-ley 12/2018, de 7 de septiembre, de seguridad de las redes y sistemas de información, artículo 19.1: «Los operadores de servicios esenciales notificarán a la autoridad competente, a través del CSIRT de referencia, los incidentes que puedan tener efectos perturbadores significativos en dichos servicios. Las notificaciones podrán referirse también, conforme se determine reglamentariamente, a los sucesos o incidencias que puedan afectar a las redes y sistemas de información empleados para la prestación de los servicios esenciales, pero que aún no hayan tenido un efecto adverso real sobre aquéllos».

estabilidad de nuestro país¹⁶²⁸, en su mayoría están promovidos por terceros países para la obtención de datos o información clasificada, y su difusión en la deep web¹⁶²⁹.

La técnica más utilizada es el phishing o el ransomware, puesto que ataca las principales vulnerabilidades del sistema como son la falta de cuidado de los empleados, los controles de seguridad desfasados, los accesos externos al sistema, y el uso de la nube para guardar la información¹⁶³⁰. Sin embargo, a los medios de comunicación no llegan a trascender cuáles son las concretas infraestructuras críticas que se han puesto de riesgo, para preservar y evitar nuevos ataques.

No obstante, si que se puede advertir que durante la pandemia provocada por la crisis del Covid-19, los hospitales y centros de salud, convertidos en un entorno completamente vulnerable, han sido atacados en distintas ocasiones. Los hospitales no sólo incorporan datos personales y médicos de los pacientes, sino también información confidencial sobre investigaciones tales como las pruebas de nuevos medicamentos, datos de investigaciones médicas, resultados de pruebas de tratamientos experimentales, o datos genéticos¹⁶³¹.

Durante la pandemia es cierto que lo que se estaba buscando eran las primeras pruebas y análisis que se estaban realizando para encontrar la vacuna contra el virus. Sin embargo, no debemos olvidar que España no tiene un presupuesto dedicado especialmente a la protección de ciberataques, mucho de menos de protección global de las distintas Administraciones. En este sentido, como será analizado, éstas se han convertido en un objetivo tan fácil y rentable de hackear, que es totalmente indiferente si gestionan o no sectores críticos de nuestro país, dado que su falta de inversión presupuestario las convierte en entornos vulnerables.

¹⁶²⁸ De los 800 operadores de infraestructuras críticas, alrededor de 700 sufrieron incidentes de seguridad en el año 2019.

¹⁶²⁹ Vide Carlos B. FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, “Notificaciones de ciberataques a operadores de servicios esenciales: lecciones prácticas de las primeras experiencias”, *Diario LA LEY CIBERDERECHO*, 30, (2019), p. 2.

¹⁶³⁰ Vide Carlos B. FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, “Nueve de cada diez empresas no cuentan con el presupuesto necesario para protegerse de ciberataques”, *Diario LA LEY CIBERDERECHO*, 26, (2019), p. 2.

¹⁶³¹ Vide INISEQ, “Ciberataque y ciberespionaje contra el sector sanitario”, *Ciberseguridad al día*, 25 de septiembre (2020), p. 1 y ss.

6.3.4. La seguridad nacional y la estrategia de ciberseguridad.

La seguridad nacional se define como:

«la acción del Estado dirigida a proteger la libertad, los derechos y bienestar de los ciudadanos, a garantizar la defensa de España y sus principios y valores constitucionales, así como a contribuir junto a nuestros socios y aliados a la seguridad internacional en el cumplimiento de los compromisos asumidos»¹⁶³².

En consecuencia, las amenazas que atentan contra la seguridad del país también se han visto influenciadas por los riesgos que existen en Internet, lo que ha obligado al legislador a intentar dar respuesta a los posibles problemas que se pudieran plantear.

La Ley de Seguridad Nacional hace competente de la protección de estos bienes jurídicos a las principales instituciones del Estado, como las Cortes Generales, o el Gobierno, pero también a las propias Comunidades Autónomas y las autoridades locales¹⁶³³. Además, se crea un órgano específico que integra a todos los organismos, recursos y procedimientos competentes en esta materia: el Sistema de Seguridad Nacional¹⁶³⁴. Las funciones que a este se le encomiendan van desde evaluar los factores y situaciones que puedan afectar a la seguridad nacional; analizar la información para tomar las decisiones necesarias para dirigir y coordinar las respuestas ante las situaciones de crisis; o la proposición de medidas sobre planificación y coordinación de la seguridad nacional¹⁶³⁵.

Además, junto a esta norma se ha aprobado el Real Decreto-Ley 12/2018, de 7 de septiembre, de seguridad de las redes y sistemas de información que incorpora al ordenamiento jurídico la Directiva 2016/1148 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 2016, relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de seguridad de las redes y sistemas de información en la Unión. Los objetivos de esta norma reiteran lo establecido en la directiva comunitaria, puesto que, se dedican a establecer el régimen de seguridad de las redes y sistemas de información que se utilizan

¹⁶³² Vide Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional, artículo 3.

¹⁶³³ *Ibidem* Artículo 12.

¹⁶³⁴ *Ibidem* Artículo 18.

¹⁶³⁵ *Ibidem* Artículo 19.

para la provisión de servicios esenciales y digitales¹⁶³⁶; establecer un sistema de notificación de incidentes¹⁶³⁷; y la creación de un marco estratégico de seguridad de las redes y los sistemas de información¹⁶³⁸.

En lo que respecta al ámbito de aplicación corresponde a los servicios esenciales de las redes y sistemas de información que comprenden los sectores estratégicos, y también los servicios digitales. Los primeros son aquellos imprescindibles para el mantenimiento de las funciones sociales básicas como la salud o el bienestar social y económico de los ciudadanos, en la que se engloban las Administraciones del Estado y el resto de las Administraciones Públicas. Mientras que, los segundos comprenden algunos de los servicios de la sociedad de la información, sobre todo aquellos que realizan las funciones de motores de búsqueda y de computación en la nube. Y, además es preciso que estos proveedores tengan su residencia o domicilio social en España, o en otro Estado de la UE, siempre que tengan un establecimiento permanente en nuestro país. Ahora bien, quedan exentos de aplicación de la normativa los operadores de redes y servicios de comunicación electrónica y los prestadores de servicios electrónicos de confianza que no sean designados operadores críticos, así como los proveedores de servicios digitales cuando sean microempresas, o pequeñas empresas¹⁶³⁹.

La autoridad competente de supervisión de las obligaciones, actividades encomendadas y régimen disciplinario dependerá: en primer lugar, si se trata de la seguridad para operadores de servicios esenciales que, en cuyo caso, si se consideran críticos será competente la Secretaría de Estado de Seguridad a través del Centro Nacional de Protección de Infraestructuras de Ciberseguridad (CNPIC), y si no son operadores de sectores críticos la autoridad competente en esa materia; en segundo lugar, si son proveedores de servicios digitales en sectores críticos, la Secretaría de Estado para el Avance Digital, del Ministerio de Economía y Empresa; y para los operadores de

¹⁶³⁶ Vide Real Decreto-Ley 12/2018, de 7 de septiembre, de seguridad de las redes y sistemas de información, artículo 16.

¹⁶³⁷ *Ibidem* Artículo 19.

¹⁶³⁸ *Ibidem* Artículo 8: «La Estrategia de Ciberseguridad Nacional, al amparo y alineada con la Estrategia de Seguridad Nacional, enmarca los objetivos y las medidas para alcanzar y mantener un elevado nivel de seguridad de las redes y sistemas de información. La Estrategia de Ciberseguridad Nacional abordará, entre otras cuestiones, las establecidas en el artículo 7 de la Directiva (UE) 2016/1148 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 2016. A tal efecto, el Consejo de Seguridad Nacional impulsará la revisión de la Estrategia de Ciberseguridad Nacional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21.1 e) de la Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional».

¹⁶³⁹ *Ibidem* Artículo 6.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA REVOLUCIÓN “INTERNET”: EL IMPULSOR DE LA SOCIEDAD DIGITAL

servicios esenciales y proveedores de servicios que no siendo operadores críticos, se encuentren dentro del régimen de aplicación de la normativa del Sector Público, será el Ministerio de Defensa el órgano competente a través del Centro Criptológico Nacional¹⁶⁴⁰.

La norma, además, establece el principio general de supervisión de la actividad que se realiza por parte de los operadores de servicios esenciales, a quienes se le podrá requerir la información necesaria para evaluar la seguridad de las redes y sistemas de información, incluida la documentación sobre políticas de seguridad¹⁶⁴¹. Mientras que, a los operadores de los servicios digitales sólo se les puede inspeccionar sobre el cumplimiento de las obligaciones derivadas de esta norma, cuando se tenga conocimiento de que se están infringiendo las obligaciones pertinentes, o por petición razonada de otro órgano o denuncia¹⁶⁴². Además, esta norma incluye un principio de cooperación transfronteriza entre los distintos Estados miembros en los que se ubiquen las redes y sistemas de información para la prestación de servicios esenciales o el proveedor de servicios digitales¹⁶⁴³.

El marco jurídico de protección de la seguridad nacional quedaría completado con la Estrategia de Seguridad Nacional. Esta es un buen indicador de la importancia que se otorga dentro de las políticas públicas a la protección de la seguridad en la red, o ciberseguridad. Si bien, la Estrategia de Seguridad Nacional¹⁶⁴⁴ vigente se compromete con alcanzar cinco objetivos generales: desarrollar el modelo integral de gestión de crisis; promover una cultura de Seguridad Nacional entre la población; favorecer el buen uso de los espacios comunes globales; impulsar la dimensión de seguridad en el desarrollo tecnológico; y fortalecer la proyección internacional de España¹⁶⁴⁵.

Además, se establece una meta concreta para enfrentarse a la amenaza que la vulnerabilidad del ciberespacio supone para la seguridad nacional, especialmente

¹⁶⁴⁰ *Vide* Ley de 8/2011, por la que se establecen medidas para la protección de infraestructuras críticas, 28 de abril de 2011, artículo 9.

¹⁶⁴¹ *Ibidem* Artículo 32.

¹⁶⁴² *Vide* Real Decreto-Ley 12/2018, de 7 de septiembre, de seguridad de las redes y sistemas de información, artículo, artículo 33.

¹⁶⁴³ *Ibidem* Artículo 34.

¹⁶⁴⁴ *Vide* GOBIERNO DE ESPAÑA, Estrategia de Seguridad Nacional: un proyecto compartido de todos y para todos, Madrid, 2017.

¹⁶⁴⁵ *Ibidem* pp. 83 y ss.

derivada de la dependencia de las Administraciones Públicas de las nuevas tecnologías, en concreto se insta a:

«reforzar las capacidades de prevención, detección, reacción, análisis, recuperación, respuesta e investigación frente a las ciberamenazas, así como potenciar la coordinación en los niveles técnico y estratégico del Sistema de Seguridad Nacional en el ámbito de la ciberseguridad»¹⁶⁴⁶.

Lo que ha llevado a configurar una Estrategia Nacional destinada exclusivamente a tratar los problemas de ciberseguridad. De este modo, la Estrategia Nacional de Ciberseguridad 2019, intenta dar respuesta a los crecientes problemas de inestabilidad que provoca el ciberespacio en las instituciones del Estado, donde se reconoce que cada vez las amenazas son más sofisticadas y complejas, y no ayuda tener un marco jurídico débil que impide la demarcación de comisión de actos delictivos¹⁶⁴⁷.

Las amenazas del ciberespacio se conocen como “ciberamenazas”, y que la propia estrategia define como:

«aquellas disrupciones o manipulaciones maliciosas que afectan a elementos tecnológicos. Abarcan un amplio abanico de acciones. Las ciberamenazas se caracterizan por su diversidad tanto en lo que concierne a capacidad como a motivaciones. Afectan a la práctica totalidad de los ámbitos de la Seguridad Nacional, como son la Defensa Nacional, la seguridad económica o la protección de las infraestructuras críticas, entre otros, y no distinguen fronteras»¹⁶⁴⁸.

En consecuencia, las ciberamenazas deben entenderse como cualquier alteración de los elementos tecnológicos, con carácter malintencionado, que imposibilite un funcionamiento normal, o la realización de las actividades que tiene encomendado el sistema que manipula o modifica. De este modo, con un concepto tan general, las ciberamenazas abarcan diversidad de acciones, puesto que se pueden identificar con

¹⁶⁴⁶ Vide GOBIERNO DE ESPAÑA, Estrategia de Seguridad Nacional: un proyecto compartido de todos y para todos, Madrid, 2017, p. 99.

¹⁶⁴⁷ Vide GOBIERNO DE ESPAÑA, Estrategia Nacional de ciberseguridad, Madrid, 2019, p. 5

¹⁶⁴⁸ *Ibidem* p. 23.

cualquier actuación que ponga en riesgo la seguridad de los sistemas de funcionamiento. Por ello, más que definir las por el elemento objetivo, lo que interesa es la intención o la motivación de hacerlo para provocar un daño. Todos los usuarios de la red son potenciales amenazas para el correcto funcionamiento del sistema, dado que, prácticamente cualquier incidente puede suponer un riesgo para el sistema.

A modo de ejemplo, los ciberincidentes más significativos que pueden poner en riesgo la seguridad nacional son, por ejemplo, las ciberguerras, el ciberespionaje, las actividades dirigidas a manipular a la población influenciándola en determinados pensamientos; o las actividades dirigidas a obtener beneficios económicos ya sea mediante las técnicas de petición de rescate, de robo, o de fraude. Además, se pueden señalar como principales métodos de ataque: los softwares de ciberespionaje; el ransomware; el phishing o suplantación de identidad; el spamming; el código dañino; exploits Kits; malvertising o publicidad dañina; los ataques a la web; la manipulación del Internet de las Cosas; los ataques de denegación de servicio; o la utilización de la vulnerabilidad del hardware mediante instrumentos como Spectre, Meltdown, y Glitch¹⁶⁴⁹.

Como consecuencia de la variedad de los ataques que pueden sufrir los sistemas es tan importante configurar un marco normativo coherente, pero, sobre todo, resiliente a las redes y los sistemas de información, capaz de adaptarse a la variabilidad de los problemas. De este modo, para la construcción de un ciberespacio seguro, la Estrategia Nacional del Ciberespacio fija cinco objetivos: en primer lugar, el establecimiento de un marco coherente que ayude a la consolidación de la seguridad y la resiliencia de las redes y los sistemas de información y comunicaciones del Sector Público y de los servicios esenciales; en segundo lugar, garantizar un uso seguro y fiable del ciberespacio frente al reto de la cibercriminalidad; en tercer lugar, la protección del ecosistema empresarial, social y de los ciudadanos; en cuarto lugar, la creación de una cultura y compromiso con la ciberseguridad y la potenciación de las capacidades humanas y tecnológicas; y en quinto lugar, la creación de un marco internacional de seguridad del ciberespacio¹⁶⁵⁰.

Alrededor de estos objetivos se configuran una serie de líneas de acción: en primer lugar, *“reforzar las capacidades ante las amenazas provenientes del ciberespacio”*,

¹⁶⁴⁹ Vide Lucrecio REBOLLO DELGADO y Pilar ZAPATERO MARTÍN, “Derecho a la seguridad digital”, *Derechos digitales*, o.c., pp. 57 y ss.

¹⁶⁵⁰ Vide GOBIERNO DE ESPAÑA, Estrategia Nacional de ciberseguridad, Madrid, 2019, pp. 34-40.

sobre todo potenciando la colaboración entre instituciones, para reformular y mejorar los programas de detección y análisis de ciberamenazas; en segundo lugar, *“garantizar la seguridad y resiliencia de los activos estratégicos para España”* como potenciando el desarrollo normativo sobre protección de infraestructuras críticas y de las competencias propias en esta materia; en tercer lugar, *“reforzar las capacidades de investigación y persecución de la cibercriminalidad, para garantizar la seguridad ciudadana y la protección de los derechos y libertades en el ciberespacio”* y para ello se insta a fomentar la participación y colaboración ciudadana, así como también, ampliar el marco jurídico para responder de forma eficiente ante la cibercriminalidad; en cuarto lugar *“impulsar la ciberseguridad de ciudadanos y empresas”* ofreciéndoles a estos un servicio público de ciberseguridad o impulsar su uso entre PYMES y autónomos; en quinto lugar, *“potenciar la industria española de ciberseguridad, y la generación y retención del talento, para el fortalecimiento de la autonomía digital”*, para ello se impulsarían los programas de apoyo a I+D+I en seguridad digital y ciberseguridad y se incrementarían las actividades nacionales de desarrollo de estos productos; en sexto lugar, *“contribuir a la seguridad del ciberespacio en el ámbito internacional, promoviendo un ciberespacio abierto, plural, seguro y confiable, en apoyo de los intereses nacionales”*, para ello hay que reforzar la presencia de España en las organizaciones, conferencias y foros en materia de ciberseguridad, ayudando a fomentar el diálogo y la cooperación entre los distintos países; Y en séptimo lugar, *“desarrollar una cultura de ciberseguridad”*, a través de campañas de concienciación, o promoviendo un espíritu crítico a favor de la información veraz y de calidad¹⁶⁵¹.

El régimen jurídico se complementa el sistema creando la Comisión Permanente de Ciberseguridad que facilita la coordinación interministerial entre los distintos ámbitos de la ciberseguridad. La preside el Departamento de Seguridad Nacional y la componen los organismos representados en el Consejo Nacional de Ciberseguridad con responsabilidades operativas. Y, además, se crea el Foro Nacional de Ciberseguridad que actúa para potenciar las uniones entre el ámbito público y privado para pensar sobre las oportunidades, pero también sobre los desafíos y amenazas que supone el ciberespacio¹⁶⁵².

¹⁶⁵¹ Vide GOBIERNO DE ESPAÑA, Estrategia Nacional de ciberseguridad, Madrid, 2019, pp. 44-58.

¹⁶⁵² *Ibidem* pp. 63-64.

Las características de la Estrategia Nacional de Ciberseguridad son: predominancia del carácter internacional, colaborando activamente con la Unión Europea y, especialmente con ENISA; inclusiva, promoviendo la colaboración público privada; está más integrada tanto en la estructura horizontal como vertical; menos técnica, dado que se ha pasado de la necesidad de concienciar a la de elaborar planes y estrategias concretas; más integradora dando cabida a más participantes en su elaboración; y pretende impulsar una cultura de la ciberseguridad. Así, Miguel Ángel Ballesteros, Director General del Departamento de Seguridad Nacional destaca de la Estrategia:

«la transición de un modelo ciberseguridad de carácter preventivo y defensivo hacia un esquema que incorpore elementos de mayor fuerza disuasoria a obedece a un contexto global de mayor competencia geopolítica (...) pero, esta disuasión en ciberseguridad requiere la obtención y potenciación de capacidades de ciberdefensa, como elementos fundamentales de la acción del Estado»¹⁶⁵³.

A modo de conclusión, los problemas de las actividades que se realizan en el ciberespacio no han hecho nada más que aumentar en los últimos años, convirtiéndose en amenazas tanto para la garantía de los derechos y libertades como para la seguridad de las instituciones del Estado. Si bien, la fragmentación en diversidad de normas de la protección del ciberespacio supone un problema para dispensar un tratamiento homogéneo de la cuestión, que ayude a solventar los vacíos legales que plantean las nuevas tecnologías¹⁶⁵⁴.

Además, la magnitud no sólo irá en aumento atendiendo a las actividades que se conviertan en amenaza para el sistema, sino que, el número de aparatos conectados a la red crece exponencialmente, más aún, cuando la inteligencia artificial y la robótica se consoliden. Por ello, encontramos un régimen jurídico repleto de duplicidades (sobre todo entre la norma comunitaria y estatal), problemas de coordinación y lagunas jurídicas que necesitan un marco de protección de referencia.

¹⁶⁵³ Vide Carlos B. FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, “Reforzar nuestra capacidad de respuesta ante un ciberataque, implementar una cultura de la seguridad e impulsar a la industria nacional, objetivos de la Estrategia Nacional de Ciberseguridad, *Diario LA LEY CIBERDERECHO*, 30, (2019), pp. 2 y ss.

¹⁶⁵⁴ Vide Ricard MARTÍNEZ MARTÍNEZ, “Un acuerdo nacional sobre ciberseguridad, *Bez*, (2016), p. 2 y ss.

En consecuencia, hay que apostar por crear un régimen jurídico específico de la ciberseguridad, en el que se abarquen conceptos generales y resilientes, capaces de adaptarse a todos los cambios que se produzcan dentro del ciberespacio. Es más, habría que comenzar a ir un paso más allá sobre si es necesario configurar un derecho a la ciberseguridad de los ciudadanos. De esta forma, esto será objeto de tratamiento dentro de los derechos digitales, pero es necesario comenzar a plantear si se puede construir la sociedad digital que queremos sin el establecimiento de las garantías que ésta necesita.

El Estado de Bienestar digital que se defiende a lo largo de estas páginas no se puede construir sin la existencia de una serie de resguardos sobre los que se comprometa a garantizar una especial protección. Así, aunque pueda sonar demasiado apresurado, no es de descartar que la actividad de regulación y protección de la ciberseguridad cambie su naturaleza jurídica, pasando de englobar las competencias de soberanía y autoridad del Estado, a convertirse en un auténtico servicio público. Este cambio proporcionaría grandes beneficios para la sociedad, además de mayor confianza en el medio digital.

6.3.5. Algunos problemas de ciberseguridad: análisis de una posible responsabilidad patrimonial.

La primera consideración que se debe trasladar en el ámbito del Sector Público es que la Administración que considere que está preparada para sufrir un ciberataque, sin poner en riesgo su sistema de funcionamiento y actividad normal, tiene un grave problema. En realidad, cualquier sistema público o privado se encuentra en riesgo ante el ataque del hacker adecuado.

Las brechas de seguridad de los sistemas informáticos, así como también, los problemas derivados de la protección de la ingente cantidad de datos que se recogen provocan que la protección del funcionamiento de estas herramientas será cada vez más compleja y difícil. Más aún, en el caso de la Administración Pública que no cuenta con un presupuesto específico en materia de ciberseguridad, y en algunos casos, ni siquiera tiene las consideraciones suficientes, como es el caso de los pequeños Ayuntamientos. De ahí, se adquiere la importancia de que, al menos, puedan contar con los protocolos de actuación necesarios, de forma que, los implicados en la gestión y control de la crisis sepan en cada momento cómo deben actuar.

Las Administraciones Públicas han sido objeto de ataques de cibernéticos desde la incorporación de los primeros sistemas de información y comunicación a su sistema de funcionamiento. Pero, desde hace algunos años, éstas se han convertido en objetivos fáciles de los delincuentes cibernéticos, por la fragilidad y desprotección de algunos sistemas y el valor económico que tienen sus datos. Esto ha planteado algunos escándalos mediáticos sobre los problemas de ciberseguridad que presentan algunas entidades locales, y las deficiencias evidentes del sistema para construir una sociedad completamente digital. Los distintos ataques han demostrado que los Ayuntamientos, sobre todo, aquellos más pequeños y con menores recursos, son más vulnerables a determinados ciberataques, ya que, en su mayoría no cuentan con los medios materiales y personales suficientes para poder defenderse.

En este sentido, en el ámbito de reacción frente a los ataques cibernéticos destaca la importancia de la Guía Nacional de notificaciones y gestión de incidentes de ciberseguridad¹⁶⁵⁵.

Asimismo, en el ámbito del Sector Público debe tenerse en cuenta, como marco normativo regulador: la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia; la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público; el Real Decreto 421/2004, de 12 de mayo, por el que se regula el Centro Criptológico Nacional; el Real Decreto 3/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Seguridad, para las entidades del Sector Público de su ámbito de aplicación; Real Decreto 951/2018, de 23 de octubre, de modificación del Real Decreto, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Seguridad en el ámbito de la Administración electrónica; y la instrucción técnica de seguridad de notificaciones de incidentes de seguridad, de 18 de abril de 2018. Estas marcan las directrices sobre cómo deben actuar las Administraciones en caso de que se produzca un incidente que ponga en riesgo su funcionamiento o la protección de los datos que tratan.

Sin embargo, el problema de la ciberseguridad se incrementa a medida que el ejecutivo ha recogido la posibilidad de configurar un servicio público de ciberseguridad que, aunque gestionado de forma indirecta, puede traer distintas consecuencias para el ordenamiento, sobre todo, en materia de responsabilidad patrimonial. De forma que, este

¹⁶⁵⁵ *Vide* CONSEJO NACIONAL DE CIBERSEGURIDAD, “Guía nacional de notificación y gestión de ciberincidentes”, 21 de febrero de 2020.

marco normativo parece que se queda corto para proteger el bien jurídico en juego, y es necesario ampliar y recoger las disposiciones en materia de ciberseguridad en un único texto, así como también, las concretas obligaciones y los derechos que implicaría ese hipotético servicio público. No obstante, y previo a que se produzca tal conversión, a modo de iniciación en la materia, y analizando algunos supuestos ocurridos en nuestro país, se pueden comenzar a establecer las primeras notas sobre los deberes y las responsabilidades que se deben solicitar a las Administraciones en el desarrollo de esta actividad.

La casuística hasta el momento en nuestro país es de lo más variada. Por ello, sólo se analizarán supuestos concretos, y sin lugar a duda, los más controvertidos que han trascendido a los medios de comunicación. Uno de los atentados más famosos contra los sistemas de seguridad pública de nuestro país es el efectuado contra el Ayuntamiento de Jerez de la Frontera. El sistema informático fue infectado con un virus, procedente del país coreano, que bloqueó los servidores del consultorio, imposibilitando la utilización de los servicios públicos digitales. Los piratas informáticos pedían un rescate en bitcoin, bastante elevado, a cambio de desbloquear el sistema, y permitir el funcionamiento normal de su actividad. La Alcaldesa del Ayuntamiento jerezano se negó a pagar la suma de dinero y el sistema, pese a la colaboración con instituciones estatales, estuvo inactivo durante casi una semana. El problema se presenta cuando se pregunta al consultorio cuál es el sistema de protección que utiliza para garantizar la seguridad de los datos, y al parecer, es un antivirus que se ofrece en Internet de manera gratuita¹⁶⁵⁶.

En relación con la responsabilidad extracontractual de la Administración es el artículo 106.2 CE el que marca las notas identificativas:

«Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos».

Además, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, añade en el artículo 34.1:

¹⁶⁵⁶ Vide Jesús A. CAÑAS, “Ryuk el virus informático que ha devuelto al papel Ayuntamiento de Jerez”, *El País Digital*, 4 de octubre de 2019, p. 1 y ss.

«Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley (...).».

De este modo, en el hipotético caso de que la ciberseguridad se preste como un servicio público, el primer requisito para entrar a valorar si existe o no responsabilidad patrimonial, es la lesión y antijuridicidad del daño. En otras palabras, cuando se establezca el régimen jurídico de esta figura debe quedar perfectamente delimitado cuáles son las obligaciones que asumen las Administraciones Públicas. Lo que, en sentido contrario, permitirá delimitar cuáles son las lesiones o infracciones de derechos que tienen los usuarios el deber jurídico de soportar, y si existe antijuridicidad del daño.

En segundo lugar, debe de producirse un daño que, en todo caso, habrá de ser *«efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas»*¹⁶⁵⁷.

En este caso, no hay mayor trascendencia que la del secuestro del sistema informático imposibilitando que se presten determinados servicios públicos digitales. Por lo que existiría una dificultad para determinar el daño efectivo que se produce, es decir, habría que delimitar el perjuicio producido a alguno, o un grupo determinado de ciudadanos.

A modo de ejemplo, pensemos que los piratas informáticos hubieran accedido a los datos personales de los ciudadanos que obran en poder del Ayuntamiento ocasionando daños a sus propietarios como, por ejemplo, vendiéndolos en el mercado negro, o contratando servicios y adquiriendo determinados bienes. Los datos como hemos visto pueden ser valorados en términos económicos, y con ellos el daño que se produce a los ciudadanos. De manera que, si esto hubiera ocurrido, si que existiría un daño efectivo,

¹⁶⁵⁷ Vide Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, artículo 32.2.

evaluable en términos económicos¹⁶⁵⁸, y en su caso individualizable¹⁶⁵⁹, respecto de quien lo sufre, como se exige en la responsabilidad patrimonial.

La tercera parte es que debe existir una relación de causalidad entre la actividad de la Administración y el daño producido al ciudadano. La Ley 3/2018, de 5 de diciembre de Protección de Datos Personales y de Garantía de los Derechos Digitales, y el Reglamento Europeo General de Protección de Datos, generan una obligación legal de que las Administraciones Públicas deben proteger y custodiar esos datos. Hasta el punto de que, si hay una brecha de seguridad o una intromisión ilegítima en los mismo, están obligados a comunicarlo, tal y como se dispone en el Real Decreto 3/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Seguridad en el ámbito de la Administración electrónica¹⁶⁶⁰.

Así, tal y como apunta la doctrina, las Administraciones Públicas deberán indemnizar aquellos daños derivados de los servicios públicos en los que se cumplan los siguientes requisitos: a) el riesgo debe ser inherente al servicio; b) el riesgo se materialice en un resultado lesivo; y c) el riesgo no se encuentre socialmente admitido¹⁶⁶¹. En consecuencia, las Administraciones Públicas deben contar los instrumentos necesarios para la detección, análisis y resolución en el caso de que se produzca un incidente de

¹⁶⁵⁸ Vide STS 686/2017, de 22 de noviembre FJ3: «Como recuerda la STS de 21 Ene. 1983 “la viabilidad de la pretensión de indemnización por daños y perjuicios, no es acogible simplemente por su planteamiento, sino que hay que demostrar cumplidamente su existencia, su cuantificación o en el peor de los supuestos las bases o perímetros esenciales para calcular su importe y en todo caso, la relación de causalidad entre el hecho productor del supuesto darlo y su relación con la Administración” La base de la responsabilidad es el criterio objetivo de la lesión. En definitiva, la cuantificación de la responsabilidad patrimonial ha de ser fijada con arreglo al perjuicio efectivamente causado, en función de lo acreditado por la parte perjudicada, teniendo en cuenta que los daños han de ser reales y efectivos y ha de acreditarse su existencia, no siendo suficiente la aportación de datos hipotéticos, sino reales y concretos que guarden relación de causa-efecto».

¹⁶⁵⁹ Vide STS 2193/1999, de 18 de marzo, FJ 2: «El sometimiento de la propiedad privada de las aguas a decisiones administrativas como la adoptada por el Consejo de Ministros en relación con el acuífero del Campo de Montiel constituye una delimitación ordinaria de tal dominio privado. Siempre que esta clase de medidas se adopten con la debida generalidad, como ha sucedido en este caso, no constituyen privación singular de derechos sino tan sólo aplicación de una previsión legal que forma parte del estatuto jurídico de las aguas de dominio privado».

¹⁶⁶⁰ Vide Real Decreto 3/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Seguridad en el ámbito de la Administración electrónica, artículo 24.2: «Se dispondrá de procedimientos de gestión de incidentes de seguridad y de debilidades detectadas en los elementos del sistema de información. Estos procedimientos cubrirán los mecanismos de detección, los criterios de clasificación, los procedimientos de análisis y resolución, así como los cauces de comunicación a las partes interesadas y el registro de las actuaciones. Este registro se empleará para la mejora continua de la seguridad del sistema».

¹⁶⁶¹ Vide Eduardo GAMERO CASADO y Severiano FERNÁNDEZ RAMOS, *Manual básico de Derecho Administrativo*, Tecnos, Madrid, 2017, pp. 721 y ss.

seguridad¹⁶⁶². Ahora bien, en el caso objeto de análisis ¿podría considerarse una actuación negligente de la Administración el hecho de tener un antivirus gratuito? En otras palabras, ¿es suficiente para proteger el funcionamiento y actividad de la Administración el uso de un sistema de protección genérico y gratuito? ¿o debería ésta haber adoptado medidas más concretas y garantistas para proteger los derechos de los ciudadanos?

Los Tribunales no se han pronunciado aún al respecto en la materia, pero, en mi opinión, existe una actuación negligente cuando no se adoptan las medidas esperadas o adecuadas para un determinado ámbito. Es obvio que tener un antivirus gratuito que suele usarse para la protección de redes domésticas, no es proporcional a la actividad y los datos que debe proteger un Ayuntamiento. Por ello, puede asimilarse este comportamiento con la inactividad de la Administración en el cumplimiento de sus obligaciones.

En consecuencia, siempre que se den el resto de los requisitos, podrá existir responsabilidad patrimonial de la Administración, puesto que ésta en este concreto caso no actuó con diligencia que debiera. Pero es que, si no fuera así, no serviría de nada que las Administraciones Públicas inviertan millones de euros en crear sistemas informáticos que les permitan digitalizar su actividad, pero no apuesten lo suficientes en protegerlos de los ciberataques¹⁶⁶³. La ciberseguridad es una parte más que configura la digitalización de la actividad administrativa, y debe tener una repercusión paritaria en su financiación.

No obstante, la Ley exime de responsabilidad a las Administraciones Públicas cuando «*los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica*

¹⁶⁶² Vide STS 4372/2014, de 17 de junio, FJ 4: «no se trata de exigir a la Administración estándares de conducta irrazonables o exorbitantes, lo que conduciría (...) a entender que la misma ha de convertirse en una aseguradora universal de todos los riesgos (...). Lo que se exige es la prueba de una razonable utilización de los recursos disponibles (...), una prestación adecuada a las circunstancias como el tiempo, lugar, desarrollo de la actividad, estado de la técnica, capacidad de acceso, distribución de recursos, en definitiva, lo que se viene a considerar un funcionamiento estándar del servicio público».

¹⁶⁶³ Vide STS 3154/2007, de 16 de abril, FJ 3: «en el caso de funcionamiento normal, el servidor público ha asumido voluntariamente un riesgo que, de acuerdo con la ley, tiene el deber jurídico de soportar, por lo que el daño no sería antijurídico y la Administración no vendría obligada a indemnizarle por el concepto de responsabilidad patrimonial sino con las prestaciones previstas expresamente en el ordenamiento jurídico aplicable a su relación estatutaria, siendo éste el criterio mantenido también en la sentencia de diez de abril de dos mil (RJ 2000, 3352). Por el contrario, y en el caso de funcionamiento anormal del servicio público, se debe discernir si la deficiencia o anormalidad es consecuencia exclusivamente de la propia actuación del servidor o funcionario público, en cuyo caso su misma conducta sería la única causante del daño o perjuicio sufrido, con lo que faltaría el requisito del nexo causal, requerido por el apartado 1º del artículo 139 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246) para que nazca la responsabilidad patrimonial de la Administración, o si la deficiencia o anormalidad del servicio obedece a otros agentes con o sin la concurrencia de la conducta del propio perjudicado».

existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos»¹⁶⁶⁴.

Ahora bien, en el caso objeto de análisis, ¿se puede llegar a considerar que el daño producido no era previsible o inevitable? La respuesta a esta pregunta habrá que resolverla en cada caso concreto, es decir, atendiendo al supuesto real del ciberataque, la sofisticación, complejidad e innovación, y los medios y conocimientos del estado de la ciencia, y si se ha mediado o no un supuesto de fuerza mayor.

Sin embargo, es necesario traer a colación que la mayoría de los ataques de ciberseguridad provienen de la falta de inversión general en su protección, es decir, en la mayoría de los casos los medios están desfasados, o no existen (que es equiparable a tener un antivirus gratuito), y la falta de formación del personal para evitar brechas de seguridad. Ambos son barreras necesarias para impedir que se ponga en riesgo la seguridad de los sistemas y la protección de la información que recogen. Por ello, habrá que analizar si la Administración pudo haber evitado el daño con la prevención, al ser este un riesgo conocido; actuó de conformidad con los protocolos adecuados para imposibilitar la infección, inutilización o secuestro de los sistemas informáticos; y sólo después, si este por su novedad resultaba imposible preverlo o evitarlo.

En este sentido, cuando han sido varios los Ayuntamientos que han sido atacados de la misma manera, por ejemplo, es el caso de Alhama de Murcia¹⁶⁶⁵, de Roquetas de Mar (Almería)¹⁶⁶⁶ o de Zaragoza¹⁶⁶⁷, en la que se han secuestrado los equipos informáticos o el sistema con técnicas muy similares, debemos reflexionar si no existe un actuar culposo de la Administración¹⁶⁶⁸. En este sentido, la culpa es criterio que opera en

¹⁶⁶⁴ Vide Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, artículo 34.1.

¹⁶⁶⁵ Vide REDACCIÓN LA CRÓNICA, “Un ciberataque ruso colapsa todos los servicios informáticos del Ayuntamiento de Alhama”, *La crónica de Murcia digital*, 29 de noviembre de 2019, pp. 1 y ss.

¹⁶⁶⁶ Vide Cristian LÓPEZ, “Un “hacker” roba 700.000 euros al Ayuntamiento de Roquetas de Mar”, *El País Digital*, 3 de julio de 2019, p. 1 y ss.

¹⁶⁶⁷ Vide Raúl PÉREZ, “Ciberataque al Ayuntamiento de Zaragoza: exigen 30.000 euros para liberar los equipos bloqueados”, *ABC Digital*, 20 de noviembre de 2019, pp. 1 y ss.

¹⁶⁶⁸ Vide Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, artículo 36. 2 y 3: «2. La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio en vía administrativa de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, previa instrucción del correspondiente procedimiento. Para la exigencia de dicha responsabilidad y, en su caso, para su cuantificación, se ponderarán, entre otros, los siguientes criterios: el resultado dañoso producido, el grado de culpabilidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones públicas y su relación con la producción del

relación con la conducta de los funcionarios públicos, y en general, de su personal y otros sujetos dependientes de la Administración¹⁶⁶⁹.

En consecuencia, partiendo de la base de que las Administraciones Públicas, es decir, los coordinadores, jefes o responsables físicos que acometen esa tarea, son conocedoras de que los sistemas de protección que utilizan tienen flancos débiles y que existe un riesgo para que se produzca una quiebra de la protección de la seguridad ¿no sería culposo no actuar en consecuencia adoptando medidas para intentar evitarlo? La primera Administración a la que se ataca con este sistema, podría alegar en su defensa que no conocía ese concreto riesgo al que se expone, y que la amenaza ha sido exorbitante respecto de sus previsiones. Pero, el resto de las Administraciones cuando son conocedoras de los hechos, ¿no deberían adoptar medidas, y no esperar a sufrir un ataque de estas características? En consecuencia, hay culpa de la Administración, en tanto que, se le debe exigir un comportamiento más adecuado sobre los riesgos y amenazas que desafían su funcionamiento, conforme al estado de la ciencia y la técnica.

Sin duda, la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en materia de ciberseguridad será uno de los ámbitos que mayores quebraderos dará en el futuro, puesto que, habrá que delimitar cuáles son las obligaciones que ésta asume, qué se entiende por una actuación ordinaria, y cuando existe negligencia. Si bien, serán los tribunales los encargados de concretar y definir estos todos estos parámetros.

V. La revolución Industrial Digital.

1. Introducción.

Desde el inicio de este segundo capítulo se ha hecho referencia, en reiteradas ocasiones, a la llegada de la IV Revolución Industrial como un período que cambiará el rumbo evolutivo de la sociedad. Esta revolución, y los cambios que se esperan con ella, tendrá especial trascendencia sobre las instituciones del Estado social y el diseño del

resultado dañoso.3. Asimismo, la Administración instruirá igual procedimiento a las autoridades y demás personal a su servicio por los daños y perjuicios causados en sus bienes o derechos cuando hubiera concurrido dolo, o culpa o negligencia graves».

¹⁶⁶⁹ Vide Eduardo GAMERO CASADO y Severiano FERNÁNDEZ RAMOS, *Manual básico de Derecho Administrativo*, Tecnos, Madrid, 2017, pp. 722 y ss.

Estado de Bienestar del futuro. Además, esta revolución readaptará los principios y valores de nuestro ordenamiento jurídico, aunque tendrá una especial repercusión dentro del Derecho Administrativo. Si bien, hay que prestar atención a determinados vectores y las nuevas tecnologías que los constituyen, puesto que, se presentan como una oportunidad para el desarrollo, pero también serán el origen de innumerables problemas a los que habrá que dar una adecuada solución. La doctrina de manera más o menos convencional, comparte la teoría de que se han producido cuatro revoluciones que son las que han marcado la dirección y el rumbo de evolución de nuestras sociedades¹⁶⁷⁰.

La I Revolución Industrial, como ya se ha explicado, tiene una fecha de nacimiento conflictiva, no sólo porque difería de unas ciudades a otras, sino porque la magnitud de sus consecuencias y efectos se ampliaba entre los distintos países. No obstante, se fija, de manera más o menos aceptada, su origen durante el S. XVIII, como consecuencia del descubrimiento de nuevos materiales como el carbón y el acero¹⁶⁷¹, la implantación del ferrocarril, la invención del motor de vapor, y con él su uso en la mecanización de los procesos de producción¹⁶⁷². Mientras que, la II Revolución Industrial se sitúa entre finales del S. XIX y principios del XX con el inicio de la I Guerra Mundial. Los factores que influyeron en su desarrollo fue la introducción del gas y los materiales derivados del petróleo como combustible. Tras estos descubrimientos, el motor de combustión interna complementa o suple la labor del motor a vapor. Además, aparecieron tres nuevos sectores industriales: el químico, el metalúrgico y el eléctrico¹⁶⁷³. La concentración empresarial dio lugar a la producción en masa y la división del trabajo, afianzando los sistemas de fabricación en cadena¹⁶⁷⁴.

La III Revolución Industrial se produce a mediados del S. XX y se caracteriza por las innovaciones en microelectrónica y las TIC, la aparición de nuevos medios de comunicación como la radio o la televisión, el incremento de fuentes de energía renovables y la concienciación en la sostenibilidad del planeta. Esta revolución se conoce

¹⁶⁷⁰ Vide Antonio ROCA, “¿Una nueva revolución industrial? Una perspectiva histórica”, *Gaceta Sindical*, 27, (2016), p. 45.

¹⁶⁷¹ Vide Antonio GARREL GUIU y Llorenç GUILERA AGÜERA, “Las sucesivas revoluciones industriales”, *La industria 4.0 en la sociedad digital*, o.c., pp. 21 y ss.

¹⁶⁷² Vide Klaus SCHWAB, *La cuarta revolución industrial*, o.c., p. 12.

¹⁶⁷³ Vide Antonio GARREL GUIU y Llorenç GUILERA AGÜERA, “Las sucesivas revoluciones industriales”, *La industria 4.0 en la sociedad digital*, o.c., pp. 23 y ss.

¹⁶⁷⁴ Vide Klaus SCHWAB, *La cuarta revolución industrial*, o.c., p. 13.

también por la llegada del ordenador personal, el inicio de la digitalización de la información y la aparición de internet¹⁶⁷⁵. En esta tercera revolución es en la que se encuentran inmersos la mayor parte de los Estados, algunos incluso intentando superar la ruptura con la segunda¹⁶⁷⁶.

Internet es el elemento transversal que ha transformado nuestra realidad tal y como la conocíamos. Los efectos de su inmersión han sobrepasado cualquier expectativa, produciendo cambios inimaginables en la sociedad en su conjunto. Y, es por ello por lo que se niega por algunos académicos la existencia de una revolución posterior. Éstos entienden que la transformación experimentada en la actualidad es fruto de los efectos de la III Revolución Industrial, y que, por tanto, no puede aseverarse la existencia de la IV Revolución¹⁶⁷⁷. Sin embargo, aunque Internet simboliza el medio indispensable de la siguiente fase evolutiva, son el resto de los vectores de la 4ª Revolución: la inteligencia artificial, la robótica avanzada o los cambios en biotecnología, los que configuran un nuevo período revolucionario.

Así, tal y como defiende el padre de la IV Revolución Industrial, Klaus Schwab, el inicio de la puesta en marcha de una revolución se encuentra refrendado por tres características principalmente. En primer lugar, la velocidad sobre la que la misma se está desarrollando, cuyo ritmo exponencial de evolución está aumentando a consecuencia de los efectos de la globalización. En segundo lugar, la amplitud y profundidad de la misma, puesto que la combinación de distintas tecnologías está provocando modificaciones en la economía, las empresas y la sociedad en su conjunto. Y, en tercer lugar, el impacto que está proyectando en las sociedades, con la complejidad inherente de los sistemas constituidos que engloban tanto los países, las empresas, el sistema industrial, como la sociedad civil en su conjunto¹⁶⁷⁸.

¹⁶⁷⁵ Vide Antonio GARREL GUIU y Llorenç GUILERA AGÜERA, “Las sucesivas revoluciones industriales”, *La industria 4.0 en la sociedad digital*, o.c., pp. 26 y ss.

¹⁶⁷⁶ Vide Klaus SCHWAB, *La cuarta revolución industrial*, o.c., p. 13, «*La segunda revolución Industrial todavía debe ser plenamente experimentada por el 17% de la población mundial, pues casi 1.300 millones de personas carecen de acceso a la electricidad. Esto también es válido para la tercera revolución industrial, con más de la mitad de la población mundial, 4.000 millones de personas, la mayoría en el mundo en desarrollo, sin acceso a Internet*».

¹⁶⁷⁷ Vide Jeremy RIFKIN, *La tercera revolución industrial: como el poder lateral está transformando la energía, la economía y el mundo*, Paidós, Barcelona, 2011, in totum.

¹⁶⁷⁸ Vide Klaus SCHWAB, *La cuarta revolución industrial*, o.c., p. 9.

2. La IV Revolución Industrial: concepto, caracteres y vectores.

La IV Revolución Industrial, o revolución digital¹⁶⁷⁹, es el período en el que nos encontramos, puesto que su origen se sitúa a principios del S. XXI. La primera vez que se hace referencia al origen de este nuevo período, es por los profesores Erik Brynjolfsson y Andrew McAfee, que lo denominaron como la segunda era de las máquinas, en el año 2014, afirmando que:

*«el mundo está en un punto de inflexión en que el efecto de estas tecnologías digitales se manifestará con toda su fuerza a través de la automatización y la creación de cosas sin precedentes»*¹⁶⁸⁰.

No obstante, durante CeBIT de Hannover en 2011, se utiliza por primera vez el término de industria 4.0, donde a través de la construcción de fábricas inteligentes se consolidará el modelo revolucionario de producción. Si bien, con este término se pretendía englobar los cambios que se estaban introduciendo en la sociedad de ese momento, pero más con la intencionalidad de usarla como una técnica de marketing, que como referencia a un nuevo período de la humanidad¹⁶⁸¹.

De esta revolución lo único sobre lo que existe conformidad en la doctrina es lo anteriormente referenciado: la primera vez que se utiliza el término para referirse a este período, y quién es el padre legal de su creación. El resto de las características y elementos que la conforman, así como también, los efectos que tendrá sobre el conjunto de la sociedad están aún por determinar, debido al breve período de gestación y el carácter coetáneo con nuestra época.

Por tanto, realizar un análisis que no sea en términos reflexivos y predictivos sobre las consecuencias que provocará sobre el conjunto de las relaciones humanas, sería faltar a la realidad, puesto que no se prevé su completo desarrollo hasta al menos dos

¹⁶⁷⁹ Vide COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación (2015) 192, de 6 de mayo, al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Una estrategia para el mercado único digital de Europa*, Bruselas, p. 2.

¹⁶⁸⁰ Vide Erik BRYNJOLFSSON y Andrew MCAFEE, *The Second Machine Age. Work, Progress, and Prosperity in a Time of Brilliant Technologies*, W. W. Norton & Company, New York, 2014, p. 35.

¹⁶⁸¹ Vide Klaus SCHWAB, *La cuarta revolución industrial*, o.c., 2016, p. 13.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA REVOLUCIÓN “INTERNET”: EL IMPULSOR DE LA SOCIEDAD DIGITAL

décadas¹⁶⁸². Así, en la actualidad intentar realizar un concepto cerrado de la IV Revolución industrial, supondría lo mismo que hablar de la I Revolución Industrial centrándonos sólo en la invención de la máquina de vapor, y obviando la consecución de los derechos sociales y la creación de los Estados del Bienestar.

No obstante, si nos servimos del análisis general de las distintas revoluciones se puede deducir que las transformaciones tecnológicas primero alteran el sistema de producción, a través de la introducción de la innovación tecnológica. Con posterioridad, ésta tiene consecuencias, primero sobre la configuración del mercado laboral, y después, sobre las relaciones personales aumentando las desigualdades. Y, como consecuencia de esas diferencias sociales que se instauran entre los ciudadanos, el Estado democrático, social y de Derecho, se ve obligado a intervenir mediante la reconfiguración del régimen jurídico, creando derechos y generando obligaciones a los distintos actores, ordenando de nuevo la sociedad. Por tanto, es predecible que la IV Revolución Industrial tendrá unos efectos similares, los cuales se proyectarán sobre la configuración de las empresas y los trabajadores, después sobre la sociedad en su conjunto, y finalmente, obligará a los poderes públicos a intervenir configurando un nuevo modelo social.

Sin embargo, desde la perspectiva de quien escribe y refrendado por diversos autores¹⁶⁸³, los efectos que tendrá esta revolución sobre el conjunto de la humanidad traspasarán con creces los conseguidos por sus antecesoras. Esta afirmación se encuentra justificada en que, hasta el momento, en las distintas revoluciones siempre ha predominado uno de los elementos que la constituyen, ya fuese el uso de nuevas energías o el avance del conocimiento o información disponible.

Pero, en ésta van a ser ambos coprotagonistas en caminos paralelos con consecuencias propias, aunque todo el tiempo entrelazadas entre sí. Además, los distintos vectores que la conforman están aún en vísperas de desarrollarse, y ni tan siquiera nos permiten realizar una predicción estimada de cómo transformarán la sociedad. La noción que tenemos en la actualidad del mundo que nos rodea va a cambiar estrepitosamente. La

¹⁶⁸² Vide Vicenta TASA FUSTER, “Los desafíos de la cuarta revolución tecnológica e industrial en una sociedad periférica europea y sus consecuencias en la gobernanza política y la regulación legal. Con especial referencia a la Comunidad Valenciana”, *Revista General de Derecho Administrativo*, o.c., p. 2.

¹⁶⁸³ Vide Klaus SCHWAB, *La cuarta revolución industrial*, o.c., 2016, p. 9; Vicenta TASA FUSTER, “Los desafíos de la cuarta revolución tecnológica e industrial en una sociedad periférica europea y sus consecuencias en la gobernanza política y la regulación legal. Con especial referencia a la Comunidad Valenciana”, o.c., p. 2.

división entre seres vivos y cosas tendrá que evolucionar para englobar las modificaciones que se están introduciendo en la nueva sociedad digital.

Las tendencias actuales evidencian que la IV Revolución Industrial tiene tres vectores de evolución que permiten diferenciar entre aquellas innovaciones que son materiales, digitales y biológicas¹⁶⁸⁴. Cada una de ellas representa una vertiente completamente diferenciada pero que, a su vez, se sirve del resto para expandir y aumentar sus capacidades. Dentro de las innovaciones tangibles se engloban aquellas que tienen una representación física incluyendo dentro de este campo: los nuevos materiales, las impresoras 3D, o los drones. En el segundo grupo se incluyen las invenciones digitales que tendrían su base en la extensión generalizada de internet a través la creación del mundo digital o virtual, y serían el Internet de las Cosas, la inteligencia artificial, la robótica avanzada y la computación cuántica. Y finalmente, el último grupo que correspondería con los desarrollos biológicos, en el cual se pueden introducir todas las innovaciones relacionadas con la salud y el ser humano como, por ejemplo, la biotecnología, la epigenética, la secuenciación genética, neurobiología, o los ciborgs. Si bien, éste es el esquema de análisis que se va a seguir para profundizar sobre cada una de estas innovaciones y las consecuencias en particular que van a provocar sobre la sociedad¹⁶⁸⁵.

En consecuencia, las innovaciones que conforman los vectores de la IV Revolución Industrial están cambiando el mundo en la actualidad. Sin embargo, tanto el avance y la rapidez con la que extiendan sus efectos, y se lleve a cabo su consolidación en las partes del globo terráqueo, depende principalmente de dos cuestiones: el problema del liderazgo del proyecto y la necesidad de un diálogo abierto frente a los cambios¹⁶⁸⁶.

En primer lugar, es necesario centrarse en la necesidad de encontrar líderes y proyectos eficientes que lleven a cabo la transición. No se trata sólo de la situación obligatoria de reconfigurar el ámbito jurídico, promoviendo un marco económico y

¹⁶⁸⁴ Vide Klaus SCHWAB, *La cuarta revolución industrial*, o.c., 2016, p. 18.

¹⁶⁸⁵ Vide Vicenta TASA FUSTER, “Los desafíos de la cuarta revolución tecnológica e industrial en una sociedad periférica europea y sus consecuencias en la gobernanza política y la regulación legal. Con especial referencia a la Comunidad Valenciana”, *Revista General de Derecho Administrativo*, o.c., p. 2; Vide Lucía REY ARES y otros, “La 4ª revolución industrial: industria 4.0”, en César GARCÍA NOVOA y Diana SANTIAGO IGLESIAS, *4ª Revolución Industrial: impacto de la automatización y la inteligencia artificial en la sociedad y economía digital*, o.c., pp. 205.

¹⁶⁸⁶ Vide Klaus SCHWAB, *La cuarta revolución Industrial*, o.c., p. 14.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA REVOLUCIÓN “INTERNET”: EL IMPULSOR DE LA SOCIEDAD DIGITAL

laboral que permita el asentamiento de un nuevo modelo social, sino que éste debe ser impulsado por los componentes de la sociedad en su conjunto: Estado, empresas y sociedad civil.

El primer problema que nos encontramos es que los políticos, de forma generalizada, no están preparados para sentar las bases de ese futuro que ya se vislumbra. No se trata de falta de formación o preparación académica. Este es un problema generacional, derivado de la brecha digital que existe entre aquellos que nacieron a partir del S. XXI, considerados como nativos digitales, y el resto de las generaciones que han tenido que aprender a convivir con ellas. Nos hemos convertido en una generación bisagra, el nexo que unirá nuestro pasado con la sociedad del futuro que queremos ser. Por ello, los políticos tienen que ir de la mano de académicos y expertos en nuevas tecnologías para configurar la sociedad del mañana. Además, en el proyecto influirá la ideología liberal o conservadora que se adopte, ésta será determinante para la consecución del grado de evolución que experimentaremos.

Junto a este problema de incapacidad de liderazgo, se une el de los intereses económicos que se esconden detrás del mantenimiento de determinados negocios o prestaciones arcaicas. Un ejemplo que demuestra la falta de disposición del Gobierno a sentar las bases para la transición del modelo económico la encontramos en la forma en que se está gestionando la desaparición de los vehículos de diésel o gasolina. Se ha previsto un período transitorio de veinte años, es decir, hasta el año 2040, para que se produzca y se sienten las bases para un consumo más ecológico de los recursos. Los intereses económicos evidentes que hay detrás de las petroleras, y la falta de no ver en su eliminación una posibilidad de negocio en un país como España donde se dispone de diversas de energías renovables (solares, eólicas o mareomotriz) nos están dejando atrás en la carrera por el liderazgo con el resto de los países de la Unión Europea.

En segundo lugar, se habla de “*narrativa positiva frente a los cambios*”, como una forma demasiado correcta de expresar las necesidades de modificación en la mentalidad de la población en su conjunto. Existe una necesidad evidente de empoderar a la población frente a las transformaciones que se están ya incorporando, evitando que ésta se vuelva en contra del progreso. La sociedad digital es una oportunidad para sentar las bases y reglas del futuro que queremos, acabar con las desigualdades, configurar un mundo más justo y sensato con los recursos que disponemos, y acorde a unos valores y principios del S. XXI.

La principal preocupación sobre la irrupción de las nuevas tecnologías se centra en la destrucción de empleo y el nuevo régimen de profesiones. Sin embargo, esta disyuntiva no es nueva: persiste tras cada período evolutivo y revolución. Siempre han existido dos posturas enfrentadas: por un lado, los férreos defensores de las innovaciones tecnológicas, que entendían éstas como la forma natural de evolución que debe experimentar el ser humano; y, por otro lado, aquellos que se mostraban inflexibles o reticentes a que se produjera la consolidación de esas innovaciones.

Así, como ocurrió durante la I Revolución Industrial se están gestando dos posturas de pensamiento enfrentado. Por un lado, “*los nuevos luditas*”¹⁶⁸⁷, que se posicionan frente a la máquina como enemigo que viene a romper con el contrato social establecido. Éstos están apoyados por los miembros de la sociedad más conservadores y empresarios tradicionales, cuyo miedo a lo desconocido, a introducir un elemento nuevo en este entramado tan complejo que conforma el sistema económico, pudiera provocar la destrucción del sistema capitalista global. Y es por ello por lo que, se obcecán en frenar el impulso y consolidación de las nuevas tecnologías.

Y, por otro lado, los defensores de la robótica y la introducción de cualquier tecnología que facilite el trabajo humano. Sin duda, el pensamiento más optimista sobre los efectos de la IV Revolución Industrial. Este sector defiende un mundo sin trabajo, en el que los robots y la inteligencia artificial se encargan de producir riqueza, y el ser humano únicamente se rinda a contemplar y disfrutar las posibilidades que el planeta ofrece. En mi opinión, ni una ni otra se equivocan, ambas tienen razón puesto que son compatibles en su justa medida, tal y como se explicará en las páginas sucesivas.

3. Las innovaciones físicas.

3.1. Los nuevos materiales y las impresoras 3D.

¹⁶⁸⁷ *Vide* Vicenta TASA FUSTER, “Los desafíos de la cuarta revolución tecnológica e industrial en una sociedad periférica europea y sus consecuencias en la gobernanza política y la regulación legal. Con especial referencia a la Comunidad Valenciana”, *Revista General de Derecho Administrativo*, o.c., p. 6.

3.1.1. Materiales inteligentes, nanomateriales y biomateriales.

Los nuevos materiales tienen una gran importancia dentro del sector industrial, dado que, éste trabajará con las materias que estén disponibles para transformarlas en nuevos productos. Así, dependiendo de las propiedades que éstos posean se podrá avanzar en la fabricación de determinados bienes, cuyas características se adapten mejor a las necesidades de la sociedad digital. En la actualidad, en lo que respecta a las nuevas categorías de materiales se está trabajando especialmente con tres: inteligentes dependientes del estímulo que condiciona o condiciona su actuación¹⁶⁸⁸; biomateriales¹⁶⁸⁹; y nanomateriales¹⁶⁹⁰. Éstos últimos son los que mayor potencial parecen tener, puesto que, tienen un carácter transversal aplicable a todas las actividades que realiza el ser bien humano al utilizarlo sobre la nanotecnología. Además, junto a la nanotecnología se ha desarrollado la química sintética moderna que permite preparar pequeñas moléculas con la estructura deseable, lo que posibilita la creación de variedad de productos con nuevas propiedades que pueden ser de gran utilidad en biomedicina o biología. La fusión entre la tecnología y los seres vivos será posible gracias a las nanotecnologías¹⁶⁹¹.

Las nanotecnologías tienen variedad de utilidades (desde descontaminación, y el almacenamiento de energía, hasta en la industria agroalimentaria, textil, de la construcción, o electrónica), pero a esta tesis interesa su utilización en nanomedicina y la revolución que puede suponer dentro del sector de la salud. El sector de la salud está vinculado estrechamente a mercados estratégicos e innovadores, ya existen, por ejemplo, los nanotransportadores de fármacos a lugares específicos del cuerpo, útiles en tratamientos contra el cáncer y el alzhéimer, o en biosensores moleculares capaces de medir el colesterol o la glucosa¹⁶⁹². Así, la nanomedicina se configura como un nuevo

¹⁶⁸⁸ Vide Antonio GARREL GUIU y Llorenç GUILERA AGÜERA, “Materiales inteligentes y nanotecnologías”, *La industria 4.0 en la sociedad digital*, o.c., pp. 113-115.

¹⁶⁸⁹ *Ídem* p. 114: «son aquellos que se obtienen manipulando los procesos de formación de las células de los seres vivos aplicando la ingeniería biomolecular».

¹⁶⁹⁰ Vide COMISIÓN EUROPEA, *Recomendación 2011/696/UE, de 18 de octubre, relativa a la definición de nanomaterial*, Bruselas, p. 3: «un material natural, secundario o fabricado que contenga partículas, sueltas o formando un agregado o aglomerado y en el que el 50 % o más de las partículas en la granulometría numérica presente una o más dimensiones externas en el intervalo de tamaños comprendido entre 1 nm y 100 nm»

¹⁶⁹¹ Vide Antonio GARREL GUIU y Llorenç GUILERA AGÜERA, “Materiales inteligentes y nanotecnologías”, *La industria 4.0 en la sociedad digital*, o.c., pp. 116-117.

¹⁶⁹² *Ídem* pp. 118-121.

compromiso que las Administraciones Públicas deben asumir, ofreciendo a los ciudadanos las ventajas y posibilidades que ofrece este avance tecnológico. Lo que, a sensu contrario, implica un aumento del gasto y la dedicación de presupuestos de I+D¹⁶⁹³.

Sin embargo, los nanomateriales presentan potenciales riesgos para la salud y el medio ambiente, dado que, al ser manipulados a escala nanométrica, algunos no sólo ven potenciados sus propiedades positivas, sino también las perjudiciales como la toxicidad o la reactividad. Por ello, la Unión Europea puso en marcha una estrategia para las nanotecnologías¹⁶⁹⁴ que, será modificada pocos años después revisando la legislación aplicable a los nanomateriales, sobre todo de aquellos ligados a la salud, la seguridad y el medio ambiente¹⁶⁹⁵.

El principal reto al que se enfrentan es la cantidad de nanomateriales, así como subgrupos posibles, para poder aplicar a cada uno de ellos el régimen legal concreto. Por ello, el Parlamento propone distinguir los nanomateriales de las sustancias matrices, considerándolas como sustancias nuevas, y así evaluar la idoneidad y eficacia legislativa aplicable¹⁶⁹⁶. Sin embargo, la Comisión entiende que esta tarea no se puede acometer tan fácilmente, y por ello se muestra a favor de una gobernanza flexible en la materia¹⁶⁹⁷, dejando que sea una rama que se consolide para poder aplicar un régimen legal concreto. En consecuencia, ésta aplica el régimen jurídico atendiendo a los criterios del Reglamento de registro, evaluación y restricción de sustancias y preparados químicos (REACH)¹⁶⁹⁸.

¹⁶⁹³ Vide Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “La e-salud: retos que plantea la evolución tecnológica y su incidencia en el sistema sanitario”, *Derecho y Salud*, 25-Extra (2015), pp. 24 y ss.

¹⁶⁹⁴ Vide COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación (2005) 243, de 7 de junio, al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo*, Bruselas, p. 3.

¹⁶⁹⁵ Vide COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación (2008) 366, de 17 de junio, al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo*, Bruselas, pp. 3-4.

¹⁶⁹⁶ Vide PARLAMENTO EUROPEO, *Nano safety: Risk governance of Manufactured nanoparticles*, European Technology Assessment Group, Karlsruhe y Viena, mayo de 2011, p. 105.

¹⁶⁹⁷ Vide COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación (2012) 572, de 3 de octubre, al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo, Segunda revisión de la normativa sobre los nanomateriales*, Bruselas, p. 4 y ss.

¹⁶⁹⁸ Vide PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, *Reglamento 1907/2006, de 18 de diciembre, relativo al registro, la evaluación, la autorización y la restricción de las sustancias y preparados químicos (REACH), por el que se crea la Agencia Europea de Sustancias y Preparados Químicos, se modifica la Directiva 1999/45/CE y se derogan el Reglamento (CEE) no 793/93 del Consejo y el Reglamento (CE) no 1488/94 de la Comisión, así como la Directiva 76/769/CEE del Consejo y las Directivas 91/155/CEE, 93/67/CEE, 93/105/CE y 2000/21/CE de la Comisión*, Estrasburgo, p. 3.

3.1.2. Las impresoras 3D: concepto, caracteres y grupo normativo regulador.

Las impresoras en soporte tridimensional suponen una herramienta innovadora dentro de la sociedad actual, pero esta se patentó en la década de 1960, aunque no comenzó a utilizarse de forma industrializada hasta veinte años después. La estampación, a través de la impresora con tecnología 3D, es una tecnología que funciona mediante la técnica de fabricación aditiva, esto es:

«el proceso de unir materiales para fabricar objetos con datos de modelos 3D normalmente superponiendo capas, a diferencia de los denominados métodos de fábrica sustractivos»¹⁶⁹⁹.

La impresora 3D permite a través de un diseño en tres dimensiones programado mediante un software o programa específico, convertirlo en un objeto, mediante la adición controlada de material, ya sea plástico, resina o materia orgánica, capa por capa, y a escala micrométrica, hasta conseguir la forma geométrica deseada. La tecnología de las impresoras 3D se presenta como la alternativa a los procesos de fabricación en serie, al mismo tiempo que, permite la personalización de los productos, atendiendo al diseño instado en cada montaje¹⁷⁰⁰.

Las principales ventajas de esta tecnología están relacionadas con el ahorro de costes materiales, la reducción de errores, y contribuir al menor riesgo de viabilidad económica-financiera a la hora de fabricar nuevos productos¹⁷⁰¹. Además, de que se utilizan materiales menos pesados puesto que utiliza polímeros de menor densidad, y también, la facilidad para conseguir geometrías complejas, como estructuras reticulares y entrelazadas, difíciles o casi imposibles de conseguir con los instrumentos

¹⁶⁹⁹ Vide COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO, *Dictamen 2015/C 332/05, de 8 de octubre, sobre “Vivir mañana. La impresión 3D: una herramienta para reforzar la economía europea”*, Bruselas, p. 2.

¹⁷⁰⁰ Vide Pierfrancesco DELLA PORTA y Claudio SANTARELLI, *Stampa 3D aspetti legali e commerciali*, Dei Giuridica, Roma, 2015, p. 26.

¹⁷⁰¹ Vide Lucia REY ARES, David RODEIRO PAZOS, Sara FERNÁNDEZ LÓPEZ y Guillermo ANDRÉS ZAPATA HUMANÍ, “La 4ª Revolución industrial: industria 4.0, en César GARCÍA NOVOA y Diana SANTIAGO IGLESIAS, *4ª Revolución Industrial: impacto de la automatización y la inteligencia artificial en la sociedad y la economía digital*, o.c., p. 209.

tradicionales¹⁷⁰². De ahí su vinculación con los nuevos materiales, dado que serán los que determinen las posibilidades de lo que se diseñe a partir de las impresoras 3D.

Los usos o modalidades en las que se puede utilizar esta tecnología son un campo bastante extenso puesto que todo lo que se pueda fabricar mediante el diseño de un prototipo y posterior impresión con el material adecuado, se puede conseguir. Así, este se usa para la construcción de viviendas¹⁷⁰³, ropa, productos tecnológicos o hasta pequeños implantes. Si bien, a medida que se superen los problemas de tamaño, coste de la producción y también la velocidad de actuación de esta tecnología, se irá extendiendo e incluirá componentes electrónicos como circuitos, pero también a células y órganos¹⁷⁰⁴.

Las impresoras en tres dimensiones tienen implicaciones relevantes dentro del ordenamiento jurídico, puesto que chocan con la propiedad industrial e intelectual, la protección de datos personales o pueden generar problemas de responsabilidad, por su utilización. Si bien, dada la importancia estratégica de crecimiento económico que tienen las impresoras 3D dentro del marco comunitario, se están desarrollando una serie de protocolos de diseño que permitan certificar el procedimiento de fabricación por la técnica aditiva, tanto de los materiales, procesos y productos que se desarrollen¹⁷⁰⁵.

No obstante, la utilización de estas herramientas colisiona con el régimen jurídico de las patentes, el diseño industrial, el copyright, y la marca registrada. Por lo que se debe

¹⁷⁰² Vide Antonio GARREL GUIU y Llorenç GUILERA AGÜERA, “Las tecnologías de la industria 4.0”, *La industria 4.0 en la sociedad digital*, o.c., p. 73.

¹⁷⁰³ Vide Javier DE LA CRUZ, “Así se imprime una casa en 3D”, *El País digital*, 25 de octubre de 2019, p. 1: «El nuevo método aporta además otras ventajas adicionales en el campo de la construcción. Por un lado, la impresión en 3D asegura la eficiencia en el consumo: ya no se despilfarran materias primas, se reduce el volumen de escombros en la obra y, con él, las tareas de limpieza. Por otro, permite combinar materiales con propiedades muy complejas durante la impresión por capas. Así, sería factible elaborar un elemento que tenga un acabado duro por un lado y blando por otro, o introducir capas aislantes térmicas, por ejemplo. Las investigaciones en este campo podrían desvelar hallazgos prometedores».

¹⁷⁰⁴ Vide Raúl LIMON, “La impresora 3D se instala en el quirófano”, *El País digital*, 9 de febrero de 2019, p. 1: «La impresión 3D se utiliza para fabricar prótesis, implantes y tejidos para usos ortopédicos, dentales, craneales y maxilofaciales. A su favor cuenta con el avance tecnológico, que mejora y abarata la producción de órganos y los apoyos de algunos Gobiernos. En contra, las regulaciones restrictivas y las limitaciones de los materiales disponibles. Estados Unidos y Europa lideran la aplicación de estas herramientas».

¹⁷⁰⁵ Vide COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO, *Dictamen 2015/C 332/05, de 8 de octubre, sobre “Vivir mañana. La impresión 3D: una herramienta para reforzar la economía europea”*, Bruselas, p. 8.

establecer un régimen jurídico adecuado de convivencia entre ambas, y garantizar los derechos inherentes a sus autores¹⁷⁰⁶.

Esta realidad se ha puesto de manifiesto con especial énfasis durante la crisis de la Covid-19. La posibilidad de imprimir piezas concretas, como respiradores artificiales o máscaras de protección con gran rapidez y coste relativamente reducido, ha supuesto un impulso de esta tecnología, pero al mismo los derechos de autor han frenado su avance. Además, hay que señalar que para su utilización era necesario pasar estrictos controles de garantía y certificación de la Unión Europea, lo que también ha dificultado su expansión.

Asimismo, tal y como afirma la doctrina, sería necesario incorporar una cláusula de excepción legal de protección de derechos cuando se trate de fines humanitarios o sanitarios, es decir, en aquellos supuestos que no impliquen fines comerciales. De este modo, en casos tasados y en situaciones excepcionales (como las ocurridas durante la pandemia) el Gobierno por motivos de interés público podrá obligar a un fabricante a otorgar licencias para poder abastecer la demanda¹⁷⁰⁷.

Y, de igual manera, es necesario establecer un régimen de responsabilidad de las actuaciones que se lleven a cabo mediante esta técnica de producción, especialmente, sobre las figuras de los diseñadores, fabricantes o distribuidores. En consecuencia, se debe distinguir entre los daños provocados por un archivo defectuoso, y los que se produzcan a partir de un objeto impreso. Si bien, respecto de la responsabilidad civil de los intervinientes en la cadena de producción, es de aplicación lo dispuesto para la protección de usuarios y consumidores, así como, en el régimen de seguros. De manera que, se garantiza que el consumidor pueda identificar siempre a la figura contra la que tiene que pedir responsabilidades, en este caso, los prestadores de servicios, salvo que se exonere su culpabilidad¹⁷⁰⁸.

¹⁷⁰⁶ Vide Carlos B. FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, “¿Está la normativa de Propiedad Intelectual e Industrial preparada para la impresión 3D?”, *Diario LA LEY CIBERDERECHO*, 33, (2019), pp. 2 y ss.

¹⁷⁰⁷ Vide Carlos B. FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, “¿Cómo utilizar legalmente la impresión 3D en tiempos de crisis sanitaria?”, *Diario LA LEY CIBERDERECHO*, 39, (2020), pp. 2 y ss.

¹⁷⁰⁸ Vide Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, artículo 147: «Los prestadores de servicios serán responsables de los daños y perjuicios causados a los consumidores y usuarios, salvo que prueben que han cumplido las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del servicio».

Sin embargo, como veremos, este régimen de responsabilidad difiere de lo dispuesto para las Administraciones Públicas, en nuestro país, por lo que es necesario analizar las distintas perspectivas de desarrollo de la cuestión.

3.1.3. La utilización dentro del Sistema Nacional de Salud: la responsabilidad patrimonial por fallos en la impresora 3D.

Al objeto de esta tesis, destaca especialmente su utilización dentro del sector de la salud y su incorporación como técnica o instrumento de tratamiento habitual de enfermedades¹⁷⁰⁹. Esto va a tener distintos efectos: en primer lugar, la adaptación tanto de recursos materiales como de formación del personal para la utilización de este recurso; en segundo lugar, la creación de un nuevo derecho sobre los pacientes, a decidir si quiere o no un órgano o tejido natural, o diseñado a través de esta tecnología; y, en tercer lugar, la delimitación de la responsabilidad patrimonial por el uso de estas tecnologías dentro del Sistema Nacional de Salud.

La primera de las disyuntivas está relacionada con la necesidad de adaptar el sistema a los avances producidos por la ciencia, más aún, un sector como la salud estratégico y relevante dentro de nuestro PIB a las posibilidades que abren las nuevas tecnologías. Este será un proceso paulatino pero que supondrá la incorporación de una impresora 3D en los quirófanos de los hospitales de nuestro país.

Y, junto ésta será necesaria la configuración a su alrededor de un equipo de profesionales¹⁷¹⁰ para trabajar con esta herramienta: en primer lugar, un informático que se encargue del diseño y perfeccionamiento del programa o software de diseño de aquello que se pretenda imprimir; en segundo lugar, un ingeniero que se encargue de la impresión, en sentido estricto, y del ensamblaje de los componentes en los casos que sea necesario; y en tercer lugar, cuando el material que se esté utilizando sean células vivas, para

¹⁷⁰⁹ Vide Raúl LIMON, “La impresora 3D se instala en el quirófano”, *El País digital*, 9 de febrero de 2019, p. 1: «*La impresión 3D se utiliza para fabricar prótesis, implantes y tejidos para usos ortopédicos, dentales, craneales y maxilofaciales. A su favor cuenta con el avance tecnológico, que mejora y abarata la producción de órganos y los apoyos de algunos Gobiernos. En contra, las regulaciones restrictivas y las limitaciones de los materiales disponibles. Estados Unidos y Europa lideran la aplicación de estas herramientas*».

¹⁷¹⁰ Vide Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “Crisis y revisión en el seno del Servicio Andaluz de Salud: bolsa de empleo y modelo de carrera profesional”, en Francisco BALAGUER CALLEJÓN y Estanislao ARANA GARCÍA (Coordinadores), *Libro Homenaje al profesor Rafael Barranco Vela*, Cívitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2014, pp. 1631 y ss.

producir órganos o tejidos, será necesaria la supervisión de un biólogo, o expertos en conocimiento en ciencias biológicas que verifiquen que la materia, el proceso y el producto, cumplen con todos los requisitos para su incorporación al cuerpo humano.

En segundo lugar, atendiendo a las cuestiones éticas, habrá que valorar si los pacientes tienen derecho a decidir sobre el trasplante de células, tejidos u órganos naturales, o creados a partir de esta técnica o artificiales. De este modo, habrá personas que, por cuestiones morales, éticas o religiosas puedan negarse a la utilización de estas técnicas sobre su cuerpo, y en cuyo caso tendrán derecho a que se respeten sus creencias, al igual que ocurre en la actualidad en diversos supuestos como, por ejemplo, las transfusiones de sangre¹⁷¹¹.

Como toda técnica innovadora habrá que esperar para comprobar la reticencia de la población a su uso, o si éstos se muestran comprometidos con el progreso y deciden apostar por la innovación. Sin embargo, hasta el momento, la Unión Europea no se ha pronunciado acerca de su utilización dentro del cuerpo humano, en la producción de tejidos y órganos. La cuestión ética es bastante relevante, quizá no tanto dentro de este ámbito, puesto que, son las propias células del ser humano las que se utilizarían para su construcción, evitando así cualquier tipo de rechazo¹⁷¹².

El problema surgirá cuando se usen las impresoras en 4D que permitirán la creación de productos capaces de modificarse así mismos atendiendo a los cambios ambientales o las necesidades que sus sensores sean capaces de percibir¹⁷¹³. Sin duda, supondría una gran revolución, porque hablaríamos de órganos capaces de adaptarse a los cambios interiores y exteriores del cuerpo del ser humano, lo que permitiría, por ejemplo, que determinadas células del ser humano dejen de envejecer, o inclusive se rejuvenezcan

¹⁷¹¹ Vide STS 6493/2009, de 6 de octubre, FJ2.

¹⁷¹² Vide Miguel Ángel CRIADO, “Una impresora 3D crea huesos, músculos y cartílagos”, *El País digital*, 17 de febrero de 2016, p. 2: «El principal problema hasta ahora en este punto del proceso era conseguir que el biomaterial impreso no solo se mantuviera vivo, sino que sirviera de base para que las células proliferaran a lo largo de la estructura. Según los resultados de su investigación, publicada en *Nature Biotechnology*, tanto las células usadas para el tejido muscular, como los de huesos o las de la oreja seguían vivas seis días después de su impresión y habían iniciado procesos de proliferación celular. Lo siguiente fue probar su viabilidad tanto estructural como funcional. Cada una de las impresiones fue implantada en diferentes modelos animales, ratas y ratones. En los cuatro casos, la supervivencia celular superó el 90% y en todos ellos, los tejidos impresos fueron capaces de proliferar, generando nuevo tejido. Una de las claves para esta regeneración parece haber sido la inclusión de microcanales dentro la estructura impresa que, como si fuera un sistema vascular propio, permitieron la circulación del oxígeno y los nutrientes».

¹⁷¹³ Vide Klaus SCHWAB, *La cuarta revolución Industrial*, o.c., p. 19.

atendiendo a determinados estímulos. El tratamiento de esta cuestión no puede ser en ningún caso objeto de regulación normativa unilateral por el Estado, sino que, se tiene que llegar a un acuerdo ético sobre el régimen de gestión, derechos y obligaciones de los participantes.

En tercer lugar, el uso de estos dispositivos podrá generar responsabilidad patrimonial por su utilización como una herramienta más en el Sistema Nacional de Salud. Imaginemos el supuesto de un trasplante de pulmón diseñado por la tecnología de las impresoras 3D que ocasiona en el paciente una enfermedad pulmonar obstructiva crónica que termina provocándole la muerte, y se solicita por los familiares una indemnización por los daños causados. Si analizamos el supuesto atendiendo los requisitos de la responsabilidad patrimonial, efectivamente se produce una lesión de bienes o derechos como consecuencia del funcionamiento, normal o anormal, de los servicios públicos¹⁷¹⁴, y que no exista el deber jurídico de soportar¹⁷¹⁵. Además, el daño habrá de ser «efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas»¹⁷¹⁶, como es la muerte del paciente.

Una vez comprobado que efectivamente existe un daño, es necesario verificar si existe una relación de causalidad entre el daño y la actuación de la Administración. Si bien, habrá que distinguir entre los daños provocados por un archivo defectuoso en origen, los derivados de la impresión en sentido estricto, y los que se produzcan por la incorporación de la pieza en 3D al cuerpo humano. En otras palabras, habrá que determinar si existe actuar negligente o culposo por parte de la Administración, o si, por el contrario, el daño provocado se debe a riesgos desconocidos según el estado de la ciencia y la técnica.

En el primer caso hablaríamos de supuestos donde hay una evidente negligencia de la Administración como, por ejemplo, equivocarse en el diseño del archivo de impresión en elementos claramente identificables, como la dimensión, o el tipo de células

¹⁷¹⁴ Vide CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, de 29 de diciembre de 1978, artículo 106.2: «Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos»

¹⁷¹⁵ Vide Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, añade en el artículo 34.1: «Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley (...)».

¹⁷¹⁶ *Ibidem* Artículo 32.2.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA REVOLUCIÓN “INTERNET”: EL IMPULSOR DE LA SOCIEDAD DIGITAL

aplicables a cada paciente. También puede darse el supuesto de que no se hayan incorporado las instrucciones correctas a la impresora, de forma que, se trate de un problema derivado de la supervisión y control del dispositivo. O, el fallo puede deberse a los riesgos inherentes de toda operación de trasplante, y la praxis del cirujano o médicos (en este último caso, no existiría una innovación propiamente dicha dentro de los criterios que la jurisprudencia aplica en estos casos). En consecuencia, estos casos, siempre atendiendo a las circunstancias de cada supuesto, implican un daño que el paciente no tiene el deber jurídico de soportar, en tanto que, se deben en esencia a errores humanos y no de esta tecnología, en “*strictu sensu*”.

No obstante, si que se pueden dar situaciones controvertidas cuya responsabilidad pueda atribuirse a esta tecnología. Reflexionemos en el supuesto de que el responsable imprima digitalmente un archivo que cumple, a priori, con todos los requisitos técnicos y materiales para ser compatible con el paciente, pero la máquina ha configurado un producto que no corresponde con las indicaciones solicitadas. O, que el tejido impreso provoque daños imprevisibles en los primeros análisis en el paciente. No se puede responsabilizar a la Administración porque ella ha realizado todo el proceso siguiendo las pautas correctas, de manera que, no existe una negligencia o actuar culposos, dado que no eran riesgos conocidos.

En consecuencia, en este caso habrá que atender a la responsabilidad de la Administración por riesgos desconocidos, en aquellos supuestos que no se haya podido prevenir o evitar el daño, atendiendo al estado de la ciencia y la técnica¹⁷¹⁷. Así, nuestro sistema de responsabilidad patrimonial exime del derecho a indemnización de los perjudicados sobre aquellos daños que no se hubieran podido prevenir o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia y la técnica, aunque se pueden prever otro tipo de prestaciones.

El problema es que la utilización de estas técnicas y procedimientos no contará con la suficiente consolidación en nuestro sistema de salud, hasta dentro de bastantes

¹⁷¹⁷ Vide Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, artículo 34.1: «Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos».

años, y los pacientes tendrán que sufrir los riesgos derivados del proceso tecnológico¹⁷¹⁸. Así, como afirma la doctrina, el conocimiento de los riesgos se alcanza a costa de la víctima a quien se responsabiliza del coste de la investigación, ya que el causante está exento de responsabilidad¹⁷¹⁹.

Si bien, la norma prevé otras medidas compensatorias (como son las prestaciones asistenciales o económicas, que dependerán de cada caso), tal y como afirma la doctrina, la exoneración de responsabilidad por riesgos desconocidos, o de desarrollo, en este tipo de situaciones, donde la velocidad del desarrollo tecnológico se impone a la proporción de la seguridad de los pacientes, limita el crecimiento de estas técnicas¹⁷²⁰. Por ello, ante determinados supuestos, es necesario eliminar esta cláusula, de forma que, mediante el establecimiento de un régimen de responsabilidad coherente y atendiendo a las circunstancias, se incentiva la investigación y una implantación más segura y con mayores coberturas para los pacientes de nuestro sistema sanitario.

3.2. Los drones.

3.2.1. Concepto, caracteres y grupo normativo regulador.

Los avances científicos de los últimos años han permitido el progreso de la aviación sin conductor, posibilitando la aparición de pequeñas aeronaves denominadas como drones que surcan los cielos de los Estados. Si bien, éstas se caracterizan por ser aeronaves pilotadas por control remoto y que son completamente autónomas. Así, la doctrina los define como:

«aviones pilotados a distancia que pueden albergar componentes auxiliares como cámaras, sensores e incluso armamento. Todas las operaciones

¹⁷¹⁸ Vide Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “La evaluación de las tecnologías sanitarias y la creación de una red de autoridades u órganos responsables”, en Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, *Profesionales de la salud. Problemas jurídicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 231 y ss.

¹⁷¹⁹ Vide José ESTEVE PARDO, “La protección de la ignorancia. Exclusión de responsabilidad por los riesgos desconocidos”, *Revista de Administración Pública*, 161, (2003), pp. 63 y ss.

¹⁷²⁰ Vide Alejandro MARTÍNEZ NAVARRO, “Responsabilidad y nuevas tecnologías. Una aproximación desde el ámbito sanitario”, en Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, *Homenaje de AIDA al profesor D. Jesús González Pérez*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 1024.

de vuelo, incluyendo el despegue y el aterrizaje, se realizan sin un piloto humano a bordo»¹⁷²¹.

Sin embargo, los drones han sido introducidos en la sociedad como instrumentos de ocio¹⁷²². Esta tecnología puede tener una fuerte repercusión en el futuro, tanto para la realización de tareas peligrosas por las condiciones externas del entorno, por ejemplo, en situaciones de peligro, catástrofe o por razones de seguridad sanitaria o pública. No obstante, la idea que subyace en la cabeza de todos es conseguir que estas naves no tripuladas sirvan para el transporte de personas de forma comercial. La realidad es que, no sabemos, el futuro que nos deparará.

La regulación en España de los drones se produce gracias al Real Decreto 1036/2017, por la que se regula la utilización civil de las aeronaves pilotadas por control remoto, el cual, atendiendo a las disposiciones internacionales de la materia, intenta garantizar la seguridad de las operaciones dentro del espacio aéreo¹⁷²³. La Administración se ha visto obligado a intervenir en la utilización profesional de los drones, para proteger los fines que le son propios. Por ello, se establecen una serie de requisitos subjetivos para poder operar con drones, y cuya actividad está sujeta a autorización o comunicación previa. Así, tal y como afirma la doctrina:

«La técnica, en consecuencia, se encuentra en un punto de evolución importante en la actualidad en el que es preciso la articulación de un Derecho adecuado a las especificidades de estos sistemas y a las especialidades de los riesgos que genera tanto en el momento de la operación, como en la relación con la posible vulneración de derechos fundamentales por efecto de su utilización»¹⁷²⁴.

¹⁷²¹ Vide Moisés BARRIO ANDRÉS, “Drones. Concepto, clases e historia. Usos actuales. El derecho de los drones”, en *Derecho de los drones*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018, p. 31.

¹⁷²² Vide Paloma LLANEZA GONZÁLEZ, *Seguridad y responsabilidad en la Internet de las Cosas*, o.c., pp. 313-314.

¹⁷²³ Vide Real Decreto 1036/2017, de 15 de diciembre, por el que se regula la utilización civil de las aeronaves pilotadas por control remoto, y se modifican el Real Decreto 552/2014, de 27 de junio, por el que se desarrolla el Reglamento del aire y disposiciones operativas comunes para los servicios y procedimientos de navegación aérea y el Real Decreto 57/2002, de 18 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Circulación Aérea.

¹⁷²⁴ Vide Manuela MORA RUIZ, “La ordenación jurídico-administrativo de los drones en el derecho español: entre la libre competencia y la protección del interés general”, en María Jesús GUERRERO LEBRÓN y Juan Ignacio PEINADO GARCÍA y otros, *EL derecho aéreo entre lo público y lo privado*.

Además, el Parlamento Europeo ha aprobado de forma reciente tres reglamentos: el primero, sobre normas comunes en el ámbito de la aviación civil, y por el que se crea una Agencia de la Unión Europea para la Seguridad aérea y se modifican el marco normativo precedente¹⁷²⁵; el segundo, sobre los sistemas de aeronaves no tripuladas y los operadores de terceros países de sistemas de aeronaves no tripuladas¹⁷²⁶; y el tercero, relativo a las normas y los procedimientos aplicables a la utilización de aeronaves no tripuladas¹⁷²⁷.

Y, además, la Agencia Española de Protección de Datos ha elaborado una guía para el uso civil de drones¹⁷²⁸, siguiendo los pasos de Francia¹⁷²⁹, Italia¹⁷³⁰ y Reino Unido¹⁷³¹. Sin embargo, es necesario apostar por un régimen jurídico del sector más adecuado, teniendo en cuenta los bienes jurídicos que se ponen en riesgo, y las especificidades propias de los drones. Así, tal y como afirma la doctrina, la dispersión normativa que sustenta el régimen jurídico debería ser sustituida por una actuación más ordenadora, donde se incorporaran las reglas, límites y condiciones de acceso al ejercicio de esta actividad para preservar el interés general¹⁷³².

Aeropuertos, acceso al mercado, drones y responsabilidad, Servicio de Publicaciones Universidad Internacional de Andalucía, Sevilla, 2017, p. 214.

¹⁷²⁵ Vide PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, *Reglamento (UE) 2018/1139, de 4 de julio de 2018, sobre normas comunes en el ámbito de la aviación civil y por el que se crea una Agencia de la Unión Europea para la Seguridad Aérea y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n° 2111/2005, (CE) n° 1008/2008, (UE) n° 996/2010, (CE) n° 376/2014 y las Directivas 2014/30/UE y 2014/53/UE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan los Reglamentos (CE) n° 552/2004 y (CE) n° 216/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CEE) n° 3922/91 del Consejo*.

¹⁷²⁶ Vide COMISIÓN EUROPEA, *Reglamento delegado (UE) 2019/945, de marzo de 2019, sobre los sistemas de aeronaves no tripuladas y los operadores de terceros países de aeronaves no tripuladas*.

¹⁷²⁷ Vide COMISIÓN EUROPEA, *Reglamento de ejecución (UE) 2019/947, de 24 de mayo de 2019, relativo a las normas y los procedimientos aplicables a la utilización de aeronaves no tripuladas*.

¹⁷²⁸ Vide AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, “*Guía de Drones y Protección de Datos*”, 30 de mayo de 2019.

¹⁷²⁹ Vide COMMISSION NATIONALE DE L'INFORMATIQUE ET DES LIBERTÉS, *Aéromodélisme: modèles réduits et drones de loisir*, 2020. La primera versión es del año 2016.

¹⁷³⁰ Vide GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Regolamento: mexxi aerei a pilotaggio remoto*, noviembre de 2019. La primera versión es del año 2013.

¹⁷³¹ Vide INFORMATION COMMISSIONER'S OFFICE, *Recommendations that users drones*, 2016.

¹⁷³² Vide Manuela MORA RUIZ, “La ordenación jurídico-administrativa de los drones en el derecho español: entre la libre competencia y la protección del interés general”, en María Jesús GUERRERO LEBRÓN y Juan Ignacio PEINADO GARCÍA y otros, *EL derecho aéreo entre lo público y lo privado. Aeropuertos, acceso al mercado, drones y responsabilidad*, Servicio de Publicaciones Universidad Internacional de Andalucía, Sevilla, 2017, p. 214; Vide Antonio FORTES MARTÍN, *La ordenación y el control administrativo del tráfico aéreo*, Thomson-Reuters, Madrid, 2012, pp. 13 y ss.

3.2.2. La Administración Pública y el uso de drones para cumplir las funciones de vigilancia del Estado: análisis de la responsabilidad patrimonial.

Dentro de las funciones que acomete el Estado, los drones pueden resultar muy útiles para realizar su función de vigilancia y de policía, tales como, la búsqueda de personas, la protección del patrimonio, la lucha contra incendios, o el reporte de asistencia antes situaciones catastróficas¹⁷³³.

En este sentido, durante la pandemia su utilización se ha visto reforzada para acceder a lugares recónditos y sancionar a aquellas personas que incumplían las normas excepcionales vigentes durante ese período. No obstante, el uso de estos dispositivos, como cualquier instrumento tecnológico, no está exento de producir daños, del cual puede derivar responsabilidad de la Administración que los use. Si bien, dentro de los daños que se pueden producir distinguimos entre los materiales y de protección de derechos fundamentales.

A. Por daños materiales.

En primer lugar, el uso de drones puede derivar en responsabilidad patrimonial para la Administración por la producción de daños en terceros o en bienes, ya sea bien por el impacto, o bien por la caída del dron. Por tanto, lo primero que debe existir es una lesión de bienes o derechos como consecuencia del funcionamiento, normal o anormal, de los servicios públicos¹⁷³⁴, y que no exista el deber jurídico de soportar¹⁷³⁵.

Además, el daño habrá de ser *«efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas»*¹⁷³⁶. A modo de supuesto práctico en el que son fácilmente constatables estos factores es el policía local

¹⁷³³ Vide José Luis GAY MARTÍ, “El uso de drones por las Administraciones Públicas”, en Moisés BARRIO ANDRÉS, *Derecho de los drones*, La Ley, Madrid, 2018, p. 176.

¹⁷³⁴ Vide CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, de 29 de diciembre de 1978, artículo 106.2: *«Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos»*

¹⁷³⁵ Vide Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, añade en el artículo 34.1: *«Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley (...)»*.

¹⁷³⁶ *Ibidem* Artículo 32.2.

que, en el ejercicio de sus funciones, utiliza el dron para vigilar o controlar el acceso de determinadas zonas, y pierde el control del dron que termina provocando daños en un vehículo aparcado.

En este caso, habrá que demostrar que el piloto del dron actuó con la pericia y protocolos adecuados, no mediando la actuación de un tercero, y que es el que efectivamente provoca los daños en el coche. Por ejemplo, imaginemos que el dron está sobrevolando y un tercero le lanza piedras hasta que éste cae, perdiendo el control del dispositivo el piloto. En consecuencia, ya no existiría responsabilidad patrimonial.

Además, también puede darse el supuesto, de que se levante una tormenta, mientras se esta sobrevolando con el dron, al piloto no le da tiempo que este retorno al lugar de origen, y en medio de la tempestad, pierde el control del dron y éste ocasiona daños. En este supuesto, al mediar una causa de fuerza mayor, tampoco existiría responsabilidad de la Administración.

En consecuencia, sólo se daría el caso de responsabilidad patrimonial, cuando una Administración, prestando un servicio público, ocasione daños sobre terceros o sus bienes, que no tiene el deber de soportar y además, existe una relación de causalidad, entre el daño ocasionado y la actuación de la Administración, y no medie causa de fuerza de mayor.

Por esta razón, habrá que determinar si detrás de la actividad está la obra humana, por un hackeo del control del sistema de software, o un fallo en el diseño físico o interno del dispositivo¹⁷³⁷. Por tanto, si se producen daños en personas o bienes, que los ciudadanos no tienen la obligación legal de soportar, habrá que determinar caso por caso, si existe o no responsabilidad patrimonial atendiendo al estado de la ciencia y la técnica.

En otras palabras, al no existir una acción humana de la Administración, habrá que valorar si el daño producido se encontraba entre los riesgos que asumen con su utilización, o si por el contrario se debe a una consecuencia no predecible según el estado de la técnica en ese momento. Así, si el dron ha sido manipulado, habrá que valorar si la Administración cuenta con los instrumentos de protección de software adecuados, atendiendo a los riesgos a los que está expuestos el desarrollo de esta actividad, o si, por el contrario, carece completamente de ellos o están desfasados en términos tecnológicos.

¹⁷³⁷ Vide Marina CASTELLS I MARQUÉS, “Drones civiles”, en Susana NAVAS NAVARRO, *Inteligencia artificial: tecnología y derecho*, o.c., pp. 93 y ss.

De este modo, esta nueva Era no sólo genera la obligación de la Administración de invertir en tecnologías de última generación, sino en incluir también los instrumentos de protección y desarrollo que sean necesarias para que puedan realizar sus actividades.

B. Por lesión de derechos fundamentales.

La actividad de los drones también puede provocar daños en derechos fundamentales como es el caso de la protección de datos personales, la propia imagen, el honor, o la intimidad. Los datos obtenidos por los drones deberán tratarse de conformidad con el Reglamento Europeo de Protección de Datos, así como también, de la Ley de Protección de Datos y de los Derechos Digitales, de acuerdo con lo establecido en el Dictamen 1/2015 sobre la problemática del uso de drones para la protección de datos y privacidad de 6 de junio de 2015. Según el cual, aplica el principio de “*mutatis mutandis*” a los drones en lo que respecta al régimen de protección de los datos general.

En primer lugar, en lo que se refiere al ámbito de aplicación es necesario recoger las excepciones propias que incorpora la legislación estatal y comunitaria¹⁷³⁸. Si bien, el Reglamento General de Protección de Datos establece que se excluyen del régimen de tratamiento de protección de datos, todos aquellos que se recojan por parte de las autoridades competentes con fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales, o de ejecución de sanciones penales, incluida la de protección frente a amenazas a la seguridad pública y su prevención¹⁷³⁹.

Sin embargo, esto no supone un uso ilimitado de esta tecnología para la captación y uso de los datos. Cuando las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado utilicen los drones para el ejercicio de sus funciones, en todo caso, respetarán los derechos y libertades garantizados por el ordenamiento. En consecuencia, cualquier limitación de los derechos de los ciudadanos necesitará de una autorización judicial para privar o restringir las libertades de los investigados, siempre que se exceda de los límites constitucionales. Así, por ejemplo, la inviolabilidad del domicilio y la protección de la intimidad del

¹⁷³⁸ Vide PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, *Reglamento 2016/679, de 27 de abril, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE*, Bruselas, artículo 2.2; Vide Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, artículo 2.

¹⁷³⁹ *Ibidem* Artículo 2.2.d)

individuo priman sobre la actividad de investigación criminal y de sanciones, en el caso de que no exista autorización judicial que permita sobrepasar los límites constitucionales¹⁷⁴⁰.

En consecuencia, será complicado que exista una responsabilidad patrimonial de la Administración por la captación de imágenes por los drones, en tanto que, las labores de vigilancia y policía, que son las principales para los que se va a utilizar esta herramienta, se encuentra excluida dentro del régimen general de protección de datos. Por tanto, sólo podrá existir responsabilidad de la Administración cuando fuera del desarrollo de estas actividades se utilicen los drones.

En otras palabras, podrá existir responsabilidad patrimonial cuando la captación de estas imágenes se realice con otros fines que no sean los de prevención, investigación o protección frente a amenazas y provoquen daños en los derechos de terceros, siempre que puedan ser evaluados económicamente o cuantificables. Por ejemplo, en el tratamiento de imágenes captados por el dron para fines publicitarios, si se infringen los límites legales o constitucionales. En consecuencia, debe existir un acto administrativo posterior que, en base a los datos o imágenes captadas, adopte una resolución que afecte a los derechos del administrado. En sentido contrario, nunca se podría afirmar que exista una lesión de sus derechos, si los datos son guardados, pero no tratados, no existe ningún daño jurídico evaluable para el administrado.

La realidad es que resultará complicado que exista una responsabilidad patrimonial de la Administración en estos supuestos, dado que, es diversa la casuística que tiene que coincidir: en primer lugar, que no se encuentre incluido dentro del régimen de protección de datos personales; y, en segundo lugar, que se produzca un daño a los derechos fundamentales de un tercero, por sobrepasar los límites legales permitidos, no teniendo el deber de soportarlo, y que éste sea evaluable económicamente.

¹⁷⁴⁰ Vide STS 329/2016, de 20 de abril, FJ 2: «Ya hemos dicho que la protección constitucional frente a la incursión en un domicilio debe abarcar, ahora más que nunca, tanto la entrada física del intruso como la intromisión virtual. La revolución tecnológica ofrece sofisticados instrumentos de intrusión que obligan a una interpretación funcional del art. 18.2 CE. La existencia de drones, cuya tripulación a distancia permite una ilimitada capacidad de intromisión en recintos domiciliarios abiertos es sólo uno de los múltiples ejemplos imaginables. Pero incluso para el caso en que se entendiera que los supuestos de falta de presencia física por parte de los agentes en el domicilio investigado deben ser protegidos conforme al concepto general de intimidad que ofrece el 18.1 CE, lo cierto es que en el presente caso no consta la existencia de ningún fin constitucionalmente legítimo que, por razones de urgencia, permitiera sacrificar la intimidad del sospechoso».

4. La revolución intangible.

4.1. Introducción.

La mente visionaria de personas como Isaac Asimov, ya fue capaz de describir en 1950 el futuro de la sociedad como robotizada. Así, a modo de novela de ciencia ficción, presentaba una realidad poco halagüeña para la especie humana, donde el mundo material había sido invadido por seres con mayor capacidad de razonamiento que el ser humano. Un mundo donde la inteligencia artificial y la robótica controlaban nuestras decisiones y dirigían nuestros pensamientos, al mismo tiempo que, sustituían al hombre en las actividades que tradicionalmente venía ejerciendo. Y, de este modo, describiendo un ser humano desplazado de su posición dominante sobre el universo, donde su propia obra, más inteligente que el creador, había destronado al rey y ocupado su lugar.

«- Entonces, no puede recordar los tiempos en que no había robots. La humanidad tenía que enfrentarse con el universo sola, sin amigos. Ahora tiene seres que la ayudan; seres más fuertes que ella, más útiles, más fieles y de una devoción absoluta. ¿Ha pensado usted en ello bajo este aspecto? - Temo que no. ¿Puedo citar sus palabras? – Si. Para usted, un robot es un robot. Mecánica y metal; electricidad y positones ¡Mente y hierro! ¡Obra humana! Si es necesario destruida por el hombre. Pero no ha trabajado usted en ellos, de manera que no los conoce. Son más limpios, más educados que nosotros (...) Deben haberlo sabido desde el principio. Vendíamos robots para uso terrestre... antes de mis tiempos incluso. Desde luego, eran robots que no podían hablar. Después se hicieron más humanos y empezó la oposición. Los sindicatos obreros, como es natural, se opusieron a la competencia que hacían los robots al trabajo humano, y varios sectores de la opinión religiosa hicieron sus objetivos inspirados en la superstición. Todo aquello fue inútil y ridículo. Y, sin embargo, así era»¹⁷⁴¹

Pero, esta novela debe contextualizarse en el tiempo. Huelga decir que, nos encontramos con una sociedad en plena reconstrucción tras la II Guerra Mundial y que atisba el nacimiento de otra Guerra para la que no se siente preparada. Además, la mayor

¹⁷⁴¹ Vide Isaac ASIMOV, *Yo, robot*, Edhasa, Barcelona, 1975, pp. 8-9.

parte de los trabajos convencionales se habían visto obligados a reconvertirse hacia la industrialización y la producción en cadena. Las máquinas propias de la II Revolución Industrial invaden nuestro entorno y comienzan a suplir gran cantidad de puestos de trabajo.

A esta situación hay que sumarle la confianza, o más bien la desconfianza del ser humano hacia sus propias creaciones y la utilización que se haga de las mismas que invade el pensamiento de la conciencia social. Todo parece indicar que si la tecnología sigue avanzando de ese modo llegará un momento en que se convierta en inteligente, con capacidad de razonamiento y de llegar a mejores conclusiones que el propio ser humano. Y eso provoca miedo. A la mayoría de las personas les da pavor pensar que el ser humano puede ser superado, perdiendo el control de su propia obra, y se cuestionan todos los límites éticos y morales, habidos y por haber, antes de seguir avanzando en el proceso evolutivo.

No obstante, cuando esta novela se publica, se enmarca en el género de ciencia ficción, puesto que, el resto de las tecnologías que conforman la sociedad no están lo suficientemente avanzadas como para permitir un desarrollo de la inteligencia artificial solvente. Hoy en día ya no lo sería. Simplemente, podría ser una novela catastrofista, sobre un futuro tan cercano que se toca con la yema de los dedos. Ya no nos extraña desbloquear el teléfono móvil con nuestra huella dactilar, o a través del sistema de reconocimiento facial, al más puro estilo James Bond.

No somos conscientes de que estas tecnologías ya nos invaden en nuestra vida cotidiana, y que cada día estamos más cerca de comercializar un robot en cada casa que nos ayude a realizar las tareas mecánicas o de fuerza, pero también a tomar mejores decisiones. Sin embargo, es curioso que el pensamiento temeroso hacia el desarrollo de los robots persiste con idéntica estructura 70 años después en nuestra sociedad. No sé si es fruto de que la mayor parte de la doctrina ha sido educada en ese pensamiento catastrofista hacia los robots, lo que le impide visibilizar la parte positiva del progreso, o bien, que sólo focaliza su atención en los riesgos o aspectos negativos de la misma. Pero, los miedos y retos por seguir son los mismos: confianza y seguridad.

En realidad, en parte, tal y como afirma el padre de la IV Revolución Industrial, es necesario promover una narrativa positiva de la realidad que suponen estas tecnologías. El uso de términos como robotización, o reinado de la inteligencia artificial, para describir el proceso que estamos viviendo, no ayudan nada a fomentar su uso. El cine de finales

CAPÍTULO SEGUNDO

LA REVOLUCIÓN “INTERNET”: EL IMPULSOR DE LA SOCIEDAD DIGITAL

del S.XXI, pero más aún el de inicios del S.XXI, ha colaborado a crear una conciencia negativa sobre esos términos. Películas como Terminator, RoboCop, Matrix, Transformers, Eva o Autómata, se centran en explotar la faceta más negativa o extremista de los robots¹⁷⁴². Por ello, no hay confianza en estas invenciones, ni tampoco seguridad de su uso, lo que provoca la creación de esa conciencia negativa que persuade del progreso y la llegada de otros seres más inteligentes que nosotros.

No obstante, quizá como ignorante, demasiado confiada en la voluntad del ser humano con sus obras, o simplemente el hecho de pertenecer a otra generación, no tiene cabida en mi pensamiento poner trabas al progreso. En mi opinión, el freno a la revolución de la inteligencia artificial, y como veremos el desarrollo del ser humano potenciado, tiene más una conciencia moral, donde predominan más los tintes religiosos que éticos.

Sin embargo, no podemos esperar otros 50 años para promover y consolidar esta tecnología basándonos en cuestiones éticas o morales, por perder el control sobre las mismas, o por problemas que no sabemos si algún día llegarán a ocurrir, y a los que ya queremos buscar soluciones. Es un absurdo el planteamiento en sí mismo. A los problemas, más a los previsibles, soluciones desde que se puedan reconocer, pero imaginar futuros hipotéticos de realidades imaginarias no nos concierne hoy. Quizá sí mañana, o probablemente nunca.

Sin duda este bloque y el siguiente son los que mayores cambios van a provocar en la sociedad tal y como las conocemos. No sólo porque va a introducir nuevos sujetos de derecho dentro de nuestro ordenamiento jurídico, sino porque las relaciones en general van a dar un cambio abismal a lo que estábamos acostumbrados. Las necesidades, sobre todo, las de carácter tecnológicos, crecerán exponencialmente y los problemas de desigualdad aumentarán a un ritmo sin precedentes en nuestra historia. El Estado de Bienestar deberá adaptarse a todos esos cambios que se van a producir. No sólo se tratará de incorporar estas nuevas tecnologías a su normal funcionamiento, sino de readaptar todas las actividades hacia la digitalización y de dar respuesta a las nuevas necesidades de la población.

El análisis de este apartado se divide en tres bloques. El primer bloque recoge el Internet de las Cosas, como un primer acercamiento a las tecnologías intangibles, y el

¹⁷⁴² Vide Ricard MARTÍNEZ MARTÍNEZ, “Inteligencia artificial, derecho y derechos fundamentales”, en Tomás DE LA QUADRA SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, *Sociedad Digital y Derecho*, Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, Madrid, 2018, p. 260.

proceso de datificación y conexión entre la realidad virtual y material. Esta tecnología presenta varios problemas en origen, y aunque es la más avanzada de las que conforman este sector, no está experimentando un tratamiento uniforme de las cuestiones, tal y como veremos.

El segundo bloque se centra en el tratamiento jurídico de una doble cuestión: la inteligencia artificial y la robótica. Ambas figuras se analizan de forma conjunta en varios aspectos. En parte, porque vienen a representar lo mismo en nuestra sociedad y generan la misma problemática desde el inicio, por el estado actual de la técnica. Es más, la idea del robot que invade la mente de la mayoría de las personas no se identifica con un robot industrial o de fábrica, sino como un ser mecánico, antropomorfo, con capacidad de razonamiento y que resuelva todos nuestros problemas, tanto físicos como mentales. Por ello, la figura del robot no se entiende sin la inteligencia artificial: el robot sería la parte material, el conjunto de engranajes que hacen que realicen determinadas funciones mecánicas o repetitivas; y luego estaría la inteligencia artificial, o la parte de procesamiento, análisis y gestión de la información para crear una opinión razonada sobre todas aquellas cuestiones que se pretendan resolver.

Y, finalmente, dentro del sector de las tecnologías intangibles deben ser estudiados los ordenadores cuánticos y todas las posibilidades que ofrecerán a la sociedad. Esta es una tecnología aún en fase de desarrollo, en la que se están centrando grandes esfuerzos por los efectos y finalidades en las que se puede aplicar, pero que aún están lejos de conseguirse.

4.2. El Internet de las Cosas.

4.2.1. Concepto, características y elementos.

El Internet de las Cosas, más conocido como IoT por sus siglas en inglés, hace referencia a la tecnología que se encarga de conectar objetos cotidianos a Internet. Estos se encargan de intercambiar, agregar y procesar información sobre el entorno físico para proporcionar servicios a los usuarios¹⁷⁴³. En consecuencia, la finalidad de estas

¹⁷⁴³ *Vide* Dave EVANS, “Internet de las Cosas. Cómo la próxima evolución de Internet lo cambia todo”, *Cisco Internet Business Solution Group*, (2011), p. 11.

tecnologías es conectar el mundo físico con el mundo digital a través de los sistemas de información y comunicación¹⁷⁴⁴. El término de Internet de las cosas se ha popularizado en los últimos años, convirtiendo en inteligentes a multitud de objetos, dispositivos, o elementos cotidianos de la vida. Por ello, el IoT se podrá utilizar sobre cualquier utensilio material que gracias al uso de tecnologías electromagnéticas y la programación, le permita conectarse a la red de redes. De conformidad con esto, es como la Unión Internacional de Telecomunicaciones ha definido el Iot:

«una infraestructura global para la sociedad de la información que permite servicios avanzados interconectando cosas (físicas y virtuales) basadas en tecnologías de la información y la comunicación interoperables existentes y en evolución»¹⁷⁴⁵.

No obstante, la importancia del Internet de las Cosas para la evolución de la sociedad y del mercado digital, se basa en el uso de los datos que se extraen a través de estos dispositivos, para convertirlo en la prestación de determinados bienes o servicios por parte del objeto conectado a Internet. Si bien, este ente conectado reporta toda la información que obtiene a una base de datos, donde entra en juego el análisis de los mismos a través de la figura del Big Data, realizando predicciones con el uso de algoritmos para proponer la prestación de determinadas actividades. El Internet de las Cosas tiene la capacidad de transformar nuestra vida, ayudando a simplificar las tareas que realiza el ser humano, con simples acciones como controlar la domótica de la casa, o la seguridad de los trabajadores.

La tecnología del Internet de las Cosas es muy compleja, puesto que se funda en cosas materiales e inmateriales, pero también en sensores, actuadores y otros componentes. En consecuencia, hay que distinguir entre: en primer lugar, el objeto físico que ya deberá reunir el diseño material que le permita llevar a cabo la actividad encomendada; en segundo lugar, los elementos técnicos que responden a los sensores, actuadores y hardware específicos, el sistema de identificación, el código electrónico del producto, el servicio de asignación de nombre que contiene la dirección de red de los

¹⁷⁴⁴ Vide Javier PUYOL MONTERO, “Una aproximación a algunos elementos de Internet de las Cosas”, *Diario la Ley*, 8603, (2015), p. 1.

¹⁷⁴⁵ Vide UIT, “Recomendación acerca del Internet de las cosas”, 15 de junio de 2012, p. 2.

objetos y el localizador de datos; en tercer lugar, los sistemas de software o procesamiento, como pueden ser la arquitectura orientada a servicios que separa las funciones del sistema en componentes, la plataforma colaborativa para la toma de decisiones, la computación en la nube, y la tecnología del Big Data¹⁷⁴⁶.

Las características del Internet de las cosas, de conformidad con lo manifestado por la doctrina, son las siguientes. En primer lugar, el IoT se caracteriza por la detección, comunicación y cooperaciones. Los objetos incorporan sensores que les permiten detectar y recopilar datos, al mismo tiempo que, están conectados a través de la red con otras cosas o recursos como programas, o servicios que Internet posibilita. Esto les permite cooperar para prestar a los usuarios los servicios que, según los datos previamente obtenidos, consideren conformes a las necesidades que manifiesten. En segundo lugar, estos procesan la información al mismo tiempo que la almacenan, lo que les permite actuar con el entorno, de acuerdo con las instrucciones que reciben de los sistemas de procesamiento. En tercer lugar, se caracterizan por la identificación y el direccionamiento, puesto que, cada objeto tiene una identidad única e irrepetible, por lo que están asociados con el bien objeto, pero también con el servidor de la red que utilizan; y de igual manera, pueden ser ubicados y dirigidos a través de servicios, búsqueda o nombres de dominio. Y, en cuarto lugar, tienen capacidad de localización y rastreo, puesto que son concedores de la ubicación física en la que se encuentran, lo que también, permite que puedan ser rastreados sobre los lugares y el tiempo en el que han estado¹⁷⁴⁷.

El Internet de las Cosas puede ser utilizado en infinidad de supuestos, como los edificios, la seguridad, o en la salud. Si bien, para un desarrollo y consolidación de estas tecnologías es necesario superar ciertos retos, como, por ejemplo, la insuficiencia de las direcciones, la potencialización de la portabilidad de los datos de carácter personal; la necesidad de prestar atención a las características de los componentes incluidos para

¹⁷⁴⁶ Vide Moisés BARRIO ANDRÉS, *Internet de las cosas*, o.c., pp. 33-42.

¹⁷⁴⁷ Vide Javier PUYOL MONTERO, *Una aproximación a los aspectos legales de las nuevas tecnologías*, SEPIN, Madrid, 2017, pp. 3 y ss.; Vide Paloma LLANEZA GONZÁLEZ, *Seguridad y responsabilidad en la Internet de las Cosas*, Bosch, Madrid, 2018, pp. 20 y ss.; Vide Moisés BARRIO ANDRÉS, *Internet de las cosas*, Reus, Madrid, 2018, pp. 24 y ss.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA REVOLUCIÓN “INTERNET”: EL IMPULSOR DE LA SOCIEDAD DIGITAL

mejorar su eficacia y de conexión con otros dispositivos; la necesidad de una mejora técnica del consumo de energía y el uso de baterías; y la potenciación de la seguridad¹⁷⁴⁸.

Sin embargo, si hay un reto que asumir es el de la armonización y establecimiento de un régimen jurídico común. El Internet de las cosas abre infinidad de posibilidades para mejorar los servicios y el desarrollo de actividades que se prestan en la sociedad. Por ello, desde el año 2015, a través de la estrategia para el Mercado Único Digital, se apuesta firmemente por la consolidación del sector¹⁷⁴⁹. Éste continúa siendo un sector estratégico de desarrollo en términos sociales y económico, lo que ha llevado a que se corrobore su importancia dentro de la estrategia europea de Datos, recientemente aprobada¹⁷⁵⁰.

No obstante, al igual que ocurre con el resto de las innovaciones tecnológicas que utilizan datos como fuente de mantenimiento del sistema, los problemas prácticamente son los mismos. En primer lugar, la protección de datos personales del usuario, puesto que, la mayoría de estos productos no dejan muy claro, sobre todo, al consumidor, o propietario de la tecnología, el tratamiento o procesamiento que van a recibir. En segundo lugar, las consideraciones sobre la seguridad, sobre todo, ante las amenazas de ciberataques, o las herramientas de protección, ya sean de hardware o de software, que deban configurarse para preservar la intimidad de los individuos. Y, en tercer lugar, el régimen de responsabilidad que resulta aplicable en que se produzcan daños o perjuicios a los propietarios por su uso, o a terceros ajenos; esta es la problemática que más preocupa¹⁷⁵¹.

Hasta el momento, la Unión Europea no ha previsto una regulación propiamente dicha para estas nuevas tecnologías, sino que, como hemos visto con anterioridad, se habla de forma generalizada del control de los datos y de los nuevos sectores y tecnologías que se sirven de los mismos como fuente de energía. El problema es que esta situación a

¹⁷⁴⁸ Vide Javier PUYOL MONTERO, “Internet de las Cosas”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO y José Luis PIÑAR MAÑAS, *Sociedad digital y derecho*, o.c., pp. 329-336.

¹⁷⁴⁹ Vide COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación (2015) 192, de 6 de mayo, al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: una estrategia para el Mercado Único Digital Europeo*, Bruselas, p. 16.

¹⁷⁵⁰ Vide COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación (2020) 66, de 19 de febrero, al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: una estrategia europea de datos*, Bruselas, p. 31.

¹⁷⁵¹ Vide Paloma LLANEZA GONZÁLEZ, *Seguridad y responsabilidad en la Internet de las Cosas*, o.c., pp. 202 y ss.

la larga generará diversos problemas, puesto que cada tecnología no se enfrenta del mismo modo a las distintas adversidades.

En mi opinión, existen grandes beneficios de un tratamiento uniforme de todas las cuestiones que supongan el uso de datos, si se estructura bien a través de una serie de principios y reglas de carácter general, sencillos, y que no pongan trabas al crecimiento de los sectores involucrados. Ya habrá tiempo de frenar y establecer límites cuando se presenten problemas reales y específicos de la sociedad, sin utilizar conjeturas sobre los posibles retos que estas tecnologías puedan experimentar. Si bien, debemos reflexionar sobre que, para antes del año 2025, un 10% de las personas utilizará ropa conectada a Internet, el 5% de los productos de consumo se fabricarán a través de impresoras 3D, o los automóviles sin conductor serán el 10% de todos los vehículos en las carreteras de Estados Unidos¹⁷⁵².

4.2.2. Los usos del Internet de las Cosas en relación con la Administración Pública.

A. Los edificios inteligentes.

Para la construcción del Estado de Bienestar que se pretende, cuyo sistema de funcionamiento está basado en la datificación de su actividad, es necesario implantar los sistemas de funcionamiento del IoT. Su utilización dentro de determinados edificios públicos no sólo va a suponer un ahorro económico en determinadas partidas, sino la fuente sobre la que se alimentará todo el sistema. Los datos que se recojan a través de estas infraestructuras serán la materia prima que nos permita diseñar los servicios públicos del futuro, a través del análisis y predicción de los comportamientos que se deriven de la actividad de los ciudadanos.

En este sentido, no sólo se trata de incorporar termostatos que adapten la temperatura de los edificios, luces que se enciendan y apaguen solas cuando sea necesario, o persianas que funcionen a través de receptores lumínicos programables que permitan subirlas o bajarlas, atendiendo a las necesidades concretas del edificio. Es evidente que esto puede suponer un ahorro económico para la Administración, pero hay

¹⁷⁵² Vide DEP SHIFT, “Technology Tipping and Societal Impact”, *Foro Económico Mundial*, 2015.

que ir un paso más allá y aprovechar esta tecnología para analizar todos los datos que a través de estos instrumentos se pueden recoger. Por ejemplo, para controlar los flujos asistenciales en determinados lugares públicos o la utilización de concretos servicios públicos como los aeropuertos o estaciones de tren. Y, atendiendo al análisis de estos datos diseñar los servicios públicos en función de los individuos que lo utilizan y no al revés, es decir, son los ciudadanos quienes se adaptan a los servicios públicos que se ofertan, como se realiza en la actualidad.

Sin embargo, las mayores ventajas de esta herramienta se pueden obtener de su utilización en hospitales y centros de salud. Los hospitales inteligentes tienen como elemento funcional la información que reciben a través de los pacientes, creando enormes bases de datos, lo que les permite predecir desde las tendencias asistenciales de la población, las franjas de edad, o los tratamientos que mejor funcionan para determinados padecimientos.

El hospital es inteligente, en tanto que, gracias al uso de estos datos y, sobre todo, de la herramienta del Big Data y la inteligencia artificial, presta servicios sanitarios más eficientes a la población. Los algoritmos le permiten mejorar los flujos de pacientes para evitar los colapsos sanitarios, observar aquellas prestaciones o servicios que presentan deficiencias, e instar a que se corrijan. Imaginemos la diferencia de tratamiento que hubiera supuesto la crisis del Covid-19, por ejemplo. No sólo hubiéramos podido conocer el inicio de la pandemia mucho antes de lo ocurrido, sino una mejor gestión de los enfermos en términos logísticos, evitar la propagación de la enfermedad y un tratamiento individual a los enfermos. Sin duda un uso mucho más eficiente de los recursos. Sin embargo, el objetivo final a conseguir con el IoT debe ser la construcción de las ciudades inteligentes o conectadas. No obstante, éstas tienen un apartado específico en esta tesis, por lo que serán analizadas de forma pormenorizada más adelante.

B. El transporte autónomo.

Dentro del Internet de las Cosas hay un ámbito que va a revolucionar la industria automovilística, y con ella, el transporte de pasajeros. Si bien, la mayoría de los automóviles, autobuses, trenes, o aviones cuentan con complejos sistemas de software que permiten conectarse a Internet, o el ya tan explotado parktronic, o sensor de aparcamiento. Tampoco se puede obviar que ya ha sido patentado el primer coche que

literalmente vuela, pasando todos los controles necesarios, como si de una película de regreso al futuro se tratara¹⁷⁵³. Sin embargo, el transporte inteligente, que representa en la actualidad la meta a conseguir, es el vehículo autónomo:

«Los coches autónomos y conectados, también llamados vehículos sin conductor, son aquellos vehículos que se pueden controlar remotamente por un operador o pueden circular de forma autónoma, sin necesidad de la intervención de un conductor. Es decir, los vehículos capaces de conducirse por ellos mismos, percibir su entorno, decidir qué ruta tomar para llegar a su destino y conducir autónomamente con niveles óptimos de seguridad, siendo capaces de intercambiar en tiempo real informaciones con el exterior, tanto con otros vehículos autónomos como con otros dispositivos externos»¹⁷⁵⁴.

El funcionamiento de esta innovación reúne tecnologías, de alguna forma consolidadas ya dentro de la sociedad como, por ejemplo: las cámaras que lleva incorporadas analizan las señales de tráfico que previamente integra en su sistema; la geolocalización que permite reconocer las carreteras y calles transitables para vehículos; y a través del uso de una luz láser que rebota sobre los cuerpos y procesa la información, permite detectar la existencia de un obstáculo, o cuerpo dentro de la vía de circulación. Todos esos datos, una vez que son analizados por el sistema del vehículo, le permiten tomar las decisiones oportunas en la acción de conducir. Esta tecnología sería muy interesante utilizarla dentro de las Smart Cities para los transportes públicos, en la construcción de aeropuertos y aeronaves, puertos y barcos, o estaciones de trenes y autobuses inteligentes. En la actualidad, ya circula el primer autobús sin conductor por nuestras carreteras: Málaga ha sido elegida ciudad pionera para su desarrollo¹⁷⁵⁵

Hasta el momento, no es una tecnología que se encuentre lo suficientemente afianzada, a pesar de que existen varios proyectos muy desarrollados, por los fallos del sistema. A modo de ejemplo, destacan los siguientes sucesos: en el año 2016, en Florida, se produce la primera muerte de un piloto, al no detectar los sensores del coche la

¹⁷⁵³ Vide <https://www.forbes.com.mx/forbes-life/tecnologia-coche-volador-klein-vision/>

¹⁷⁵⁴ Vide Gonzalo ITURMENDI MORALES, “El impacto de los coches conectados y autónomos. El papel de las aseguradoras”, *Diario la Ley*, 2, (2016), p. 2.

¹⁷⁵⁵ Vide Nacho SÁNCHEZ, “A bordo del autobús que recorre Málaga con el conductor sin las manos al volante”, *El País Digital*, 20 de febrero de 2021.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA REVOLUCIÓN “INTERNET”: EL IMPULSOR DE LA SOCIEDAD DIGITAL

presencia de un tráiler de color blanco, con el impactó a alta velocidad; y, en 2018, en Arizona, un coche de Uber arrolló a una mujer que estaba cruzando por una zona no señalizada, lo que parece ser, se debido a un fallo de software y sensor del vehículo¹⁷⁵⁶.

Por ello, el Gobierno de los EE.UU., al ser el continente donde el proyecto está más adelantado, ha lanzado los diez principios que deben regir sobre los vehículos autónomos: priorizar la seguridad; enfatizar la protección y la ciberseguridad; asegurar la privacidad y la protección de datos; mejorar la movilidad y la accesibilidad; mantener la neutralidad tecnológica; proteger la innovación y la creatividad; modernizar la normativa sobre estos vehículos; promover estándares y políticas coherentes; asegurar un enfoque federal homogéneo; y mejorar el efecto sobre el sistema de transporte¹⁷⁵⁷.

Mientras que la Comisión Europea ha elaborado desde el año 2016, dos comunicaciones¹⁷⁵⁸ relacionadas con la movilidad automatizada, dada su preocupación por el incremento de las posibilidades de un uso próximo de estas tecnologías, intentando aunar los criterios para sentar unas bases comunes en toda la Unión. Y, en este sentido, se pronuncia el Parlamento Europeo mediante una resolución, sobre la conducción autónoma en los trasportes europeos, en el año 2019. Mediante este texto se tratan diversidad de temas, desde la necesidad de aunar a escala internacional las normas técnicas de los vehículos e infraestructuras, así como los sistemas de transporte cooperativos (STI), partiendo de la base de los trabajos y foros ya constituidos, para evitar solapamientos normativos; el uso de datos que sean fiables e integrados dentro del vehículo que permitan a los usuarios disponer de servicios competitivos; garantizar la seguridad jurídica tanto de los usuarios como de las partes interesadas, sobre todo, en

¹⁷⁵⁶ Vide Eduardo ROMERO, “Algunos dilemas jurídicos en torno a los vehículos autónomos”, *Diario LA LEY CIBERDERECHO*, 35, (2020), p. 2 y ss.

¹⁷⁵⁷ Vide Carlos B. FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, “La Casa Blanca presenta 10 principios para el desarrollo de la industria de vehículos autónomos”, *Diario LA LEY CIBERDERECHO*, 36, (2020), pp. 2 y ss.

¹⁷⁵⁸ Vide COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación (2016) 766, de 30 de noviembre, al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: estrategia europea sobre los sistemas de transporte inteligente, un hito hacia la movilidad cooperativa, conectada y automatizada*, Bruselas; Vide COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación (2018) 283, de 17 de mayo, al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: en ruta hacia la movilidad automatizada: estrategia de la UE para la movilidad del futuro*, Bruselas.

materia de protección de datos; y la fijación de un marco regulatorio de la responsabilidad en caso de accidentes, ante toda la casuística posible¹⁷⁵⁹.

La norma, también, recoge una serie de supuestos específicos, como sería el caso del transporte por carretera donde destaca la necesidad de una legislación en materia de seguridad vial que respalde las innovaciones tecnológicas; la adopción de un nuevo Reglamento sobre seguridad general de los vehículos a motor; o la incorporación de una legislación transitoria para cuando vehículos de motor y automatizados coexistan en el mismo espacio¹⁷⁶⁰. Por otro lado, se encontraría el transporte aéreo, por mar y ferrocarril, donde el Parlamento solicita que se le presenten normas detalladas sobre la situación en la que se encuentran estas tecnologías, y que, en todo caso, deberán de contar con los certificados de idoneidad oportunos, así como la garantía de protección de datos personales que se requieren en el transporte por carretera¹⁷⁶¹.

En España, en el año 2017 se llevó al Parlamento una proposición no de Ley sobre el impulso y desarrollo del vehículo autónomo, para su debate en el Pleno del Congreso. La propuesta solicitaba al Gobierno la concreción de un marco jurídico adecuado para promover su desarrollo, clasificando las posibles lagunas legales; impulsar el desarrollo de esta industria; así como también, adoptar las medidas necesarias para facilitar la transición de la industria convencional a la del vehículo autónomo. Sin embargo, la deriva que ha llevado España en los últimos años ha impedido que se fije un marco jurídico de referencia.

En consecuencia, la norma aplicable actualmente se corresponde con la transposición de la Directiva europea¹⁷⁶² mediante el Real Decreto 662/2012¹⁷⁶³, que no resuelve ninguno de los problemas que va a suscitar esta materia, puesto que es “un copia y pega” de la norma comunitaria. Es más, es que el Reglamento General de circulación,

¹⁷⁵⁹ Vide PARLAMENTO EUROPEO, *Resolución (2019) 005, de 15 de enero, sobre la conducción autónoma en los transportes europeos*, Estrasburgo, pp. 4-7.

¹⁷⁶⁰ *Ibidem* pp. 7-9.

¹⁷⁶¹ *Ibidem* pp. 10-12.

¹⁷⁶² Vide PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, *Directiva 2010/40/UE, de 7 de julio, por la que se establece el marco para la implantación de los sistemas de transporte inteligentes en el sector del transporte por carretera y para las interfaces con otros modos de transporte*, Estrasburgo, pp. 2 y ss.

¹⁷⁶³ Vide Real Decreto 662/2012, de 13 de abril, por el que se establece el marco para la implantación de los sistemas inteligentes de transporte (SIT) en el sector del transporte por carretera y para las interfaces con otros modos de transporte.

ni siquiera contempla esta posibilidad, puesto que, en el artículo 17, obliga a que cada vehículo cuente obligatoriamente con un conductor.

El legislador español no se ha preocupado aún de una inquietud que está presente en la conciencia internacional, como es la difusión sin restricciones e indiscriminada de la información que se recoja de los pasajeros del vehículo. Por ello, se insta a informar debida y exhaustivamente a los usuarios de esta modalidad de vehículo sobre qué datos se recogen y la finalidad para la que van a ser usados.

De este modo, la primera cuestión que debe determinarse es quién será el responsable del tratamiento de estos datos, para comprender sobre quién se establecen determinadas obligaciones¹⁷⁶⁴. Si bien, esta tecnología necesitará de continuas actualizaciones del sistema que únicamente se consiguen a través de los datos que el propio sistema recoge. En consecuencia, aunque los propietarios de estos dispositivos, públicos o privados, dispondrán de la información que recogen, también lo harán los proveedores del sistema de funcionamiento, puesto que, estará implícito en la política de aceptación y uso. No existe una mejor forma de incrementar las prestaciones y corregir los fallos que pueda presentar el sistema.

No obstante, el problema en la protección no creo que sea tanto poder posicionar geográficamente el vehículo en el espacio-tiempo, así como también, los obstáculos y barreras que puede encontrarse el sistema, como los otros datos personales que se recogen. En estos vehículos se van a recoger, inevitablemente, datos personales que harán identificable a la persona física que utiliza el dispositivo, y que pueden perjudicar los derechos los usuarios. Reflexionemos si estos datos son acogidos por las aseguradoras, sobre el uso que se da al vehículo, quién lo utiliza en cada momento, o si se cumplen o no con las normas de circulación. Y, en función de estos datos, ofrecen o establecen unas cuotas más o menos elevadas, o imposibilitando que algunos conductores puedan usar estos vehículos, por carecer de posibilidad de asegurarlos.

Pero, más importante aún es el caso de los otros datos personales que se recogen en los vehículos, relativos a la vida privada e íntima de la persona. En este supuesto me refiero, a las conversaciones de trabajo sujetas a secreto profesional o de contenido económico (en el coche el móvil está completamente conectado, de manera que todas las

¹⁷⁶⁴ Vide José Carlos ERDOZAIN, “Inteligencia artificial, protección de datos personales y vehículos autónomos”, *Diario LA LEY CIBERDERECHO*, 33, (2019), p. 2 y ss.

llamadas que se reciban se escuchan por altavoz y pueden ser grabadas); u otras más íntimas, relacionadas con la vida afectiva de los usuarios. En este sentido, la legislación es clara y todos los datos que no cumplan con una legítima finalidad para incrementar o mejorar las funciones no deben ser objeto de tratamiento. Pero ¿quién garantiza o disemina la información que se puede tratar?

Huelga decir que, en otro orden de ideas, estos vehículos serán objetivo de ciberataques y ciberterrorismo¹⁷⁶⁵, especialmente, sobre aquellos que sean utilizados por las Administraciones Públicas. Así, debido a la dependencia de su funcionamiento del software y la conectividad online, el vehículo podría ser objeto de hackeo con un ordenador corriente. De este modo, aunque estos coches supondrán una revolución en la disminución de accidentes de tráfico, su puesta en circulación puede implicar otros riesgos inherentes a la sociedad digital.

Por ello, habrá que prever un régimen específico de protección para garantizar tanto el software como el hardware del sistema, impidiendo que pueda ser manipulado por terceros. Así, como también, determinar quién es el responsable y las competencias para custodiar esos datos, evitar que se produzca una lesión de los derechos de los administrados, y recuperar la normalidad de funcionamiento lo antes posible.

No obstante, esta innovación no genera en la actualidad demasiada confianza, debido a los fallos que aún persisten en el sistema¹⁷⁶⁶. Si bien, una vez que se ponga en funcionamiento supondrá una auténtica revolución dentro del ordenamiento jurídico, puesto que, se deberá analizar cómo queda especialmente la responsabilidad del uso de estas herramientas. Y, así lo ha manifestado la Unión Europea mediante directiva, estableciendo un marco de apoyo y coordinación para los transportes inteligentes, pero que deja a disposición de los Estados miembros las normas sobre la protección de la intimidad, la seguridad, la reutilización de la información¹⁷⁶⁷ y sobre la

¹⁷⁶⁵ Vide Eduardo ROMERO, “Algunos dilemas jurídicos en torno a los vehículos autónomos”, *Diario LA LEY CIBERDERECHO*, 35, (2020), p. 2 y ss.

¹⁷⁶⁶ Vide Raúl LIMÓN, “Los desarrolladores de coches inteligentes mantienen la apuesta tras el accidente mortal de Uber”, *El País digital*, 20 de marzo de 2018, p. 1.

¹⁷⁶⁷ Vide PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, *Directiva 2010/50/UE, de 7 de julio, por la que se establece el marco para la implantación de los sistemas de transporte inteligentes en el sector del transporte por carretera y para las interfaces con otros modos de transporte*, Estrasburgo, artículo 10.

responsabilidad¹⁷⁶⁸. La Unión Europea tiene bastante trabajo una vez que estos vehículos sean viables y se expanda su utilización por las distintas vías de circulación europeas.

4.2.3. La responsabilidad patrimonial de la Administración en el uso del Internet de las Cosas: especial referencia al transporte autónomo.

El uso del transporte autónomo o sin conductor puede conllevar cierta responsabilidad patrimonial para la Administración Pública. Hasta este momento, no se puede hablar de supuestos específicos, como si ocurría con la ciberseguridad, dado que, éstos aún no han sido incorporados a la sociedad. Si bien, a modo de hipótesis se puede ya vislumbrar cuáles son los posibles fallos del sistema que pueden llegar a lesionar a los ciudadanos y sus derechos. Tal y como ha sido señalado anteriormente, los requisitos indispensables para que exista responsabilidad patrimonial los determina el artículo 106.2 CE, de este modo:

«Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos».

Además, el régimen de responsabilidad patrimonial es completado mediante la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que añade en el artículo 34.1:

«Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley (...)».

De este modo, el primer requisito es una lesión antijurídica, es decir, que no se tenga el deber legal de soportar. Y, además, el daño en todo caso habrá de ser *«efectivo,*

¹⁷⁶⁸ Vide PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, *Directiva 2010/50/UE, de 7 de julio, por la que se establece el marco para la implantación de los sistemas de transporte inteligentes en el sector del transporte por carretera y para las interfaces con otros modos de transporte*, Estrasburgo, artículo 11.

evaluabile económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas»¹⁷⁶⁹.

A modo de supuesto teórico, hay dos tipos de daño que se pueden provocar a los ciudadanos: por un lado, el daño que sea consecuencia del funcionamiento de éstos, como sería el caso del transporte autónomo; y, por otro lado, las lesiones que se produzcan tanto de bienes o derechos por el análisis de estos datos y la toma de decisiones que adoptan.

El primero de los supuestos no implicaría una novedad frente a los daños convencionales de responsabilidad patrimonial, puesto que, estaríamos ante el supuesto de una lesión provocada por problemas de fabricación o mantenimiento de las infraestructuras del IoT y de los softwares que lo configuran. En otras palabras, los daños responderían a un normal o anormal desarrollo de los servicios públicos, como puede ser la caída dentro del medio de transporte del administrado por causa imputable a la Administración, como puede ser la falta de señalización suficiente o incorporación de las medidas de seguridad oportunas. O, por ejemplo, los daños físicos provocados como consecuencia de un fallo en el sistema de frenado del sistema de transporte autónomo.

Estos son riesgos corrientes¹⁷⁷⁰ que la Administración ya viene asumiendo desde hace muchos años, y cuyo fallo en el funcionamiento del sistema es posible y totalmente predecible, de igual manera que se asume en cualquier transporte, sea autónomo o no. En consecuencia, en estos supuestos si se dan, además la relación de causalidad entre la actividad de la Administración y el daño producido, y no media causa de fuerza mayor, podríamos estar ante un supuesto claro de responsabilidad patrimonial.

No obstante, en estos supuestos habrá que determinar dónde se ha producido el fallo del sistema, y podrá la Administración repercutir esa hipotética indemnización por los daños causados. En términos de sujetos intervinientes en la producción del daño pueden ser cuatro: en primer lugar, el fabricante del dispositivo, es decir, aquel que se encarga de proveer el hardware del equipo, o el dispositivo físico; en segundo lugar, los proveedores de plataformas web 2.0., es decir, aquellos que realicen las funciones de almacenamiento y tratamiento de los datos que se recogen; en tercer lugar, los desarrolladores de aplicaciones, es decir, aquellos que diseñen los programas, o sistemas,

¹⁷⁶⁹ Vide Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, artículo 32.2.

¹⁷⁷⁰ Vide Eduardo GAMERO CASADO y Severiano FERNÁNDEZ RAMOS, *Manual básico de Derecho Administrativo*, Tecnos, Madrid, 2017, pp. 721 y ss.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA REVOLUCIÓN “INTERNET”: EL IMPULSOR DE LA SOCIEDAD DIGITAL

que permitan a través de los datos la realización de una determinada conducta; y, en cuarto lugar, los integradores, o empresas que comercializan con el producto, ensamblando o aunando todos los componentes anteriores¹⁷⁷¹. Asimismo, atendiendo al responsable que ha causado el error la Administración podrá iniciar las acciones legales pertinentes solicitando su responsabilidad.

El segundo supuesto es el que puede implicar una innovación dentro el ordenamiento jurídico. El Internet de las Cosas, atendiendo a la información que obra en su base de datos, realiza determinadas conductas. Por ejemplo, el autobús que, atendiendo a unos parámetros (tales como el código de circulación y los datos de geolocalización) determina si girar a la izquierda o la derecha en un cruce. Es muy importante dejar claro que el IoT no toma decisiones, sino que éstas están ya preestablecidas por el intelecto humano, dado que, es la principal diferencia con la IA.

Sin embargo, imaginemos que esa base de datos no ha sido actualizada, hay una obra que no está convenientemente señalizada y el autobús gira en una dirección prohibida y provoca un accidente de tráfico. O, el hospital conectado cuyo sistema inteligente propone un tratamiento que es erróneo o no compatible con la enfermedad a tratar, como consecuencia de un fallo o error en el tratamiento de los datos que se incorporan al sistema.

En mi opinión, estos son riesgos son propios e inherentes a los sistemas de funcionamientos de estas tecnologías, y por tanto, no pueden tener la consideración de daños *«que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos»*¹⁷⁷².

Y que, por tanto, mediando una actividad o este caso inactividad de la Administración, que debería haber actualizado las bases de datos e indicaciones de estos aparatos, y no se lleva a cabo, existe una relación de causalidad, siempre que no sean aplicables al supuesto causas de fuerza mayor. En consecuencia, podrían dar lugar a responsabilidad patrimonial de la Administración, derivada de los riesgos inherentes del funcionamiento de esta tecnología.

¹⁷⁷¹ Vide Moisés ANDRÉS BARRIOS, *Internet de las Cosas*, o.c., pp. 57-58.

¹⁷⁷² Vide Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, artículo 34.1.

Además, dentro del segundo supuesto, también se podrían vulnerar los derechos de los ciudadanos, especialmente el de protección de la intimidad y de los datos personales. Este tipo de tecnología que funciona a través de los datos que recoge puede llegar a provocar lesiones por el tratamiento que se realiza de los mismos. En este sentido, los ciudadanos deben ser conscientes de que se están acumulando determinados datos de su conducta, cuáles la finalidad del tratamiento que se va a dar a esos datos, y poder ejercitar los derechos inherentes (derecho de acceso, rectificación u oposición al tratamiento).

En este sentido, se debe respetar el principio de minimización de los datos¹⁷⁷³ en su tratamiento, y este tiene que responder a una finalidad legítima¹⁷⁷⁴, dado que, su tratamiento supone una injerencia en la vida privada de las personas. Si bien, si la limitación de los derechos no está lo suficientemente motivada dentro de los márgenes del Estado Social Democrático y de Derecho, requerirá el consentimiento de los ciudadanos, tal y como se recoge en el Reglamento General de Protección de Datos, y en la Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y de Garantía de los Derechos Digitales (artículo 6).

En consecuencia, podrá existir responsabilidad patrimonial siempre que se produzca una lesión de estos derechos efectiva y no hipotética que será el problema la mayoría de las ocasiones. No basta con demostrar que la Administración ha utilizado de forma ilegítima la información que recoge, sino que, el administrado deberá evidenciar el concreto daño que se ha producido, y la evaluación económica que supone el mismo. De forma que, en sentido contrario, si la Administración no utiliza esos datos para adoptar una resolución que lesione de forma evidente los derechos del administrado, o crea un perfil objeto de tratamiento del que se deduzcan consecuencias jurídicas, no existirá un daño efectivo.

Por ejemplo, la Administración que partiendo de los datos del registro del autobús autónomo crea un perfil de un sujeto que, por la información parece que acude a diario a trabajar y que esa actividad laboral no consta en el Régimen General de la Seguridad Social, y se abre un expediente disciplinario para verificar la exactitud o no de esos

¹⁷⁷³ Vide PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, *Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril, 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)*, Estrasburgo, artículo 5.1: «Los datos personales serán: c) adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados (“minimización de datos”)».

¹⁷⁷⁴ *Ibidem* Artículo 23.1 e).

hechos. De este modo, existiría un tratamiento de los datos recogidos que supone una limitación del derecho a la privacidad del administrado, y que tiene consecuencias jurídicas, como es la apertura del procedimiento administrativo disciplinario.

Los Tribunales serán, en cada caso, la autoridad competente para determinar si ha existido una injerencia legítima o no en los derechos de los ciudadanos, en relación con la finalidad del tratamiento de los datos. Y, a partir de ahí, si existe una lesión de sus derechos, especialmente al de la privacidad y la protección de datos, que conlleve responsabilidad de la Administración por su actuación. La polémica está servida.

4.2.4. El caso de los asistentes virtuales.

Si hay un aparto inteligente que ha revolucionado el mercado, y que se encuentra a medio camino entre el Internet de las Cosas y la inteligencia artificial es el asistente virtual. Esta tecnología es un híbrido entre un simple sistema conectado a Internet y la incorporación de algoritmos simples que escuchan nuestra voz, la transcriben a un lenguaje comprensible para la máquina, analizan lo que se solicita, y dan una respuesta. Los asistentes virtuales están incorporados en una gran parte de los instrumentos conectados a la red, como pueden ser móviles u ordenadores, pero también en los automóviles sin conductor que, como veremos, cobrará una gran importancia para su correcto funcionamiento.

Alexa¹⁷⁷⁵, Siri o Cortana son los asistentes virtuales más conocidos del mercado, y representan una auténtica revolución, porque únicamente a través de la voz podemos darle indicaciones y ahorrar mucho tiempo en las gestiones cotidianas de nuestra vida. A modo de ejemplo, todo el sistema de domótica de la casa conectado a la red se puede controlar a través de éstas, se puede hacer una reserva en un restaurante, realizar una consulta genérica sobre una noticia o hecho insólito, o inclusive llegan a contar chistes. Lo más importante de estas tecnologías es que no necesitas tener grandes conocimientos o formación digital, basta con configurarlo una sola vez para utilizarlo, tantas veces se quiera, sólo con la voz.

Sin embargo, esta tecnología es una de las que mayor potencial tiene para lesionar nuestros derechos fundamentales y modificar el régimen jurídico de protección de los

¹⁷⁷⁵ Vide Isabel RUBIO, “Así es la inteligencia artificial que pone voz a Alexa y encuentra tus compras en Amazon”, *El País digital*, 25 de octubre de 2018, p. 1.

mismos. Hasta el momento, hemos analizado como Internet y la construcción del mundo de los datos se han convertido en la gran amenaza frente al derecho a la protección de datos y el respeto de la privacidad, el honor, la intimidad y la propia imagen. Pero, esta tecnología rompe con las barreras que separan la protección de la libertad del individuo sobre la que se construyó el Estado Social, Democrático y de Derecho. No sólo porque van a transformar el contenido de algunos derechos fundamentales, sino porque se pueden convertir, en las manos adecuadas, en un arma del Estado para controlar a los ciudadanos, sino se establecen las garantías precisas.

La primera idea que debemos tener clara es que la voz tiene la consideración de dato personal, tal y como ha sido reconocido por el Tribunal Supremo¹⁷⁷⁶ y, por tanto, se encuentra bajo el amparo protector de la Ley 3/2018, de 5 de diciembre de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, y el Reglamento Europeo de Protección de Datos. La voz, es claro atributo del ser humano que manifiesta multitud de parámetros que pueden llegar a identificarnos y, por tanto, tiene la consideración de dato personal. Por lo que, para su tratamiento es exigible el consentimiento del interesado que, en todo caso, deberá ser explícito, no bastando la no oposición, sino que debe ser afirmativo y conocedor de la finalidad para la que se utiliza su tratamiento¹⁷⁷⁷.

Esta tecnología se sirve de las indicaciones que escucha, para dar una respuesta coherente con el contexto semántico y el tono emocional que recibe. De esta forma, a medida que aumenta la conversación con la máquina, ésta se entrena y es capaz de dar soluciones o réplicas más precisas. Asimismo, la máquina guarda y analiza todo lo que recoge para entrenarse. Como veremos, este es uno de los principios fundacionales sobre los que se constituye la inteligencia artificial, con la diferencia de que ésta no adopta decisiones únicamente programadas, sino que es capaz de actuar de motu proprio. Si bien, a partir de este punto, es cuando comienzan a dilucidarse las disyuntivas sobre el ejercicio de algunos derechos que hipotéticamente (por no decir efectivamente) pueden verse lesionados.

¹⁷⁷⁶ *Vide* STS 1771/2020, de 18 de junio, FJ 4.

¹⁷⁷⁷ *Vide* Carlos B. FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, “El TS se pronuncia sobre el carácter de la voz como dato personal y sobre el ámbito de las actividades personales o domésticas”, *Diario la Ley Ciberderecho*, 41, (2020), p. 2.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA REVOLUCIÓN “INTERNET”: EL IMPULSOR DE LA SOCIEDAD DIGITAL

En primer lugar, el derecho a la intimidad del sujeto¹⁷⁷⁸ y el secreto de las telecomunicaciones¹⁷⁷⁹. La máquina puede escuchar todas aquellas peticiones que se le insten, así como tener conocimiento de las búsquedas que se realicen a través de este dispositivo que, sin duda, tienen contenido privado, ya que pueden revelar modos de vida, formas de relacionarse, o ideologías¹⁷⁸⁰.

Sin embargo, parece que esa cuestión, de reducir la protección de la privacidad y el secreto de las comunicaciones se asume por los usuarios en el momento que deciden usarla. Ahora bien, ¿cuándo puede escuchar el asistente de voz? La comercialización masiva de estos aparatos ha permitido apreciar fallos en el sistema, por ejemplo, que entrar en funcionamiento de forma accidental y captar conversaciones privadas, o que la conversación sea analizada no sólo de modo automatizado, sino por el ser humano. Sin embargo, la cuestión trasciende cuando los supuestos no se deben a errores, sino a prácticas comunes que realizan los principales proveedores de estos servicios, como son Google con Echo, o Amazon con Alexa. Esta parece ser una técnica habitual para diseñar perfiles, patrones de comportamiento y otros temas de interés para vender los datos a las empresas de conducta analítica¹⁷⁸¹.

Los escándalos con estos sistemas no han dejado de sucederse¹⁷⁸², y así mismo, la reciente multa a la Liga de Fútbol española ha puesto de manifiesto la inseguridad en esta materia. Según los hechos que relata la Agencia Española de Protección de Datos, ésta utilizaba los teléfonos móviles de los usuarios que descargaban su aplicación, activando

¹⁷⁷⁸ Vide CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, de 29 de diciembre de 1978, artículo 18.1: «Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen».

¹⁷⁷⁹ *Ibidem* Artículo 18.3: «Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial»

¹⁷⁸⁰ Vide Ricard MARTÍNEZ MARTÍNEZ, “Internet de los objetos, domótica e inteligencia artificial: la nueva frontera del derecho a la vida privada y familiar”, *Diario LA LEY CIBERDERECHO*, 31, (2019), p. 3.

¹⁷⁸¹ Vide Carlos B. FERNÁNDEZ HERÁNDEZ, “Nuevas medidas para proteger los derechos de los usuarios de asistentes de voz”, *Diario LA LEY CIBERDERECHO*, 31, (2019), p. 2.

¹⁷⁸² Vide Isabel RUBIO, “Apple se disculpa por escuchar conversaciones privadas con Siri: no hemos estado a la altura”, *El País Digital*, 29 de agosto de 2019, p.1: «Adoptó esta medida después de que saliera a la luz que la compañía contaba con trabajadores que revisaban las interacciones de sus usuarios, incluidas las íntimas, en varios idiomas para mejorar el rendimiento del asistente. Ahora afirma haber reflexionado al respecto: “Hemos llegado a la conclusión de que no hemos estado totalmente a la altura de nuestros elevados ideales y pedimos disculpas por ello”. El arrepentimiento viene acompañado de algunos cambios en el programa de evaluación, que será retomado en otoño, “cuando las actualizaciones de software estén disponibles para los usuarios”».

el micrófono cada vez que accedían a ella, con la intención de espiar a los bares que emitían los partidos con una señal pirata¹⁷⁸³.

En este sentido, la AEPD interpreta que, es necesario facilitar información adicional a los usuarios, cada vez que se activa la recogida de datos sensibles, y sugiere como forma de hacerlo, mediante un icono que indicara que la app ha activado por sí misma el micrófono para rastrear el sonido ambiente¹⁷⁸⁴. Esta recomendación podría aplicarse también a los asistentes de voz para conocer con exactitud cuando están escuchando una conversación, y si esto es de forma puntual o permanente en el dispositivo. De manera que se garantizaría a los sujetos qué conversaciones se están escuchando, y así, poder decidir libremente hasta donde estas nuevas tecnologías interceden en su derecho a la intimidad.

En segundo lugar, se produce una quiebra evidente al derecho de la inviolabilidad del domicilio¹⁷⁸⁵. Si en el caso de los drones se había analizado la importancia de encontrar un equilibrio entre las investigaciones judiciales por hechos delictivos y el respeto a la inviolabilidad del domicilio, en este supuesto es mucho más importante. La interpretación extensiva de este derecho, más allá del espacio físico, la realiza el propio Tribunal Constitucional:

«Por ello, a través de este derecho no sólo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella. Interpretada en este sentido, la regla de la inviolabilidad del domicilio es de contenido amplio e impone una extensa serie de garantías y de facultades, en las que se comprenden las de vedar toda clase de invasiones incluidas las que puedan realizarse sin penetración directa por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos»¹⁷⁸⁶.

¹⁷⁸³ Vide AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, Resolución de 11 de julio de 2019, Procedimiento 326/2018.

¹⁷⁸⁴ *Ibidem* p. 81: «De ahí que por muy acertada que se defina la política de privacidad, siempre será necesario la marca, señal o icono, que muestren al usuario que efectivamente se está accediendo al audio que capta el micrófono del dispositivo. (salvo que sea el propio usuario quien decida su activación, como sucede en otras aplicaciones de funcionamiento similar)».

¹⁷⁸⁵ Vide CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, de 29 de diciembre de 1978, artículo 18.2: «El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito».

¹⁷⁸⁶ Vide STC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 8.

Por tanto, cualquier intromisión indirecta a través de los medios electrónicos en el domicilio puede considerarse como una vulneración del derecho. De este modo, cuando se penetre en la intimidad del sujeto, fuera de lo consentido por los usuarios de esta tecnología, implicaría una vulneración a este derecho. De ahí la importancia, de que exista un consentimiento expreso y explícito, así como también, de que el usuario conozca, de forma sencilla, cuando esta tecnología está grabando una conversación. Asimismo, que cuando éste lo solicite pueda retirar su permiso y ejercer los derechos propios que otorga el ordenamiento jurídico sobre de rectificación, supresión, limitación o portabilidad de los datos recogidos¹⁷⁸⁷.

En consecuencia, tal y como afirma la doctrina, parece existir un problema general de transparencia en estos dispositivos. Si bien, se debe informar a los usuarios sobre cuando se produce esa grabación de la voz, la finalidad que se persigue con ella, y aún más importante, hasta cuando esos datos van a formar parte de la base de datos del sistema. Huelga decir que los tecnicismos con los que se informa a los usuarios requieren una simplificación en cuanto al lenguaje y contenido, de forma que, sean completamente comprensibles para el ciudadano medio.

De este modo, aunque los datos deban ser bloqueados a los tres años y no pueden ser utilizados legalmente con un objetivo distinto del que se obtuvo el consentimiento¹⁷⁸⁸, nadie verifica que se cumplen estos requisitos. Por tanto, un sistema garantista de los derechos de los usuarios de esta tecnología implicaría un consentimiento explícito sobre cuando y en qué contexto se puede utilizar sus registros de voz; conocer que estos datos se van a utilizar con fines de entrenamiento del asistente; y el consentimiento no debe ceñirse a cláusulas generales y condiciones de accesibilidad, sino que, debe estar en un lenguaje comprensible y natural para el usuario medio¹⁷⁸⁹.

A modo de conclusión, los riesgos que implican estas tecnologías, pudiendo llegar a lesionar derechos fundamentales (como la protección de la intimidad, de los datos, el secreto de las comunicaciones, o la inviolabilidad del domicilio), es razón suficiente para que su utilización no se limite a un simple consentimiento a una serie de cláusulas y

¹⁷⁸⁷ *Vide* Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, artículo 11.

¹⁷⁸⁸ *Ibidem* Artículo 32. 2.

¹⁷⁸⁹ *Vide* Ricard MARTÍNEZ MARTÍNEZ, “Internet de los objetos, domótica e inteligencia artificial: la nueva frontera del derecho a la vida privada y familiar”, *Diario LA LEY CIBERDERECHO*, 31, (2019), pp. 5 y ss.

condiciones generales que los usuarios ni siquiera llegan a comprender. Lo que se ha definido como la “falacia del consentimiento”¹⁷⁹⁰, no puede permitirse que implique una reducción, y prácticamente inexistencia de garantías determinados derechos por promover el avance tecnológico y facilitar la actividad empresarial.

Si que es cierto que se viene definiendo a lo largo de esta tesis que los límites del derecho a la protección de datos se han modificado por culpa del progreso tecnológico, y que para nada representan lo que la Constitución pretendía garantizar en origen. Pero, esto no implica que los derechos deban quedar reducidos a la nada.

En este mismo sentido, estas mismas tecnologías pueden ser a la vez virus y vacuna, posibilitando que los usuarios tengan conocimiento de cómo, cuándo, dónde y para qué se está utilizando la información que recogen. La labor legislativa en esta materia debe iniciarse de forma inmediata, puesto que, este tipo de instrumentos están ya puestos en circulación y se usan por una gran parte de los ciudadanos. Las nuevas tecnologías no pueden suponer una restricción de derechos, aunque se produzca una modificación de sus límites, no existen razón para que pierdan su núcleo esencial.

4.3. La inteligencia artificial y la robótica.

4.3.1. La inteligencia artificial: análisis de su funcionamiento y caracteres.

A. El sistema de funcionamiento de la inteligencia artificial.

La inteligencia artificial funciona gracias a la congregación de varias tecnologías innovadoras, todas ellas con un cierto nivel de complejidad, que se coordinan y trabajan conjuntamente para dar respuestas y realizar comportamientos de forma autónoma. Por esta razón, para un mejor análisis jurídico de esta figura es necesario comprender como funciona cada uno de los elementos que lo componen y como interactúan de forma conjunta.

¹⁷⁹⁰ Vide Ricard MARTÍNEZ MARTÍNEZ, ¿Consentimiento o contrato?, *LOPDYSeguridad*, 1 de junio de 2018, p. 1 y ss.

En primer lugar, la base sobre la que se sustenta la inteligencia artificial son una serie de funciones matemáticas, ciertamente complejas, que utilizan los datos del historial que previamente conocen, para ajustar el desarrollo de una acción de acuerdo con la observación que realiza en un determinado momento. Los algoritmos, como un conjunto ordenado de operaciones, permiten el aprendizaje automático a través de un complejo proceso de análisis. Estas funciones matemáticas son no lineales, es decir que con cada paso o función que les permite avanzar, buscando un patrón que se repite dentro de su sistema de funcionamiento, aprenden cómo hacerlo y qué están buscando, lo que le da la posibilidad de encontrar soluciones que no están previamente programadas¹⁷⁹¹.

La capacidad de tomar decisiones y realizar tareas a partir de grandes cantidades de datos sin haber sido programados para ello, es lo que se conoce como *machine learning* o aprendizaje automático. Los principales subtipos de este son: el aprendizaje supervisado, en el que los algoritmos usan datos y respuestas humanas para aprender la relación entre una determinada información y el resultado esperado; aprendizaje no supervisado, donde el algoritmo explora los datos sin que exista una conclusión o resultados específicos; y aprendizaje reforzado, en el que el algoritmo aprende una tarea simple tratando de maximizar la recompensa que recibe por sus decisiones¹⁷⁹².

En otras palabras, la inteligencia artificial tiene cierto grado de autonomía lo que le permite tomar decisiones sin la intervención humana. Tal y como refleja la norma ISO 8373 de 2012 sobre Robótica, la capacidad de independencia se manifiesta en tres aspectos: en primer lugar, la posibilidad de autoaprendizaje, puesto que los resultados obtenidos no dependen directamente de lo que el ser humano haya especificado previamente, y que el ser humano no esté controlando la actividad, comparando o combinando los datos; en segundo lugar, los resultados a los que llegue la IA no tienen porque ser intuitivamente explicables, puesto que, como ocurre con el cerebro humano hay conclusiones a las que llegamos que a veces no tiene una explicación fácilmente deducible; y en tercer lugar, tienen que ser procesos con resultados rápidos y de forma automática.

¹⁷⁹¹ Vide Luis MORENO FERNÁNDEZ y Raúl JIMENEZ TELLADO, *Democracias robotizadas: escenarios futuros en Estados Unidos y la Unión Europea*, o.c., pp. 46-47.

¹⁷⁹² Vide José VIDA FERNÁNDEZ, “Los retos de la regulación de la inteligencia artificial: algunas aportaciones desde la perspectiva europea”, en Tomás DE LA QUADRA SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO y José Luis PIÑAR MAÑAS, *Sociedad digital y derecho*, o.c., p. 207.

En segundo lugar, estaría la red neuronal profunda (ANN acrónimo del inglés “*Deep artificial neural network*”) que es el motor algorítmico de la mayoría de los sistemas de inteligencia artificial. Esta técnica se desarrolla imitando la red neuronal de un cerebro humano, y que tiene como neurona básica un algoritmo denominado como perceptrón. En consecuencia, el perceptrón es una simple función matemática que imita las actividades de una neurona biológica, cuya concepción más simple es la de una puerta lógica (o dispositivo con una función concreta, como restar o sumar) con sus propias reglas. De tal modo que, cada neurona que conforma la red está programada para dar una respuesta lógica. El perceptrón, considerado aisladamente, es inútil puesto que no puede resolver grandes problemas. Pero, cuando se aúnan varios perceptrones configurando la red neuronal artificial aumenta su capacidad de resolución de problemas¹⁷⁹³.

Así, cada perceptrón ofrece una respuesta que va pasando a la siguiente capa de análisis hasta que se adopta la mejor resolución al problema. A medida que aumentan las capas, o estratos de comparación, la red neuronal se considera más profunda y, por ende, tiene mayores probabilidades de acertar con la respuesta adecuada. Dentro de los tipos de *deep learning*, o aprendizaje profundo, encontramos dos modelos: uno basado en redes neuronales convencionales, en el que existe una red neuronal multicapa, diseñada para realizar cada vez funciones más complejas; y el modelo de redes neuronales recurrentes, en el que las redes neuronales almacenan la información en nodos, lo que permite aprender las secuencias de datos y almacenarlos para trabajar en tareas desestructuradas, como el reconocimiento de voz y la traducción de textos¹⁷⁹⁴.

De este modo, la ANN se convierte en un sistema de organización en capas jerárquicas, y que a través de funciones simples debe encontrar patrones, o modelos de resolución, a los problemas que se le plantean sobre la base de unos datos que ya conoce. Si bien, para un mejor entendimiento de cómo funciona la red neuronal, imaginemos que a ésta se le pregunta que encuentre entre muchas imágenes que ya conoce cuál es la que más se parece a un círculo:

¹⁷⁹³ Vide Luis MORENO FERNÁNDEZ y Raúl JIMENEZ TELLADO, *Democracias robotizadas: escenarios futuros en Estados Unidos y la Unión Europea*, o.c., p. 30.

¹⁷⁹⁴ Vide José VIDA FERNÁNDEZ, “Los retos de la regulación de la inteligencia artificial: algunas aportaciones desde la perspectiva europea”, en Tomás DE LA QUADRA SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO y José Luis PIÑAR MAÑAS, *Sociedad digital y derecho*, o.c., p. 208.

«cada neurona de la ANN está encargada de producir una respuesta en positivo o negativo indicando si la figura se corresponde a un círculo o no. La respuesta de cada capa de neurona se transfiere entonces a la segunda capa que ejecuta una nueva interacción, y así sucesivamente hasta que el sistema encuentra la mejor respuesta»¹⁷⁹⁵.

En tercer lugar, es necesario tener en cuenta que la inteligencia artificial funciona mejor si tiene una base de datos bien constituida, y que se ajusta a los criterios y parámetros de los problemas, y si conoce las soluciones de aquello que se pretende solventar. Los sistemas de inteligencia artificial utilizan como método la estadística bayesiana: un tipo de estadística que permite resolver problemas con muy pocos datos. Lo que la estadística bayesiana le aporta a la inteligencia artificial es la capacidad para encontrar patrones y sentido a los datos agregados. Así, el funcionamiento de este sistema es logístico, a diferencia del frecuentístico que es el que utilizan la mayoría de los dispositivos¹⁷⁹⁶.

Pongámonos en situación sobre como funciona el sistema logístico. Imaginemos que hay una valla que no permite ver lo que hay detrás, pero escucho un ladrido, y al asomarme por la ranura que queda debajo de la valla veo cuatro patas. Mi cerebro humano me dice que muy probablemente detrás habrá un perro, sin necesidad de más datos. El procesamiento de esa información y llegar a la conclusión es sencilla para el cerebro humano. Sin embargo, no ocurre igual con los métodos que utilizan los ordenadores convencionales, puesto que para resolver el problema atendería a la frecuencia o probabilidad en la que podría ser un perro.

En consecuencia, el éxito de la red neuronal artificial depende de la base de datos sobre la que se configure, así como también, de la habilidad del instructor que la haya configurado. Lo que el instructor le enseñe que es correcto o incorrecto, sobre lo que se parece más a un círculo o a un perro, será lo que la inteligencia artificial interprete como es la figura, o el ser, sobre el que le estamos preguntando. Por ello, cuanto mayor sea la base de datos o posibilidades sobre la que se eduque a la inteligencia artificial, y el número

¹⁷⁹⁵ Vide Luis MORENO FERNÁNDEZ y Raúl JIMENEZ TELLADO, *Democracias robotizadas: escenarios futuros en Estados Unidos y la Unión Europea*, o.c., p. 31.

¹⁷⁹⁶ *Ídem* p. 35.

de capas, o estratos neuronales, la inteligencia artificial, será mucho más eficaz para resolver la problemática que se le plantee con mayores garantías.

B. Concepto.

La inteligencia artificial ya no es cuestión de ciencia ficción, sino una realidad en nuestras vidas. Ésta se usa de forma diaria en nuestras relaciones más cotidianas desde traducir un texto, el asistente de voz del ordenador, la huella dactilar con la que se ficha en el trabajo, el reconocimiento facial para desbloquear el teléfono móvil, o la conducción automática, son algunos de los ejemplos más usuales. En consecuencia, el término de inteligencia artificial se utiliza para describir distintas actividades, puesto que no todos los objetos con inteligencia artificial acometen la misma función¹⁷⁹⁷.

Así, a través del concepto de inteligencia artificial se alude a la actividad de cualquier ser inanimado que se comporta de manera inteligente. De este modo, ser inteligente supone que procede en sus actuaciones con cierto grado de autonomía en la toma de decisiones y con la finalidad de lograr determinados objetivos para los que fueron configurados. Si bien, la amplitud de realidades que se pueden englobar en este término ha generado en la doctrina cierta problemática, para concebir un concepto uniforme y aceptado por todos.

Sin embargo, sin un concepto firme de lo que se debe entender por inteligencia artificial es muy complicado establecer un régimen jurídico adecuado a las necesidades que insta esta materia. Además, no tiene sentido que cada Estado diseñe su propia concepción de inteligencia artificial, puesto que, la transversalidad de esta tecnología, así como la globalidad de su uso, van a impedir un tratamiento unilateral de la cuestión. Por ello, la Comisión Europea, instada por el Parlamento, ha acordado definir la inteligencia artificial como:

«El término inteligencia artificial (IA) se aplica a los sistemas que manifiestan un comportamiento inteligente, pues son capaces de analizar su

¹⁷⁹⁷ Vide Alexander ZLOTNIK, “Inteligencia artificial en las Administraciones Públicas: definiciones, evaluación de viabilidad de proyectos y áreas de aplicación, *Boletic*, 84, (2019), pp. 24 y ss.

entorno y pasar a la acción (con cierto grado de autonomía) con el fin de alcanzar objetivos específicos»¹⁷⁹⁸.

No obstante, tal y como manifiesta la doctrina¹⁷⁹⁹, la referencia a la inteligencia artificial no sólo incluye un comportamiento inteligente y un análisis del entorno para realizar una determinada actividad. La inteligencia artificial se configura a base de algoritmos que conforman la red neuronal del sistema, los cuales, a su vez se alimentan del Big Data. Los datos son el elemento más pequeño de esta cadena, sin los cuales, como veremos la inteligencia artificial se encuentra bastante limitada en su evolución y el futuro de sus actuaciones.

Pero, además, junto a estos se encuentran los sistemas de autoaprendizaje automático y profundo, y la posibilidad de materialización o personificación de estas tecnologías a través de robots. De este modo, se visibiliza que el concepto elaborado por la Comisión es bastante escueto y no termina de describir una realidad tan complicada como la que implica la inteligencia artificial. Es más, el concepto que se da de inteligencia artificial podría llegar a confundirse con el de Internet de las Cosas, puesto que se obvia la capacidad de autoaprendizaje como la cualidad por excelencia que las define.

Por ello, la doctrina tacha la definición como a todas luces insuficiente, puesto que debería recoger todas las partes que forman la inteligencia artificial, y para algunos, incluso debería albergar las subcategorías posibles para que el concepto quedara mejor determinado. En consecuencia, se alude a la necesidad de incluir: la capacidad de adquirir autonomía mediante el uso de sensores o el intercambio de datos con el entorno, así como también, el análisis de dichos datos; la capacidad de aprender a través de la experiencia y la interacción con el medio material; las posibles formas físicas del robot; y la capacidad de adaptar las conductas y determinadas acciones al entorno¹⁸⁰⁰. Si bien, en este mismo sentido ha sido definida como:

¹⁷⁹⁸ Vide COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación (2018) 237, de 25 de abril, al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las regiones: inteligencia artificial para Europa*, Bruselas, p. 1.

¹⁷⁹⁹ Vide Lorenzo COTINO HUESO y Julián VALERO TORRIJOS, *Conclusiones del I Seminario Internacional Derecho Administrativo e Inteligencia Artificial*, Centro de Estudios Europeos- Luis Ortega Álvarez e Instituto de Investigación Transjus, Toledo, 1 de abril de 2019, p. 1.

¹⁸⁰⁰ Vide Antonio MERCHÁN MURILLO, “Inteligencia artificial y blockchain: retos jurídicos en paralelo”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 50, (2019), p. 5.

«Toda técnica de procesamiento de información caracterizada por hacer cálculos sobre determinada información en un espacio dimensional virtual y construido mediante operaciones (generalmente no lineales) llevadas a cabo dentro del propio algoritmo para aprovechar diversas propiedades de espacio altamente dimensionales»¹⁸⁰¹.

En consecuencia, la inteligencia artificial podría definirse como: un sistema basado en algoritmos no lineales, organizados en una red neuronal con distintas capas o estratos que, a modo de cerebro, analizan el entorno atendiendo a unos datos previos para actuar de una determinada manera, pero que son capaces de tomar decisiones no programadas previamente por el ser humano, gracias a su capacidad de autoaprendizaje.

4.3.2. Los robots: concepto, caracteres y clasificación.

A. Concepto y caracteres.

Los robots pueden ser definidos de forma diferente atendiendo al período histórico, el grado de evolución, y la categoría a la que pertenezcan. Esta diversidad de criterios dificulta que exista en los textos legislativos y entre la propia doctrina un concepto uniforme de robot, sino que, atendiendo a la realidad que se describe, éste engloba unos caracteres distintos¹⁸⁰².

A modo de reflexión sobre el concepto de robot, hay que comprender que las máquinas que promovieron la I Revolución Industrial buscaban crear aparatos autómatas que mejoraran la eficiencia y productividad de las fábricas, y eso se entendía como robot por la sociedad. Sin embargo, ese robot industrial no se corresponde con la máquina moderna o inteligente, que algunos representan con apariencia antropomorfa, cuando se utiliza este término. La Real Academia Española define el término robot como:

¹⁸⁰¹ Vide Juan GARCÍA-PRIETO CUESTA, “¿Qué es un robot?”, en Moisés BARRIO ANDRÉS, *Derecho de los robots*, Wolter Kluwer, Madrid, 2018, p. 46.

¹⁸⁰² *Ídem* pp. 29 y ss.

«máquina o ingenio electrónico programable que es capaz de manipular objetos y realizar diversas operaciones»¹⁸⁰³.

No obstante, este concepto aproximado de la realidad es demasiado vago, puesto que no termina de definir el sistema de funcionamiento, ya que habla de ingenio electrónico, pero no del uso de inteligencia artificial, ni tampoco recoge las características de esta tecnología. La norma ISO 8373 de 2012, sobre robótica, distingue entre los robots industriales, y los inteligentes. Los primeros responderían a un *«mecanismo accionado programable en dos o más ejes con un grado de autonomía, que se mueve dentro de su entorno, para realizar las tareas previstas»*; mientras que, el robot inteligente sería *«aquel capaz de realizar tareas detectando en su entorno y/o interactuando con fuentes externas y adaptando su comportamiento»¹⁸⁰⁴.*

En consecuencia, lo que va a definir un robot inteligente es su capacidad de recoger datos a través de sensores programables, de procesarlos y analizarlos, para que, de conformidad con unos conocimientos previos adquiridos, pueda adaptar su comportamiento e interactuar con el mundo material. Así, tal y como apunta la doctrina un robot inteligente, en sentido estricto, sería *«aquel objeto mecánico que, capta el exterior, procesa lo que percibe y, a su vez, actúa positivamente sobre el mundo»¹⁸⁰⁵.*

En otras palabras, un robot tiene que ser una máquina capaz de sentir, pensar y actuar¹⁸⁰⁶. Si bien, las facultades descritas con anterioridad sólo se desprendían de los seres vivos y no de los objetos inanimados, por lo que desde este punto comienza a cambiar la percepción que teníamos del mundo. La capacidad de observar, análisis e intervención en los robots la posibilita el uso de sistemas de inteligencia artificial, lo que en consecuencia lleva a reflejar que el robot es la materialización física a través de una máquina de ésta, puesto que es lo que le permite cumplir con las funciones que tiene

¹⁸⁰³ Vide <https://dle.rae.es/robot>

¹⁸⁰⁴ Vide ISO 8373, “Robots and robotic devices”, 2012, Definición 2.28.

¹⁸⁰⁵ Vide Moisés BARRIO ANDRÉS, “Robots, inteligencia artificial y persona electrónica”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO y José Luis PIÑAS MAÑAS, *Sociedad digital y derecho*, o.c., p. 117.

¹⁸⁰⁶ Vide Rolf PFEIFER y Christian SCHEIER, *Understanding intelligence*, Mit Press, Cambridge, 1999, p. 37.

encomendadas de relación con el medio. En este mismo sentido, apunta otro sector de la doctrina, al definir como:

«robot inteligente será aquella máquina física que de manera autónoma a través de programas y sensores inteligentes puede llegar a tomar decisiones basándose en la lógica de la IA prediciendo las necesidades de los humanos y de las situaciones en las que se ven envueltos actuando, alterando o interactuando con el mundo físico, todo ello sin estar sometido al control continuo de los humanos»¹⁸⁰⁷.

De tal manera que, dentro del concepto de robot importa el carácter autónomo de la máquina, el uso de sensores inteligentes que a través de los sistemas de inteligencia artificial permite adoptar decisiones, gracias a una serie de comportamientos previamente analizados, y que interactúa con el mundo físico sin entidad humana que supervisa sus funciones. Cada una de las características referenciadas implicará una serie de consecuencias, o responsabilidades jurídicas, determinantes dentro del ordenamiento jurídico.

No obstante, la necesidad de establecer un concepto uniforme de robot ha sido manifestado por el Parlamento Europeo, dado que, ocurre como con la inteligencia artificial, donde la transversalidad y globalidad del fenómeno convierte en un sinsentido el tratamiento unilateral por los Estados de la cuestión. Así, el Parlamento ha instado a la Comisión a que desarrolle un concepto de robot inteligente, atendiendo a las siguientes características: en primer lugar, la capacidad de adquirir autonomía mediante sensores y el intercambio de datos con su entorno, y capacidad para analizar esos datos; en segundo lugar, con capacidad de autoaprendizaje a partir de la experiencia y la interacción; en tercer lugar, un soporte físico mínimo; en cuarto lugar, la capacidad de adaptar su comportamiento y acciones al entorno; y en quinto lugar, y con mucha relevancia jurídica, la inexistencia de vida en sentido biológico¹⁸⁰⁸.

¹⁸⁰⁷ Vide María José SANTOS GONZÁLEZ, “Regulación legal de la robótica y la IA: retos de futuro”, *Revista Jurídica de la Universidad de León*, 4, (2017), pp. 31-32.

¹⁸⁰⁸ Vide PARLAMENTO EUROPEO, *Resolución (2015/2103 INL)*, de 16 de febrero, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica, Bruselas, p. 6.

En consecuencia, el robot es la materialización de la inteligencia artificial (algo empírico o inmaterial) a través de un determinado objeto con capacidad de interactuar con el mundo físico, gracias a unos sensores previamente programados que le permiten realizar determinadas actividades. Por ello, lo que va a caracterizar a los robots son tres propiedades: corporeidad, ya que representan una forma física, lo que le permite interactuar con el mundo material; impredecibilidad, ya que el robot tiene cierto grado de autonomía en la toma de decisiones, llegando a conclusiones que pueden no ser las esperadas, o sobre las que no se entienda la motivación o fundamentación; y que además, tiene impacto social, puesto que, como veremos, han configurado una categoría de sujeto jurídico que, al mismo tiempo, implica la sustitución de la actividad del ser humano en determinadas parcelas o ámbitos laborales y sociales¹⁸⁰⁹.

B. Clasificación.

La clasificación de los robots puede atender a distintos criterios. En primer lugar, con respecto a su complejidad, se distingue entre el tipo A o los manipuladores; el tipo B o el manipulador automático; el tipo C o los robots programables con trayectoria continua; y el tipo D que son aquellos robots con capacidad de adquirir datos desde su entorno y readaptar su función. Aunque también pueden clasificarse sobre la generación de desarrollo a la que pertenecen, distinguiendo entre los de primera generación, que repiten actividades programadas secuencialmente; los de segunda generación, o aquellos que adquieren información limitada de su entorno, y actúan en consecuencia¹⁸¹⁰; y los de tercera generación que poseen capacidad de programación automática mediante un lenguaje natural. Dentro de esta categoría se distinguen los robots colaborativos que controlan la seguridad del contacto físico con humanos y cualquier otro tipo de contacto, y los robots totalmente autónomos que serán aquellos que incorporen la inteligencia artificial¹⁸¹¹.

¹⁸⁰⁹ Vide Ryan CALO, “Robots as legal metaphors”, *Harvard Journal of Law and Technology*, 20, 1, 2016, pp. 215 y ss.

¹⁸¹⁰ Vide Juan GARCÍA-PRIETO CUESTA, “¿Qué es un robot?”, en Moisés BARRIO ANDRÉS, *Derecho de los robots*, o.c., pp. 40-41.

¹⁸¹¹ Vide Antonio GORRELL GUIM y Llorenç GUILERA AGÜERA, “Las tecnologías de la Industria 4.0”, *La industria 4.0. en la sociedad digital*, o.c., pp. 61-63.

En segundo lugar, se puede realizar una clasificación relativa a sus componentes, es decir, si son electromecánicos, microscópicos o nanorobots, o es un softbot, o agente de software, que comprende únicamente programas informáticos, y está desvinculado del soporte físico. Así, en tercer lugar, también son catalogados en función de su aplicación, puesto que pueden estar destinados al contexto ambiental, la salud y calidad de vida, el ámbito militar, la educación, juguetes, entrenamiento o el arte. Sin embargo, si hay un robot que llama la atención son aquellos catalogados como humanoides por su forma. Éstos pueden reproducir parcialmente el cuerpo humano, como la cara o las manos, mientras que otros imitan todo el cuerpo. Pero, lo más difícil de estos robots no es tanto que se parezcan al ser humano físicamente, como que se comporte como lo haría éste. El hecho de tener la capacidad de expresar y sentir sentimientos es una facultad estrictamente de las personas, y cuya dificultad de manifestación a través de algoritmos es uno de los mayores retos de la tecnología¹⁸¹².

4.3.3. Naturaleza jurídica.

Las características que definen a la inteligencia artificial, y por ende la robótica, hacen imposible encuadrarlas dentro de la categoría general que utiliza el derecho civil para organizar la realidad material diferenciando entre personas y cosas. Si bien es cierto que desde hace años los objetos han dejado de ser meros cuerpos físicos en el espacio y han empezado a adquirir cualidades de interacción con el medio, propias de los seres animados. Pero, estas condiciones eran programadas previamente por el intelecto humano, o en las actuaciones había siempre una persona detrás que tomaba las decisiones finales.

Sin embargo, la inteligencia artificial por la capacidad de autoaprendizaje y la impredecibilidad de muchas de las decisiones que adopta no puede considerarse o encuadrarse como una cosa sin más. No obstante, es obvio que tampoco es un ser humano, puesto que carece de los caracteres biológicos que definen a la persona, como es la respiración, la necesidad de alimentación (al menos no de comida en el sentido más estricto), o la función de reproducción. Pero, éstos han logrado una capacidad de análisis y procesamiento de datos que iguala, y en algunos casos supera, la capacidad de lógica y

¹⁸¹² Vide Juan GARCÍA-PRIETO CUESTA, “¿Qué es un robot?”, en Moisés BARRIO ANDRÉS, *Derecho de los robots*, o.c., pp. 41-45.

raciocinio de una persona normal. Y, esta es una de las facultades que diferencia al ser humano del resto de seres vivos.

De este modo, aplicando la estadística bayesiana, si piensa como un humano, realiza algunas de las funciones que éste acomete, pero, sin embargo, no es biológicamente una persona, tiene que ser una cosa distinta. Así, de conformidad con lo manifestado, el Parlamento Europeo ha solicitado a la Comisión que se pronuncie acerca de una personalidad jurídica específica para los robots. Una persona jurídica especial para aquellos que tomen decisiones autónomas o inteligentes, o interactúan con terceros de forma independiente, denominada como persona electrónica¹⁸¹³. En consecuencia, se admite la creación de una personalidad jurídica con derechos y obligaciones propios, al igual que ocurrió en su momento con las empresas.

No obstante, hay un amplio sector de la doctrina que se niega reconocer la atribución de una responsabilidad jurídica electrónica. Así, por ejemplo, de García Mexía afirma que «*extender a sistemas tecnológicos el atributo de la personalidad, que es exclusivo de la persona humana, erosiona o difumina el criterio de centralidad del ser humano*»¹⁸¹⁴. Además, añade que la única finalidad con la que se debe realizar esa regulación se debe a limitar los riesgos de estas tecnologías, una vez que sean puestas en funcionamiento, y garantizar las responsabilidades derivadas en caso de que se produzcan daños o lesionen derechos de terceros¹⁸¹⁵.

De este modo, establecer una personalidad jurídica específica implicaría que no se pueda demostrar o probar una imputación de responsabilidad, atendiendo a los criterios de fabricación de productos. Así, en opinión de Navas Navarro, esta construcción de la personalidad implica la creación de un nuevo supuesto de responsabilidad, creando un

¹⁸¹³ Vide PARLAMENTO EUROPEO, *Resolución (2015/2103 INL)*, de 16 de febrero, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica, Estrasburgo, p. 17.

¹⁸¹⁴ Vide Carlos B. FERNÁNDEZ HÉRNANDEZ, “El reconocimiento de una personalidad jurídica electrónica no es adecuada para regular la responsabilidad por daños causados por sistemas inteligentes”, *Diario LA LEY CIBERDERECHO*, 35, (2020), p. 2 y ss.

¹⁸¹⁵ Vide Javier ERCILLA GARCÍA, “Aproximación a una personalidad jurídica específica para los robots”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas tecnologías*, 49, (2020), edición electrónica sin numerar, «*la capacidad de derecho y la de hecho están íntimamente ligadas con la responsabilidad, hasta el punto de que podríamos adentrarnos, siquiera someramente en esta cuestión como relativa a las obligaciones. Así, por lo que hace a la responsabilidad de la persona ciber-física, resultaría útil para su configuración, rememorar una distinción que al respecto se hacía en el Derecho Romano. Así pues, entre los supuestos de responsabilidad por hecho ajeno, se diferenciaba según los daños se hubieran causado por sui iuris o por un alieni iuris*».

sujeto a quién imputar la acción que ocasiona el daño, sin que ello suponga que responda del mismo. De forma que, se trataría de un (nuevo) supuesto de responsabilidad de hecho ajeno, basado en la imputabilidad¹⁸¹⁶.

En consecuencia, tal y como se desprende de lo anterior, la creación de esta figura no está motivada tanto por las capacidades que presentan estas tecnologías (como de toma de decisiones y autoaprendizaje), sino influenciada por determinar el responsable en el caso de que su funcionamiento no sea como espera. Dicho de otra forma, la creación de la personalidad jurídica electrónica pretende resolver el problema de la responsabilidad que pueda derivar por la utilización de estos instrumentos, cuando no sea imputable a una persona física o jurídica.

A modo de ejemplo, si un robot termina provocando daños físicos o en los derechos de los usuarios habría que revisar la cadena de elaboración del producto, es decir, ¿el fallo proviene del programador de la inteligencia artificial, al acoplador dentro del robot, al diseñador del robot o estructura física, o al titular responsable del mismo por falta de mantenimiento correcto, o de un uso incorrecto de sus funciones? Y, en el caso de que esta responsabilidad no pueda ser atribuida a ninguna persona concreta, es el propio robot a quién se le imputa los daños que causa¹⁸¹⁷.

En consecuencia, la doctrina expone abiertamente que la atribución de la personalidad legal a los robots u otros seres con capacidad de decisión autónoma es inapropiado, en base a dos motivos principalmente: en primer lugar, porque no se puede considerar que los derechos de los robots puedan ser similares a los de los humanos (sobre todo los derechos relativos a la personalidad), puesto que, a ello se oponen los tratados internacionales de protección de los derechos humanos; y, en segundo lugar, la adquisición de esta condición legal no puede derivar del modelo de personalidad jurídica que se utiliza en las empresas, puesto que, detrás de éstas existe una persona física que la coordina y dirige. Por ello, señala abiertamente que, a pesar de ese reconocimiento de

¹⁸¹⁶ Vide Susana NAVAS NAVARRO, “Sistemas expertos basados en inteligencia artificial y responsabilidad civil. Algunas cuestiones controvertidas”, *Diario LA LEY CIBERDERECHO*, 34, (2019), p. 2 y ss.

¹⁸¹⁷ Vide Javier ERCILLA GARCÍA, “Aproximación a una personalidad jurídica específica para los robots”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas tecnologías*, 49, (2020), edición electrónica sin numerar, «en definitiva, si el acto dañosos es consecuencia de una decisión autónoma en sentido propio, y el actuar se aparta de la lógica humana, principio básico del código fuente d ela misma, y por ende el robot ha operado conforme a principios lógicos por él concebidos, sería más exacto hablar de “culpa in singularitatem”».

CAPÍTULO SEGUNDO

LA REVOLUCIÓN “INTERNET”: EL IMPULSOR DE LA SOCIEDAD DIGITAL

“personalidad jurídica electrónica”, los robots tendrán el reconocimiento de derechos de carácter patrimonial¹⁸¹⁸, pero no los constitucionales, ni los derechos personales, estrictamente designados para los individuos con identidad humana¹⁸¹⁹.

Sin embargo, lo singular es que el Comité de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo que está elaborando unas recomendaciones, sobre el régimen de responsabilidad derivado de estos sistemas inteligentes, ha propuesto un principio en consonancia con lo manifestado por la doctrina¹⁸²⁰. Éste concretamente afirma que no es necesario implementar un nuevo régimen de responsabilidad, sino que deberían realizarse ajustes en la Directiva 85/374/CEE sobre responsabilidad derivada de productos defectuosos, introduciendo modificaciones destinadas específicamente a la IA¹⁸²¹.

Asimismo, se afirma que, para evitar duplicidades normativas, los daños que la inteligencia artificial puede causar a las personas se abordan mejor desde el Reglamento General de Protección de Datos, y la normativa de productos defectuosos. Por ello, sugiere mantener el régimen de responsabilidad civil instaurado bajo esas normas, y lo adiciona mediante el establecimiento de seguros, en caso de la inteligencia artificial de alto riesgo. De forma que, serán los titulares los encargados de indemnizar a los posibles

¹⁸¹⁸ Vide Javier ERCILLA GARCÍA, “Aproximación a una personalidad jurídica específica para los robots”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas tecnologías*, 49, (2020), edición electrónica sin numerar, «esto es un pequeño patrimonio con el que responder de sus responsabilidades civiles (...) y que si bien se había propuesto una responsabilidad mancomunada de todos los agentes o del Consorcio de Compensación de Seguro, en ese supuesto de reconocimiento de la persona ciber-física como una persona sui iuris, debería ser el propio robot o el seguro del que fuera tomador, quien respondiera en esos supuestos. Por ende, y aunque solo sea al objeto de responder personalmente de sus actos civiles, se debería reconocer un ius patrimonium a la persona ciber-física, esto es, un derecho patrimonial sobre un patrimonio limitado denominado peculio. Dicho peculio, no como dinero físico sino virtual, podría depositarse en carteras virtuales de criptomonedas, lo que facilitaría la recepción, uso y envía de dichas cantidades de dinero».

¹⁸¹⁹ Vide Moisés BARRIO ANDRÉS, “Robots, inteligencia artificial y persona electrónica”, en Tomás DE LA QUADRA SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO y José Luis PIÑAR MAÑAS, *Sociedad digital y derecho*, o.c., p. 132.

¹⁸²⁰ Vide COMITÉ DE ASUNTOS JURÍDICOS DEL PARLAMENTO EUROPEO, “Recommendations to the Commission on a Civil liability regime for artificial intelligence”, 27 de abril de 2020.

¹⁸²¹ *Ibidem* pp. 11 y ss.: «Council Directive 85/374/EEC3 (the Product Liability Directive) has proven to be an effective means of getting compensation for damage triggered by a defective product. Hence, it should also be used with regard to civil liability claims of a party who suffers harm or damage against the producer of a defective AI-system. In line with the better regulation principles of the Union, any necessary legislative adjustments should be discussed during a review of that Directive. The existing fault-based liability law of the Member States also offers in most cases a sufficient level of protection for persons that suffer harm or damages caused by an interfering third person, as that interference regularly constitutes a fault-based action. Consequently, this Regulation should focus on claims against the deployer of an AI-system».

daños que se puedan provocar a terceros, es decir, un régimen objetivo, y de culpa cuando se den los requisitos necesarios sobre la actuación humana¹⁸²².

No obstante, considero necesario desmarcarme, en parte, de esa línea doctrinal. El pensamiento que lleva a realizar tales afirmaciones parece estar sumido en una ideología antropocentrista y asfixiada por el miedo a perder el control de nuestra propia creación. Si que es cierto que no se podrán reconocer determinados derechos, específicos y destinados a preservar la identidad de ser humano, pero esto no implica que carezca de total reconocimiento de derechos. La realidad actual evidencia que el ser humano se aprovecha en su beneficio de los más débiles, incluso de su propia especie.

Por ello, no sé si quiero pertenecer a una clase de sociedad que utilice los robots o la inteligencia artificial para descargar sus pasiones y focalizar su rabia. No me gustaría pensar en la utilización de los robots para cometer actos delictivos como lesiones, violaciones o prácticas abusivas, que si se realizaran sobre las personas atentarían contra su dignidad, pero que, frente a los robots, no tendrían ningún tipo de consecuencia jurídica. De este modo, no creo, por ejemplo, que un robot vaya a votar en unas elecciones. Pero, si que sería deseable una sociedad respetuosa y que otorgue un trato adecuado y ético sobre estas nuevas tecnologías. Es cierto que necesitan un régimen específico, que se separe del propio de la persona, pero no podemos olvidarnos de configurar e incorporar dentro de éste ciertos valores y principios éticos.

Por tanto, no basta con el mero reconocimiento de la personalidad jurídica, sino que, si éste se convierte en sujeto de derecho, se debe establecer un régimen concreto de derechos y obligaciones. El legislador tiene una ardua labor en esta materia, determinando

¹⁸²² Vide COMITÉ DE ASUNTOS JURÍDICOS DEL PARLAMENTO EUROPEO, “*Recommendations to the Commission on a Civil liability regime for artificial intelligence*”, 27 de abril de 2020, Artículo 8: «1. The deployer of an AI-system that is not defined as a high-risk AI-system, in accordance to Article 3(c) and, as a result is not listed in the Annex to this Regulation, shall be subject to fault-based liability for any harm or damage that was caused by a physical or virtual activity, device or process driven by the AI-system. 2. The deployer shall not be liable if he or she can prove that the harm or damage was caused without his or her fault, relying on either of the following grounds’: (a) the AI-system was activated without his or her knowledge while all reasonable and necessary measures to avoid such activation were taken, or (b) due diligence was observed by selecting a suitable AI-system for the right task and skills, putting the AI-system duly into operation, monitoring the activities and maintaining the operational reliability by regularly installing all available updates. The deployer shall not be able to escape liability by arguing that the harm or damage was caused by an autonomous activity, device or process driven by his or her AI-system. The deployer shall not be liable if the harm or damage was caused by force majeure. 3. Where the harm or damage was caused by a third party that interfered with the AI-system by modifying its functioning, the deployer shall nonetheless be liable for the payment of compensation if such third party is untraceable or impecunious. 4. At the request of the deployer, the producer of an AI-system shall have the duty of collaborating with the deployer to the extent warranted by the significance of the claim in order to allow the deployer to prove that he or she acted without fault».

el contenido, límites y garantías de éstos. Aunque esta tarea la emprenderá el legislador europeo, es trascendental fijar un marco claro sobre los derechos de esta nueva personalidad jurídica.

Reflexionemos, por ejemplo, en cómo podrían reparar los robots los daños que causen durante su utilización. Si bien, no los propios de cualquier objeto que se mueve en el espacio, sino de aquellos que sean inherente a sus propias decisiones. ¿Qué ocurría, por ejemplo, si un robot mata a una persona, y no existen evidencias de que se deba a un error en su fabricación, o de manipulación por un tercero? La pena de prisión, de multa, e incluso el resarcimiento patrimonial, no tiene sentido para este sujeto de derecho. No obstante, creo que nos estamos adelanto demasiado a los problemas que puede llegar a plantear el progreso. Aún, no se ha dado el caso de que, por su propia decisión, y no debiéndose a un error humano, se haya producido daños en la persona o en sus derechos.

El Estado se debe convertir en el principal garante de los derechos de los ciudadanos y el respeto de su protección, y para el cumplimiento de esa labor, la Administración Pública se convierte en el mejor instrumento. En este sentido, una Administración es la que debería de encargarse de verificar que se cumplen los requisitos de los sistemas de autoaprendizaje y decisiones autónomas, que como será analizado tanta polémica suscitan, antes de su distribución.

Asimismo, debería crearse un registro de estos dispositivos, donde se incluirá el nombre del titular o propietario de éste y otros datos identificativos, la localización geográfica en la que se entiende que va a actuar, así como también, la posibilidad de desconectar el dispositivo de forma remota, ante supuestos tasados.

Y, de igual manera, la propiedad de estos instrumentos debería quedar reservada a los mayores de 18 años, por la responsabilidad que entrañan, y aquellas personas que tengan plena capacidad jurídica y de obrar. De este modo, se generaría una mayor confianza sobre estos dispositivos, con una naturaleza jurídica nueva, a la par que se dota de contenido los derechos y obligaciones de los mismos.

En la opinión de quién suscribe, la idea de configuración de un régimen legal propio para la inteligencia artificial, o cualquier ser con cierta autonomía e independencia en sus decisiones, como sujeto de derechos y obligaciones es un acierto, puesto que, aun no se conoce cuál es el límite (intelectual actual de comprensión) de esta creación del ser humano. Sin embargo, lo que no termina de convencer es el término que se pretende

utilizar para describirlo como personalidad electrónica. El uso del carácter electrónico en las distintas esferas de la sociedad ha sido superado en la mayor parte de las nociones y definiciones.

Así, tal y como se evidencia a lo largo de esta tesis, en su mayoría utilizan términos como digital, o añaden la e- delante del nombre como el sinónimo de una nueva configuración o realidad. De este modo, aunque se utilice con frecuencia el término digital, en este concreto campo no tiene sentido que hablemos de personalidades digitales. Por ello, aunque en su base el funcionamiento sean los datos, éste puede llevar a error o equivocación con figuras como, el certificado de persona digital, o la propia persona digital que se configura en el ciberespacio.

No obstante, sí que por ejemplo se podría utilizar, de forma más acertada, el término de personalidad o persona artificial, en contraposición a la persona natural con la que se identifica el ser humano y que, al mismo tiempo, hace referencia a la derivación de este ser, o creación sofisticada, por el intelecto de las personas. Si bien, el uso de este término permitiría armonizarla con la creación de una rama del ordenamiento específica que se encargue de garantizar los derechos y obligaciones de este nuevo sujeto jurídico: el Derecho Artificial.

4.3.4. La evolución reguladora de esta materia.

El Parlamento Europeo manifiesta por primera vez la necesidad de establecer un régimen concreto para estas figuras en la Resolución sobre Derecho civil y robótica del año 2017. En este documento, como consecuencia del aumento de ventas de robots, el Parlamento refleja su preocupación sobre la capacidad que la inteligencia artificial y la robótica tienen para cambiar el modo y las formas de trabajo, y de igual manera, aumentar los niveles de eficiencia, ahorro, seguridad y calidad de los servicios¹⁸²³.

Esta realidad lleva a reflexionar sobre el futuro de la educación, el empleo y las políticas sociales¹⁸²⁴. Añade que muy probablemente el uso de robots no suponga la sustitución automática de puestos de trabajo, pero sí que existe una alta probabilidad de

¹⁸²³ Vide PARLAMENTO EUROPEO, *Resolución (2015/2103 INL)*, de 16 de febrero, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica, Estrasburgo, Considerando E.

¹⁸²⁴ *Ibidem* Considerando I.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA REVOLUCIÓN “INTERNET”: EL IMPULSOR DE LA SOCIEDAD DIGITAL

que los empleos menos cualificados en sectores intensivos de mano de obra se conviertan en los más vulnerables al proceso de automatización. Estas evidencias no se pueden eludir fácilmente, puesto que va a provocar crecientes fracturas sociales, y una concentración de la riqueza en una minoría, destruyendo la clase media.

En consecuencia, solicita a la Comisión diversas actuaciones. En primer lugar, la definición de estas figuras en auge, configurando una personalidad propia de la que se derive un régimen jurídico susceptible de crear derechos y obligaciones. Al mismo tiempo que, le insta a que cree un sistema global de registro de robots avanzados, con categorías y subcategorías específicas de robot, atendiendo a los criterios de clasificación que la Comisión entienda como pertinentes. Además, insiste en la necesidad de que, a pesar de que estos nuevos seres tengan capacidad de autoaprendizaje y de desarrollo por cuenta propia de sus actividades, que los humanos no pierdan el control, de todo aquello que lleven a cabo, en ningún momento¹⁸²⁵.

En segundo lugar, pide a los distintos Estados miembros que sigan invirtiendo a través de la financiación pública en el desarrollo de estas tecnologías, y para ello, solicita a la Comisión que refuerce los instrumentos financieros destinados a proyectos, pero siempre desde el principio de interoperabilidad y conectividad¹⁸²⁶.

En tercer lugar, el Parlamento constata la necesidad de configurar una serie de principios éticos, atendiendo a los posibles riesgos que estas tecnologías pueden ocasionar atentando contra derechos fundamentales o la propia seguridad del individuo. La configuración de un marco ético, claro, estricto y eficiente que oriente el diseño y producción de los robots, con la finalidad de completar las recomendaciones jurídicas, a modo de código¹⁸²⁷. Para ello establece tres instrumentos: una Carta sobre robótica; un código de conducta ética para los ingenieros en robótica; y un Código Deontológico para los Comités de ética de las investigaciones.

En cuarto lugar, pide a la Comisión la posibilidad de instar una Agencia Europea para la robótica e inteligencia artificial que proporcione los conocimientos técnicos, éticos y normativos necesarios para aprobar la labor de los distintos actores a nivel de la

¹⁸²⁵ Vide PARLAMENTO EUROPEO, *Resolución (2015/2103 INL)*, de 16 de febrero, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica, Estrasburgo, pp. 6-7.

¹⁸²⁶ *Ibidem* pp. 7-8.

¹⁸²⁷ *Ibidem* p. 8.

Unión Europea. En quinto lugar, subraya que no existe una normativa específica en lo que refiere a la protección de los datos y flujos de los mismos dentro de estas nuevas tecnologías¹⁸²⁸, por lo que debe aplicarse el marco ordinario de protección de datos que se organiza en torno al Reglamento General de Protección de Datos¹⁸²⁹ y el Reglamento de datos no personales¹⁸³⁰.

Y, en sexto lugar, configura el régimen de responsabilidad por daños causados por robots o inteligencia artificial. El sistema debe basarse en dos relaciones básicas entre los robots y los humanos: previsibilidad y direccionalidad. Además, solicita a la Comisión que reflexione si el régimen de responsabilidad de estos actores debe basarse en la objetividad, o en la gestión de riesgos, dadas las peculiaridades de cada uno de estos sistemas. Así, en la responsabilidad objetiva, sólo habrá que probar que se ha producido un daño y la existencia de un nexo causal entre el funcionamiento perjudicial del robot y los daños o perjuicios ocasionados. Mientras que, el sistema de gestión de riesgos se centra en quién es la persona capaz de haber minimizado los riesgos y gestionar el impacto negativo. No obstante, añade que la complejidad de la relación de responsabilidad puede ser resuelta a través del establecimiento de un régimen de seguro obligatorio¹⁸³¹.

Además, como complemento se configura el régimen para la creación de una licencia para los diseñadores, mediante la que se cumplan todas las garantías de respeto de los derechos y protección de la seguridad; y de una licencia para los usuarios, por la que se comprometen a hacer un uso adecuado y conforme a las normas legales y éticas de los robots y de la inteligencia artificial¹⁸³².

Con posterioridad, siguiendo las instrucciones del Parlamento Europeo, la Comisión elabora un plan sobre inteligencia artificial para Europa. En este texto se define

¹⁸²⁸ Vide PARLAMENTO EUROPEO, *Resolución (2015/2103 INL)*, de 16 de febrero, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica, Estrasburgo, p. 9.

¹⁸²⁹ Vide PARLAMENTO EUROPEO 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

¹⁸³⁰ Vide PARLAMENTO EUROPEO, Reglamento (UE) 2018/1807, de 14 de noviembre, relativo a un marco para la libre circulación de datos no personales en la Unión Europea.

¹⁸³¹ Vide PARLAMENTO EUROPEO, *Resolución (2015/2103 INL)*, de 16 de febrero, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica, Estrasburgo, pp. 15-16.

¹⁸³² *Ibidem* pp. 24-25.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA REVOLUCIÓN “INTERNET”: EL IMPULSOR DE LA SOCIEDAD DIGITAL

de forma poca acertada la inteligencia artificial y se recalca su importancia para el desarrollo y progreso de Europa, en el ámbito del Estado de Bienestar:

«La IA, además de facilitarnos la vida, nos está ayudando a resolver algunos de los principales retos a los que se enfrenta nuestro mundo: desde el tratamiento de las enfermedades crónicas o la reducción de las tasas de mortalidad en los accidentes de tráfico hasta la lucha contra el cambio climático o la previsión de las amenazas a la ciberseguridad»¹⁸³³.

La Comisión promueve a través de esta iniciativa europea cuatro metas a conseguir dentro de esta materia. En primer lugar, la potenciación de la capacidad tecnológica e industrial de la UE, así como su impulso y adopción en todos los ámbitos de la economía¹⁸³⁴. En segundo lugar, preparar el sistema para las transformaciones socioeconómicas, en términos de educación y formación para redireccionarlos al nuevo mercado laboral. Para ello se fija como máxima que nadie quede rezagado del progreso, al mismo tiempo que, se favorece el talento, la diversidad y la interdisciplinariedad¹⁸³⁵. En tercer lugar, garantizar el establecimiento de un marco ético y jurídico apropiado basado en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión¹⁸³⁶. Y, en cuarto lugar, la necesidad de aunar fuerzas en esta materia movilizándolo a los distintos Estados miembros, y potenciando la dimensión internacional de la materia promoviendo debate, en los que se lleguen acuerdos y planes coordinados en esta materia¹⁸³⁷. Para la consecución de estos objetivos, la Comisión elabora un plan coordinado sobre la IA, mediante el cual se propone, entre otras medidas, el fortalecimiento y confiabilidad de estas tecnologías, la capacitación de la sociedad, o la creación de un espacio de datos europeos, incluso dentro del Sector Público¹⁸³⁸.

¹⁸³³ Vide COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación (2018) 137, de 25 de abril, al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: inteligencia artificial para Europa*, Bruselas, p. 2.

¹⁸³⁴ *Ibidem* pp. 7-13.

¹⁸³⁵ *Ibidem* pp. 14-16.

¹⁸³⁶ *Ibidem* pp. 17-20.

¹⁸³⁷ *Ibidem* pp. 20-22.

¹⁸³⁸ Vide COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación (2018) 795, de 7 de diciembre, al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: plan coordinado sobre la inteligencia artificial*, Bruselas, pp. 2 y ss.

Estos dos instrumentos dejan claro que, un requisito previo fundamental, para que funcione el desarrollo e introducción de la IA en nuestra sociedad, hay que generar confianza en el ser humano sobre la utilización de estas tecnologías. Por ello, el Consejo de Europa ha creado un Comité específico para impulsar la regulación de la inteligencia artificial. Para ello, se propone la fijación de una serie de directrices que logren una IA fiable basadas en tres componentes: que éstas se desarrollen conforme a la ley, que se respeten los principios éticos, y que debe ser sólida¹⁸³⁹.

De este modo, la Comisión apoya los siguientes requisitos como esenciales para considerar la IA como fiable¹⁸⁴⁰: la intervención y supervisión humana que garantice grados de control adecuados de la gestión y control de las actividades que estas tecnologías desarrollan; la solidez y seguridad técnica, puesto que sus decisiones deben ser lo más acertadas posible, y que integren mecanismos de seguridad desde el diseño; la privacidad y protección de los datos que usen; la transparencia de las decisiones que adopten; la diversidad, no discriminación y equidad de las determinaciones que tomen en el desarrollo de su actividad; la consideración del impacto social y la protección del bienestar de los ciudadanos por encima de todo; y la rendición de cuentas, es decir, la valoración previa de los impactos negativos de los sistemas de IA, de manera que, se garantice una reparación adecuada de los daños, en el caso de que lleguen a producirse.

Finalmente, el último texto aprobado en este ámbito ha sido el Libro Blanco sobre la inteligencia artificial¹⁸⁴¹ que debe ser analizado en consonancia con el informe sobre las repercusiones en materia de seguridad y los principios del régimen de responsabilidad de la inteligencia artificial, el internet de las cosas y la robótica¹⁸⁴². Mediante éste se pretende buscar la excelencia y la confianza de la sociedad en el uso de la IA, así como también, reflexionar sobre los posibles problemas que en materia de seguridad y responsabilidad que el afianzamiento de estas innovaciones puede traer a nuestra sociedad.

¹⁸³⁹ Vide COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación (2019) 168, de 8 de abril, al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo, y al Comité de las Regiones: generar confianza en la inteligencia artificial centrada en el ser humano*, Bruselas, p. 2.

¹⁸⁴⁰ *Ibidem* pp. 2-7.

¹⁸⁴¹ Vide COMISIÓN EUROPEA, *Libro Blanco sobre la inteligencia artificial: un enfoque europeo orientando a la excelencia y la confianza de 19 de febrero*, Bruselas.

¹⁸⁴² Vide COMISIÓN EUROPEA, *Informe (2020) 64, de 19 de febrero, al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo, sobre la repercusión en materia de seguridad y responsabilidad civil de la inteligencia artificial, el internet de las cosas y la robótica*, Bruselas.

La UE tiene en su mente convertirse en “*líder mundial de la innovación en la economía de los datos y sus aplicaciones*”. En este sentido, cobra especial relevancia la estrategia europea de datos¹⁸⁴³ promulgada justo después de esta disposición. La UE pretende desarrollar un ecosistema de inteligencia artificial que acerque las ventajas de esta tecnología a los ciudadanos, al desarrollo empresarial y a los servicios de interés público¹⁸⁴⁴. A través del Libro Blanco se propone que la UE aproveche la capacidad que tiene sobre estas tecnologías, tanto creadora como productora, para invertir en infraestructuras e innovaciones para la siguiente generación. Además de fomentar las competencias digitales como la alfabetización de datos, y la potenciación de infraestructuras clave, que ayudarán a consolidar la posición de Europa en el futuro, así como también, la materialización de una IA fiable que respete los valores y normas europeos¹⁸⁴⁵.

No obstante, el ecosistema de excelencia sólo puede conseguirse a través de acciones coordinadas, por ello, entre otras medidas, propone: editar el sistema, sobre la base del pilar de capacidades avanzadas del Programa Europeo Digital, y así, respaldar las redes de universidades y centros de educación superior pioneros, a fin de atraer el talento y ofrecer máster de IA a la vanguardia mundial; trabajar para garantizar que al menos en cada Estado miembro haya un centro pionero de investigación en inteligencia artificial, así como también, ofrecer financiación mediante fondos propios; o, el inicio de conservaciones por sectores de carácter abierto y transparente, en las que se le de prioridad a los sectores de atención sanitaria, las administraciones rurales y los operadores de los servicios públicos. Todo ello con el objetivo de preparar un programa de adopción de la IA¹⁸⁴⁶.

Mientras que, para la consecución de un sistema de confianza propone la regulación de la IA: en primer lugar, definiendo los problemas tanto los riesgos para los derechos fundamentales, especialmente aquellos relacionados con la protección de datos personales, la privacidad y la no discriminación y los riesgos para la seguridad y el

¹⁸⁴³ Vide COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación (2020) 66, de 19 de febrero, al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: una estrategia europea de datos*, Bruselas.

¹⁸⁴⁴ Vide COMISIÓN EUROPEA, *Libro Blanco sobre la inteligencia artificial: un enfoque europeo orientando a la excelencia y la confianza*, Bruselas, 19 de febrero de 2020, pp. 2-3.

¹⁸⁴⁵ *Ibidem* p. 4.

¹⁸⁴⁶ *Ibidem* pp. 6-10.

funcionamiento eficaz del régimen de responsabilidad; en segundo lugar, las posibles adaptaciones del marco normativo en vigor de la UE en relación con la IA; en tercer lugar, el ámbito de aplicación de un futuro marco regulador de la UE; la determinación de los requisitos legales obligatorios a los que se deben atener cada una de los partícipes en su configuración; y la creación de una estructura de gobernanza que garantice la mayor participación de las partes interesadas¹⁸⁴⁷.

En este último punto es donde cobra vital importancia el Derecho Administrativo, puesto que, es ésta la rama del ordenamiento jurídico que en mejor posición se encuentra para el desarrollo de esta función. Si bien, éste a través de las distintas herramientas que posee, coordinaría el desarrollo de un marco jurídico adecuado a los intereses que se pretenden proteger y estableciendo los órganos de control, supervisión y sanción necesarios para crear confianza entre los ciudadanos.

No obstante, aunque existen a nivel comunitario una serie de documentos que se refieren a las tecnologías de la inteligencia artificial y de la robótica, la regulación que se está haciendo de estas figuras es indirecta¹⁸⁴⁸. No existe un marco específico para gestionar los problemas que se deriven de estas innovaciones. Por ahora, sólo se habla de la creación de una personalidad jurídica específica, con derechos y deberes, pero que aún no ha sido materializada. Y que, por ende, en la actualidad la normativa que le resulta de aplicación es la relativa al Reglamento General de Protección de Datos Personales¹⁸⁴⁹ y no personales¹⁸⁵⁰.

Ocurre, igual que con otras tecnologías disruptivas a las que no se les ha creado un marco idóneo para su desarrollo y la resolución de los problemas que pueden llegar a plantear¹⁸⁵¹. Es obvio que estas tecnologías se sirven de los datos como fuente de energía,

¹⁸⁴⁷ Vide COMISIÓN EUROPEA, *Libro Blanco sobre la inteligencia artificial: un enfoque europeo orientando a la excelencia y la confianza*, Bruselas, 19 de febrero de 2020, pp. 11-30.

¹⁸⁴⁸ Vide Agustí CERRILLO I MARTÍNEZ, “El derecho para una inteligencia artificial centrada en el ser humano y al servicio de las instituciones”, *Revista de Internet, Derecho y Política*, 30, (2020), p. 3.

¹⁸⁴⁹ Vide PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, *Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril, 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)*, Estrasburgo, p. 2.

¹⁸⁵⁰ Vide PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, *Reglamento 2018/1807, de 14 de noviembre, relativo a un marco para la libre circulación de datos no personales en la Unión Europea*, Estrasburgo, pp. 3 y ss.

¹⁸⁵¹ Vide Juan Carlos HERNÁNDEZ PEÑA, “Gobernanza de la inteligencia artificial en la Unión Europea. La construcción de un marco ético-jurídico aún inacabado”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 56, (2021), pp. 21 y ss.

pero hay una gran diferencia: la posibilidad de tomar decisiones de forma más o menos autónoma, y la capacidad de autoaprendizaje. Estas características merecen de una regulación específica por las consecuencias tan trascendentales que pueden tener para la protección de los derechos y el desarrollo de los seres humanos.

Sin embargo, en esta parte hay que hacer constar, que no podemos aplicar un derecho nuevo, sin antecedentes en la materia sobre la base de un ordenamiento jurídico anticuado, pensado para un mundo físico, y no para la realidad que comporta la digitalización y la llegada de la inteligencia artificial. La tecnología no espera a que el derecho llegue y regule su situación, sino que se instaura y consolida en las relaciones, promoviendo cada vez diferentes innovaciones.

Si bien es cierto, un derecho anticipado antes de que lleguen los problemas suele representar una traba para el desarrollo, pero esperar demasiado para crear un ámbito jurídico propio de esta materia, es dejar a la deriva el futuro de la humanidad. Tal y como señala la doctrina, ya hemos tenido la experiencia con la falta de regulación, o regulación tardía, en Internet, con el que al menos, el principio de equivalencia funcional nos ha salvado en la medida de lo posible¹⁸⁵².

No podemos olvidarnos de los riesgos que entraña el uso de la inteligencia artificial para la sociedad. Por ello, es tan importante que antes de su puesta a disposición se comprueben que se cumple todos los requisitos para poder ser implantados en la sociedad de forma segura para los derechos de los ciudadanos. De manera que se debe verificar por parte del Estado el cumplimiento de los requisitos establecidos, incluyendo procedimientos de inspección o certificación de manera aleatoria, con posterioridad a su distribución. Y, de igual manera, la retirada o modificación del producto desde que se detecten los primeros fallos del sistema. Si bien, el uso de la inteligencia artificial sin la diligencia debida por los distintos sectores de la sociedad implica un riesgo excesivo que ningún Estado puede asumir, de ahí, se advierte la necesidad de controlar desde el diseño, creación, distribución y mantenimiento de estos dispositivos.

Asimismo, ha sido puesto de manifiesto en un documento elaborado la Comisión Europea en el que se aboga porque los principios que regulen esta tecnología sean los siguientes: responsabilidad objetiva del usuario; determinación del grado de control sobre

¹⁸⁵² *Vide* Lorenzo COTINO HUESO, “Riesgos e impactos del Big Data, la inteligencia artificial y la robótica. Enfoques, modelos y principios de la respuesta del derecho”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 50, (2019), p. 17.

la tecnología; nivel de diligencia exigible; determinación de la responsabilidad por el uso de tecnología autónoma; responsabilidad por productos defectuosos; seguro obligatorio para su utilización; la inversión de la carga de la prueba sobre el elemento tecnológico, en lugar de la víctima; responsabilidad por pérdida de datos del usuario que debe ser compensable; y el establecimiento de una personalidad jurídica¹⁸⁵³.

En este sentido, cualquier herramienta puede ser un arma de destrucción en manos de la persona indicada. Por ello, es imprescindible sentar los principios de previsión y de diligencia, atendiendo a la teoría del riesgo y quién tiene mayor posibilidad de evitarlo. Si bien, una vez que éstos fallen, nos centraremos en estudiar el régimen de responsabilidad, en el caso de que ninguno de los anteriores pueda ser imputado. Decía Machado que el camino se hace al andar... pues sentemos las bases de esta tecnología, y cuando lleguen los problemas, buscaremos soluciones.

4.3.5. Grupo normativo regulador.

El grupo normativo regulador, distingue entre distintas disposiciones y de diversos niveles, aunque no existe una norma de cabecera básica en esta materia. En este sentido, hay que distinguir entre:

a) Derecho comunitario.

- Unión Europea, Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.
- Consejo de Europa, Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Roma, 1950.
- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, Niza, 2000.
- Directiva (UE) 2016/1148, de 6 de julio de 2016 relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de seguridad de las redes y sistemas de información en la Unión.
- Directiva (UE) 2018/1972, de 11 de diciembre de 2018 por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas.

¹⁸⁵³ Vide GRUPO DE EXPERTOS SOBRE INTELIGENCIA ARTIFICIAL, “Responsabilidad derivada del uso de la inteligencia artificial y otras tecnologías emergentes”, diciembre de 2019.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA REVOLUCIÓN “INTERNET”: EL IMPULSOR DE LA SOCIEDAD DIGITAL

- Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril, 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).
- Reglamento (UE) 2018/1725, de 23 de octubre, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y a la libre circulación de esos datos, y por el que se derogan el Reglamento (CE) nº 45/2001 y la Decisión nº 1247/2002/CE.
- Reglamento (UE) 2018/1807, de 14 de noviembre, relativo a un marco para la libre circulación de datos no personales en la Unión Europea.
- Resolución (UE) 2015/2103 INL, de 16 de febrero, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica.
- Resolución (UE) 2017/2772, de 3 de octubre, sobre las tecnologías de registros distribuidos y las cadenas de bloques: fomentar la confianza con la desintermediación
- Resolución (UE) 2018/C 263/10, de 14 de marzo, sobre las implicaciones de los macrodatos en los derechos fundamentales: privacidad, protección de datos, no discriminación, seguridad y aplicación de la ley,
- Comunicación COM (2018) 137, de 25 de abril, al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: inteligencia artificial para Europa.
- Comunicación COM (2019) 168, de 8 de abril, al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo, y al Comité de las Regiones: generar confianza en la inteligencia artificial centrada en el ser humano.
- Grupo de expertos sobre inteligencia artificial, “*Responsabilidad derivada del uso de la inteligencia artificial y otras tecnologías emergentes*”, diciembre de 2019
- Comunicación (COM) Libro Blanco, de 19 de febrero de 2020, sobre la inteligencia artificial: un enfoque europeo orientando a la excelencia y la confianza.
- Informe COM (2020) 64, de 19 de febrero, al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo, sobre la repercusión en materia de

seguridad y responsabilidad civil de la inteligencia artificial, el internet de las cosas y la robótica.

- Comisión Europea, Comunicación (2020) 66, de 19 de febrero, al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: una estrategia europea de datos.
- Consejo de la Unión Europea, Conclusiones del Consejo sobre la configuración del futuro digital de Europa, 16 de junio de 2020.
- Parlamento Europeo, Resolución de 20 de octubre de 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un marco de los aspectos éticos de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas.

b) Derecho interno español.

- Constitución española, de 29 de diciembre, de 1978.
- Ley Orgánica 10/1995, del Código Penal, 23 de noviembre de 1995.
- Ley 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana
- Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.
- Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.
- Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.
- Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y de Garantía de los Derechos Digitales.
- Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias
- Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el cual se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de protección de datos de carácter personal.
- Estrategia española de I+D+I en Inteligencia Artificial, 2019.

- Agencia española de protección de datos, adecuación al RGPD de tratamientos que incorporan Inteligencia Artificial, febrero de 2020.

4.3.6. Los principales problemas.

A. El Estado como defensor de los valores sociales y los derechos fundamentales.

Uno de los principales problemas que implica el uso de estas tecnologías está relacionado con la protección de los valores y principios sobre los que se construye el Estado Social y el respeto de los derechos fundamentales. Si bien, se torna trascendental que estas tecnologías sean creadas, desde su diseño, para respetar los principios, valores y derechos en los que se diseña el Estado democrático y de derecho¹⁸⁵⁴.

Además, también existe cierta intranquilidad porque estas máquinas asuman el control y organicen, de conformidad con otros criterios, las relaciones. Por ello, gran parte de los documentos que legislan sobre esta materia pretenden preservar la posición e identidad de las personas siempre por encima de la inteligencia artificial y los robots. Hasta el punto de que, se ha gestado una nueva rama de la ciencia como la roboética¹⁸⁵⁵.

Sin embargo, los robots que se están diseñando tienen por objetivo ayudar al ser humano a realizar sus funciones, tanto de forma física como psicológica, colaborando para construir una sociedad mejor. Además, parece que se olvida que éstos acometerán las funciones cómo el ser humano les enseñe a realizarlas, por lo que, depende de nuestra especie el uso que hagamos de esta tecnología, pero como de todas las tecnologías creadas

¹⁸⁵⁴ Resulta imposible no reproducir en este apartado las cuatro reglas básicas (primero fueron tres, y con posterioridad añadió una más en la novela “Robots e Imperio” que Isaac Asimov estableció como indispensables para garantizar la integridad de la humanidad, y se copian en la mayoría de los textos de regulación ética: 1) *un robot no puede perjudicar a un ser humano, ni con su inacción permitir que un ser humano sufra daño*; 2) *un robot ha de obedecer las órdenes recibidas de un ser humano, excepto si tales órdenes entran en conflicto con la primera ley*; 3) *un robot debe proteger su propia existencia mientras la protección no entre en conflicto con la primera o la segunda ley*; 4) *un robot no puede perjudicar a la humanidad, ni con su inacción permitir que la humanidad sufra daño*.

¹⁸⁵⁵ Vide Gianmarco VERUGGIO y Fiorella OPERTO, “Roboethics: a bottom up interdisciplinary discourse in the field of applied ethics in robotics”, *International Review of Information Ethics*, 6, (2016), p. 3: «*la parte aplicada a la ética cuyo objetivo es el desarrollo de herramientas técnico-científicas y culturales que promueven la robótica como causa de avanza de la sociedad humanas y de sus individuos y que ayudan a prevenir un uso equivocado de esta contra la propia especie humana*».

hasta el momento. Dejo el ejemplo evidente de la bomba atómica, cuya implementación depende del ser humano.

En este sentido, la Comisión es consciente de que si no persuade a la población de esa desconfianza y la inseguridad en el uso de estas tecnologías no se puede avanzar en el proceso evolutivo. Ello es lo que le ha llevado a promover tres instrumentos de carácter ético como son la creación de una Carta sobre robótica; un código de conducta ética para los ingenieros en robótica; y un Código Deontológico para los Comités de ética de las investigaciones¹⁸⁵⁶. A destacar la conducta de los investigadores en robótica debe basarse siempre en los principios de beneficio para el hombre; el principio de no perjuicio o maleficencia; la capacidad de tomar decisiones con conocimiento de causa; y la justicia en la distribución de los beneficios asociados a los robots¹⁸⁵⁷.

No obstante, hasta el momento, el consenso de los expertos en cuestiones éticas ha sido bastante escaso, y es por ello por lo que deben centrarse los esfuerzos internacionales en hallar una armonización de las distintas iniciativas normativas sobre la cuestión¹⁸⁵⁸. La base ética de la inteligencia artificial y la robótica no puede ser otra que la del respeto a los valores y derechos que garantizan la dignidad del individuo¹⁸⁵⁹.

Por ello, tal y como señala la doctrina, se debe asegurar el desarrollo de la tecnología bajo el prisma de los derechos fundamentales, no como límite a su evolución, sino como su objetivo; garantizar que las nuevas tecnologías tengan en cuenta las normas preexistentes en el ordenamiento con anterioridad a la llegada de estas tecnologías disruptivas; lograr un tratamiento jurídico de la cuestión objetivo, fuera de los miedos y las prohibiciones; y ser capaces de entender que la aproximación jurídica a la IA y la robótica debe de hacerse desde la comprensión a sus estructuras y no poniendo límites a su desarrollo. En consecuencia, un tratamiento legal y ético de la cuestión adecuado sería aquel que aprende del propio funcionamiento de la tecnología, profundiza la gestión de las cuestiones legales desde el diseño normativo, proponiendo mejoras en aquellos

¹⁸⁵⁶ Vide PARLAMENTO EUROPEO, *Resolución (2015/2103 INL)*, de 16 de febrero, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica, Estrasburgo, p. 20.

¹⁸⁵⁷ *Ibidem* pp. 20-22.

¹⁸⁵⁸ Vide Juan GARCÍA-PRIETO CUESTA, “¿Qué es un robot?”, en Moisés BARRIO ANDRÉS, *Derecho de los robots*, o.c., p. 57.

¹⁸⁵⁹ Vide Guillermo LAZCOZ MORATINOS, “Análisis de la propuesta de reglamentos sobre los principios éticos para el desarrollo, el despliegue y el uso de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas, *Ius et Scientia*, 6, 2, (2020), p. 38.

aspectos que considere necesarios una vez que la tecnología está en el mercado, y da soporte a cada fase evolutiva del proyecto, principalmente en la etapa de mantenimiento¹⁸⁶⁰.

La Comisión aboga por promover la seguridad y la protección de los valores fundamentales desde el diseño, además de por la instauración del principio de neutralidad tecnológica. Si bien, los algoritmos pueden prescindir de esta neutralidad, llevando a cabo discriminaciones invisibles y la configuración de algoritmos opacos¹⁸⁶¹. No obstante, la protección debe llevarse a cabo a lo largo de todo el ciclo vital de estas tecnologías, es decir, desde la formación, diseño de la aplicación, programación del código, verificación, la producción y el mantenimiento.

Para ello, hay que formar éticamente al equipo, tal y como refleja el texto de la Comisión, pero también en términos jurídicos y legales, para que conozcan los límites o valores que se imponen por los ordenamientos. Esto les permitirá identificar los requerimientos de la iniciativa, integrando las normas en el proyecto, y documentando debidamente su cumplimiento. Sin embargo, la parte más importante, es el mantenimiento y constatación de estos valores durante toda la vida de estos productos. Y, de ello, debe encargarse una Administración Pública que identifique y registre estos dispositivos, a la par de que verifique que cumplen con los requisitos necesarios para su utilización por los seres humanos.

B. La transparencia algorítmica: especial referencia a la jurisprudencia.

a) El principio de transparencia algorítmica.

La inteligencia artificial y, por ende, la robótica, tiene como sistema de funcionamiento el algoritmo que configura su red neural de procesamiento de la información y actuación, es decir, son funciones matemáticas creadas por personas, que actúan de forma similar a la de un cerebro humano. Y, es en este punto, el hecho de que

¹⁸⁶⁰ Vide Ricard MARTÍNEZ MARTÍNEZ, “Inteligencia artificial desde el diseño. Retos y estrategias para el cumplimiento normativo”, o.c., pp. 73-78.

¹⁸⁶¹ Vide Susana NAVAS NAVARRO, “Derecho e inteligencia artificial desde el diseño: aproximaciones”, *Inteligencia artificial: tecnología y derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 48 y ss.

sea una creación del ser humano, lo que mayor desconfianza genera entre la sociedad. Así, tal y como señala la doctrina:

«Los diseñadores son humanos, y de un modo u otro, reflejan sus creencias, ideología y prejuicios. Y si aunado esto, hay una deliberada intención de ocasionar ciertos resultados o dirigir ciertos comportamientos o influir en determinados sucesos sociales, económicos o políticos la situación se vuelve más compleja aún»¹⁸⁶².

Asimismo, se produce un miedo (racional) de la inteligencia entre los ciudadanos sobre cuáles son las pautas o directrices que siguen para llegar a conclusiones lógicas, y si esos parámetros están dirigidos a alcanzar objetivos legítimos. Más aún, a las personas como yo, con conocimientos básicos en ciencias puras, y que no llegamos a comprender si las reglas o principios (aritméticos) que se utilizan atentan o no contra los derechos de las personas. Si bien, esta preocupación no es única de la sociedad civil, sino que las instituciones comienzan a preocuparse en este asunto, y manifiestan la necesidad de instaurar el principio de responsabilidad y transparencia de los algoritmos que la inteligencia artificial utiliza:

«Considerando que la responsabilidad algorítmica y la transparencia deben implicar la aplicación de medidas técnicas y operativas que garanticen la transparencia, la no discriminación de la toma de decisiones automatizadas y el cálculo de probabilidades de comportamiento individual; que la transparencia debe facilitar a las personas información fiable sobre la lógica aplicada, el significado y las consecuencias previstas; y que debe incluir información sobre los datos utilizados para la formación en materia de análisis de macrodatos y permitir a las personas comprender y controlar las decisiones que los afectan»¹⁸⁶³.

¹⁸⁶² Vide Wilma ARELLANO TOLEDO, “El derecho a la transparencia algorítmica en el Big Data e inteligencia artificial”, *Revista General de Derecho Administrativo*, o.c., p. 8.

¹⁸⁶³ Vide PARLAMENTO EUROPEO, *Resolución (2018/C 263/10), de 14 de marzo, sobre las implicaciones de los macrodatos en los derechos fundamentales: privacidad, protección de datos, no discriminación, seguridad y aplicación de la ley*, Estrasburgo, considerando N.

A esta petición institucional se ha unido la doctrina que, al unísono, solicita que se regule a través de una norma el principio de transparencia algorítmica¹⁸⁶⁴, de forma que, sean constatables las reglas que han motivado la adopción de una determinada resolución. Y, de igual manera verificar, que ésta no se basa en criterios subjetivos promovidos por la ideología de una persona concreta, sino que, representan los valores de la comunidad, y el respeto por los derechos del ordenamiento jurídico. Mas aún, si se trae a colación la repercusión que, en caso de utilizarse indebidamente la información o los datos que se recogen (especialmente los personales) poniendo peligro la protección de los derechos fundamentales del individuo¹⁸⁶⁵. Ahora bien, ¿qué implica esa transparencia algorítmica?

Si bien, la doctrina en este sentido aporta una visión muy ejemplificadora respecto a seis aspectos concretos. En primer lugar, la racionalidad de la decisión adoptada, es decir el porqué le ha llevado a adoptar esa resolución, de manera que, la permita impugnar la decisión adoptada. Para ello, debe referirse a cómo realiza los cálculos el sistema, cómo se transforman los datos de entrada en resultados a través de razones lógicas y comprensibles, y cómo aplica los resultados a un contexto concreto. En segundo lugar, explicar las personas responsables en el desarrollo, gestión e implementación del sistema de IA, y con quién hay que contactar en caso de querer proceder a una revisión o verificación del tratamiento que se hace de la información y los criterios que rigen. En tercer lugar, determinación los datos utilizados para la adopción de la decisión, de manera que, éstos entiendan la información que se ha utilizado y de dónde procede, y además les permita ejercer los derechos inherentes a los mismos. En cuarto lugar, aclarar la ausencia de sesgos e imparcialidad en la toma de decisiones, en tanto que, el sistema está entrenado con datos representativos y pertinentes para la resolución que se va a adoptar. En consecuencia, debe ofrecerse información sobre las medidas y pruebas realizadas para asegurar que el sistema es equitativo y que no existen sesgos no razonados¹⁸⁶⁶. En quinto lugar, describir la forma de actuación y sistema de seguridad, para generar confianza en

¹⁸⁶⁴ Vide Lorenzo COTINO HUESO, “Big Data e inteligencia artificial: una aproximación a su tratamiento jurídico desde los derechos fundamentales”, *Dilemata*, o.c., p. 136. «La ética ha de estar en la base de las propuestas y soluciones, si bien éstas habrán de articularse a través del Derecho».

¹⁸⁶⁵ Vide Alba SORIANO ARNAZ, “Decisiones automatizadas y discriminación: aproximación y propuestas generales”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 56, (2021), pp. 38 y ss.

¹⁸⁶⁶ Vide Enrico CARLONI, “IA, algoritmos y Administración pública en Italia”, *Revista de Internet, Derecho y Política*, 30, (2020), p. 7, el autor relaciona el principio de no discriminación algorítmica con lo dispuesto en el artículo 71 del Reglamento General de Protección de Datos.

la población. Y, en sexto lugar, analizar la evaluación del impacto de las resoluciones, es decir, se trata de informar sobre el proceso evolutivo de esta tecnología para controlar los efectos que puede tener en la sociedad¹⁸⁶⁷. Como, por ejemplo, a través de explicaciones basadas en los resultados, y las previsiones generales de sus efectos¹⁸⁶⁸.

En este sentido, se ha pronunciado en nuestro país la Comissió de Garantia del Dret d'Accés a la Informació Pública (en Cataluña), mediante Resolució de 21 de setembre de 2016, d'estimació de les Reclamacions 123/2016 i 124/2016 (acumulades). La trascendencia de esta resolución radica en que es la primera que concede el derecho a un candidato a un proceso público a conocer el funcionamiento del algoritmo que resuelve el concurso. Si bien, advierte que la Comisión que:

«el algoritmo, como se ha visto, se tiene que limitar y se limita a recoger y aplicar estas variables (y las otras antes mencionadas), que son regladas y no confieren ningún margen de discrecionalidad, de forma que no se ve qué interés puede haber al ocultarlo y mantenerlo confidencial. En cambio, sí existe un interés público y privado –de los interesados– evidente en poder comprobar que el algoritmo que guía todo el proceso está correctamente diseñado para garantizar la igualdad de todos los participantes en el proceso selectivo»¹⁸⁶⁹.

El principio de transparencia algorítmica se torna trascendental para dotar de legitimidad las decisiones adoptadas, y proteger los derechos de los ciudadanos. Así, el propio Parlamento Europeo ha manifestado cuáles son los derechos que mayor riesgo corren de verse afectados, como: el de no discriminación o defensa de trato igualitario, el derecho a la información, sobre todo, veraz y no manipulada; el derecho a la protección de los datos y de la intimidad del sujeto; o el derecho a la identidad y libre desarrollo de

¹⁸⁶⁷ Vide Carlos B. FERNÁNDEZ HERÁNDEZ, “Seis maneras de explicar cómo una inteligencia artificial ha adoptado una decisión”, *Diario LA LEY CIBERDERECHO*, 42, (2020), pp. 1 y ss.

¹⁸⁶⁸ Vide CONSIGLIO DI STATO, Sentencia 2270 de 2019: *«el conocimiento del algoritmo debe garantizarse en todos los aspectos: desde sus autores hasta el procedimiento utilizado para su elaboración, el mecanismo de decisión, incluidas las prioridades asignadas en el procedimiento de valoración y decisión de los datos seleccionados como relevantes».*

¹⁸⁶⁹ Vide COMISSIÓ DE GARANTIA DEL DRET D'ACCÉS A LA INFORMACIÓ PÚBLICA, Resolució de 21 de setembre de 2016, d'estimació de les Reclamacions 123/2016 i 124/2016 (acumulades), FJ 3, traducido del catalán.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA REVOLUCIÓN “INTERNET”: EL IMPULSOR DE LA SOCIEDAD DIGITAL

la personalidad¹⁸⁷⁰. Además, de que estos no tienen porque atentar solamente contra los derechos de carácter individual, sino que transgreden o pueden afectar a sectores concretos. Si bien, las decisiones adoptadas por la IA pueden llegar a implicar daños colectivos de la sociedad en su conjunto, como es el caso de la protección del medio ambiente¹⁸⁷¹.

En consecuencia, el principio de transparencia algorítmica debe fomentarse desde las autoridades gubernamentales, como la base de funcionamiento de la inteligencia artificial, para garantizar la seguridad jurídica. De ahí la necesidad de legislar sobre este asunto, puesto no es una cuestión ética que incumba únicamente a los procesadores o diseñadores de estos algoritmos, sino un principio rector que debe regularse de forma precisa¹⁸⁷². No obstante, tal y como apunta la doctrina, la promulgación del principio de transparencia y responsabilidad no puede llevarse a cabo de forma unilateral por parte de los Estados, como ya ha ocurrido en Francia. Este es un proceso de carácter transnacional y que no se puede regular de manera individual, sino que debe ser el derecho internacional o comunitario el que se encargue de establecer los límites legales pertinentes. Y, de igual manera, establecer los criterios para determinar la competencia jurisdiccional para el conocimiento de estos asuntos, puesto que los límites territoriales, al igual que ocurría con Internet, quedan diluidos en pro de la globalidad¹⁸⁷³.

¹⁸⁷⁰ Vide PARLAMENTO EUROPEO, *Resolución (2018/C 263/10), de 14 de marzo, sobre las implicaciones de los macrodatos en los derechos fundamentales: privacidad, protección de datos, no discriminación, seguridad y aplicación de la ley*, Estrasburgo, p. 10.

¹⁸⁷¹ Vide Ángel Manuel MORENO MOLINA, “La tarea administrativa de vigilancia y supervisión en el sector de la protección ambiental: reflexiones críticas y características destacadas”, en Luciano PAREJO ALFONSO, *Estudios sobre vigilancia y la supervisión como tareas de la administración en sectores de referencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 119 y ss.

¹⁸⁷² Vide PARLAMENTO EUROPEO, *Resolución (2018/C 263/10), de 14 de marzo, sobre las implicaciones de los macrodatos en los derechos fundamentales: privacidad, protección de datos, no discriminación, seguridad y aplicación de la ley*, Estrasburgo, p. 5: «Destaca el papel fundamental que la Comisión, el Comité Europeo de Protección de Datos, las autoridades nacionales de protección de datos y otras autoridades de supervisión independientes deberían desempeñar en el futuro para promover la transparencia y un tratamiento adecuado, la seguridad jurídica en términos generales y, más concretamente, normas concretas de protección de las garantías y los derechos fundamentales asociadas al uso del tratamiento y la analítica de datos por los sectores público y privado; pide que se intensifique la colaboración entre los reguladores de la conducta en el entorno digital para reforzar las sinergias entre los marcos reguladores de los consumidores y las autoridades en materia de competencia y de protección de datos; pide que se dote con recursos financieros y humanos adecuados a dichas autoridades; reconoce, por otra parte, la necesidad de crear una cámara de compensación digital»

¹⁸⁷³ Vide Lorenzo COTINO HUESO, “Big Data e inteligencia artificial: una aproximación a su tratamiento jurídico desde los derechos fundamentales”, o.c., p. 137.

La doctrina propone, además, la utilización de un sistema de normalización para la verificación, validación y control de la IA, basado en normas de diferentes sectores como la transparencia, la inteligibilidad, la rendición de cuentas y los valores éticos. Y, esto nos llevaría, a la proclamación de un derecho de acceso y verificación de los sistemas de IA por parte de los usuarios, para que ejerzan un mayor control sobre los procesos de toma de decisiones automatizadas¹⁸⁷⁴. Realmente a mi esa última parte me parece un sinsentido, dada la complejidad que tienen estos algoritmos, cuya comprensión no es accesible para todo el mundo, y que, realmente no van a suponer un cambio en la situación.

Convertir los algoritmos en transparentes no sirve de nada, si la población no tiene conocimientos para entender como funcionan. Y, en consecuencia, supone continuar con la tendencia de dar información a la población, haciéndole creer que tiene el control del progreso, pero desorganizada e incomprensible, lo que no implica un cambio de la situación. En este sentido hay una resolución de la Commission d'accès aux documents administratifs, n° 20144578 du 8 janvier 2015, confirmada posteriormente por el Tribunal Administratiu de París, en Sentència 1508951/5-2, de 10 març de 2016, en la que la Comisión concede el derecho a un investigador de conocer el código fuente del programa de cálculo de la renta de las personas físicas. Si bien, le entrega el sistema de funcionamiento del algoritmo en el formato que la Administración lo tiene, aún a sabiendas de que existe una imposibilidad material de que el ciudadano lo pueda utilizar¹⁸⁷⁵.

Por ello, una parte imprescindible para alcanzar el progreso es educar a la población en el uso de estas tecnologías, de forma que, sean capaces de comprender su sistema de funcionamiento, y el riesgo de lesión de sus derechos¹⁸⁷⁶. De otro modo, es imposible garantizar que se respete y proteja el principio de transparencia algorítmica.

¹⁸⁷⁴ Vide José VIDA FERNÁNDEZ, “Los retos de la regulación de la inteligencia artificial: algunas aportaciones desde la perspectiva europea”, en Tomás DE LA QUADRA SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO y José Luis PIÑAR MAÑAS, *Sociedad digital y derecho*, o.c., p. 222.

¹⁸⁷⁵ Vide COMMISSION D'ACCÈS AUX DOCUMENTS ADMINISTRATIFS, Avis n° 20144578 du 8 janvier 2015: «*La commission considère, en revanche, que l'appréciation de l'administration selon laquelle la réutilisation envisagée se heurterait à des difficultés techniques, voire à une impossibilité matérielle, ne saurait fonder le refus de communiquer le document sollicité dans l'état où l'administration le détient*».

¹⁸⁷⁶ Vide Wilma ARELLANO TOLEDO, “El derecho a la transparencia algorítmica en el Big Data e inteligencia artificial”, *Revista General de Derecho Administrativo*, o.c., p. 24.

Sin embargo, la proclamación del principio de transparencia algorítmica no está exenta de polémica, ya que, tal y como apunto un sector de la doctrina, el acceso por parte de los ciudadanos a esos algoritmos puede provocar que las empresas que los diseñan se vean desincentivadas en su práctica. A modo de ejemplo, la resolución de Comissió de Garantia del Dret d'Accés a la Informació Pública, resuelve este problema, ante un supuesto idéntico, remitiéndole al administrado el algoritmo matemático en formato PDF y por correo electrónico, para restringir el acceso al mismo e impedir su difusión, o utilización sin la autorización expresa de la Administración titular del mismo¹⁸⁷⁷.

Por esta razón, más que la visibilidad en todo momento del procedimiento de toma de decisiones sería más fácil sentar una base legislativa de respeto de los derechos fundamentales desde el diseño, y que se corrobore, por expertos en la materia, a lo largo de todas las fases del producto, tal y como señala la Comisión Europea¹⁸⁷⁸. Así, por ejemplo, este podría consolidarse como un derecho del interesado, cuando sea parte de un procedimiento administrativo que se resuelva mediante el uso de inteligencia artificial, para poder verificar las garantías de sus derechos.

No obstante, debo mostrar mi crítica, no sólo en términos económicos a este principio. En mi opinión, con la proclamación y defensa a ultranza de estos valores le estamos pidiendo más a la tecnología que a los propios seres humanos. Las personas no tomamos decisiones, la mayor parte de las veces, con todos los datos delante, y además sesgamos conforme a criterios subjetivos cada vez que no nos interesa tener una información en cuenta. La obviamos, la manipulamos o la tergiversamos hacia nuestro propio interés. Y, sin embargo, pretendemos que las decisiones que tome la inteligencia artificial, que muy probablemente se equivoquen inferioridad a lo que lo hace el intelecto humano en infinitas veces, lo haga todo de forma transparente.

Parece que se nos olvida que el ser humano no es en la toma de sus decisiones racional, sino pasional, por lo que, muchas veces no somos capaces de explicar el motivo que nos ha llevado a adoptar una determinada postura. Pero, pretendemos que una tecnología, creada por el ser humano y que tiene como base el funcionamiento del cerebro

¹⁸⁷⁷ Vide COMISSIÓ DE GARANTIA DEL DRET D'ACCÉS A LA INFORMACIÓ PÚBLICA, Resolució de 21 de setembre de 2016, d'estimació de les Reclamacions 123/2016 i 124/2016 (acumulades), FJ 3.

¹⁸⁷⁸ Vide COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación (2019) 168, de 8 de abril, al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo, y al Comité de las Regiones: generar confianza en la inteligencia artificial centrada en el ser humano*, Bruselas, 8 de abril de 2019, pp. 2-7.

humano sea totalmente racional y todas las respuestas estén correctamente motivadas. Por eso creo que, al menos, debemos reflexionar sobre que, aunque la utilización de la tecnología sea para llevar a la sociedad unas mejores condiciones, no podemos imponer la perfección en su funcionamiento. La primera traba que tiene en su camino es quién es su creador, y cuanto estamos acostumbrados a equivocarnos.

b) La sentencia que marcará las directrices europeas en materia de transparencia algorítmica.

La sentencia de la Corte del distrito de la Haya (Holanda), de 5 de febrero de 2020, se ha convertido en el referente europeo para sentar los criterios que deben regir en la regulación de la transparencia algorítmica. Si bien, lo trascendental es que aplica estrictamente derecho de la Unión Europea, como es el Convenio Europeo de los Derechos Humanos y el Reglamento General de Protección, de forma que, esta jurisprudencia puede ser extendida y aplicada por todos los Estados miembros. No obstante, como veremos, hay cierta polémica alrededor de ésta, en tanto que, el Tribunal utiliza criterios que pueden ser rebatidos en sentido contrario con facilidad.

Los hechos que traen causa son la adopción del Gobierno neerlandés de un Sistema de Indicadores de Riesgo (SyRI) para combatir el fraude la seguridad social. El sistema utiliza un algoritmo que procesa grandes cantidades de datos, desde aquellos estrictamente personales, como el nombre, la dirección o el género, hasta las sanciones administrativas, comerciales, de endeudamiento, el seguro de salud, e incluso penales. Todos estos datos están en poder de las distintas Administraciones Públicas, cuya base de datos está coordinada. El procesamiento de esos datos se realiza en dos fases: en la primera, se pseudonimiza toda la información, después se compara con el modelo de riesgo y se identifican cuáles los factores o probabilidad de que se haya cometido la defraudación; en el segundo, esos datos que identifican a una persona concretan se descifran, y son estudiados por una unidad de análisis que les otorga un nivel de riesgo definitivo, mientras que el resto de la información innecesaria es destruida en un período de 3 semanas¹⁸⁷⁹.

¹⁸⁷⁹ *Vide* Sentencia de la Corte de la Haya, de 5 de febrero de 2020, of NJCM c.s./De Staat der Nederlandem (SyRI)”, case C/09/550982/HA ZA 18/388páf. 3. 3

La Corte, aplicando el artículo 8.2 CEDH¹⁸⁸⁰ en relación con el derecho a la protección de datos personales, valora los límites de extensión del programa SiRY, y si existe proporcionalidad entre la finalidad que persigue el Gobierno y la injerencia en estos derechos de los ciudadanos¹⁸⁸¹. Si bien, una de las causas que permiten la limitación de los derechos recogidos en el Reglamento, es que la medida adoptada sea necesaria y proporcionada en una sociedad democrática, para salvaguardar entre otros:

*«objetivos importantes de interés público general de la Unión o de un Estado miembro, en particular un interés económico o financiero importante de la Unión o de un Estado miembro, inclusive en los ámbitos fiscal, presupuestario y monetario, la sanidad pública y la seguridad social»*¹⁸⁸².

En este caso, el interés que persigue el Gobierno es el de combatir el fraude en defensa del bienestar económico, de forma que, es legítimo que utilice los medios e instrumentos que tiene a su disposición. Sin embargo, el Tribunal no está de acuerdo sobre el hecho de los principios sobre los que funciona el programa SiRY sean proporcionales, o logren un equilibrio entre los intereses públicos y los privados, puesto que, la normativa que lo regula no es suficientemente clara en materia de protección del derecho a la privacidad de los ciudadanos.

Si bien, tal y como se recoge en la sentencia, la normativa no ofrece información sobre qué criterios o datos llevan al programa a determinar que existe un incremento de riesgo en esa persona de defraudar. Y, de igual manera, tampoco se posibilita el modelo

¹⁸⁸⁰ Vide CONSEJO DE EUROPA, *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, Roma, 1950, artículo 8: «1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás».

¹⁸⁸¹ Vide Sentencia de la Corte de la Haya, de 5 de febrero de 2020, of NJCM c.s./De Staat der Nederlandem (SyRI)”, case C/09/550982/HA ZA 18/388, páf. 6.4.

¹⁸⁸² Vide PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, *Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril, 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)*, Estrasburgo, artículo 23.1 e).

algorítmico que utiliza esta herramienta para adoptar las decisiones, de forma que, es imposible determinar cómo se conforman los perfiles de riesgo¹⁸⁸³.

Sin embargo, lo que sorprende es la contestación del Estado afirmando que el funcionamiento algoritmo debe ser oscuro, puesto que, de lo contrario, no se obtendrían los datos masivos de la calidad suficiente. Además, afirma que para conocer el fraude es elemental obtener datos de calidad, y si los ciudadanos conocen cuáles son las pautas que rigen en su funcionamiento pueden variar su comportamiento, y entonces perderían esta cualidad¹⁸⁸⁴.

Sobre este aspecto, el relator especial sobre la extrema pobreza y los derechos de Naciones Unidas presentó un informe al procedimiento donde se demostraba que el algoritmo tiene un efecto discriminatorio y estigmatizador, dado que, sólo había sido utilizado en barrio problemáticos¹⁸⁸⁵. Y, es justo en este punto donde el Estado comienza a perder la razón: el hecho de no poder demostrar que este algoritmo presenta principios igualatorios y no discriminatorios para adoptar su resolución. Mientras que, si se pudo probar que los principales afectados por sus decisiones eran personas que pertenecían a zonas con un nivel socioeconómico bajo, o barrios de personas migrantes¹⁸⁸⁶.

En este sentido, el Estado no sólo se equivoca gravemente en sus argumentos, sino en la actividad probatoria. Lo primero es dotar de naturalidad los datos que se utilizan, en tanto que, se encuentran en bases de titularidad pública, y que, por tanto, no pueden suponer nunca una intromisión a la privacidad de los ciudadanos. Si bien, más adelante, se analizará que esos datos deben adquirir la consideración de “bien público”, por la trascendencia que implican para el desarrollo de las actividades que acomete el Estado, especialmente, dentro del marco de la proporción del bienestar social. En segundo lugar, no llego a comprender cómo afirma que el algoritmo es oscuro. El sistema de funcionamiento no es opaco, en tanto que, está publicado mediante una norma cuáles son las fases y los procedimientos que le llevan a adoptar decisiones. Al final, funciona a

¹⁸⁸³ *Vide* Sentencia de la Corte de la Haya, de 5 de febrero de 2020, of NJCM c.s./De Staat der Nederlandem (SyRI), case C/09/550982/HA ZA 18/388, páfs. 6.89 y ss.

¹⁸⁸⁴ *Ibidem* páf. 6. 49.

¹⁸⁸⁵ *Vide* Philip ALSTON, “*Brief by the United Nations Special Rapporteur on extreme poverty and human right as amicus curiae before the District Court of the Hague on the case of NJCM c.s./De Staat der Nederlandem (SyRI)*”, case C/09/550982/HA ZA 18/388, 2019.

¹⁸⁸⁶ *Vide* Sentencia de la Corte de la Haya, de 5 de febrero de 2020, of NJCM c.s./De Staat der Nederlandem (SyRI), case C/09/550982/HA ZA 18/388, páf. 6. 93.

través de datos agregados que le llevan a determinar un riesgo o probabilidad razonable de que se está cometiendo una determinada actividad.

De este modo, son indicios o hechos que por sí solos no aportan información, pero que de forma conjunta se convierten en una evidencia. ¿Y no es éste el sistema de funcionamiento de cualquier proceso judicial? Pero, es que, no llego a comprender como el Estado mediante actividad probatoria, no es capaz de demostrar que el algoritmo lleva razón, y que no es discriminatorio, sino que los informes de riesgo no fallan, y las personas que señalan habían cometido defraudación a la seguridad social. Y, de igual manera, podrían haber demostrado que no sólo se dirige a un sesgo poblacional, simplemente aportando los informes de riesgo. Todos estos hechos al final se convierten en indicios que terminan siendo pruebas para el Tribunal, entendiendo que el algoritmo debe lesionar de alguna manera los derechos de las personas, en tanto que, no se prueba lo contrario.

Además, el Tribunal valora si el tratamiento que se hace de la información es legítimo de conformidad con el Reglamento General de Protección de Datos. Lo primero que afirma es que prácticamente todos los datos que obran en poder de la Administración pueden ser tratados con esta finalidad. Y, también, los datos para cada proyecto de investigación son elegidos por las autoridades participantes en el proyecto.

Me paro en este punto porque es aquí donde radica la falta de transparencia del algoritmo. El problema no es el sistema de funcionamiento de este que, efectivamente, va a utilizar parámetros objetivos para tomar las decisiones (recuerdo que son funciones matemáticas). La cuestión radica en la segregación o determinación previa de los datos que realizan personas. El algoritmo no es discriminatorio, lo son los criterios que adoptan las autoridades competentes (seres humanos) sobre los datos que deciden o no utilizar. Desde el principio de esta tesis, se ha defendido que los datos no mienten y que son un valor neutral, el problema es como se interpreten, utilicen o manipulen para llegar a determinadas conclusiones. Y, eso lo hacen personas, no la inteligencia artificial.

Con posterioridad, el Tribunal valora en qué medida afecta la utilización de estos datos al respeto a la vida privada de las personas. Si bien, aplicando el Reglamento General de Protección de Datos, el programa SyRI no cumple con el principio de

minimización de los datos¹⁸⁸⁷, puesto que, éste utiliza prácticamente toda la información disponible de una persona¹⁸⁸⁸. Si bien es cierto, ya se puede advertir de que este será uno de los principios generales del tratamiento de datos que más van a dificultar el desarrollo de la inteligencia artificial. Los modelos algorítmicos de deep learning necesitan masivas de datos, de forma que, a medida que aumentan los datos que manejan, es más fácil encontrar la respuesta adecuada. Por ello, el principio de minimización en el tratamiento supondrá un obstáculo que, necesariamente, deberá de salvar el legislador para el desarrollo e implementación de la inteligencia artificial.

Por último, se hace eco la sentencia de la creación de perfiles personales a través de la agregación de esos datos. Si bien, la elaboración de estos perfiles, como muy acertadamente advierte la doctrina¹⁸⁸⁹, están sujetos al régimen jurídico del Reglamento General de Protección de Datos y, en consecuencia, rigen todos los derechos. En este caso implicaría tener un consentimiento específico para utilizar el perfil que se configura con la finalidad que se persigue, es decir, la búsqueda de perfiles de riesgo de defraudación de la seguridad social. No obstante, es necesario traer a colación que, si no media el consentimiento, el ciudadano puede oponerse a ser objeto de las decisiones que adopte el programa, en tanto que tienen efectos jurídicos, tal y como se dispone en el Reglamento General de Protección de datos, en el artículo 22.1¹⁸⁹⁰.

El derecho de oposición al tratamiento automatizado de los datos, en tanto que tenga efectos jurídicos o relevantes para el sujeto, es el otro derecho que deberá ser

¹⁸⁸⁷ Vide PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, *Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril, 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)*, Estrasburgo, artículo 5.1: «Los datos personales serán: c) adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados (“minimización de datos”)».

¹⁸⁸⁸ Vide Sentencia de la Corte de la Haya, de 5 de febrero de 2020, of NJCM c.s./De Staat der Nederlandem (SyRI)”, case C/09/550982/HA ZA 18/388, páf. 4.17.

¹⁸⁸⁹ Vide Guillermo LAZCOZ MORATINOS y José Antonio CASTILLO PARRILLA, “Valoración algorítmica ante los derechos humanos y el Reglamento General de Protección de Datos: el caso SyRI”, *Revista chilena de derecho y tecnologías*, 9, (2020), p. 2020.

¹⁸⁹⁰ Vide PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, *Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril, 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)*, Estrasburgo, artículo 22.1: «Todo interesado tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar».

CAPÍTULO SEGUNDO

LA REVOLUCIÓN “INTERNET”: EL IMPULSOR DE LA SOCIEDAD DIGITAL

modificado para introducir la inteligencia artificial con legitimidad en nuestro ordenamiento.

Por tanto, debería introducirse una exclusión general a la aplicación de este principio siempre que se trata del tratamiento de los datos por una Administración Pública, y la adopción de la medida éste lo suficientemente motivada y proporcional. Como adelanto, ya se puede advertir que ésta será una de las causas invalidantes (además de nulidad de pleno de derecho) de las decisiones adoptadas por las Administraciones Públicas dentro del procedimiento administrativo. Además, el ciudadano al que se crea un perfil personal tendrá derecho a ejercer el resto de los derechos inherentes, como es el caso de acceso, rectificación, cancelación, u oposición. Sin embargo, en este supuesto, estos derechos no son nunca ejercitados por sus titulares, en tanto que, no son conocedores de que han sido identificados como perfiles de riesgo. De manera que, hasta que no se inicia el procedimiento de comprobación (ordinario) o verificación de datos aportados a la seguridad social, no son conocedores de que hay indicios de que pueden ser posibles defraudadores a la Seguridad Social.

Todos estos hechos llevan al Tribunal neerlandés a afirmar que el programa SyRI no es compatible con el artículo 8.2 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos, implicando una injerencia de la limitación de la privacidad de los ciudadanos, y que no se cumplen con las garantías de necesidad y proporcionalidad que señala el Reglamento General de Protección de Datos.

A modo de conclusión, el desarrollo legislativo de la inteligencia artificial se va a encontrar con distintos óbices ya instaurados dentro del ordenamiento, cuya salvedad va a depender en muchos casos de los Tribunales. Al final, con el Reglamento en la mano, la inclusión de la inteligencia artificial en el sistema para la toma de decisiones se encuentra en si la medida adoptada es necesaria y proporcional para cumplir una finalidad legítima. El problema de este supuesto es que el Estado neerlandés parece que, a priori, estaba usando el algoritmo de forma discriminatoria, por los datos que éste manejaba.

De este modo, si el programa se hubiera utilizado como una herramienta más para determinar el potencial riesgo que tienen algunos ciudadanos para defraudar, no sesgando los datos que obran en su poder, no habría problemas de su utilización. Si bien, el hecho de afirmar que el algoritmo es opaco, que son las autoridades las que deciden qué datos se analizan, y no probar de forma fehaciente que adopta medidas no discriminatorias, es lo que ha llevado al fallo del tribunal. Sin embargo, en mi opinión, no se trata de un

problema de transparencia algorítmica, sino de opacidad de las decisiones humanas que le llevan a seleccionar ciertos datos. Si bien, espero con ansia que los tribunales se sigan pronunciando en este aspecto, pues serán ellos los encargados de determinar dónde está el límite de injerencia del Estado en la privacidad de los ciudadanos, y cómo deben utilizarse los datos que obran en su poder.

C. El Big Data: el sistema de entrenamiento de la inteligencia artificial.

El Big Data es una de las herramientas fundamentales para entrenar a la inteligencia artificial y que ésta adopte mejores resoluciones. Si bien, el Big Data y la IA son tecnologías conectadas que se correlacionan de forma bidireccional, puesto que se sirven y alimentan la una de la otra para promover su desarrollo: la IA necesita del Big Data para favorecer el aprendizaje automático y ayudar a tomar mejores decisiones a los algoritmos de su sistema de funcionamiento; mientras que, el Big Data utiliza a la IA para analizar los grandes volúmenes de datos que dispone para añadirles ese valor económico del que por sí solos carecen. Si bien, ambas tecnologías presentan el mismo problema de base, puesto que se sirven de los datos para realizar predicciones.

La disyuntiva que se plantea es que los datos, desde su origen, pueden encontrarse minados o sesgados, atendiendo a los criterios que se hayan acordado por un humano. Y, es aquí dónde se encuentra el primer problema de esta tecnología: si los principios que se utilizan de análisis son contrarios al respeto de los derechos fundamentales del individuo, todo el proceso posterior va a estar contaminado. Tal y como apunta la doctrina:

«esto podría llevarnos a errores masivos, o una estupidez artificial, que sería, eso sí, muy humana»¹⁸⁹¹.

A modo de ejemplo, pensemos que en una muestra de datos se obvia la información recogida de las personas de determinadas religiones, razas o tendencias sexuales. O, en sentido contrario, si solo cogen los datos de esos sectores para adoptar resoluciones comunes para todos los ciudadanos. Si bien, cuando de esos datos depende que te concedan o no una hipoteca o préstamo, una ayuda pública, o imaginemos en el

¹⁸⁹¹ Vide Lorenzo COTINO HUESO, “Riesgos e impactos del Big Data, la inteligencia artificial y la robótica. Enfoques, modelos y principios de la respuesta del derecho”, o.c., p. 14.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA REVOLUCIÓN “INTERNET”: EL IMPULSOR DE LA SOCIEDAD DIGITAL

peor de los casos una sentencia judicial sobre la culpabilidad o no en un asesinato, ya no parecen tan baladíes. La importancia de los derechos y bienes jurídicos en juego debe obligar a las autoridades a frenar, mediante el uso de límites legales, que se produzcan y consoliden determinados comportamientos.

Además, dentro de este aspecto, es necesario focalizar la atención sobre la necesidad de interoperabilidad entre los distintos sistemas. Para ello, es necesario fijar una serie de procesos y protocolos a nivel internacional, que permitan asegurar una correcta interconexión entre los distintos componentes de los equipos que se encargan de intercambiar los datos, asegurando que no se pierde la calidad de estos, y con ellos, de la consecución de resultados inexactos o erróneos. Esto debe centrar la atención especial de la legislación de desarrollo, y así lo ha puesto de manifiesto la Decisión 2015/2240, por la que se establecen soluciones de interoperabilidad y marcos comunes, tanto para las Administraciones Públicas, las empresas, como los ciudadanos europeos¹⁸⁹².

Sin embargo, los problemas no se limitan a ese primer minado de la información, sino que, además, el almacenamiento de datos también genera cierta polémica. En la actualidad, no se pueden utilizar los sistemas de arquitectura computacional convencionales, sino que se está optando por el almacenamiento distribuido, o el cómputo diseminado en distintos servidores. El problema es que, atendiendo a donde se encuentren esos servidores, le resultará de aplicación una concreta legislación y jurisdicción competente en la materia¹⁸⁹³.

En el ámbito de la Unión Europea no existe una problemática trascendental puesto que todos los Estados miembros aplican el mismo Reglamento, tanto de protección de datos personales, como de no personales. Si bien, la disyuntiva se plantea cuando estos datos se encuentran en países fuera de la UE, cuyo régimen regulatorio no es tan estricto. De hecho, la doctrina apunta lo siguiente:

«A partir de la nacionalidad y ubicación de los mayores generadores de datos masivos, cabe discutir las ventajas e inconvenientes de modelos de

¹⁸⁹² Vide PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO, Decisión (2015/2240), de 25 de noviembre, por la que se establece el programa relativo a las soluciones de interoperabilidad y los marcos comunes para las administraciones públicas, las empresas y los ciudadanos europeos (programa ISA2 como medio de modernización del sector público, Estrasburgo).

¹⁸⁹³ Vide Wilma ARELLANO TOLEDO, “El derecho a la transparencia algorítmica en el Big Data e inteligencia artificial”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 50, (2019), p. 6.

autorregulación o heterorregulación, incluso modelos de regulación borrosa o nebulosa como se dan en ámbitos próximo como el de la nube»¹⁸⁹⁴.

En consecuencia, lo normal es que los generadores de datos se encuentren en un lugar diferente al que se hallan los servidores de su procesamiento, por lo que, la legislación debería tener en cuenta esta circunstancia a la hora de plantear una normativa coherente sobre la materia. En este sentido, hay que reflexionar acerca de la seguridad o los mecanismos de protección que se adoptan sobre esos datos guardados en servidores de no se sabe dónde, puesto que pocos, o casi nadie, conoce a qué lugar del mundo va a parar la información que produce. Las garantías, sobre todo, en términos de ciberseguridad alrededor de esta información debe ser clara y precisa para que, al menos, los usuarios conozcan el lugar y, por ende, el régimen jurídico o legislación que le resultará de aplicación a la conservación de esos datos.

D. La seguridad de los sistemas.

En estos sistemas la seguridad se plantea como una cuestión transversal, tanto la de su estructura física, pero aún más su funcionamiento logístico. Si bien, en lo que respecta a la seguridad física de estos sistemas no representa una gran innovación dentro de nuestro ordenamiento, puesto que, como cualquier instrumento mecánico o eléctrico se corren ciertos riesgos, ya bastante asumidos, con su utilización. El problema que realmente representa una novedad es garantizar la seguridad de su sistema logístico o interno de funcionamiento, y lo que mayor inquietud genera en la sociedad¹⁸⁹⁵.

Hay que reflexionar sobre el hecho cierto de que estos instrumentos están conectados, casi en totalidad, a Internet, lo que les hace fácilmente hackeables y manipulables en favor de los intereses de terceros. Por ello, los sistemas de seguridad y protección del software de estos instrumentos deben de ser infranqueables, puesto que, se ponen en juego demasiados bienes jurídicos que dejan en una situación de vulnerabilidad al individuo. En consecuencia, la ciberseguridad cobra una especial relevancia dentro de

¹⁸⁹⁴ Vide Lorenzo COTINO HUESO, “Big Data e inteligencia artificial: una aproximación a su tratamiento jurídico desde los derechos fundamentales”, *Dilemata*, 24, (2017), p. 136.

¹⁸⁹⁵ Vide José VIDA FERNÁNDEZ, “Los retos de la regulación de la inteligencia artificial: algunas aportaciones desde la perspectiva europea”, en Tomás DE LA QUADRA SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO y José Luis PIÑAR MAÑAS, *Sociedad digital y derecho*, o.c., p. 215.

estos instrumentos, convirtiéndose en elemento obligatorio que debe acompañar a estos instrumentos desde su diseño, hasta su utilización por la sociedad.

Los algoritmos que configuran la inteligencia artificial, y que le permiten adoptar las decisiones deben incluir, no sólo la verificación del cumplimiento de la normativa aplicable durante todo el ciclo de vida, sino que, deben diseñarse otros instrumentos que, permitan que la actividad que estos realicen pueda en casos extremos suspenderse por la iniciativa o petición humana. Si bien, puede ser una palabra de seguridad, una determinada actuación, un botón que pulsar, o una aplicación desde el teléfono móvil u otro dispositivo que nos permita apagarlo. De manera que se garantice la seguridad para la sociedad en su conjunto en todo momento.

E. La protección de datos y el derecho a la intimidad.

El problema respecto de la protección de datos y el derecho a la intimidad es evidente a lo largo de todo el proceso de vida de estas tecnologías. Hay que pensar que desde que se produce el primer acercamiento a los datos, de carácter personal o no, para tomar una decisión, hasta el autoaprendizaje del sistema por la información que sigue recibiendo del exterior, debe de estar sujeto a la legislación correspondiente. En consecuencia, se debe respetar el principio general de consentimiento, manifestado por el usuario de forma específica, informada e inequívoca sobre el uso o tratamiento que se vaya a hacer de sus datos, siempre que afecten a la esfera personal del individuo. Si bien, los interesados siempre podrán oponerse al tratamiento y procesamiento de los datos, cuando los intereses o fines de los mismos no le parezcan convenientes o apropiados.

El problema es que en estas relaciones no existe una igualdad entre ambas partes, y es obvio que los usuarios de estas tecnologías gozan de una posición inferior en cuanto a las cláusulas que se les aplican. La forma de funcionamiento de estas innovaciones es muy sencilla: si quieres utilizarla firma el consentimiento. No existe la posibilidad de una aceptación parcial de las condiciones, o solamente de aquellas cláusulas que nos interesen.

La Unión Europea debería centrar su atención en este aspecto y permitir una regulación, de los datos que pertenecen a la esfera más privada de las personas, desde un tratamiento diseñado y específico por cada usuario. Sin embargo, aunque la idea suena bastante bien, soy consciente de que esto no es factible en la actualidad, y probablemente

hasta que los datos no dejen de tener valor económico no podría ponerse en marcha. Ahora mismo es el bien máspreciado, y las compañías o empresas que se sirven de éstos como fuente de alimento, van a mostrar su rotunda oposición a la regulación de un tratamiento de los datos diseñando los límites o siendo configurados por los propios usuarios.

No obstante, o se plantea una regulación parecida a la reflejada en el párrafo precedente, o realmente hay que cuestionarse si los datos relativos a la personalidad han perdido valor como bien jurídico dentro del ordenamiento, para ganar valor económico. La protección de la privacidad y de los datos personales que se pretende implementar no es equivalente a lo que sucede en la práctica. Los seres humanos han dejado de estimar su protección, fuera del ámbito o círculo con el que tiene relación, en pro de la evolución y el desarrollo de la sociedad. A las personas les importa que conozcan sus datos aquellos que les rodean, y con los que entablan relaciones, pero no que grandes compañías utilicen esa información para enriquecerse, porque no conocen ni llegarán a saber quién es la persona que recoge toda nuestra información.

Por ello, es más lógico que se obliga a las empresas tecnológicas a un uso de la anonimización, preferentemente, de los datos, de manera que sea irreversible conocer quién es la persona física a la que corresponde esa información. Así, una vez que se ha asumido la pérdida de valor, más que seguir poniendo trabas a través de reglamentos o normas cuya finalidad ha perdido todo el sentido, en favor de la construcción de la sociedad de los datos o digital.

4.4. Los ordenadores cuánticos.

Hasta ahora, se ha definido a los ordenadores como el útil o instrumento que nos permite acceder a la red, al igual que ocurre con otras tecnologías de la información y la comunicación. Pero, los ordenadores no son creados en origen para cumplir con esa finalidad, sino que Turing los diseñó para realizar complejos cálculos a los que el ser humano tardaría años en poder realizar y procesar. Así, este instrumento se utiliza en investigaciones científicas para realizar cálculos matemáticos, a través de un sistema operacional determinístico, a mayor velocidad de lo que podría hacerlo un cerebro humano. La velocidad en este campo de investigación se mide en el número de operaciones con punto flotante o de flops (operaciones de coma flotante por segundo). A

modo de ejemplo: una persona con un coeficiente intelectual alto, como máximo tiene 1 flop de velocidad resolviendo operaciones matemáticas; un ordenador convencional tiene una media 500-1000 Gigaflops; mientras que el superordenador más potente de la red europea de investigación tiene 10^{17} flops¹⁸⁹⁶.

Los sistemas de procesamiento de operaciones y cálculo han encontrado el escalón siguiente de su evolución en la computación cuántica a través de unos ordenadores especializados que utilizan este sistema de medida, (o al menos, es dónde mayores esfuerzos están centrando los investigadores hasta el momento). Los ordenadores cuánticos tienen como reglas de funcionamiento las de la mecánica cuántica, de este modo, en lugar de basarse en 1 ó 0 (encendido o apagado), manejan todos los datos intermedios entre esas dos cifras¹⁸⁹⁷. Además, tiene una unidad de medida diferente, en lugar de ser bits se utilizan los bits cuánticos o “qbits”¹⁸⁹⁸.

De forma simplificada y algo más comprensible, mientras un ordenador convencional puede estar únicamente en un estado (1 ó 0), el ordenador cuántico, puede estar simultáneamente en diversos estados entre el 0 y el 1. Los algoritmos sobre los que se basa el sistema de funcionamiento de los ordenadores cuánticos es la base sobre la que se sustenta el desarrollo de la inteligencia artificial, de ahí su especial relación y la importancia del desarrollo de uno para promover la evolución del otro. Además, la parte más importante de esta innovación se encuentra en la potencia de procesamiento, puesto que, incrementa exponencialmente la capacidad de resolución y cálculo de operaciones matemáticas¹⁸⁹⁹.

Sin embargo, los ordenadores cuánticos están aún lejos de convertirse en una realidad. El principal problema al que se enfrentan es que no son capaces de dar respuestas

¹⁸⁹⁶ Vide Luis MORENO FERNÁNDEZ y Raúl JIMENEZ TELLADO, *Democracias robotizadas: escenarios futuros en Estados Unidos y la Unión Europea*, o.c., p. 28.

¹⁸⁹⁷ Vide Alicia RIVERA, “Computación cuántica: nuevas reglas del juego para los ordenadores”, *Revista de seguridad nuclear y protección radiológica*, 27, 1, (2015), p. 35.

¹⁸⁹⁸ Vide Cristina ESPINEL LÓPEZ y otros, “Evolución de componentes de computación y mediciones cuánticas no destructivas en la informática moderna”, *Revista Ciencia UEMI*, 11, 28 (2018), p. 62: «Según Wootters un qbit como un bit clásico que tiene dos valores de verdad 1 o 0, los cuales tienen dos posibles estados 0 y 1; estos son estados de un sistema cuántico. La principal diferencia entre un bit y un qbit es que el qbit, a diferencia de su análogo clásico, puede estar en los dos posibles estados al mismo tiempo. De hecho, el qbit puede tener un estado que sea la superposición de estos estados fundamentales como una combinación lineal de ellos».

¹⁸⁹⁹ Vide Luis MORENO FERNÁNDEZ y Raúl JIMENEZ TELLADO, *Democracias robotizadas: escenarios futuros en Estados Unidos y la Unión Europea*, o.c., p. 29

determinadas a un problema, puesto que, su sistema de funcionamiento es probabilístico. En consecuencia, cuando tú le preguntas cuanto es 5 veces 2 te puede decir que es 9, 10 o 11, no te da una solución determinada o fija. A este problema se le llama “*método de predicción de ruido*” y no es nada sencillo de solucionar, si tenemos en cuenta las reglas de la mecánica cuántica. Entre ellas destaca principalmente, el principio de unitariedad, es decir, la suma de las probabilidades, de todos los posibles resultados de cualquier evento, tiene que ser siempre 1. Este principio, por ejemplo, no permite copiar o replicar la información de un lugar a otro. Si bien, este principio de unitariedad impide diseñar algoritmos que enseñen al ordenador cuántico a realizarlo¹⁹⁰⁰.

Se prevé que, cuando los ordenadores cuánticos sean programables y funcionen a pleno rendimiento, resolverán la mayoría de los problemas que afectan a nuestra sociedad¹⁹⁰¹. Todas aquellas disyuntivas que no han podido ser resueltas porque los superordenadores rebasaban la inversión de tiempo razonable para descifrar la solución correcta, encontrarán un remedio a través de estos sistemas. Estos ordenadores son capaces de realizar una operación, en unos pocos minutos, la cual llevaría a una computadora convencional miles de años. Además, el ordenador cuántico utiliza como sistema de funcionamiento la probabilidad, al igual que ocurre con los algoritmos que desarrollan la inteligencia artificial. De forma que, la doctrina entiende que los problemas que presenta en la actualidad la inteligencia artificial podrán ser resueltos cuando el ordenador cuántico llegue a un cierto grado de madurez¹⁹⁰².

No obstante, los científicos afirman que no podemos ni acercarnos en la actualidad a la velocidad ni dimensión de los problemas que van a ser capaces de resolver. El proyecto hasta el momento más adelantado es de “Google”, en el que los propios investigadores afirman estar muy lejos de conseguir su objetivo¹⁹⁰³. A modo de conclusión, y anécdota, mi profesora de matemáticas siempre bromeaba afirmando que

¹⁹⁰⁰ Vide Luis MORENO FERNÁNDEZ y Raúl JIMENEZ TELLADO, *Democracias robotizadas: escenarios futuros en Estados Unidos y la Unión Europea*, o.c., p. 45.

¹⁹⁰¹ Vide José Julio FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Ciberseguridad: ¿desafío insuperable? En búsqueda de escenarios de respuesta adecuados, en César GARCÍA NOVOA y Diana SANTIAGO IGLEASI, *4º Revolución Industrial. Impacto de la automatización y la inteligencia artificial en la sociedad de economía digital*, o.c., p. 58.

¹⁹⁰² Vide Luis MORENO FERNÁNDEZ y Raúl JIMENEZ TELLADO, *Democracias robotizadas: escenarios futuros en Estados Unidos y la Unión Europea*, o.c., p. 29.

¹⁹⁰³ Vide Jordi PÉREZ COLMÉ, “Cuando el ordenador cuántico de Google mejore no habrá forma de ganarle”, *El País Digital*, 25 de octubre de 2019, pp. 1 y ss.

los informáticos habían creado un imperio únicamente basado en 0 y 1, y que ni se imaginaba lo que serían capaces de crear cuando descubrieran el resto de los números: naturales, enteros, racionales, irracionales o los reales. Y, realmente, no estaba equivocada, tenemos a nuestra disposición un mundo entero por descubrir.

4.5. Hacia una nueva rama del ordenamiento: el Derecho Artificial.

De forma reciente la doctrina apunta a la creación de un Derecho de los Robots, como una disciplina jurídica entre el Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo que se encargue de distribuir los derechos y responsabilidades que surgen de las acciones de los seres no humanos, y la posibilidad de sustitución de seres humanos por robots y sistemas de inteligencia artificial¹⁹⁰⁴. Mientras que, otro sector habla únicamente de la creación de un Derecho de la Inteligencia Artificial, cuya base axiológica sea el principio de responsabilidad y preocupación, y se asiente en las leyes o principios fundamentales éticos de Asimov y la protección de los derechos humanos¹⁹⁰⁵.

Sin embargo, creo que esa es una posición errónea para enfrentarnos al problema que nos atañe. Si aplicamos la lógica y el funcionamiento del Big Data, estaríamos sesgando de la cuestión de análisis problemas determinantes sobre lo que se tiene intencionalidad de regular. Abordar el asunto desde la configuración de un Derecho de los Robots supondría un tratamiento parcial del problema, y únicamente sobre la esfera que representa la materialización física de la polémica. No obstante, tal y como hemos visto a lo largo de las páginas precedentes, la problemática relacionada con los robots está centrada en su capacidad de autonomía en las decisiones y aprendizaje a lo largo del ciclo de su vida. Así, las disyuntivas que se plantean son propias de los sistemas e instrumentos de los que se sirve la inteligencia artificial que, en la mayoría de los casos, no tiene porqué tener una representación corpórea, y por tanto quedaría excluida de ese concreto derecho.

Por ello, es más adecuado estudiar la problemática desde un enfoque global de todos las esferas y agentes que participan en el sistema, a través de la configuración de

¹⁹⁰⁴ Vide Moisés BARRIO ANDRÉS, “Del Derecho de Internet al Derecho de los robots”, en *Derecho de los Robots*, o.c., pp. 81-85.

¹⁹⁰⁵ Vide Marcos LÓPEZ ONETO, *Fundamentos para un derecho de la inteligencia artificial*, o.c., pp. 197 y ss.

una rama específica del ordenamiento denominada Derecho Artificial¹⁹⁰⁶. Esta rama del ordenamiento debería situarse dentro del ámbito del Derecho Administrativo, por el carácter transversal de estas tecnologías y la implantación de las mismas en todas las sociedades.

Así, al igual que se defendía que el nombre de personalidad electrónica no era del todo acertado, ya que no existía una equivalencia funcional con la realidad, y la personalidad artificial casaba mejor con los aspectos que se pretendía regular. Con el Derecho Artificial ocurre algo similar, puesto que se representaría en contraposición al Derecho Natural o derecho del hombre; y al mismo tiempo denotaría las características que engloban a este nuevo sujeto de derecho como producto del intelecto humano.

En consecuencia, el Derecho Artificial cumpliría las siguientes funciones:

- a) La delimitación de los conceptos y figuras más relevantes en este sector, cuyos agentes principales serían la inteligencia artificial y los robots. Dentro de esta función, además, deberá determinarse el sistema de funcionamiento de estas tecnologías, los elementos que la componen, y las categorías o subcategorías a las que pertenecen.
- b) La concreción de las distintas esferas y fases que llevan a la configuración de la inteligencia artificial. Centrando especial atención en la regulación del Big Data, desde la recepción de la información, el minado, el procesamiento y en el análisis de los datos.
- c) La garantía del principio de transparencia en los algoritmos que toman las decisiones automatizadas, y que llevan al autoaprendizaje e independencia de la máquina.
- d) La determinación de los bienes jurídicos y los riesgos que pueden verse afectados por el uso de la inteligencia artificial y la robótica a lo largo de todo su ciclo vital.

¹⁹⁰⁶ Vide Vittorio FROSINI, *Cibernética, derecho, internet y sociedad*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2019, p. 39: «El Derecho Artificial representa un modelo, casi un mito que ejercer particular atracción en sociedades de tipo tecnológico avanzado, suscitando, por el contrario, perplejidad y desconfianza allí donde el sentido estricto de los juristas se alimenta de la tradición humanista. Sostenemos nosotros, sin embargo, que se debe acceder a esas perspectivas nuevas de pensamiento y de experiencia que el progreso científico general ofrece al estudioso del Derecho. Las posibilidades de aplicación de la tecnología, entendida como proceso de racionalización operativa, constituyen las manifestaciones de un mundo en el que la mentalidad tecnológica se presenta como una segunda y renovada naturaleza suya».

- e) El establecimiento del régimen de responsabilidad. Partiendo de la base de la configuración de un sujeto de derechos y deberes, como sería la personalidad artificial, se deberá determinar cuál es el sistema de responsabilidad en caso de que se produzcan daños sobre derechos, personas u objetos. No obstante, el principio que debería seguirse para su establecimiento es el de gestión de riesgos o precaución, puesto que responde mejor a las necesidades de esta materia y colaborará para que se produzca la consolidación y evolución de estas tecnologías.
- f) La creación de un órgano de gobernanza que se encargue del tratamiento de las cuestiones éticas y promueva el avance y consolidación de estas tecnologías.
- g) La creación de un registro de los propietarios, así como un órgano que se encargue de verificar que cumplen con los requisitos necesarios para su uso.
- h) Cuantas otras cuestiones surjan relacionadas con esta materia, bien de los vínculos o relaciones que surjan entre los humanos, o entre las propias máquinas. Con especial referencia a la posibilidad de creación de derechos específicos en esta materia como, por ejemplo, ya se atisba la necesidad de la configuración de un derecho a las no decisiones automatizadas, sobre todo, cuando sean especialmente relevantes los bienes jurídicos en juego.

4.6. Los efectos del uso de estas tecnologías en el Estado de Bienestar.

Desde el inicio de este capítulo se defiende como las nuevas tecnologías, hasta el momento, las promovidas por la extensión generalizada de Internet, habían cambiado el Estado de Bienestar. Si bien, se ha analizado las distintas parcelas del ordenamiento jurídico que han sufrido modificaciones, en algunos casos, ingentes transformaciones. Este cambio en el ordenamiento jurídico va a ser minúsculo en comparación con la reforma que se va a emprender a consecuencia de la Revolución Industrial Digital.

La consolidación de estas innovaciones tecnológicas tendrá diversidad de consecuencias, algunas positivas y otras negativas, en la configuración del Estado de Bienestar. La primera tarea es incorporarlas a estas herramientas al funcionamiento normal de los pilares que lo configuran. Por ello, es imprescindible introducirlas dentro de la configuración de las Administraciones Públicas y el desarrollo de sus actividades. Estos sistemas permiten garantizar la eficiencia y la eficacia en la gestión de los recursos

públicos, y en sentido contrario, evitar despilfarros y gastos innecesarios en la prestación de los servicios. El Derecho Artificial se convertiría de este modo en una rama de nuestro ordenamiento estratégica para el desarrollo del Estado del Bienestar y el diseño digital y autónomo de los pilares que lo constituyen.

Así, por ejemplo, se prevén grandes inversiones, en materia de sanidad, a la par que supondrá mejoras en los tratamientos de los pacientes, sobre todo, en materia de avances en la investigación biomédica y sanitaria, por ejemplo, en tratamientos contra el cáncer o el alzhéimer, pero también en la calidad de la atención a los pacientes. La inteligencia artificial podrá acompañar al médico a lo largo de todo el tratamiento del enfermo, otorgándole mayor confianza y control de gestión de los riesgos.

Sin embargo, el sector donde va a tener una mayor repercusión es en la configuración del mercado laboral. Por una parte, supondrá una revolución en el desarrollo de las actividades, liberando al ser humano de los trabajos repetitivos o mecánicos, aquellos estrictamente físicos y de baja cualificación profesional. Pero, por otra parte, este proceso reorientará los procedimientos de gestión y funcionamiento de las empresas, tal y como los conocemos en la actualidad, favoreciendo la migración hacia un sistema automatizado de decisiones fundamentado en datos. De esta forma, cambiarán los laboral y con ellos económicos del país tal y como lo conocemos. Si bien, que estos efectos sean más o menos perjudiciales dependerá de múltiples factores como la capacidad de investigación, la fortaleza de la economía y su preparación para un mundo interconectado, y la adopción y desarrollo de estas tecnologías. Así, en un país como España muy por debajo de los umbrales requeridos, apunta a que se van a configurar brechas significativas entre los trabajadores cuya formación se oriente a las nuevas capacidades del sistema, y a aquellos otros que sólo puedan aspirar a trabajos residuales¹⁹⁰⁷.

En este sentido, el Estado de Bienestar deberá reconfigurar las políticas educativas para adecuarlas a los trabajos que previsiblemente se desarrollarán en el futuro, por ello, hay que cambiar el servicio que se preste en la actualidad, y adaptarlo a las necesidades de esta nueva sociedad¹⁹⁰⁸. Si bien, este es un riesgo estructural que va a afectar a países

¹⁹⁰⁷ Vide Ricard MARTÍNEZ MARTÍNEZ, “Inteligencia artificial desde el diseño. Retos y estrategias para el cumplimiento normativo”, *Revista catalana de Derecho público*, 58, (2019), p. 68.

¹⁹⁰⁸ Vide Marcos LÓPEZ ONETO, *Fundamentos para un derecho de la inteligencia artificial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 74 y ss.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA REVOLUCIÓN “INTERNET”: EL IMPULSOR DE LA SOCIEDAD DIGITAL

enteros, para el que es imprescindible gestar un plan coordinado que apueste por el pensamiento logístico y matemático desarrollando las habilidades de los estudiantes para un futuro previsiblemente basado en algoritmos¹⁹⁰⁹. Esto a la par, implica configurar un sistema de formación de mayor calidad, al mismo tiempo que potenciará un desarrollo de la sociedad hacia empleos donde el intelecto humano sea el motor del trabajo.

A la par que el sistema de la Seguridad Social, en lo que se refiere a las cotizaciones de los trabajadores, y el régimen de aportaciones. Se prevé que las máquinas van a suplir la mayor parte de las actividades que realizan los seres humanos, lo que va a provocar la desaparición de empleos tradicionales. Además, cada vez con mayor intensidad se habla de la necesidad del establecimiento de una renta básica universal, como paliativo a la destrucción de todas las profesiones y ocupaciones laborales que van a desaparecer, hasta que se encuentre el camino hacia la integración¹⁹¹⁰. Si bien, esta transformación afectará a los sistemas de protección social y los servicios públicos que se basan en unos niveles de recaudación de impuestos, que se van a ver alterados¹⁹¹¹. Por ello, se habla ya de la futura imposición de un impuesto, o tasa a las máquinas, como una forma transitoria de ajustar el sistema económico, hasta que se encuentre un método más solvente de financiación de las prestaciones y servicios.

Sin embargo, la incorporación de estas herramientas, más aún, atendiendo a la diversidad de formas y finalidades que persiguen, implica asumir un riesgo en su utilización para el que debe estar preparado. El uso de la inteligencia artificial puede provocar riesgos para la garantía de los derechos y libertades fundamentales del ser humano por diferentes aspectos. A modo de ejemplo, se corre el riesgo de discriminación, sobre todo, entre regiones que sean más avanzadas y que potencien el proceso de digitalización. Y, sin olvidar el riesgo de segregación, como consecuencia del uso de algoritmos. Existe un gran riesgo para las libertades, sobre todo en el enfoque del derecho a la información y a la libertad de expresión, puesto que a través de estos instrumentos la manipulación de la conciencia social es bastante sencilla. Sin olvidarnos del problema de

¹⁹⁰⁹ Vide Ricard MARTÍNEZ MARTÍNEZ, “Inteligencia artificial desde el diseño. Retos y estrategias para el cumplimiento normativo”, o.c., p. 69.

¹⁹¹⁰ Vide Ignacio FARIZA, “La renta básica deja de ser una utopía”, *El País Digital*, 6 de abril de 2020, pp. 1 y ss.

¹⁹¹¹ Vide José VIDA FERNÁNDEZ, “Los retos de la regulación de la inteligencia artificial: algunas aportaciones desde la perspectiva europea”, en Tomás DE LA QUADRA SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO y José Luis PIÑAR MAÑAS, *Sociedad digital y derecho*, o.c., p. 214.

la vigilancia, podemos convertir las ciudades en un Gran Hermano constante, donde el control del individuo y el respeto a sus libertades se restrinjan drásticamente. En la actualidad somos el conejillo de indias al que observan grandes multinacionales, pero también las instituciones del Estado. Tal y como veremos, en los apartados siguientes, esto tiene una gran repercusión para la garantía y protección del régimen democrático, así como también para el Estado de Bienestar.

Pero, tampoco hay que olvidar la incidencia que tendrá sobre la configuración de los derechos sociales. Si bien, igual que ha ocurrido con Internet, que se ha convertido en una herramienta habilitadora o potenciadora de estos derechos, de manera similar, ocurrirá con estas innovaciones. Así, al igual que en otros sectores, habría que comenzar a plantearse la regulación jurídica de un derecho a los robots, puesto que, la propiedad o el uso de éstos puede ser determinante para el correcto ejercicio de otros derechos. No obstante, es aún pronto, dado que la disciplina todavía no se encuentra lo suficientemente consolidada, y aunque se prevé una incidencia profunda en la configuración de la sociedad, puede que éste no llegue a ser necesario que se convierta en un derecho.

También existe el temor de que la IA se vuelva mas inteligente que cualquier ser humano, dado que, no tenemos garantías ni se puede predecir cómo se comportará. Sin embargo, lo que provoca mayor incertidumbre, es el uso que se haga de las mismas. Si bien, un estudio reciente clasifica los peligros de la IA en tres esferas: por un lado, la seguridad digital donde se englobaría la protección ante ataques cibernéticos, la intoxicación de datos, o el uso de programas de síntesis de voz para la suplantación de los usuarios; por otro lado, la seguridad física, ante potenciales ataques con daños materiales en cualquiera de las tecnologías emergentes; y, por último, la seguridad política que promueve una mayor vigilancia y control especialmente de los macrodatos, la manipulación y el engaño a través de los mismos a la sociedad y la ampliación de amenazas de invasión de la privacidad¹⁹¹².

En consecuencia, el diseño del Estado de Bienestar del futuro debe partir de su reestructuración alrededor de estas tecnologías, y todos los problemas que conllevarán para el Estado, especialmente los sociales. El Derecho Artificial se convertirá de este modo en un aliado estratégico, para implantar de forma paulatina estas tecnologías en las

¹⁹¹² *Vide* Brundage MILES y otros, "The Malicious use of artificial intelligence: forecasting, prevention and mitigation, *Future of Humanity institute*, (2018), pp. 3 y ss.

instituciones del Estado, y que permita al mismo tiempo adoptar medidas capaces de frenar los efectos negativos citados. Así, de igual manera que es difícil concebir una sociedad sin el uso de estas tecnologías, ocurriría de la misma manera con las instituciones del Estado, y especialmente, las que se encargan de proporcionar el bienestar social.

5. Las innovaciones de carácter biológico.

5.1. Los avances en las ciencias biológicas.

Las innovaciones y técnicas desarrolladas en los últimos años en el campo de la biología y, otras ciencias conexas, como la ingeniería biológica y la neurociencia, han supuesto una revolución para el entendimiento del cuerpo humano¹⁹¹³. En este campo, destacan especialmente los avances en secuenciación genética y la construcción de estructuras biológicas con las técnicas de ingeniería genética, y las investigaciones sobre el mapeo de la red neuronal cerebral. Si bien, estas investigaciones se convierten en trascendentales para entender mejor el funcionamiento del cuerpo humano, permitiendo fomentar ciertas capacidades y eliminar aquellos caracteres negativos, o que generan problemáticas para el desarrollo de una vida ordinaria. No obstante, estas técnicas pueden ser utilizadas para configurar nuevas destrezas en el ser humano, o ampliar las existentes.

En primer lugar, por biotecnología debe entenderse la aplicación tecnológica, que, a través de sistemas biológicos y organismos vivos o sus derivados, crea o modifica algún producto o proceso que realiza el cuerpo humano, con una finalidad concreta¹⁹¹⁴. De este modo, la biotecnología supone las investigaciones de base que se realizan sobre una materia concreta, para aplicarlas con posterioridad a sectores diversos como, por ejemplo, en sustancias bioactivas y alimentos funcionales, diagnóstico celular y molecular, o

¹⁹¹³ Vide Rafael DE ASÍS ROIG, “Algunos de los retos del constitucionalismo del S. XXI: especial atención a los derechos humanos”, en Luciano José PAREJO ALFONSO y José VIDA FERNÁNDEZ, *Los retos del Estado y la Administración en el S. XXI: libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 418: «La posibilidad de nuevos tratamientos, de investigación con seres humanos, la necesidad de definir la muerte clínica, el conocimiento público de casos de eutanasia, la crisis del concepto de beneficencia médica y la importancia del consentimiento de los pacientes, la necesidad de llevar a cabo una distribución equitativa de los recursos sanitarios unidos al conocimiento de prácticas que vulneraban los derechos humanos más elementales provocó la necesidad de una reflexión ética (...)».

¹⁹¹⁴ Vide ONU, *Acuerdo sobre la biotecnología*, 1992, Artículo 2.

manejo de enfermedades. En consecuencia, la biotecnología no es una rama de la ciencia que presente en sí misma grandes disyuntivas en términos legales.

El problema se advierte cuando esta técnica se aúna con la ingeniería genética: esta ciencia se encarga de la manipulación deliberada de la información genética de los seres vivos, con la finalidad del análisis genético para mejorar la especie. Así, los problemas legales comienzan a surgir cuando ambas técnicas se utilizan de forma simultánea estudiando la formación y composición de los organismos, se introducen modificaciones concretas en éstos, para cumplir con finalidades, tales como la mejora o el perfeccionamiento del sistema. No obstante, no solo debemos de pensar en su aplicación en personas, sino que, la capacidad de alterar los seres biológicamente se está aplicando a cualquier tipo de célula, por lo que es independiente que sean plantas o animales.

Asimismo, aunada a estas técnicas, también se incluyen las investigaciones sobre secuenciación genética que posibilitan la facultad de conocer, activar y modificar los genes de cualquier ser vivo. Sin embargo, los avances en secuenciación genética se están utilizando para producir alimentos con una determinada configuración de proteínas o grasas más saludables, a la par que accesibles para todas las personas; biocombustibles que no contaminen, o al menos reduzcan las emisiones al planeta; o diseñar plantas con unas características para curar determinadas enfermedades. Aunque, estos también podrían utilizarse con personas, por ejemplo, para acabar con los principales padecimientos como, las enfermedades denominadas raras, pero también el cáncer o el alzhéimer.

Estos avances son determinantes para la configuración del Sistema Nacional de Salud, del Estado de Bienestar del futuro, porque permitirán erradicar enfermedades antes de que se produzca su padecimiento, por lo que no habrá que seguir invirtiendo en su cura o tratamiento. Sin duda esto implica una ventaja dentro del Estado de Bienestar, cuyo gasto económico en la protección de la salud tiene tendencia ascendente desde hace años, y esta sería una forma de frenar o reducir la inversión en este sector¹⁹¹⁵. Si bien, no se puede obviar que, la mayor parte de los retos sanitarios, tienen un componente genético muy importante en la aparición de determinadas afecciones. Así, enfermedades tales

¹⁹¹⁵ Vide Alejandro MARTÍNEZ NAVARRO, “Genética y Derecho. La medicina genómica en el Sistema Nacional de Salud”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 54, (2019), p. 364.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA REVOLUCIÓN “INTERNET”: EL IMPULSOR DE LA SOCIEDAD DIGITAL

como el cáncer, el alzhéimer, el Parkinson, la demencia, y otro tipo de trastornos más comunes, como la diabetes, la celiaquía o determinadas cardiopatías podrían llegar a desaparecer.

De este modo, “diseñar” a los seres humanos desde su origen sin estas deficiencias, por llamarlo de algún modo, en sus organismos, supondría ayudar a prevenir y casi erradicar el padecimiento de éstas. En consecuencia, se podrían erradicar la mayor parte de las enfermedades con alta tasa de mortalidad, y que además tienen un gasto importante dentro de nuestro sistema sanitario, lo que permitiría encontrar un equilibrio presupuestario razonable para garantizar la protección de la salud. Así, parece que, dentro de esta rama de la ciencia, la biología sintética¹⁹¹⁶ se presenta como el siguiente paso en la escala evolutiva, permitiéndonos configurar “*al gusto del consumidor*” cualquier organismo vivo, mediante su secuenciación de ADN.

En segundo lugar, se encuentran los avances en neurociencia. Las investigaciones parecen demostrar que la toma de decisiones de los seres humanos cuenta con una serie de patrones, más o menos automáticos, que limitan o condicionan nuestro pensamiento. Si bien, este conocimiento lo está permitiendo el desarrollo de técnicas como la resonancia magnética, la computación neuronal, el big data o la nanotecnología, posibilitando realizar mapeos de procesos cerebrales¹⁹¹⁷. Dentro de este ámbito, destaca especialmente el proyecto *Brain Initiative*, en el 2013, destinado a realizar un mapeo de la actividad cerebral para analizar su funcionamiento y determinar la causa de graves problemas como la depresión o la esquizofrenia¹⁹¹⁸.

Estos avances están permitiendo progresar en el entendimiento de nuestra composición cerebral, e incluso, ha posibilitado la creación de una interfaz que conecta el cerebro humano con un ordenador. Si bien, este proyecto, desde el plano experimental, está consiguiendo que personas con parálisis, o daños en la médula espinal, puedan a través del uso del pensamiento realizar algunas operaciones gracias a la ayuda de un

¹⁹¹⁶ Vide COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA Y CONSEJO NACIONAL DE ÉTICA PARA LAS CIENCIAS DE LA VIDA DE PORTUGAL, *Informe sobre sobre Biología sintética*, Lisboa-Barcelona, 2011, p. 10: «busca diseñar y obtener mediante ingeniería productos con base biológica, instrumentos y sistemas nuevos, así como diseñar sistemas biológicos naturales ya existentes».

¹⁹¹⁷ Vide Carlos Alberto AMOEDO SOUTO, “De las neurociencias al neuroderecho: perspectivas de regulación jurídica del cerebro”, *El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 78, (2018), pp. 42 y ss.

¹⁹¹⁸ Vide <https://braininitiative.nih.gov/>

exoesqueleto. Esto permite realizar acciones sencillas como beber agua, pero también más complejas como que un ordenador, o un robot, realice determinadas funciones por él mismo¹⁹¹⁹. Mientras que, en el ámbito europeo destaca el proyecto Human Brain Project, cuya financiación es público-privada a partes iguales, y se centra en seis grandes ámbitos de estudio: neuroinformática, simulación cerebral, computación de altas prestaciones, informática médica, informática neuromórfica y neurorobótica¹⁹²⁰.

Además, dentro de esta categoría se habla ya de la creación de los neuroderechos, puesto que, la facilidad con la que las empresas que ya nuestras decisiones, junto con la posibilidad de automatización del resto de las funciones que acometemos, lleva a promover la necesidad de un respeto a lo que pensamos. Más aún, cuando los científicos han configurado diademas capaces de espiar a nuestras neuronas¹⁹²¹. Pensemos en la posibilidad de que puedan acceder a nuestro cerebro de forma convencional, cualquier persona sin limitaciones, atentando contra nuestros derechos más personales. Pero también, podrá hacerlo el Estado¹⁹²².

Imaginemos las futuras implicaciones que esto tendría en la investigación de un delito, donde las personas no tendrían la capacidad de mentir puesto que vamos a conocer cómo responde su red neuronal a la pregunta, sin posibilidad de ocultar la respuesta; o incluso en un proceso judicial, en el que habrá que garantizar al reo su derecho a guardar silencio, o no decir la verdad, de alguna forma. En la actualidad, ya se ha patentado Neurosky que es un sistema de monitorización en tiempo real del cerebro capaz de detectar soñolencia u otras circunstancias, advirtiendo a los conductores de estas condiciones, y dejando una huella digital para que los datos puedan ser utilizados para las compañías de seguros¹⁹²³.

¹⁹¹⁹ Vide Facundo MANES, “Ética para el estudio del cerebro”, *El País digital*, 3 de diciembre de 2018, pp. 1 y ss.

¹⁹²⁰ Vide <https://www.humanbrainproject.eu/en/>

¹⁹²¹ Vide Javier SALAS, “Por qué hay que prohibir que nos manipulen el cerebro antes de que sea posible”, *El País Digital*, 14 de febrero de 2020, p. 3.

¹⁹²² Vide Rafael DE ASÍS ROIG, “Algunos de los retos del constitucionalismo del S. XXI: especial atención a los derechos humanos”, en Luciano José PAREJO ALFONSO y José VIDA FERNÁNDEZ, *Los retos del Estado y la Administración en el S. XXI: libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 419: «Incluso en el campo de los derechos humanos se ha comenzado a hablar de libertad cognitiva, que se ha postulado como el derecho fundamental de toda persona a la autonomía sobre su propio estado del cerebro».

¹⁹²³ Vide <http://neurosky.com/>

Ello ha llevado al grupo impulsado por Rafael Yuste, a la configuración de cinco neuroderechos: en primer lugar, el relativo a la identidad personal, sobre todo, desde la perspectiva de respetar la identidad de los seres humanos; el derecho al libre albedrío; el derecho a la privacidad mental, es decir, que se garantice la inviolabilidad de los neurodatos; el derecho al acceso equitativo a estas tecnologías de aumentación; y el derecho a la protección contra sesgos y discriminación¹⁹²⁴. Además, yo añadiría la limitación del uso de estas tecnologías, cuando atenten contra los derechos relacionados con la libertad del individuo, únicamente bajo la autorización judicial.

Sin embargo, y a pesar de las múltiples ventajas que estos progresos en la materia suponen para mejorar la calidad de vida de miles de personas, se ha abierto ya un debate, desde el propio sector científico, para sentar unos criterios éticos que funcionen como principios dentro de la neurociencia y la inteligencia artificial en humanos. Si se ha analizado cómo la circulación y extensión de la inteligencia artificial y la robótica genera cierta pavor y desconfianza entre todos los sectores de la sociedad, idéntico fenómeno se produce con su introducción dentro del cuerpo humano. De la IA daba miedo que el algoritmo que tomara las decisiones errara por los datos que tenía o utilizaba para tomar una decisión, de su inclusión en el ser humano, sin duda, lo que más miedo da es la incapacidad de establecer límites para poder controlar a los sujetos. Al final sobre la inteligencia artificial la idea es crear un régimen de control externo que permita que garantizar la protección y seguridad de los ciudadanos y sus bienes, pero, al introducirlo en el cuerpo humano, ya no existe la posibilidad de control continuo.

No obstante, tal y como se ha adelantado al inicio de estas páginas, la potencialidad de esta revolución se encuentra en la posibilidad de aplicación conjunta de los distintos avances en sectores diversos que la componen. Así, los progresos en las ciencias biológicas pueden aumentar sus efectos, si se combinan con las tecnologías tangibles e intangibles. Por ejemplo, el uso de las impresoras en 3D para producir a medida la secuenciación genómica que hemos diseñado; el uso de la inteligencia artificial para resolver la problemática que se plantea para su incorporación dentro del organismo; o la integración de los robots en el cuerpo humano para suplir ciertas deficiencias de éste.

¹⁹²⁴ Vide Javier SALAS, “Por qué hay que prohibir que nos manipulen el cerebro antes de que sea posible”, *El País Digital*, 14 de febrero de 2020, p. 4.

La verosimilitud de aunar el mundo digital con el mundo físico parece cada día más cercana. Así, también se está utilizando la inteligencia artificial para la programación genética. El programa EUREQA, consiste en un sistema que se encarga de gestionar la programación evolutiva de los individuos y que, atendiendo a la teoría de la evolución de Darwin y en función de los operadores genéticos, consiguen que poblaciones de individuos evolucionan mediante acciones aleatorias, o criterios de selección.

Además, no olvidemos que ya han sido creadas las primeras “máquinas vivientes” o *biobots*, éstas consisten en organismos reprogramables creados a partir de células animales. Estas máquinas biológicas de medio milímetro son capaces de moverse en la dirección que determinen los científicos, lo que podría utilizarse para la detección de tumores o el reparto inteligente de fármacos dentro del cuerpo humano. Estas máquinas han sido catalogadas como una tercera clase de materia animada, puesto que no son estrictamente robots, ya que están compuestos y diseñados a partir de células vivas. Además, incluso se augura que estas máquinas podrían ser capaces de unirse entre sí, construyendo biomáquinas más grandes en el futuro¹⁹²⁵.

Los beneficios de su utilización dentro del Sistema de Salud son obvios, y abundantes, puesto que, no sólo van a mejorar nuestra calidad de vida, o crear posibilidades para aquellas personas que nunca las han tenido, permitiendo que se desenvuelvan en el entorno con “normalidad”. El problema es que a nadie se le escapa que la utilización de estas técnicas generará distintas problemáticas, especialmente, relacionadas con cuestiones éticas y límites legales en su aplicación en seres humanos.

El Derecho Administrativo cobra una especial trascendencia en este ámbito, puesto que, esa rama específica sobre el Derecho Artificial debería ser la encargada de pensar y diseñar el Derecho adecuado para la problemática y necesidades que surjan de la sociedad. Al final, el uso de estos avances científicos va a responder a los mismos principios y criterios que debe hacerlo la inteligencia artificial. Por ello, no se me ocurre mejor mecanismo para otorgarle un régimen jurídico adecuado.

¹⁹²⁵ Vide Manuel ANSEDE, “Creadas por primera vez “máquinas vivientes” con células animales, *El País digital*, 14 de enero de 2020, pp. 1 y ss.

5.2. El uso en seres humanos.

Las preocupaciones sobre los avances en estas disciplinas se concentran, principalmente, sobre su utilización en humanos. A priori, no parece existir ninguna contrariedad de utilizar estas técnicas para librar al ser humano de padecer ciertas enfermedades que acortan la duración de la vida y provocan sufrimiento y dolor. De este modo, parece existir un acuerdo tácito, o por lo menos al que nadie se opone firmemente, de que, no existiendo otra alternativa, o cura testada, no tiene debería existir ningún inconveniente ético que nos impida manipular los genes para erradicar estos problemas desde su origen. Ni tampoco parecen existir objeciones a utilizar las posibilidades de la inteligencia artificial y la robótica dentro del organismo humano para suplir o corregir deficiencias o problemas que éste presente, y posibilitar el desarrollo de una vida dentro de unos parámetros de convencionalidad.

Ahora bien, hay dos cuestiones que plantean un claro enfrentamiento, especialmente, centradas en las consecuencias o los efectos que pueden tener, no sólo sobre la persona, si no sobre el conjunto de la sociedad. Por un lado, los efectos de eliminar determinados genes de nuestro organismo, es decir, aquellos que tengan ese potencial negativo sobre el organismo. O, simplemente, la preocupación de que la manipulación genética en el ser humano tenga consecuencia sobre otros genes no manipulados, provocando la creación de otras o nuevas enfermedades.

Y, por otro lado, la posibilidad de utilizar la variación genética y el resto de las técnicas, para hacer progresar o aumentar las capacidades del ser humano. En este caso, no se trataría de prevenir frente a enfermedades, sino de buscar el perfeccionamiento del ser humano o su potenciación. En otras palabras, se trataría de acrecentar facultades como la inteligencia, o determinadas habilidades, como la fuerza o la visión, sobre aquellos que no padecen ninguna lesión previa o presenten una necesidad. El perfeccionamiento del ser humano, en base a estas técnicas, puede llevar a encontrar la eternidad, o a crear superhombres conectados a la red, con capacidades muy por encima de las actuales.

De este modo, podríamos distinguir tres categorías de seres humanos modificados: en primer lugar, aquellos mejorados genéticamente, cuyo carácter definitorio se encontraría en esa posibilidad desde el origen de librarlo de ciertos padecimientos relacionados con el ámbito de la salud, ya sean enfermedades físicas o mentales; en segundo lugar, los seres humanos potenciados, es decir, aquellos que han sido configurados, ya sea bien desde su genética o con el uso de nuevas tecnologías, para

impulsar determinadas capacidades como la inteligencia o la fuerza, o incluso ciertos caracteres mentales relacionados con la ética¹⁹²⁶; y en tercer lugar, los seres humanos conectados, o cyborg¹⁹²⁷, que serán aquellos que cuentan con la posibilidad de conectarse a través de su propio organismo con el mundo digital.

No obstante, dentro de esta última categoría ya existen varios ejemplos, aunque lo que realmente hacen es aumentar sus capacidades o sensores para percibir el mundo exterior. Estas son las personas conectadas con la tecnologías, o cyborg: Moon Ribas, es capaz de sentir los terremotos a través de un sensor que tiene implantado en el brazo; Chris Dancy tiene unos 700 microsensores en su cuerpo que le permiten monitorizar todas sus constantes vitales; Neil Harbisson tiene una antena en su cabeza que le permite oír los colores, hasta aquellos que no están en la escala visual del ser humano; Rob Spence que tiene un ojo con cámara de vídeo que transmite lo que graba a un monitor inalámbrico; Kevin Warwick que tiene un implante de robot en el brazo que le permite realizar funciones sencillas, como abrir o cerrar puertas, o encender y apagar luces, pero con la peculiaridad de que hay un implante receptor en el cerebro de su esposa; o el caso de Jerry Jalava, quién al perder parte de su dedo, le implantaron un lápiz de memoria en el lugar que sufrió la imputación¹⁹²⁸.

A modo de ejemplo, y obviando el tono alarmista que puede llegar a suponer, series como *Black Mirror*, aunque con ciertas limitaciones por su tono alarmista, ya nos manifiesta algunos de estos ejemplos. Entre las distintas formas de uso innovador de la tecnología destaca la posibilidad de controlar determinados sectores de nuestro cerebro como la memoria; la conexión directa con el mundo virtual; potenciar la capacidad de sentir; o la posibilidad de extraer el “yo”, es decir, la consciencia, o lo que el cristianismo llamaría el alma, para introducirlo en otra entidad corpórea. Aunque estos son supuestos de ciencia ficción, ninguno de los expuestos suena ya como tal, sino que, los avances y

¹⁹²⁶ Vide Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, “Retos, riesgos y oportunidades de la sociedad digital”, Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO y José Luis PIÑAR MAÑAS, *Sociedad digital y derecho*, o.c., p. 28.

¹⁹²⁷ Vide Sandra CAMACHO CLAVIJO, “La subjetividad cyborg”, en Susana NAVAS NAVARRO, *Inteligencia artificial: tecnología y derecho*, o.c., pp. 233 y ss.: «aquella persona cuyas funciones fisiológicas pueden ser mejoradas, restablecidas o creadas mediante un mecanismo o dispositivo electrónico de radiofrecuencia o de sensor wireles. Dentro de los ciborg se distinguen entre los de reparación, el de mejora y la tipología mixta».

¹⁹²⁸ Vide Vicente FERNÁNDEZ LÓPEZ, “Estas 6 personas ya son más que humanas gracias a la tecnología”, *QUO*, 8 de junio de 2017, p. 1 y ss.

las distintas posibilidades de las tecnologías del momento, parecen estar cada día más cerca de alcanzar tal finalidad.

En consecuencia, los avances de intervención en el genoma humano podrían dar lugar a la creación de una jerarquía o distintas categorías de seres humanos que convivirían en sociedad. Si bien, esto conllevaría la necesidad de modificar o regular el régimen de derechos y deberes para estos concretos seres que alcanzarán, o se pretende que lleguen a conseguir, la perfección. En el apartado anterior se planteaba la posibilidad de crear una personalidad jurídica propia para la inteligencia artificial y los robots, y ¿no debería ocurrir igual con estos seres humanos modificados? Aunque, estos ya tienen una capacidad jurídica, por el hecho de pertenecer al género humano, ¿por qué no configurar una personalidad jurídica para ellos? Son diversas las cuestiones que deben ser resueltas, y salvando la cuestión ética de estas intervenciones, voy a intentar dilucidar un poco los problemas de este ámbito.

En primer lugar, este tipo de intervenciones en el ser humano debería estar regulada¹⁹²⁹. Los Gobiernos y la comunidad científica deben sentar los límites de su actuación, siempre desde el respeto de los principios y valores de un Estado social, democrático y de Derecho. En consecuencia, la motivación y la finalidad última de la utilización de estas tecnologías en la persona debe ser siempre la mejora o el avance de la humanidad. Por tanto, este tipo de intervenciones deben legislarse con carácter internacional, en nuestro caso Unión Europea tiene un papel protagonista en esta historia, sentando la dirección y los límites de una hipotética actuación.

En segundo lugar, se encuentra la responsabilidad de aquellos que lleven a cabo este tipo de innovaciones. El respeto por los derechos fundamentales del individuo no puede ser en ningún momento del proceso vulnerado. Así, como también, habrá que prestar especial atención a las disyuntivas que se planten por la actividad o actuaciones que desarrollen estos organismos modificados. En este caso, la cuestión se torna aún más controvertida que con la inteligencia artificial. Si bien, en este caso es un ser humano creado, modificado, potenciado o conectado, el que al final tendrá que tomar decisiones, a diferencia de lo que ocurría con la inteligencia artificial que era la máquina quién adoptaba determinada postura. Ahora la conexión entre las ciencias biológicas y

¹⁹²⁹ *Vide* Vicente BELLVER CAPELLA, “La revolución de la edición genética mediante CRISPR-Cas9 y los desafíos éticos y regulatorios que comporta”, *Cuadernos de bioética*, XXVII, (2016), pp. 234 y ss.

tecnológicas potencia la incertidumbre y falta de confianza en estos métodos, puesto que, no confiamos en la integridad de los seres humanos.

De este modo, ¿no debería garantizarse de igual manera que los avances en estas ciencias no puedan ser utilizados para atacar a otros seres humanos, sino que, tienen que ser el motor que promueva el desarrollo de la humanidad? En consecuencia, deberían aplicarse en este sector los mismos principios y valores que se instan a los investigadores en el desarrollo de la inteligencia artificial.

En tercer lugar, hay que pensar un régimen jurídico adecuado para que convivan las distintas categorías de seres humanos. Es evidente que va a existir un gran problema para garantizar la igualdad de oportunidades y de trato entre las distintas partes. Si bien, la doctrina plantea este problema, pero desde una perspectiva curiosa, como si pudiera resultar justo o no que los hombres perfeccionados compitieran con los ordinarios en un concurso oposición, puesto que gozan de mayores ventajas¹⁹³⁰.

Sin embargo, en mi opinión, la exposición está viciada desde el origen, puesto que, lo que no tiene sentido ya es el régimen de configuración de las oposiciones dentro de la era digital. El sistema deberá adaptarse a las nuevas facultades de los individuos, quizá las técnicas de memorización han dejado ya de tener sentido, y hay que mostrar antes de desempeñar un cargo, ciertas habilidades, como la capacidad de liderazgo, gestión de los problemas o hasta la empatía para ejercer determinados cargos.

En cuarto lugar, el acceso a estas innovaciones no será, en principio, accesible a todos. El uso de estas técnicas no estará al alcance de muchos en términos económicos, por lo que, el Estado tendrá que mediar para garantizar la igualdad de todos los ciudadanos. No se puede permitir que una minoría de la población consiga el disfrute de una vida preconfigurada sin determinados padecimientos, mientras que la mayoría la observa sin poder permitírselo. Llegado el momento, el Estado tendrá que plantearse muchas cuestiones y realizar políticas sociales concretas para corregir las desigualdades. Así, por ejemplo, habrá que plantearse si existe un derecho a la manipulación genética, tanto para aquellos que quieran ejercerlo, y otros que no. En caso contrario, estaríamos

¹⁹³⁰ Vide Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, “Retos, riesgos y oportunidades de la sociedad digital”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO y José Luis PIÑAR MAÑAS, *Sociedad digital y derecho*, o.c., p. 28.

promoviendo que determinados sectores de la población accedan prácticamente a la inmortalidad, mientras que, otros seguirán sufriendo las enfermedades mundanas.

Y, en quinto lugar, a esta situación debe añadirse la preocupación de la posibilidad de que los seres humanos perfeccionados acaben dominando al resto de la sociedad, en base a sus mejoradas capacidades, si llegan a dominar o controlar determinados poderes. En puridad, el miedo radica en que el ser humano convencional pierda su posición hegemónica que, durante tantos millones de años, le ha costado alzar, para que venga su propia creación a humillarlo.

Por ello, algunos sectores son bastante críticos, se posicionan en contra de se que implanten de forma generalizada en la sociedad, y muestran sus reticencias para que éstas no lleguen ni siquiera a utilizarse nunca. La razón es que, el uso de estos métodos, tanto la secuenciación genética como la unión de nuestro cerebro a otras tecnologías, tiene una importante carga moral que no se puede obviar¹⁹³¹.

El estado actual de la cuestión es de tal magnitud, que se comienzan a plantear ya teorías sobre el posthumanismo o transhumanismo¹⁹³², es decir, aquello que quedará del ser humano si alguna vez se implantan los postulados de esta nueva era. La mayoría de estos autores se muestran proactivos a la llegada del progreso, incluso manifiestan la necesidad de plantear un derecho no condicionado al uso de las nuevas tecnologías, en tanto que, sea utilizado para mejorarnos como especie¹⁹³³. La inteligencia artificial y la robótica parecen ser la solución a todos los problemas del hombre, lo que nos hará libres de nuestros sufrimientos y lo que nos permitirá constituirnos como una especie fuerte dentro del universo, y de este modo, liberando a nuestro yo material.

¹⁹³¹ Hasta el Papa Francisco se ha pronunciado acerca de esta cuestión en el 10 de abril de 2017, en el aniversario de la constitución del Comité Nacional para la Bioseguridad, las Biotecnologías y las Ciencias de la Vida.

¹⁹³² Vide Marcos LÓPEZ ONETO, *Fundamentos para un derecho de la inteligencia artificial*, o.c., p. 123: «El transhumanismo se entiende por movimiento cultural, una agrupación heterodoxa de personas naturales, jurídicas y organizaciones sociales, que en función de compartir un ideario, generan redes comunicacionales en función de producir un cambio en la comprensión de algún aspecto de la cultura dominante de una sociedad determinada, tales como la concepción del hombre, de la naturaleza y el universo; de las artes y la literatura; del reconocimiento de la diversidad de géneros y roles; de la educación, el consumo, el cuidado del medio ambiente, entre otros campos culturales. A este breve definición, le agregamos que implica, por cierto, también una ideología, en el sentido de poder ser distinguido el movimiento cultural por compartir un conjunto de valores, ideas y teorías en particular, sobre un campo u objeto».

¹⁹³³ Vide Stefano RODOTÀ, “Del ser humano al posthumano”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO y José Luis PIÑAR MAÑAS, *Sociedad digital y derecho*, o.c., p. 88.

Sin embargo, temen que la dirección que, parece estar tomándose, en lugar de emanciparnos como especie, más bien limita nuestra capacidad de autonomía e independencia, convirtiendo al ser humano en cada vez más dependiente de la tecnología y sus decisiones¹⁹³⁴. Si bien, a lo mejor es excesivo pensar que en un futuro próximo todos llevaremos implantado un chip en algún lugar de nuestro cuerpo. El último ejemplo de esta implantación se ha llevado a cabo por la empresa “Neuralink”, que muestra a sus seguidores un vídeo de un mono con un chip cerebral usando un videojuego con el pensamiento¹⁹³⁵. O a lo mejor, no es ya necesario, dado que, la extensión de nuestra mano es el teléfono móvil. La geolocalización, el control de los recuerdos mediante nuestro álbum fotográfico, o espiar a las personas a través de lo que se publica en redes sociales, es una situación que ocurre ya de forma totalmente objetiva.

Por ello, debo desligarme de estas posiciones tan catastrofistas que auguran el final de la humanidad, y el nacimiento de nuevos dioses a los que debemos adorar. Las nuevas tecnologías están siendo desarrolladas como una herramienta para ayudar al hombre a desenvolverse en las complejas relaciones que entablamos, para darle una mejor calidad de vida y encontrar soluciones a problemas que nosotros mismos, con comportamientos egoístas hemos creado. Estoy de acuerdo con la idea de que debemos poner límites, pero a la base del sistema, es decir, a las personas que los diseñan y desarrollan.

Los descubrimientos señalados hasta el momento serán buenos o malos para la humanidad dependiendo como los usemos, si permitimos que los utilicen para controlarnos, ya sean las empresas o el Estado, somos nosotros mismos quienes estamos reduciendo nuestros derechos. Ahora, si los utilizamos para conseguir un verdadero bienestar social, no tiene porque haber mayores problemas éticos que los convencionales en el desenvolvimiento de las relaciones.

¹⁹³⁴ Vide Stefano RODOTÀ, “Del ser humano al posthumano”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO y José Luis PIÑAR MAÑAS, *Sociedad digital y derecho*, o.c., p. 89.

¹⁹³⁵ Vide <https://www.dw.com/es/neuralink-de-elon-musk-muestra-a-un-mono-con-chip-cerebral-usando-videojuego-con-el-pensamiento/a-57173399#:~:text=Ciencia%20y%20Ecolog%C3%ADa-,Neuralink%2C%20de%20Elon%20Musk%2C%20muestra%20a%20un%20mono%20con%20chip,superadas%20por%20la%20inteligencia%20artificial.>

5.3. El grupo normativo regulador.

El debate sobre la regulación genética ha sido abordado desde distintos ámbitos. Si bien, el primero en preocuparse de esta cuestión fue el Consejo de Europa en la Asamblea Parlamentaria de 1982, donde aprobó la recomendación 934 que, en el artículo 4.i indica lo siguiente:

«los derechos a la vida y a la dignidad humana garantizados en los artículos 2 y 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos llevan aparejados el derecho a heredar características genéticas que no hayan sufrido manipulación».

Y, además, añade que este derecho *«deberá ser expresamente enunciado en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos»*. Asimismo, el Comité de Bioética del Consejo de Europa redactó la declaración sobre las tecnologías de edición del genoma en el año 2015.

Por otro lado, la UNESCO, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Generaciones Futuras, de 26 de febrero de 1994, en el artículo 3, reconoce que:

«las personas que pertenecen a las generaciones futuras tienen derecho a la vida y preservación de la especie humana y se prohíbe causar daño a la vida en particular con actos que comprometan de forma irreversible la preservación de la especie humana, el genoma y la herencia genética».

Así, posteriormente, mediante la Declaración Universal sobre el Genoma y los Derechos Humanos de 1997, se compromete a asesorar sobre las técnicas que vayan en contra del ser humanos, como pueden ser las intervenciones germinales.

Mientras que, en el ámbito de la Unión Europea, es la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, en el artículo 3.2 referido al derecho a la integridad de la persona, prohíbe *«las prácticas eugenésicas, y en particular las que tienen por finalidad la selección de las personas»*, y *«de clonación reproductora de seres humanos»*.

Con posterioridad, será el Reglamento (UE) n °536/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre los ensayos clínicos de medicamentos de uso humano, y por el que se deroga la Directiva 2001/20/CE, por el que se establece en el

considerando 75 que *«no podrán realizarse ensayos de terapia génica que produzcan modificaciones en la identidad genética germinal del sujeto»*.

En este sentido, en España no hay un marco auténtico de protección o desarrollo de la modificación genética, aunque sectorialmente se regulan las técnicas de reproducción asistida¹⁹³⁶. No obstante, el Comité de Bioética español se ha pronunciado de forma reciente sobre este asunto, tras el nacimiento en China de dos gemelas modificadas genéticamente desde el embrión para conseguir la inmunidad al virus VIH (infección que portaba el padre). Si bien, el Comité ha mostrado su rechazo absoluto a la modificación genética mediante una declaración:

«las técnicas de edición genómica (...) ofrecen enormes esperanzas en la lucha contra muchas enfermedades de origen genético y suponen una revolución tecnológica que ha impactado de una manera extraordinaria, sobre todo, en los laboratorios de investigación biomédica, posibilitando la realización de experimentos genéticos que hace pocos años eran inalcanzables. Sin embargo, el estado actual de tales técnicas, más allá de las dudas éticas que plantean, no ha superado el nivel de seguridad necesario para su uso clínico en humanos, por la posibilidad, entre otras, de alterar secuencias similares en el genoma fuera de los objetivos marcados»¹⁹³⁷.

Por tanto, se puede advertir un rechazo generalizado de la comunidad científica e internacional a la utilización de las técnicas de modificación genómica. De manera que, la prohibición o imposibilidad de llevar a la práctica los supuestos anteriormente citados, se encuentran limitados por la legislación actual¹⁹³⁸. Estas técnicas, tal y como se advierte por el Comité de Bioética de España, no cuentan con el respaldo suficiente de seguridad para su utilización en seres humanos. Por ello, no será hasta que no se alcance cierto

¹⁹³⁶ Vide Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

¹⁹³⁷ Vide COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, “Declaración del Comité de Bioética de España sobre la edición genómica en humanos”, de 16 de enero de 2019.

¹⁹³⁸ Vide Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “Los centros y servicios sanitarios en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida”, *Revista Vasca de Administración Pública*, 75, (2006), p. 109.

confort o mayor conocimiento en la utilización de estas técnicas y sus efectos, no se diseñará un régimen jurídico adecuado para este sector¹⁹³⁹.

Si bien es cierto, ahora mismo los esfuerzos, especialmente europeos, están centrados en el desarrollo de la inteligencia artificial y la robótica, y no se está prestando demasiada atención a la potencialidad de este sector. Aunque, otros países como Estados Unidos o China lo consideren un sector estratégico, y en el que no se prohíbe de forma tajante el uso de estas terapias. No obstante, nos guste o no, no se pueden obviar los potenciales efectos positivos que pueden tener para el desarrollo de la humanidad, y que más temprano que tarde, terminarán por utilizarse para configurar al ser humano.

5.4. La repercusión dentro del Sistema Nacional de Salud: la hipotética responsabilidad patrimonial.

En la actualidad la edición genómica no se encuentra dentro del catálogo de servicios que se presta por el Sistema Nacional de Salud, por tanto, tal y como advierte la doctrina, no tiene la consideración de servicio público, ni puede ser considerado como un derecho subjetivo del paciente¹⁹⁴⁰. Así, a un plazo medio-largo no se espera que se produzca una modificación para incluir esta prestación, al menos hasta que no alcance la suficiente seguridad para las personas. Por ello, a partir de esta línea, se habla en términos hipotéticos, en el caos de que esta llegará incluirse como un servicio público para los ciudadanos, y cómo podría cambiar el régimen jurídico.

Una de las primeras modificaciones del régimen jurídico de la protección de la salud que implicaría la introducción de esta técnica sería la conversión de la naturaleza jurídica del contrato que une a ambas partes. Si bien, el Tribunal Supremo en sentencia de 25 de abril de 1994 determino que:

«a la hora de calificar el contrato que une al paciente con el médico a cuyos cuidados se somete lo ha considerado como de arrendamiento de servicios y no de arrendamiento de obra, en razón a que, tanto la naturaleza mortal del hombre, como los niveles a que llega la ciencia médica (insuficientes para la

¹⁹³⁹ Vide Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “La evaluación de las tecnologías sanitarias y la creación de una red de autoridades u órganos responsables”, en Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, *Profesionales de la salud. Problemas jurídicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 231 y ss.

¹⁹⁴⁰ Vide Alejandro MARTÍNEZ NAVARRO, “Genética y derecho. La medicina genómica en el Sistema Nacional de Salud”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 54, (2019), p. 374.

curación de determinadas enfermedades), y finalmente, la circunstancia de que no todos los individuos reaccionan de igual manera ante los tratamientos de que dispone la medicina actual, lo que hace que algunos de ellos, aun resultando eficaces para la generalidad de los pacientes, puedan no serlo para todos, todo ello impide reputar el aludido contrato como de arrendamiento de obra, que obliga a la consecución de un resultado (el de la curación del paciente) que, en muchos casos, ni puede, ni podrá nunca, conseguirse, dada la aludida naturaleza mortal del hombre, entiendo que, por tratarse de un arrendamiento de servicios, a lo único que obliga al facultativo es a poner los medios para la deseable curación del paciente, atribuyéndole, por tanto y cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una llamada obligación de medios».

En consecuencia, la actuación médica tiene la consideración de un contrato de arrendamiento de servicios, donde lo que se exige al médico es la atención debida y la puesta a disposición de unos medios, pero no la obtención de un determinado resultado¹⁹⁴¹. Si bien, en la actualidad, el régimen continúa siendo idéntico en tanto que, tal y como advierte la doctrina ni siquiera la tecnología más puntera garantiza la consecución de un resultado concreto, de forma que, por muchos avances que se produzcan en la medicina, nunca implican un aumento de la responsabilidad médica¹⁹⁴².

Ahora bien, si se introduce la modificación genética dentro del catálogo de servicios del sistema de salud pública, éste si que persigue o se realiza con una finalidad concreta. Por ejemplo, imaginemos una persona que es modificada genéticamente para no padecer un tipo de cáncer, como el de mama, donde existe cierta predisposición genética, pero con el paso del tiempo esta persona desarrolla el cáncer que termina acabando con su vida. Si bien, las personas que se van a someter a este tratamiento no lo hacen para que se pongan a su disposición todos los medios o se preste la diligencia debida en su actividad, sino que, buscan un concreto resultado.

¹⁹⁴¹ Vide Miriam CUETO PÉREZ, “Responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito sanitario”, en Ana Belén CASARES MARCOS y Tomás QUINTANA LÓPEZ, *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública: estudio general y ámbitos sectoriales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 1043 y ss.

¹⁹⁴² Vide Vicente MAGRO SERVET, “Las nuevas tecnologías aplicadas a la medicina y su incidencia en el ámbito de la responsabilidad médica, *Diario la Ley*, 7837, (2012), pp. 1 y ss.

De esta manera, la naturaleza jurídica del contrato entre ambas partes se asemejaría más a un contrato de arrendamiento de obra, que al de prestación de servicio. No obstante, tal y como advierte la sentencia del Tribunal Supremo referida con anterioridad, no todos los tratamientos implican la consecuencia de los mismos resultados en todos los pacientes. Por ello, existirá un porcentaje, cada vez más reducido una vez que se afiance esta tecnología, de error o posibilidad de que no tenga éxito la intervención. En consecuencia, para que exista una hipotética responsabilidad de la Administración, debería verificarse cuáles han sido los medios y la diligencia de los intervinientes en la actuación, por si pudiera derivar en una hipotética responsabilidad patrimonial.

No obstante, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, excluye en el artículo 34.1 la responsabilidad de la Administración en caso de riesgos desconocidos. De este modo, *«no serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos»*.

La Administración no responde ante ningún supuesto frente a los riesgos desconocidos, por ello no va a indemnizar en caso de que se produzcan daños en los ciudadanos por la utilización de estas técnicas.

De este modo, como ya se adelantaba en el caso del uso de la impresora 3D dentro del Sistema Nacional de Salud, estas técnicas no contarán con una consolidación, hasta dentro de un largo período, por lo que, los pacientes tendrán que soportar los riesgos derivados del proceso tecnológico¹⁹⁴³. De esta manera, los pacientes se responsabilizan del coste de la investigación, ya que el causante del daño no tiene ninguna responsabilidad¹⁹⁴⁴.

Así, la exoneración de responsabilidad por riesgos desconocidos en este tipo de situaciones, donde la velocidad del desarrollo tecnológico se impone a la proporción de

¹⁹⁴³ Vide Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “La evaluación de las tecnologías sanitarias y la creación de una red de autoridades u órganos responsables”, en Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, *Profesionales de la salud. Problemas jurídicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 231 y ss.

¹⁹⁴⁴ Vide José ESTEVE PARDO, “La protección de la ignorancia. Exclusión de responsabilidad por los riesgos desconocidos”, *Revista de Administración Pública*, 161, (2003), pp. 63 y ss.

la seguridad de los pacientes, limita el crecimiento de estas técnicas¹⁹⁴⁵. Por ello, es necesario reiterar la necesidad de establecer un régimen de responsabilidad¹⁹⁴⁶ coherentes y adecuado a las circunstancias de estos supuestos, por el que se incentive la investigación y no se deje toda la carga a los pacientes. De este modo, sería más acertado limitar los supuestos de ese hipotético desconocimiento, que exonerar todos los supuestos.

5.5. Una propuesta de regulación jurídica.

Los párrafos precedentes han servido de base para describir la realidad que ya invade nuestras vidas: un mundo digital, conectado con la esfera física a través de innovaciones tecnológicas cuya consecución era más el fundamento de una película de ciencia ficción que un objetivo a corto plazo. De este modo, la percepción del ser humano sobre todo aquello que le rodea ha ido cambiando, evolucionando su miedo inicial al uso de las nuevas tecnologías hacia un confort dentro de sus servicios. La tecnología nos ha invadido en nuestras relaciones, y poco falta para que asalte nuestro yo más personal¹⁹⁴⁷. Así, la posibilidad de utilizar determinadas técnicas de robótica, o incluso introducir pequeños robots dentro de nuestro organismo, como parte interna o externa, parece que cada día está más cerca.

Los retos en esta disciplina son amplios, lo que va a permitir a los investigadores trabajar muchos años dentro de este campo. Primero, habrá que llegar a un pacto ético y moral, respecto del cual la mayor parte de las sociedades no están en condiciones de acceder. Las personas tienen miedo a jugar a ser Dios y que las cosas salgan mal. Pero, es que a veces, Dios (si existe) también se equivoca. No se puede promover el avance de la sociedad sin errar, tropezar o caer. Sin embargo, esto no impide que se sienten unos límites éticos basados en la protección de los Derechos Humanos. Tal y como señala, el manifiesto defendido por los propios investigadores, “*Four ethical priorities for*

¹⁹⁴⁵ Vide Alejandro MARTÍNEZ NAVARRO, “Responsabilidad y nuevas tecnologías. Una aproximación desde el ámbito sanitario”, en Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, *Homenaje de AIDA al profesor D. Jesús González Pérez*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 1024.

¹⁹⁴⁶ Vide Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “El cierre de grandes corporaciones o franquicias en España: una crisis sanitaria que deja indefensos a los ciudadanos”, en *Retos y propuestas para el sistema de salud*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 22 y ss.

¹⁹⁴⁷ Vide Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “Los centros y servicios sanitarios en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida”, en Víctor Rafael HERNÁNDEZ MENDIBLE (Coord), *Derecho Administrativo Contemporáneo*, Ediciones Paredes, Caracas, 2009, edición electrónica sin numerar.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA REVOLUCIÓN “INTERNET”: EL IMPULSOR DE LA SOCIEDAD DIGITAL

neurotechnologies and IA”, es necesario el establecimiento de una serie de normas y guías de conducta en relación con estas técnicas, basadas en primer lugar: en el consentimiento y la privacidad; la identidad y la dependencia; la potenciación o aumento de la persona y sus límites; y los perjuicios que pueden provocarse a partir del uso de algoritmos¹⁹⁴⁸.

En segundo lugar, habrá que superar los retos propios, o de instrumentalización, de estas tecnologías. Se habla con mucha facilidad del uso de estas innovaciones, pero hay que ponerlas en marcha y corregir todas aquellas imperfecciones del sistema que surjan a lo largo del procedimiento. Y, por supuesto, hay que gestar un marco legal justo, claro y eficiente, así como autoridades que se encarguen de verificar que se cumplen las normas en estos proyectos. El bien jurídico en juego es la vida y la dignidad del ser humano, los elementos más básicos que nos definen, por ello se debe configurar un régimen jurídico adecuado.

¹⁹⁴⁸ Vide Rafael YUSTE, Sara GOERING y otros, “Four ethical priorities for neurotechnologies and IA”, *Nature*, 551, (2017), pp. 161 y ss.

CAPÍTULO TERCERO

EL ESTADO DIGITAL

CAPÍTULO TERCERO**EL ESTADO DIGITAL****I. Hacia una democracia “digital”.****1. Introducción.**

El tercer capítulo de la tesis se centra en analizar los efectos que la implantación generalizada de Internet y el avance de las TIC ha supuesto para la organización, estructura y funcionamiento de los poderes del Estado, y qué derechos específicos se han creado en este nuevo contexto para los ciudadanos. El proceso de adaptación tecnológico ha sido paulatino, aunque de mayor intensidad a partir de la última década, coincidiendo con los planes de digitalización, tanto europeos como nacionales¹⁹⁴⁹. Por esta razón, gran parte de este tercer capítulo se centrará en analizar los principales cambios en los que se materializa esa adaptación, y cómo ha influido este proceso en la democracia y los derechos de los ciudadanos.

No obstante, al igual que ocurría con la sociedad y el mercado, la sombra de la Revolución Digital comienza ya a visualizarse también sobre las instituciones del Estado, lo que, lleva a analizar los cambios previsibles, pero también los pronosticables que se van a producir sobre éstas. En la actualidad, hablar de Sector Público y las tecnologías digitales no es una quimera, y está mucho más cerca de lo que puede llegar a pensarse. A lo mejor no tanto como incorporar la inteligencia artificial, pero si un funcionamiento a

¹⁹⁴⁹ Vide J. Ignacio CRIADO GRANDE, “Gobernanza inteligente, innovación abierta y tecnologías sociales en unas Administraciones Públicas colaborativas. ¿Hacia un cambio de paradigma en la gestión pública?, en *Nuevas tendencias en la Gestión Pública*, INAP, Madrid, 2016, p. 31: «Sólo al iniciarse la segunda década del nuevo milenio las transformaciones ligadas a la nueva generación de tecnologías y medios sociales, la filosofía de la web 2.0, la ética hacker y la revolución de los datos abiertos, así como la generalización de los principios de transparencia, participación y colaboración estarían confluyendo para inspirar una manera diferente de entender la gestión pública en torno a un nuevo modelo de Estado de abierto y unas administraciones públicas colaborativas».

través de sistemas algorítmicos que se encargan de analizar los datos, tanto de los que forman parte de las bases de las Administraciones Públicas, como los que pueden aportar los usuarios.

Como hilo conductor del estudio de la materia, no puede perderse la idea de que, desde que nace a Internet y comienza a consolidarse, los cibernautas encuentran en las características que lo definen la esperanza de que se convierta en la herramienta que instaure un nuevo orden social. Si bien, este pensamiento debe contextualizarse dentro de la situación de declive en la se encuentran los países globalizados, donde las crisis cíclicas de los años noventa amenazaban la economía global y la consolidación de los Estados de Bienestar. La democracia social estaba cada vez más dirigida por los intereses económicos que por la auténtica protección de los derechos y libertades individuales y colectivos de los ciudadanos, los cuáles estaban estancados tras el pacto social posterior a la II Guerra Mundial. Y, no sólo esto, los atentados contra la democracia y la globalización se suceden, por lo que el Estado comienza a vigilar de forma más exhaustiva a los ciudadanos. De este modo, se empiezan a limitar los derechos de los ciudadanos, y fomentan la idea de que la protección o seguridad de la mayoría es un bien jurídico superior a las libertades individuales.

Así, tal y como advierte la doctrina, la organización democrática es considerada por la población como la forma de gobierno más apropiada, no sucede igual con el funcionamiento del sistema. La tendencia es que, desde el inicio de la democracia, la ciudadanía está poco o nada satisfecha sobre cómo funcionan los poderes del Estado, y existe un descontento general frente al rendimiento de sus instituciones, y cada vez más desconfianza en sus dirigentes. Por otro lado, existe una tendencia creciente en el grado de interés por la política de la ciudadanía española, y un aumento en su implicación, especialmente, de aquellos nacidos a partir de los años 80. Esto se materializa en el aumento de la demanda de dinámicas de participación, tanto en las instituciones, como de los propios actores políticos, y el impulso del control social y la fiscalización de los poderes públicos. En este sentido, el punto de inflexión, como evento simbólico, que plasma el agotamiento de la situación política es el movimiento del 15-M en el año 2011.

No obstante, la transformación de la cultura política, tanto en valores y como en comportamientos, venía consolidándose desde hacia años por la crisis económica¹⁹⁵⁰.

Y, en medio de esta situación de descontento se consolida Internet, donde el germen libertario que lo identifica promete cambiar las estructuras sociales, tal y como se conocían. No se puede negar que a su favor, jugaba la imposibilidad de los Estados de disponer, en sentido estricto, de aquello que sucede dentro del ciberespacio y la facilidad para intercambiar información, datos u opiniones, lo que fomentaba la idea de construir una sociedad auténticamente liberada. De este modo, Internet comienza a considerarse el agente que emancipará al individuo de las ataduras y estructuras arcaicas sobre las que se sustentan los Estados, para democratizar la sociedad realmente. Sin embargo, estos pronósticos no llegan a cumplirse, puesto que, tal y como se ha analizado, el Estado termina intercediendo en la regulación del ciberespacio a través del Derecho de Internet. No obstante, no significa este hecho que ésta haya sido una batalla perdida en la construcción de la democracia que se deseaba, sino más bien, el primer paso para ganar la guerra.

Ahora bien, ¿cómo puede ayudar Internet a mejorar la democracia? La democracia, atendiendo a su etimología (δημοκρατία) representa una forma de organización del Estado, donde el pueblo tiene el poder de elegir a sus representantes para adoptar las decisiones que afectan a la colectividad. Asimismo, es el pueblo, a través de los representantes que éstos eligen, quién toma las decisiones que afectan a la comunidad. De este modo, la sociedad actual demanda un aumento de los espacios de participación políticos y el control de la actividad de los canales clásicos de intermediación (como los partidos políticos, sindicatos y organizaciones sociales). Y, a la par, se instan actores políticos más abiertos y transparentes, la limitación de los mandatos, la petición de responsabilidades, y el aumento de iniciativas de control de la actividad política¹⁹⁵¹.

De manera que, ya no se trata sólo de poder expresarse y que se tenga en cuenta la participación ciudadana en la toma de decisiones, sino de incidir directamente en la ejecución y control de las políticas. En este sentido, la Revolución Internet ha posibilitado la difusión del pensamiento social y el aumento del interés de la ciudadanía en los asuntos

¹⁹⁵⁰ Vide Gemma UBASART GONZÁLEZ, “Transformaciones en la cultura política y demandas de participación: nuevos retos para los actores políticos y las instituciones públicas”, *Revista Internacional de éticas aplicadas*, 27, (2018), pp. 39 y ss.

¹⁹⁵¹ *Ídem* pp. 51 y ss.

públicos. Pero, esta realidad no se ha representado en aumento de la participación ciudadana en la deliberación de los asuntos públicos, objetivo que si puede estar más cerca con la Revolución Digital.

La Constitución española otorga soporte legal suficiente a que se produzcan las modificaciones necesarias para construir una auténtica democracia digital, en tanto que, ésta afirma en su preámbulo la necesidad de establecer una “sociedad democrática avanzada”. Si bien, en el pensamiento de los padres de la Constitución no estaba el desarrollo de la evolución de la democracia en los términos en los que se está experimentando. Pero, no se puede obviar que existen previsiones sobre que la democracia debe progresar al mismo ritmo que el resto de los sectores que configuran nuestro país. En consecuencia, la democracia será avanzada cuando se adapten a los medios, técnicas e instrumentos que posibilita el progreso.

Ahora bien, una “democracia avanzada”, en términos digitales, no se limita a buscar una mayor representatividad o consenso en la toma de decisiones que afectan a los ciudadanos, puesto que, estaríamos construyendo una democracia electrónica. La democracia debe ir más allá, y utilizar todas las herramientas que tiene a su disposición para ejercitar sus funciones. El ejemplo más evidente de instrumento democratizador es el Big Data y el uso de la inteligencia artificial o algoritmos avanzados. Si bien, esto permitiría tener información, en tiempo real y de forma veraz, sobre las conductas de los ciudadanos, y lo que piensa la población que está conectada a Internet. No obstante, no se trata de conocer respuestas concretas a preguntas determinadas, sino que, por el contrario, estos datos se podrían utilizar para la prestación de servicios públicos o la creación de determinadas políticas sociales. En idénticos términos puede contribuir la inteligencia artificial, pero esta vez para adoptar mejores decisiones, tras el análisis de los datos.

De este modo, tal y como advierte Castells, en la sociedad moderna se han producido dos fenómenos que actúan de forma sinérgica: por un lado, las nuevas tecnologías permiten interpretar mejor los datos que se conocen de la población; y, por otro lado, esto implica una injerencia en los derechos de la intimidad y la protección de datos personales de los ciudadanos¹⁹⁵².

¹⁹⁵² *Vide* Manuel CASTELLS OLIVÁN, La transición a la sociedad red, Ariel, Barcelona, 2007, pp. 30 y ss.

No obstante, la implantación de estas herramientas de análisis y predicción de los datos deben respetar las garantías legales del individuo. No se puede consentir que toda la información que pueda obrar en poder del Estado se use para cualquier finalidad, sino que, deberá estar expresamente legitimado para ello y respetar los límites legales que se impongan. De este modo, los derechos de los ciudadanos y las garantías inherentes a los mismos no deben reducirse, o prácticamente eliminarse, sólo en pro del desarrollo social. Todo lo contrario, deberían incorporarse al sistema aún más medidas, cuando se adopten decisiones basadas en el análisis de esos datos. En este sentido se pronuncia la ONU en el informe sobre el derecho a la privacidad en la Era Digital¹⁹⁵³

Los poderes que configuran el Estado deben ser conscientes de los riesgos que asumen cuando se utilizan estos instrumentos, especialmente, sobre la distribución asimétrica de las decisiones cuando los datos son imprecisos o incorrectos, lo que puede conllevar a la creación de nuevos colectivos de tratamiento independientes. Por ello, tal y como advierte la doctrina, estos deben utilizarse como una herramienta de carácter predictivo, y sólo cuando se analizan los datos de forma acertada, pero cuyos resultados cuentan con un margen de error, como cualquier decisión, que debe asumirse. Además, el tratamiento de los datos daría lugar a perfiles de ciudadanos distintos que responderían a las técnicas de agregación y análisis de criterios comunes, por lo que se distribuiría la población en grupos dinámicos. Si bien, frente a esta técnica deben establecerse las garantías suficientes para preservar la igualdad y la no discriminación de los ciudadanos, puesto que, ya nunca más serán tratados de forma individual, sino atendiendo al grupo en que ha sido determinado por los algoritmos. De ahí la importancia de establecer Comités éticos adicionales, sobre los valores y principios que deben primar cuando se haga uso de estas herramientas¹⁹⁵⁴. Y, de igual manera, la necesidad de revisar de forma continua los criterios que le llevan a adoptar esas decisiones, y la verificación humana de que estos perfiles responden a criterios legales y éticos compatibles con la finalidad que se persigue¹⁹⁵⁵.

¹⁹⁵³ Vide ONU, A/HRC/27/31 *El derecho a la privacidad en la Era Digital*, 30 de junio de 2014.

¹⁹⁵⁴ Vide Alessandro MANTELERO, “Ciudadanía y gobernanza digital entre política, ética y derecho, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO y José Luis PIÑAR MAÑAS, *Sociedad digital y derecho*, o.c., pp. 169-175.

¹⁹⁵⁵ Vide Luis Miguel GONZÁLEZ DE LA GARZA, “El Big Data como la gran herramienta de pronóstico de tendencias en los sistemas electorales. Del salto del paradigma demoscópico a los datos de comportamiento real”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 50, (2019), p. 10.

Pese a lo expuesto anteriormente, también hay que advertir que hay un sector de la doctrina, conocido como los dataístas que apuntan a que la clase política está condenada a desaparecer y que será sustituida completamente por herramientas como el Big Data o la Inteligencia Artificial. Los dataístas entiende que, en cuanto estas tecnologías se consoliden, se constituirá un mundo completamente robotizado (aunque más bien sería digitalizado). En este sentido, se cree que los ciudadanos perderán el control de sus decisiones, y el funcionamiento del sistema (democrático, económico y social) estará motivado por respuestas matemáticas basadas en algoritmos predictivos, lo que vendría a suplir nuestra capacidad de disponer sobre la realidad. Esto traería como consecuencia la desaparición de la clase política, puesto que, el conjunto de las decisiones que afecten a la colectividad se adoptarían mediante inteligencia artificial¹⁹⁵⁶. Lo cierto es que ya se ha presentado el primer robot a la alcaldía de un distrito de Tokio, cuya principal propaganda era acabar con la corrupción. Sin duda, lo más llamativo es que “Michihito” obtuviera 4.013 votos, quedando en tercera posición¹⁹⁵⁷.

No obstante, en mi opinión, este pensamiento (catastrofista y extremista) del que ya me he hecho eco en el capítulo anterior, debe tenerse en consideración, pero con ciertos matices. Hay que ser realistas y no es previsible que, a corto plazo, el sistema llegue a deshumanizarse de tal forma. Los vectores que configuran la Revolución Digital serán sólo una herramienta más que ayude a adoptar decisiones, como tantas otras que ya dispone el ser humano. La relevancia o importancia sobre las soluciones que éstas nos aporten depende del criterio de quién tenga que interpretarlas, y hasta el momento, hay siempre una persona detrás que verifica y controla el resultado final¹⁹⁵⁸. Por ello, estoy convencida de que la tecnología nunca va a imponer soluciones, sino que se presentará como una evidencia más (cuya fundamentación será demostrable y desmontable) para encontrar el mejor resultado ante los problemas que se planteen. En consecuencia, lo

¹⁹⁵⁶ Vide Yuval NOAH HARARI, *Homo Deus. Breve historia del mañana*, Debate, Madrid, 2017, p. 426: «¿Qué utilidad tiene celebrar elecciones democráticas cuando los algoritmos saben las razones neurológicas exactas por las que una persona vota a los demócratas mientras que otra vota los republicanos? (...) Permite que Google y Facebook lean tus correos electrónicos, supervisen todas tus charlas y mensajes. y conserven todos tus “me gusta” y todos tus clics. Si hace todo eso los grandes algoritmos del Internet te dirán con quién casarte, qué carrera seguir y la conveniencia de iniciar o no una guerra».

¹⁹⁵⁷ Vide REDACCIÓN EL PAÍS, “Un robot se presenta a la alcaldía de un distrito de Tokio para acabar con la corrupción”, *El País Digital*, 18 de abril de 2018.

¹⁹⁵⁸ Vide Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, “Retos, riesgos y oportunidades de la sociedad digital”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO y José Luis PIÑAR MAÑAS, *Sociedad digital y derecho*, o.c., pp. 40-41.

primero que debe garantizar el sistema es contar con personas bien formadas con capacidad crítica, pero también sobre los valores y principios (especialmente en términos sociales) para que sean capaces de adaptar las decisiones más beneficiosas para el conjunto de los ciudadanos.

2. La e-democracia.

2.1. Concepto y caracteres.

En la doctrina existe cierto consenso sobre que Internet es una herramienta que puede reforzar la democracia representativa, al posibilitar la comunicación bidireccional, lo que permitiría la participación de los ciudadanos o grupos representativos de ellos en la toma de decisiones. De este modo, se crea el concepto de e-democracia o democracia electrónica que se asocia con el aumento de la participación ciudadana, de la información disponible, o el contacto directo con las necesidades de los ciudadanos. Dentro de la e-democracia se identifican tres modelos: en primer lugar, el modelo liberal en el que Internet se convierte en instrumento de expresión de intereses individuales, y no tanto, como una defensa de aquellos que representan a la colectividad; en segundo lugar, el modelo comunitario, donde Internet se utiliza como una herramienta para buscar grupos con ideologías afines, y así reforzar sus valores; y en tercer lugar, el modelo de esfera pública que entiende Internet como un foro de deliberación de los ciudadanos en la toma de decisiones¹⁹⁵⁹.

Como norma general, en los países globalizados lo que se está intentando instaurar es la tercera modalidad, especialmente, en aquellos que tienen una democracia representativa directa. La concepción clásica de esta modalidad de organización del Estado estaba relacionada con la implicación de los ciudadanos en los asuntos públicos, pero sólo a través de elecciones periódicas, eligiendo a sus representantes. Sin embargo, el aumento de interés de algunos sectores de la sociedad por participar de manera más activa en la esfera pública, junto con los mecanismos que posibilita Internet, está promoviendo la creación de un nuevo sistema de gobernanza pública. En este sentido, los ciudadanos dejan de ser simplemente sujetos pasivos de los servicios públicos, para

¹⁹⁵⁹ Vide Larry DAHLBERG, "The Internet, deliberative democracy and power: radicalizing the public sphere", *International Journal of Media & Cultural Politics*, 31, (2007), pp. 47 y ss.

convertirse en agentes que se encarguen del diseño, ejecución, seguimiento y control de éstos.

En consecuencia, se advierte que las nuevas tecnologías posibilitan el reforzamiento de la democracia, en tanto que, promueven una mayor transparencia y control de las políticas y servicios públicos, el incremento de la calidad de la información ciudadana, o el aumento de su implicación en los asuntos de la esfera pública. No obstante, la e-democracia no está exenta de generar inconvenientes, en su mayoría relacionados con los problemas de la sociedad digital como puede ser la sobreinformación de los ciudadanos que puede derivar en desinformación; la sectorización; o falta de representación de todos los sectores de la población en la toma de decisiones públicas (especialmente la generación pre-Internet); o la utilización de estos mecanismos como herramientas de manipulación¹⁹⁶⁰.

Sin contar con los múltiples escenarios que las tecnologías nos pueden aportar sobre el control del sistema electoral, como la transparencia de los medios de financiación de las campañas, o simplemente, mejores métodos para contar los votos que los tradicionales. Además, junto a éstos se instaura la idea de construir una auténtica democracia, que permita crear un sistema en el que todos puedan participar de forma activa en la toma de decisiones. La constitución de una democracia representativa directa en el sentido más amplio de la palabra. Un sistema que permita no sólo votar cada cuatro años para decidir quién quiero que me represente, sino que, también permita formar parte de aquellas decisiones trascendentales que determinen la dirección de las políticas y servicios públicos.

2.2. El sistema electoral y el poder de los datos.

El sistema electoral es una de las instituciones de la democracia que más se ha visto influenciada por las Revoluciones Internet y Digital. Las modificaciones que ha sufrido el sistema electoral, hasta el momento, pueden ser clasificadas de la siguiente manera. En primer lugar, se ha sustituido la tradicional publicidad por formas de comunicación personalizadas y destinadas de forma individual a cada persona donde se sirven de los datos que se aportan a las redes sociales y otras plataformas de

¹⁹⁶⁰ Vide Carlos CONTRERAS GÓMEZ, *El papel del Gobierno en la Era Digital*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2017, pp. 338 y ss.

comunicación. En segundo lugar, los canales de comunicación han evolucionado hacia los medios electrónicos, pero que, sin embargo, la ausencia de un tratamiento normativo específico los equipara con el resto de los medios de comunicación. En tercer lugar, se ha implantado el uso masivo de bots, que representan cuentas anónimas y automatizadas, que parecen actuar en la red como verdaderos individuos, pero en realidad sólo sirven para aumentar la distribución de una determinada información. Y, finalmente, tampoco podemos dejar pasar el problema de los ciberataques, donde se sirven de documentación privada para atacar a los candidatos, y de este modo, sabotear las elecciones y con ellas, el funcionamiento de la democracia¹⁹⁶¹.

La posibilidad de aumentar la participación ciudadana en las decisiones públicas es una oportunidad para reforzar la democracia, puesto que, aumenta la legitimidad y aprobación de las decisiones que se adopten, así como también, la calidad de los servicios públicos que se presten. Sin contar con el hecho trascendental de que posibilita una mayor inclusión de la sociedad, fomentando el consenso generalizado, dado que, permite movilizar a personas que no responden a ideologías concretas de partidos políticos, y que no solían participar en las elecciones periódicas. Sin embargo, hay que diferenciar entre las distintas formas que los ciudadanos tienen de participar en los asuntos públicos, atendiendo a la voluntariedad o no de sus decisiones.

En este sentido, la participación directa o voluntaria de los ciudadanos surgiría en los supuestos que una persona decide de por sí misma aportar opiniones, comentarios, o sugerencias al desarrollo de las políticas públicas. Ante este supuesto, serán las Administraciones competentes las que habiliten los canales, en este caso digitales como redes sociales o foros de debate especializado, para depositar esta información o datos de manera libre. En este caso, es legítimo, a la par de acertado, que la democracia permita una mayor colaboración de los ciudadanos en las decisiones públicas, especialmente, en aquellas que les afectan directamente.

Pero, también existe la posibilidad de participar de forma indirecta, es decir, sin un consentimiento explícito a través de la información que se puede extraer de nuestra actividad dentro de Internet como, por ejemplo, a través de redes sociales, los buscadores, o las cookies instaladas en nuestros dispositivos. Nunca se había tenido tanta información

¹⁹⁶¹ *Vide* Rafael RUBIO NÚÑEZ, “El derecho a la información y el derecho al voto”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO y José Luis PIÑAR MAÑAS, *Sociedad digital y derecho*, o.c., pp. 484-486.

de los ciudadanos, ni de tanta calidad como la que permite el ciberespacio. De este modo, utilizando el Big Data y la inteligencia artificial, no demasiado avanzada, se pueden analizar las respuestas de los ciudadanos a determinadas actuaciones políticas en tiempo real. Si bien, las personas reaccionan a noticias o hechos concretos de forma muy sencilla a través de redes sociales, como puede ser dar un like, compartirlo en el muro, realizar un comentario, o seguir en redes sociales a determinados personajes públicos.

A partir de esa actividad inconsciente o intuitiva sobre aquello con lo que nos sentimos identificados, se extraen patrones de comportamientos que aportan conclusiones sobre proximidad, aprobación o rechazo a determinadas actuaciones políticas. Estos patrones, unidos a la sectorización previa de los votantes que poseen los partidos políticos sobre su probable electorado, permiten conocer las actuaciones que gozan de aprobación o rechazo para crear una estrategia política, o mensajes concretos que movilicen a esos posibles electores.

Los perfiles psicométricos que se obtienen del análisis de esta información son datos personales sensibles de las personas como puede ser la ideología política, religiosa, étnica, orientación sexual, o rasgos propios de la personalidad como la inteligencia, gustos, o adicciones¹⁹⁶². Además, de que los datos que se extraen de esa actividad inconscientes son auténticos, por lo que la distorsión entre la realidad (lo que soy) y la ficción (lo que me gustaría ser) es mínima, puesto que, los parámetros son objetivos y un reflejo de nuestro pensamiento automático o involuntario.

Por ello, el problema principal que se plantea es en el caso de que éstos utilicen estos datos sin un consentimiento específico para realizar el tratamiento y sin una causa legal justificada por parte de los poderes públicos. El asunto no es baladí porque supone una injerencia en el derecho fundamental a la protección de datos (artículo 18 CE)¹⁹⁶³, quienes no son conscientes de la importancia de utilizar la información disponible en la red sobre ellos.

No obstante, éste no es el único derecho que puede verse afectado por la e-democracia. Reflexionemos sobre la técnica que utilizan las grandes compañías digitales

¹⁹⁶² Vide Michel KOSINI, David STILLWELL y Thore GRAPEL, “Private traits and attributes are predictable from digital record of human behaviour”, *PNAS*, 15, (2015), pp. 5802 y ss.

¹⁹⁶³ Vide José Luis PIÑAR MAÑAS, “El objetivo del nuevo Reglamento Europeo de Protección de Datos”, en José Carlos LAGUNA DE PAZ, y otros, *Derecho administrativo e integración europea*, Reus, Madrid, 2017, pp. 342 y ss.

para manipular o dirigir la conducta comercial. Por ejemplo, Facebook, Google o Youtube, identifican los comportamientos de los usuarios en la red mediante la recopilación de sus datos, para ofrecerles los resultados que los algoritmos sugieren que es mejor para cada persona atendiendo a la actividad en la red. De esta forma, si la técnica de personificación de la publicidad se utiliza desde una perspectiva electoral o ideológica, de manera que, se sirven de las búsquedas que realiza la persona, se corre el riesgo de limitar los horizontes de pensamiento crítico del sujeto, y el desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 CE).

Así, tal y como advierte la doctrina, esto puede conllevar que los ciudadanos sólo escuchen lo que ellos piensan o que es conforme a sus creencias, aislándose de los demás, lo que impide el diálogo y especialmente el debate¹⁹⁶⁴. La principal disyuntiva que presenta canalizar la información para recibir solo la que es afín a mi ideología, se traduce en la censura democrática, puesto que, la elección libre de los ciudadanos se encuentra amenazada por los algoritmos. En consecuencia, se atenta contra el derecho a la libertad de la información, ideológica y de participación política, principios básicos de cualquier democracia¹⁹⁶⁵.

En consecuencia, los datos de los ciudadanos provenientes de su actividad en el ciberespacio, ya sea de forma directa o indirecta, puede utilizarse para dos finalidades distintas: para extraer conclusiones tras el análisis de estos datos, sobre las tendencias o acciones con mayor aprobación pública y dirigir las políticas en consecuencia con ese consenso social; pero, también, pueden utilizarse para dirigir el voto de los posibles electores. De este modo, si el primero de los objetivos puede considerarse un atentando contra la protección de datos y la privacidad de los ciudadanos, si no se persigue una finalidad legítima por parte de los poderes públicos, la manipulación electoral es un atentando directo contra la democracia y la libertad.

La dirección del voto no es una técnica nueva porque durante la campaña electoral (convencional) es propio de la actividad de los partidos políticos que se intente captar electores. El problema viene cuando existe manipulación del pensamiento de los

¹⁹⁶⁴ Vide Lorenzo COTINO HUESO, “La selección y personalización de noticias por el usuario de nuevas tecnologías.”, en Loreto CORREDOIRA Y ALFONSO y Lorenzo COTINO HUESO, *Libertad de expresión en Internet. Amenazas y protección de los derechos personales*, CEPC, Madrid, 2013, pp. 41 y ss.

¹⁹⁶⁵ Vide Jorge CASTELLANOS CLARAMUNT, “La democracia algorítmica: inteligencia artificial, democracia y participación política”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 50, (2019), pp. 3 y ss.

ciudadanos creando noticias falsas, en su mayoría sensacionalistas y descontextualizadas, que mueven en una u otra dirección a los votantes. Si bien, la manipulación electoral (virtual) se sirve, en la mayoría de las ocasiones, de las técnicas de Big Nudging. Esta responde a pequeñas orientaciones que, de forma inconsciente, dirigen el comportamiento de los ciudadanos hacia la conducta o el pensamiento que se pretende obtener. Así, una vez que los ciudadanos se han sectorizado previamente, atendiendo a esos probables electores, comienzan a recibir información que parece veraz a través de redes sociales, o en la publicidad de sus búsquedas en Internet.

No obstante, es necesario destacar que este no es un canal auténtico de información, por lo que los usuarios no esperan encontrarse con estas noticias (falsas o manipuladas). Hago hincapié en el hecho de que es inconsciente porque cuando los ciudadanos acuden a actos de propaganda electoral son conscientes de que están escuchando a una persona que difunde un mensaje político. Sin embargo, los ciudadanos desconocen que en redes sociales están siendo objeto de un bombardeo constante de ideas políticas que direccionan su pensamiento y comportamiento. De este modo, de forma paulatina y en pequeñas dosis se manipula lo que el electorado piensa, bien confirmando previamente sus creencias, o bien, convenciendo a aquellos que estaban indecisos.

El escándalo del Cambridge Analytica, en las elecciones a la presidencia de los Estados Unidos en 2016, o en las votaciones sobre el Brexit, ha puesto de manifiesto la necesidad de establecer límites a la manipulación del electorado, y a la información que se divulga en estos canales de comunicación. En los supuestos mencionados, Facebook jugó un papel trascendental, puesto que su sistema de publicidad fue el elemento básico para direccionar la información a sectores concretos de la población que previamente se habían segmentado. De este modo, se consiguió manipular a los ciudadanos, para hacerles creer la existencia de noticias afines a estas ideologías, y orientar esa tendencia ideológica hacia la actuación, mediante la votación¹⁹⁶⁶.

Aunque, los “bots” también han sido protagonista en la redirección de la opinión pública. Éstos son algoritmos automatizados que recopilan información, pero también son capaces de mantener comunicaciones bidireccionales que, dentro de debates artificiales, han defendido una determinada ideología política. Así, ante la apariencia de que era un

¹⁹⁶⁶ Vide Sara SUÁREZ GONZALO, “Tus likes, ¿tu voto? Explotación masiva de datos personales y manipulación informativa en la campaña electoral de Donald Trump a la presidencia de EE. UU. 2016”, *Quaderns del CAC*, 44, (2018), p. 31.

ser humano el que está pronunciando un determinado discurso político, con el que el resto de los ciudadanos podían sentirse identificados, estaba detrás la inteligencia artificial. Los bots están especialmente diseñados para actuar estratégicamente en los segmentos sobre los que se perseguía el voto de los ciudadanos, generando confianza y dirigiendo la opinión de aquellos que se consideraban afines¹⁹⁶⁷.

De este modo, las fakes news se han convertido en el motor de la desinformación social atentando, gravemente contra la democracia. A pesar de que detrás de ellas no parece existir una ideología política concreta, sino que, se encuentra la sociedad civil o incluso el propio periodismo serio y de información. Pero, la realidad está muy alejada de esa creencia. Las noticias falsas no son sólo intentos de manipulaciones de los partidos políticos, sino que, detrás están lobbies internacionales o Gobiernos interesados en dirigir la conducta. El ejemplo más paradigmático es la presunta participación de Rusia en la campaña de Trump en las elecciones a la Casa Blanca del año 2016, o la prohibición de la utilización de la aplicación TikTok (por ser de origen chino) por motivos de seguridad nacional en EE. UU. o Japón¹⁹⁶⁸.

Así, de conformidad con lo que advierte la doctrina, es necesario redefinir los límites jurídicos de lo admisible durante las campañas electorales, hasta el punto de determinar que se considera actividad privada y aquellas que son estrictamente propaganda electoral. Y, de igual manera, acudir ante los tribunales cuando la difusión de las noticias falsas pueda tener un gran impacto en los resultados electorales, para que, mediante un procedimiento de urgencia, se declare judicialmente esa información como falsa¹⁹⁶⁹. No obstante, es necesario recordar que las redes sociales no tienen una obligación legal de retirar una determinada información sin una orden judicial, aún a sabiendas de que es falsa, porque estaríamos ante un supuesto de censura encubierta. Si bien, esto haría referencia a los velos y vallas del ciberespacio, referidos en el capítulo anterior.

¹⁹⁶⁷ Vide Jorge CASTELLANOS CLARAMUNT, “La democracia algorítmica: inteligencia artificial, democracia y participación política”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 50, (2019), pp. 10 y ss.

¹⁹⁶⁸ Vide Laia ROS, “¿Por qué Estados Unidos quiere prohibir TikTok?”, *La Vanguardia digital*, 29 de septiembre de 2020.

¹⁹⁶⁹ Vide Luis Miguel GONZÁLEZ DE LA GARZA, “El Big Data como la gran herramienta de pronóstico de tendencias en los sistemas electorales. Del salto del paradigma demoscópico a los datos de comportamiento real”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 50, (2019), p. 19.

2.3. La regulación de las campañas electorales (virtuales).

2.3.1. El tratamiento de datos personales con fines electorales.

La UE es consciente desde hace años del grave riesgo que, para la democracia, implican estas nuevas técnicas de tratamiento de datos personales dentro del sistema electoral. Por ello, el Reglamento General de Protección de Datos intenta poner freno a estas prácticas, mediante su regulación, para que, en el caso de que llegue a utilizarse por los partidos políticos, los ciudadanos cuenten con las garantías necesarias. Así, en los considerandos iniciales del texto que, aunque no tienen valor normativo si que sirven para interpretar el resto de la norma, se recoge lo siguiente:

«Si, en el marco de actividades electorales, el funcionamiento del sistema democrático exige en un Estado miembro que los partidos políticos recopilen datos personales sobre las opiniones políticas de las personas, puede autorizarse el tratamiento de estos datos por razones de interés público, siempre que se ofrezcan garantías adecuadas»¹⁹⁷⁰.

Y, en este sentido, sobre el tratamiento de datos por razones de interés público, el artículo 9.2. del Reglamento General de Protección de Datos excluye de la prohibición general de tratamiento de datos personales, (referidos, entre otros, a las opiniones políticas, religiosas, o filosóficas):

«el tratamiento (es) necesario por razones de un interés público esencial, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros, que debe ser proporcional al objetivo perseguido, respetar en lo esencial el derecho a la protección de datos y establecer medidas adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales del interesado».

En consecuencia, la Unión Europea es partidaria de que, como norma general, los datos personales de los ciudadanos no sean tratados por los partidos políticos. De manera

¹⁹⁷⁰ Vide PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril, 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, Considerando 56.

que, sólo en los casos que el sistema electoral lo requiera puede autorizarse su tratamiento siempre que medie un interés público y se establezcan las garantías y medidas adecuadas para proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Por tanto, solamente sería legítimo el uso de esta información cuando exista proporcionalidad entre la información recopilada y el objetivo perseguido, cuestión que dependerá de la interpretación judicial, puesto que, no se establecen criterios comunes. Y, de igual manera, sucede con las medidas de protección de los libertades y derechos de los ciudadanos, cuyo análisis corresponde al poder judicial en cada caso¹⁹⁷¹. No obstante, antes de las elecciones al Parlamento Europeo, la Comisión aprobó una guía sobre la aplicación normativa de protección de datos en el contexto electoral, de fecha 12 de septiembre de 2018.

Sin embargo, en España, la Ley de Protección de Datos Personales modifica la Ley 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para regularizar la recopilación de datos personales obtenidos dentro de la red, para su utilización durante el período electoral:

«1. La recopilación de datos personales relativos a las opiniones políticas de las personas que lleven a cabo los partidos políticos en el marco de sus actividades electorales se encontrará amparada en el interés público únicamente cuando se ofrezcan garantías adecuadas.

2. Los partidos políticos, coaliciones y agrupaciones electorales podrán utilizar datos personales obtenidos en páginas web y otras fuentes de acceso público para la realización de actividades políticas durante el periodo electoral.

3. El envío de propaganda electoral por medios electrónicos o sistemas de mensajería y la contratación de propaganda electoral en redes sociales o medios equivalentes no tendrán la consideración de actividad o comunicación comercial.

4. Las actividades divulgativas anteriormente referidas identificarán de modo destacado su naturaleza electoral.

¹⁹⁷¹ Vide SAN 504/2019, de 22 de febrero, por la que se confirman dos multas de 200.000 y 40.000 euros, a la Asamblea Nacional Catalana por la Agencia de Protección de Datos, como consecuencia de tratar de datos personales de carácter ideológico, sin el consentimiento reforzado de la ley, y por falta de seguridad adecuada de los datos personales de sus socios.

5. *Se facilitará al destinatario un modo sencillo y gratuito de ejercicio del derecho de oposición»*¹⁹⁷².

De este modo, lo que era recogido en el Reglamento General de Protección de Datos como una excepción se regulariza como ordinario dentro de nuestro ordenamiento jurídico. La motivación que subyace a esta medida la encontramos en la enmienda 331 que se realiza a la Ley de Protección de Datos, cuando se afirma que «*tiene la finalidad de adecuar el Reglamento a las especificidades nacionales para impedir casos como “Cambridge Analytica”*».

En consecuencia, tal y como advierte la doctrina, lo que hace el legislador español es regularizar esta práctica de tratamiento de datos, para que su uso sea lícito, y no pueda ser constitutivo de una infracción. Con la única peculiaridad de que se establecen unas garantías claramente insuficientes¹⁹⁷³. No obstante, las alarmas por parte de la doctrina tardaron poco tiempo en saltar, y seguidamente las de la propia Agencia Española de Protección de Datos, sobre la posible vulneración de los derechos y libertades de los ciudadanos. Preocupaba especialmente la protección de datos de carácter personal, pero también, sobre el derecho a la libertad ideológica, la libertad de expresión e información, y la participación política¹⁹⁷⁴.

Por los motivos citados, un grupo de juristas expertos en protección de datos y asociaciones dedicadas a la protección de los derechos digitales presentaron una petición ante el Defensor del Pueblo para que interpusiera un recurso de inconstitucionalidad frente a las medidas que acordaba la Ley de Protección de Datos en la disposición final tercera. La fundamentación básica del recurso es que el artículo 58 bis supone una injerencia indebida en la libertad ideológica de las personas, al permitir un tratamiento de las opiniones políticas para un fin distinto del que las motivó que atentaría contra el artículo 16.2 CE. Dado que, como se ha advertido anteriormente, los ciudadanos no son conscientes, y no han prestado su consentimiento, para que esa información sea tratada con un objetivo diferente que el intercambio de opiniones entre amigos, aunque los

¹⁹⁷² Vide Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, artículo 58 bis.

¹⁹⁷³ Vide Borja ADSUARA VARELA, “La protección de datos en los procesos electorales”, *El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 88-89, (2020), p. 155.

¹⁹⁷⁴ Vide AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Informe de tratamiento de opiniones políticas por partidos políticos*, de 18 de diciembre de 2018, p. 3 y ss.

perfiles de redes sociales sean públicos. Y, en consecuencia, tampoco existe el derecho a la libre participación política cuando las nuevas tecnologías pueden utilizarse para desviar la voluntad de los electores sin que estos lleguen a ser conscientes.

El Tribunal Constitucional ha resuelto esta controversia de manera pronta, puesto que, ha dictado sentencia en tan sólo dos meses. El Tribunal interpreta el precepto en relación con los mandatos constitucionales, lo que le lleva a firmar que toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas precisa de una habilitación legal. Si bien, esta exigencia está sujeta a una doble condición, por un lado, que exista una ley que habilite la injerencia, y que ésta cuente con todas las características indispensables para garantizar la seguridad jurídica de los ciudadanos, señalando los límites y presupuestos sobre los que se aplica tal injerencia¹⁹⁷⁵.

Y, en el supuesto de autos, entiende que existe una injerencia en el derecho a la protección de datos en la que no se ha identificado la finalidad, ni los presupuestos, ni las condiciones, ni las garantías que lo habilitan. De manera que resuelve el Tribunal de la siguiente forma:

«De lo anterior se concluye que la ley no ha identificado la finalidad de la injerencia para cuya realización se habilita a los partidos políticos, ni ha delimitado los presupuestos ni las condiciones de esa injerencia, ni ha establecido las garantías adecuadas que para la debida protección del derecho fundamental a la protección de datos personales reclama nuestra doctrina, por lo que se refiere a la recopilación de datos personales relativos a las opiniones políticas por los partidos políticos en el marco de sus actividades electorales.

De esta forma, se han producido tres vulneraciones del art. 18.4 CE en conexión con el art. 53.1 CE, autónomas e independientes entre sí, todas ellas vinculadas a la insuficiencia de la ley y que solo el legislador puede remediar, y redundando las tres en la infracción del mandato de preservación del contenido esencial del derecho fundamental que impone el art. 53.1 CE, en la medida en que, por una parte, la insuficiente adecuación de la norma legal impugnada a los requerimientos de certeza crea, para todos aquellos a los que recopilación de datos personales pudiera aplicarse, un peligro, en el que reside precisamente dicha vulneración y, por otra parte, la indeterminación de la finalidad del

¹⁹⁷⁵ Vide STC 76/2019, de 22 de mayo, FJ 5.

tratamiento y la inexistencia de “garantías adecuadas” o las “mínimas exigibles a la Ley” constituyen en sí mismas injerencias en el derecho fundamental de gravedad similar a la que causaría una intromisión directa en su contenido nuclear»¹⁹⁷⁶.

Por estos motivos, los apartados 1 y 2 del artículo 58 bis se han declarado como inconstitucionales y han desaparecido del texto legal. Si bien, esto no impide que en un futuro el Gobierno, apoyado por los grupos parlamentarios, apruebe una reforma de este artículo, pero esta vez incluyendo los requisitos legales necesarios que impone la Constitución. Pero, deberá justificarse, en todo caso, ese interés público esencial que exige el Reglamento General de Protección de Datos, lo que impedirá un tratamiento generalizado de la información, sino que, en caso contrario, implica exclusivamente su utilización para finalidades determinadas y supuestos concretos. En consecuencia, esta sería la única forma de garantizar la legalidad en la injerencia de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Sin embargo, hay que ser realista y es muy complicado garantizar que esta información no está siendo tratada de forma ilegal, aunque no sea directamente por los partidos políticos, sino a través de instituciones civiles afines. Internet es una puerta enorme hacia la construcción de una democracia más eficiente, pero también el límite al respeto de los derechos relacionados con la privacidad del individuo. Por ello, a medida que aumenta nuestra actividad en la red, los Gobiernos de todo el mundo están más interesados en controlar lo que sucede dentro de ésta, puesto que, puede ser determinante dentro del sistema.

2.3.2. La utilización de los datos para dirigir la afinidad política de la población.

Desde el año 2015, la Unión Europea ha intentado frenar el problema que, para la democracia, suponen las Fakes News. Para ello, el Consejo de la Unión Europea encargó un plan de acción estratégico para combatir las informaciones falsas (especialmente provenientes de Rusia), y propuso un grupo de trabajo (“East Stratcom Task Force”) al

¹⁹⁷⁶ Vide STC 76/2019, de 22 de mayo, FJ 9.

que se le encomendó analizar las tendencias desinformativas y advertir sobre esta actividad. Así, tras varias resoluciones del Parlamento Europeo (una en 2016, sobre la comunicación estratégica de la Unión para contrarrestar la propaganda de terceros en su contra; y otra en 2017, sobre las plataformas de mercado en línea y el mercado único digital), donde se destacaba la necesidad de preservar el valor de la libertad de prensa en relación con la información fiable, se deciden adoptar medidas más contundentes para proteger esos valores del sistema.

En este sentido, esta actividad es claramente contraria al Reglamento General de Protección de Datos, en tanto que, previamente implica un tratamiento de datos personales prohibido, y que interfiere en la opinión política de los ciudadanos europeos. En consecuencia, el principal problema no es tanto manipular al electorado, como garantizar unas elecciones justas, libres y transparentes. La democracia es algo más que la celebración de unas elecciones periódicas, sino que debe garantizarse el respeto por la ley y los derechos de las personas¹⁹⁷⁷. Esta situación lleva a la Comisión Europea a publicar el 26 de abril de 2018 una Comunicación que aporta un concepto sobre lo que debe entenderse por desinformación:

«información verificablemente falsa o engañosa que se crea, presenta y divulga con fines lucrativos o para engañar deliberadamente a la población, y que puede causar un perjuicio público. El perjuicio público comprende amenazas contra los procesos democráticos políticos y de elaboración de políticas, así como contra los bienes públicos, como la protección de la salud, el medio ambiente o la seguridad de los ciudadanos de la UE. La desinformación no incluye los errores de información, la sátira y la parodia ni las noticias y los comentarios claramente identificados como partidistas»¹⁹⁷⁸.

Y, además, propone para combatir la desinformación en línea, tres medidas concretas. En primer lugar, la creación de un Código de Buenas Prácticas sobre la

¹⁹⁷⁷ Vide Carlos B. FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, “Europa está en riesgos de que se utilicen datos personales en la manipulación electoral”, *Diario la Ley Ciberderecho*, 26, (2019), p. 2.

¹⁹⁷⁸ Vide COMISIÓN EUROPEA, Comunicación COM (2018) 236, de 26 de abril, al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico Social Europeo y al Comité de las Regiones, *La lucha contra la desinformación en línea: un enfoque europeo*, p. 5.

desinformación que se aprueba a finales del año 2018¹⁹⁷⁹. Los firmantes (Facebook, Google, Twitter, Mozilla, Microsoft u otros anunciantes) se comprometen a luchar contra la desinformación, por ejemplo, a través de la publicidad política, el cierre de cuentas falsas, o la desmonetización de los proveedores de esta información. En segundo lugar, la formación de una red europea independiente de verificadores de noticias fraudulentas. Y, en tercer lugar, el establecimiento de un organismo de estudio y análisis de la desinformación para apoyar a verificadores e investigadores¹⁹⁸⁰. Sin embargo, el Parlamento Europeo no se ha atrevido a legislar, en sentido estricto, contra las noticias falsas. Pero, si que ha animado a los Estados miembros a invertir en medidas educativas y de formación de los ciudadanos para luchar contra la desinformación, y sobre la responsabilidad de los servicios de intermediación y el impacto social que tiene la difusión de esta información falsa¹⁹⁸¹.

En España, los primeros intentos de regulación de la desinformación estaban dirigidos por el Grupo Parlamentario Popular, mediante una propuesta No de Ley, en el año 2016, para crear medidas de acción contra éstas, de forma que, fueran identificadas y calificadas como potencialmente falsas. Pero, la proposición se bloqueó en el Congreso de los Diputados, aunque con posterioridad se abrió una nueva comisión para su estudio¹⁹⁸². Sin embargo, la crisis sanitaria del Covid-19 ha provocado un aumento de la preocupación por la difusión de estas noticias falsas, ha llevado al Gobierno a aprobar la creación de la Comisión Permanente contra la desinformación. Aunque ésta ya ha sido bautizada por la sociedad como “Ministerio de la verdad”. Esta Comisión se crea con el objetivo de coordinar los distintos niveles interministeriales que participan en defensa de

¹⁹⁷⁹ Vide <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/code-practice-disinformation>

¹⁹⁸⁰ Vide COMISIÓN EUROPEA, Comunicación COM (2018) 236, de 26 de abril, al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico Social Europeo y al Comité de las Regiones, *La lucha contra la desinformación en línea: un enfoque europeo*, pp. 8 y ss.

¹⁹⁸¹ Vide PARLAMENTO EUROPEO, Informe A8-0031/2019, de 28 de enero de 2019, sobre la Recomendación a la vicepresidencia de la Comisión / alta representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad y al Consejo de hacer un balance del seguimiento realizado por el SEAE dos años después del informe del PE sobre la comunicación estratégica de la Unión para contrarrestar la propaganda en su contra por parte de terceros (2018/2115(INI)), pp. 9 y ss.

¹⁹⁸² Vide Julia MUÑOZ MACHADO CAÑAS, “Noticias falsas. Confianza y configuración de la opinión pública en tiempo de Internet”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 87-88, (2020), p. 137.

la seguridad Nacional, y se encuadra dentro de la Secretaría de Estado de Comunicación¹⁹⁸³.

Las críticas al “Ministerio de la Verdad” no han dejado de producirse desde su aprobación. Si bien, tal y como demuestran los informes europeos citados, las “fakes news” se han convertido en una amenaza contra la democracia frente a la que los Estados deben luchar con los medios que tienen a su disposición. Por ello, es desacertado que el Gobierno tome medidas para garantizar la libertad de prensa, pero más aún el respeto al derecho a una información veraz. Lo que no era permisible, es que sean los propios proveedores del servicio, es decir, Facebook, Instagram o Twitter, los que se encarguen de verificar el contenido de la información se corresponde con la realidad o no.

Sin embargo, se comete el gran error de crear esta Comisión dentro de la estructura ministerial del Gobierno, dejando en manos del poder ejecutivo el control de la institución. Esta situación puede conllevar la censura de la información que contravenga las indicaciones o ideología del Gobierno, coartando de modo significativo la democracia¹⁹⁸⁴. En consecuencia, debería ser un organismo independiente del poder político, y permanente dentro de las instituciones del Estado, el que se encargue de controlar, verificar y decidir que información debe ser catalogada como falsa por atentar contra los valores y principios democráticos.

No obstante, para mayor asombro de los juristas, dentro de la orden sólo se establecen cuatro niveles diferentes de actuación por parte de la Comisión, y algunas disposiciones imprecisas sobre cuáles son los mecanismos que se pueden utilizar dependiendo del supuesto. Pero, se obvia explicar cuál es el procedimiento administrativo que se va a utilizar para verificar esa información, los criterios objetivos que se van a aplicar en cada caso, las garantías y límites de injerencia del Estado, la posibilidad de recurso ante los tribunales, la responsabilidad de los proveedores de servicios de la sociedad de la información, y de aquellos que promueven la divulgación de las noticias falsas. Sin lugar a duda, ante la falta de previsión de la orden, o es completada de forma

¹⁹⁸³ Vide Orden PCM/1030/2020, de 30 de octubre, por la que se publica el Procedimiento de actuación contra la desinformación aprobado por el Consejo de Seguridad Nacional, Anexo II.

¹⁹⁸⁴ Vide Rafael RUBIO NÚÑEZ, “El derecho a la información y el derecho al voto”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO y José Luis PIÑAR MAÑAS, *Sociedad digital y derecho*, o.c., p. 474: «La supervivencia de los medios de comunicación, y su convivencia con otras fuentes informativas se revela así, desde el punto de vista del derecho a la información, como el primer elemento clave para la salud de la democracia»

inmediata mediante legislación de desarrollo, o difícilmente podrán ser aplicadas las resoluciones que adopte esta Comisión por no reunir los criterios legales para ello.

2.4. ¿Son los datos un nuevo poder del Estado?

En la sociedad de la información, como precedente de la estructura social actual, la mayoría de los datos que se recogían por parte de las instituciones públicas no trascendían al resto de sectores. Los distintos poderes del Estado se encargaban de conservarlos y almacenarlos, pero sin sacar el rendimiento que se puede extraer de los mismos. Esta será la principal diferencia entre la sociedad que éramos y la que queremos construir. La sociedad digital está obligada a utilizar esos datos para mejorar la democracia, pero también las políticas y los servicios públicos que se prestan por parte de las instituciones del Estado.

Así, tal y como advierte la doctrina, si la información es poder y la democracia es el poder del pueblo en el Gobierno de un Estado, es necesario poner la información a disposición de los ciudadanos. La transparencia se ha convertido en una exigencia para preservar la democracia, de manera que, permita a los ciudadanos, por sí mismos o a través de los medios de comunicaciones u otros canales, conocer cómo actúan los poderes del Estado¹⁹⁸⁵. La transparencia se convierte en trascendental respecto de las decisiones que se adoptan por parte de las instituciones del Estado, para garantizar que se cumple con la ley y los valores democráticos. Más aún, cuando se utilice dentro de las instituciones para adoptar resoluciones a través de alguna de las tecnologías que configuran la Revolución Digital.

Sin embargo, como se analizará, la transparencia no es sinónimo de publicidad activa, sino que, la transparencia que necesita la democracia del S. XXI está relacionada con la utilidad de la información y la adopción de medidas eficaces y eficientes con los derechos de los ciudadanos. En este sentido, desde la doctrina se habla de la necesidad de interpretar el derecho de acceso a la información pública como fundamental, derivado del

¹⁹⁸⁵ *Vide* Emilio GUICHOT REINA, “El sentido, el contexto y la tramitación de la Ley de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno”, en *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, Tecnos, Madrid, 2014, p. 17.

derecho a la información (artículo 18.3 CE)¹⁹⁸⁶. Pero, yo creo que hay reconocerle una naturaleza jurídica diferente, a consecuencia, de la importancia que está adquiriendo para preservar y garantizar la democracia.

Tal y como se viene defendiendo en el capítulo anterior, el “ladrillo” que se está usando para diseñar la sociedad digital son los datos. A partir de éstos, estamos construyendo la estructura social que nos definirá en la Era Digital. En este sentido, los datos que se están utilizando no provienen exclusivamente de las interacciones del mundo digital, sino que, se recogen de cualquier actividad que realicen los ciudadanos. No obstante, no basta con tener datos de distinta naturaleza en abundancia, es necesario hacer un análisis e interpretarlos adecuadamente. De esta forma, el poder de estos datos proviene de su análisis, y no de la cantidad que poseemos. El tratamiento de estos datos es lo que les otorga valor, pero no únicamente de carácter económico, sino que, éstos tienen una profunda capacidad para influir en el resto de los poderes del Estado.

En este sentido, en los próximos apartados analizaré al detalle cómo el proceso de digitalización, promovido por la consolidación de Internet y las TIC, ha introducido cambios en el funcionamiento y organización de los poderes del Estado. Pero, como adelanto, se advierte que el elemento común de todas estas modificaciones es el procesamiento o tratamiento de los datos, para mejorar la eficiencia y eficacia del sistema. No obstante, el proceso de evolución y consolidación se encuentra en una fase inicial o previa a un auténtico desarrollo de esta finalidad, pero es obvio que los datos se han convertido en el elemento vertebrador de los cambios que se están produciendo, y que está redirigiendo la democracia hacia la digitalización.

Sin olvidarnos de que, ya se ha creado una nueva religión: el dataísmo que no venera, ni a dioses, ni a hombres, sino que adora a los datos¹⁹⁸⁷. Los datos se convertirán en el instrumento básico para tomar decisiones por el poder ejecutivo; aprobar leyes más eficaces por el poder legislativo; facilitará la labor del poder judicial analizando los supuestos de forma más rápida y proponiendo resoluciones judiciales que garanticen la unidad de criterio en la toma de decisiones.

¹⁹⁸⁶ Vide Emilio GUICHOT REINA, *Transparencia y acceso a la información pública en España: análisis y propuestas*, Fundación alternativas, Madrid, 2011, pp. 22 y ss.; Vide Severiano FERNÁNDEZ RAMOS, *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 350 y ss.

¹⁹⁸⁷ Vide Yuah Noah HARARI, *Homo Deus: Breve historia del mañana*, o.c., p. 353.

Por todas estas razones, se evidencia que los datos, más que un instrumento del que el resto de los poderes se sirven para adaptarse a la realidad digital, están configurando un nuevo poder del Estado. Así, tal y como manifiesta la doctrina:

«el dato no miente ni manipula y quienes mentimos o manipulamos somos las personas. Por eso, el dato administrado correctamente es el auténtico poder que reside en el conocimiento, en la capacidad de anticipación, en nuestra libertad para elegir, tomar decisiones, ser más competitivos y, en definitiva, el poder de tener más posibilidades de éxito en la vida»¹⁹⁸⁸.

En consecuencia, los datos se han convertido en un poder nuevo del Estado, un poder independiente y a la par influyente en los otros, posibilitando una sinergia de fuerzas. No obstante, el poder de los datos debe ser regulado por parte de las instituciones, siguiendo la línea legislativa implantada para preservar el derecho de acceso a los datos, pero estableciendo garantías adicionales a su ejercicio. Este poder no se puede limitar sólo en la transparencia de las actuaciones de las instituciones del Estado, sino que, debe abarcar todo el proceso por el que se adoptan las decisiones. A modo de ejemplo, en el segundo capítulo se hacía referencia a la necesidad de instaurar el principio de transparencia algorítmica para comprender cómo el algoritmo había llegado a adoptar una determinada resolución, es decir, cuáles eran las razones y motivos que lo fundamentaba. De igual manera, se apostaba por conocer cuáles eran los datos y de dónde provenían para adoptar estas resoluciones.

De este modo, el poder de los datos implica una realidad superior que publicitar o facilitar información de lo que las instituciones hacen: es necesario que se fundamenten los motivos que le llevan a adoptar esa resolución. No basta con justificarlo todo en la defensa del interés general, los ciudadanos deben comprender, dentro de una sencillez razonable, porqué se adoptan tales decisiones. Si bien es cierto, es una cuestión complicada de resolver y que hace imprescindible la madurez de la democracia digital, como forma de organización del Estado, pero también de los distintos poderes que la configuran.

¹⁹⁸⁸ Vide Luis PARDO CÉSPEDES, “De 1984 a 2058: una anti-distopía”, *Viaje al centro del humanismo digital*, o.c., p. 48.

3. Las elecciones digitales.

Las nuevas tecnologías también facilitan que los procesos de elección de los representantes sean más sencillos, especialmente, en lo referente a la contabilización de los votos. Si bien es cierto, en España no es problemático el tiempo que se tarda en escrutarse los votos emitidos, puesto que, los resultados electorales se presentan con un alto grado de fiabilidad a las pocas horas de terminar las votaciones. Sin embargo, en las últimas elecciones a la presidencia de los EE. UU., el escrutinio de los votos ha llevado al país más desarrollado del mundo cerca de una semana para poder contabilizar los votos. En este sentido, especialmente la tecnología de Blockchain podría ayudar a tener los resultados electorales en un menor plazo de tiempo, y evitaría los fraudes al sistema.

No obstante, pese a la tendencia que se evidencia a favor de la utilización de las nuevas tecnologías para beneficiar al sistema y promover su desarrollo, no ocurre en idénticas circunstancias con la utilización de estas tecnologías en los procesos de participación ciudadana de elecciones. El estado actual en el que se encuentra la protección (o más bien desprotección) de determinados datos muy sensibles y la facilidad para manipularlos, o utilizarlos para finalidades distintas para las que se concedieron, me impide defender la celebración de unas elecciones virtuales o digitales. En este sentido, hay cuatro maneras de manipular una votación: paralizando la actividad de las agencias electorales, borrando o cambiando el contenido de los registros, interrumpiendo el funcionamiento del sistema electrónico de votación, y en el caso de que se utilicen urnas digitales, encontramos los fallos del sistema de seguridad para manipular los votos emitidos¹⁹⁸⁹.

En consecuencia, son las garantías adicionales que se deben establecer en el uso de estas tecnologías las que presentan un problema para la democracia, al ser en la actualidad el estado de la técnica insuficiente, al no contar con los medios de seguridad necesarios. Si bien, la problemática de las elecciones virtuales se encuentra en la identificación del individuo, el secreto del voto y la validez jurídica de los resultados obtenidos.

El primer problema es la identificación digital de la persona que emite el voto. Si bien, éste no es un reto que pueda calificarse como imposible de superar. En este sentido,

¹⁹⁸⁹ Vide Carlos CONTRERAS GÓMEZ, *El papel del Gobierno en la Era Digital*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2017, p. 344.

los sistemas identificativos en red de las Administraciones Públicas que cuentan con las garantías suficientes, como es el caso del DNI electrónico o el certificado de persona digital, serían los instrumentos idóneos para la celebración de este tipo de consultas. No obstante, las garantías para acreditar la identidad del sujeto deberían ser aumentadas, por la facilidad que existe para apropiarse de los datos que permiten la identificación digital de los individuos. Si bien, es bastante sencillo que una persona use el certificado o las claves de verificación de otra, especialmente, de aquellas que no tienen una relación estrecha con las nuevas tecnologías.

Por ello, entre las medidas adicionales de garantía se podría implantar un sistema de reconocimiento facial, no necesariamente de última generación, sino que, bastaría con el que utilizan los dispositivos móviles que cuentan ya con varias generaciones en el mercado. De este modo, con estos dos elementos (el certificado digital y el reconocimiento facial) se podría verificar que la persona que emite el voto coincide con los datos que aporta. Si bien, una vez emitido el voto, con la tecnología de Blockchain, se impediría que esa persona pueda volver a votar. Además, esta tecnología posibilita que, en el caso de que existiera algún tipo de manipulación sobre los votos emitidos, quedaría un registro digital que verificaría que se ha producido fraude electoral. En consecuencia, esto garantizaría que los votos emitidos no sean eliminados, falsificados, o viciados, en ningún momento del proceso. De este modo, como ya se avanzaba, no es demasiado difícil sortear los problemas de identificación, y encontrar una solución adecuada y garantista de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos.

En segundo lugar, se encuentra la cuestión del respeto del secreto del voto. En este sentido, garantizar que el voto emitido por una determinada persona será confidencial durante el proceso electoral y después de éste, es un problema más complicado de resolver. Si bien, tal y como se desprende de los párrafos anteriores, todo lo que hacemos a través de Internet deja una huella digital¹⁹⁹⁰, fácil de identificar, y que permite conocer qué acciones hemos llevado a cabo.

¹⁹⁹⁰ Vide Judith SOLÉ RESINA “Gestión del acervo digital y derechos fundamentales: el testamento digital”, en Luis Martínez, VÁZQUEZ DE CASTRO, *Internet y los derechos de la personalidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 440: «Pues bien, una característica de internet es que técnicamente permite que en cualquier momento sea posible conocer todos y cada uno de los accesos a la red que una persona ha realizado y mucho más, pues la mayoría de los sitios web a los que accede elaboran de forma sistemática información sobre sus intereses (por ejemplo, mediante las denominadas cookies) que luego se utiliza, a menudo con fines comerciales. Y así, de esta manera, cada persona deja su rastro en internet, que es lo que se ha venido llamarla “huella digital”. La “huella” en la red global proporciona una información sobre la persona, que en cantidad y calidad puede ser muy relevante y que antes de que existiera internet

Por ello, tendría que ser obligatoria la instauración de un sistema o programación potente que desarrollara la anonimización de los votos, de forma que, nadie pueda ser capaz de determinar qué persona física lo ha emitido. Puesto que, en sentido contrario, si tanto las instituciones públicas, como terceros, pudieran ser capaces de conocer el sentido del voto de cada persona estaríamos acabando con el sistema democrático y las libertades básicas del individuo. En consecuencia, no sólo es cuestión de que los votos se emitan de una forma anónima, sino que, es imprescindible que con posterioridad se adopten las garantías necesarias para que nadie sea capaz de vincularlos a la persona física, ante un ataque cibernético, o que cualquier empresa se haga con los datos y catalogue a las personas según sus tendencias políticas.

Y, en tercer lugar, la validez jurídica de los resultados electorales. Hay un sector de la doctrina que defiende la necesidad de fijar un número mínimo de participación o de emisión de votos, y que además éste debe ser representativo del conjunto electoral, introduciendo elementos que permitan explorar los resultados obtenidos, a través de los datos que aporten los votantes¹⁹⁹¹. Esta afirmación lleva a reflexionar sobre ciertos aspectos.

En primer lugar, las normas que regulen el procedimiento deben establecer de forma clara y sencilla si es necesaria la consecución de un umbral mínimo de votos para que tengan validez jurídica, así como también, los efectos de los resultados obtenidos. Si bien, esta afirmación es lógica y responde a las prácticas habituales de la democracia, donde en determinadas consultas se fija unos límites mínimos necesarios de participación para que los resultados obtenidos se consideren representativos de la mayoría de los ciudadanos.

Ahora bien, hay que dejar claro que utilizar un sistema de votación digital dentro de la democracia la única diferencia que implica es el modo en que está se efectúa. En consecuencia, si nuestro ordenamiento jurídico no fija un umbral de mínimos para dotar de validez lo que han elegido los ciudadanos, no pueden cambiarse las reglas dentro del entorno digital. Si fuera así, las elecciones generales o municipales celebradas por el

era mucho más difícil de obtener y recopilar. Y toda esta información configura lo que se ha venido a llamar su “identidad digital”».

¹⁹⁹¹ Vide Eduardo GAMERO CASADO, “El derecho digital a participar en los asuntos públicos: redes sociales y otros canales de expresión”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO y José Luis PIÑAR MAÑAS, *Sociedad digital y derecho*, o.c., p. 236.

modo convencional, cuando no alcancen una participación alta, también podrían considerarse como no representativas de las mayorías, y por tanto se cuestionaría su validez. Y, esto sencillamente no se hace. Por tanto, esta afirmación parece más pretender quitar credibilidad o importancia a los resultados que se obtienen a través del medio electrónico, puesto que, esta crítica no se hace en la práctica habitual.

Y, respecto a la segunda afirmación, en la que la doctrina habla de introducir elementos en las votaciones que permitan extrapolar esos datos para ver si son representativos de la sociedad atendiendo a criterios como la “*edad, nivel económico o grado educativo*”, hay que realizar las siguientes consideraciones. En primer lugar, si esta afirmación se efectuara respecto del método tradicional de votación, no habría dudas doctrinales sobre que se está atentando contra el principio de igualdad y no discriminación, así como el derecho de libertad ideológica y de participación política. Si bien, con este tipo de comentario lo que genera es mayor inseguridad en la población sobre el sistema digital, puesto que, viene a argumentar la necesidad de que el Estado analice porqué has votado en un determinado sentido.

En consecuencia, esta idea ni se comparte, ni tampoco tiene un respaldo jurídico suficiente. Y, en segundo lugar, parece que la única intención es relativizar los resultados obtenidos en unas elecciones, simplemente por el medio en el que se obtienen, y esto es una premisa contra la que hay que luchar. Hasta que no se comprenda que el medio digital es una representación más de la realidad, no se podrá avanzar en la construcción de la sociedad digital.

En mi opinión, el estado actual de la técnica impide garantizar la celebración de unas elecciones digitales, puesto que, el Estado no cuenta con los medios necesarios para asegurar una protección suficiente de los derechos de los ciudadanos. Sin embargo, con esto no quiero decir que sea improbable que llegue a producirse, sino que, tendremos que esperar hasta que se consoliden estas tecnologías, y aporten fiabilidad y seguridad sobre quién las usa.

II. El Gobierno.

1. Consideraciones previas.

El declive de la confianza de los ciudadanos en las instituciones del Estado se intensifica a partir de la crisis económica del año 2008, cuyos efectos (el paro, la precarización del empleo, o el aumento de la pobreza) terminan desencadenando una crisis social. Además, a esta situación hay que sumar los casos de corrupción pública que inundan los medios de comunicación, y el progresivo rechazo a la clase política establecida, lo que promueve el nacimiento de grupos extremistas con representación en el Parlamento. De este modo, los ciudadanos comienzan a mostrar su insatisfacción con el funcionamiento de la organización del Estado, poniéndose en cuestión el poder ejecutivo, legislativo y judicial, así como, también la Jefatura del Estado y, en general, cualquier Administración Pública. Este cóctel explosivo deriva en la desafección institucional por su falta de capacidad para dar respuesta a los problemas de los ciudadanos y en el desapego político consecuencia de un desinterés de los ciudadanos por los asuntos públicos¹⁹⁹².

Los distintos Gobiernos han intentado frenar el avance del declive de la confianza de los ciudadanos en la democracia, promoviendo políticas de transparencia y buen gobierno dentro de las instituciones. En este sentido, han aprovechado las posibilidades que las nuevas tecnologías implican como herramienta para luchar contra la crisis del modelo democrático. El problema es que, la reformulación del Estado no ha nacido con el afán de regenerar la democracia para adaptarse al ritmo de evolución de los distintos sectores de la sociedad digital. Más bien todo lo contrario: las reformas promovidas parecen obligadas por las instituciones comunitarias y la presión social. Por ello, las herramientas y la forma en la que se está produciendo a la apertura de las instituciones hacia la sociedad, responde más a la necesidad de mostrarlas con carácter externo, como un escaparate internacional, que como una auténtica renovación interna.

En este sentido, las distintas leyes que se han incorporado en nuestro ordenamiento obligan a las instituciones a que, a través de la participación ciudadana en y la transparencia de su actividad, encuentren la aceptación social. Sin embargo, la aplicación de estas normas no está teniendo consecuencias tan trascendentales como se esperaba dentro de las instituciones. Uno de los principales factores es que, el régimen

¹⁹⁹² *Vide* Mariano TORCAL LORIENTE, “Desafección política en España en una perspectiva comparada”, en Francisco José LLERA RAMO, *Desafección política y regeneración democrática en la España actual: diagnósticos y propuestas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016, p. 79 y ss.

general de las Administraciones Públicas sigue anclado en una concepción clásica, demasiado formal y proteccionista, que impide la evolución digital.

Por ello, en este epígrafe no se trata sólo de analizar cómo se ha diseñado el régimen de “Open Government”, sino de verificar cómo se han adaptados las instituciones a estos cambios para cumplir con las obligaciones legales. Así, no sirve de nada que el texto legislativo reconozca el derecho de acceso a la información pública a los ciudadanos, si la Administración responsable de proporcionar esos datos no cuentan con los mecanismos adecuados para acometerlo, o existen trabas institucionales que imposibilitan el ejercicio del derecho.

En consecuencia, los cambios que ha experimentado el poder ejecutivo buscaban más la aprobación internacional y recuperar la confianza de la Unión Europea, que la instauración de mejores prestaciones y servicios públicos para los ciudadanos. Por ello, aunque han sido diversas las reformas normativas, no han sido eficaces en relación con el objetivo que se pretendía. La prueba de ello es que, en la actualidad, no se ha recuperado la confianza en las instituciones más representativas del Estado, como el Gobierno, los partidos políticos, o el sistema judicial¹⁹⁹³.

2. Open Government.

2.1. Del e-Gobierno al Open Government: concepto y caracteres.

Desde la Revolución Internet, el poder ejecutivo ha experimentado diversas modificaciones para adaptar su sistema de funcionamiento a los medios y necesidades que experimentaba la población. Dentro de las modificaciones que ha sufrido, se distinguen dos periodos evolutivos, aunque sin demasiado consenso en la doctrina, puesto que, en algunos textos se confunden o confluyen ambos. En primer lugar, una fase inicial o de recepción e incorporación de las TIC, que la doctrina denomina como del establecimiento del Gobierno electrónico o e-Gobierno. Esta fase implicaría una innovación de las relaciones, tanto internas como externas del Gobierno, en lo relativo a la información, a los servicios públicos, la realización de los trámites administrativos y de participación ciudadana. De este modo, el e-Gobierno se compone de tres factores

¹⁹⁹³ Vide CIS, *Barómetro de septiembre de 2020*, 1 de septiembre de 2020.

independientes: por un lado, la e-Administración, que es la que se encarga de prestar los servicios y mejorar la gestión interna; por otro lado, la e-democracia que implica la extensión de la consulta en la toma de decisiones; y, finalmente, la e-gobernanza que consiste en la dinamización del proceso de elaboración de políticas públicas¹⁹⁹⁴.

Sin embargo, a partir del año 2010, la configuración del e-Gobierno por parte de los distintos Estados es superada para acoger una nueva figura, u objetivo a perseguir: el Gobierno Abierto (“*Open Government*”). Este sistema de gobernanza no es un concepto nuevo en el ordenamiento, especialmente, en el ámbito internacional¹⁹⁹⁵ pero, si lo es, el renovado alcance que traslada al conjunto de la sociedad. La idea es abrir (en el sentido más metafórico) las instituciones para acercarlas a los ciudadanos, de manera que no se pierda la conexión con éstas, salvaguardando la confianza y la credibilidad que los ciudadanos deben depositar en ellas. Por ello, se pretenden instaurar como principios básicos de funcionamiento la transparencia, la participación y la colaboración transversal de la sociedad. De este modo, el Gobierno Abierto implicaría un concepto más avanzado que la mera incorporación de las nuevas tecnologías, puesto que, incluye valores intrínsecos al funcionamiento de las instituciones¹⁹⁹⁶.

En consecuencia, no sólo se trata de mejorar el sistema convencional de gobierno a través de las nuevas tecnologías y las facilidades que éstas permiten, sino de ampliar los valores por los que debe regirse el sistema. Si bien es cierto, mediante los servicios que presta Internet es más fácil garantizar la transparencia y el acceso a la información que las instituciones públicas manejan. De este modo, los datos estarían a disposición de los ciudadanos, y se posibilitaría su acceso de forma ordenada, y siempre que sean útiles, para entender la gestión de los servicios públicos o la implantación de determinadas decisiones. En consecuencia, el poder ejecutivo debe servirse de:

«este mecanismo para mejorar la confianza de los ciudadanos, la eficiencia del sistema y la eficacia de la acción del ejecutivo, aprovechando las

¹⁹⁹⁴ Vide J. Ignacio CRIADO GRANDE y M^a del Carmen RAMILO ARAUJO, “Hacia una visión integrada del Gobierno Electrónico”, *Ekonomiaz*, 45, (2003), pp. 209 y ss.

¹⁹⁹⁵ La primera vez que aparece el concepto de “Open Government” es en 1957, en el artículo “*The Open Government Principle: applying the Right to know under Constitution*”, por William Parks.

¹⁹⁹⁶ Vide Olga RAMÍREZ HERÁNDEZ y Miquel SALVADOR SERNA, “¿Del Gobierno Digital al Gobierno Abierto? Iniciativas para transformar la gestión de recursos humanos con un componente tecnológico y cambio institucional, en Juan Ignacio CRIADO GRANDE, *Nuevas tendencias en la gestión pública. Innovación abierta, gobernanza inteligente y tecnologías sociales en unas administraciones públicas colaborativas*, INAP, Madrid, 2016, p. 77.

*ventajas que ofrecen Internet y las Tecnologías de la Información y de la Comunicación»*¹⁹⁹⁷.

Por tanto, Internet, las TIC y sus servicios se convierten en el instrumento del que debe servirse el Gobierno Abierto para su diseño. La implantación del Gobierno Abierto ha adquirido tal trascendencia que incluso se ha fijado como uno de los diecisiete objetivos que se aprueban en la Agenda 2030 del Desarrollo Sostenible. En concreto, el objetivo dieciséis se centra en la paz, justicia e instituciones sólidas, cuyas metas están relacionadas con “*crear a todos los niveles instituciones eficaces y transparentes que rindan cuentas*”; “*garantizar la adopción en todos los niveles de decisiones inclusivas, participativas y representativas que respondan a las necesidades*”; o “*garantizar el acceso público a la información y proteger las libertades fundamentales, de conformidad, con las leyes nacionales y proteger los acuerdos internacionales*”.

En este sentido, el concepto de Gobierno Abierto ha sido objetivo de numerosas interpretaciones, dependiendo desde la óptica que se enfoque el análisis, ya sea bien desde los caracteres que la definen, o del objetivo que persigue. Así, desde la perspectiva finalista, hay un sector de la doctrina que entiende que el Gobierno Abierto es la evolución natural que la democracia tradicional debe experimentar¹⁹⁹⁸, cuya transformación es sinérgica con la que están experimentando los propios ciudadanos. No obstante, para cumplir su objetivo, son necesarios dos requisitos: por un lado, unas instituciones sólidas en materia de transparencia que cuenten con personal formado y tecnología adecuada para ordenar y sistematizar la información para que se accesible a los ciudadanos; y, por otro lado, que los ciudadanos cuenten con la formación necesaria para utilizar de forma adecuada estos nuevos recursos de la democracia, creando la idea de que esto implica un beneficio general de la comunidad¹⁹⁹⁹.

¹⁹⁹⁷ Vide J. Ignacio CRIADO GRANDE, “Redes sociales para unas administraciones y gobiernos abiertos. Desafíos para la innovación y creación de valor público”, *Revista Buen gobierno*, 15, (2013), p. 11.

¹⁹⁹⁸ Vide Rafael Enrique VALENZUELA MENDOZA, “Seguridad inteligente como herramienta para implementar el gobierno abierto en las ciudades”, en J. Ignacio CRIADO GRANDE, *Nuevas tendencias en la gestión pública*, INAP, Madrid, 2016, p. 129: «*La democratización del poder público es una manifestación de empoderamiento ciudadano que tiende a dispersar al poder, y junto a ella se observan múltiples nodos de poder que producen contrapesas frente al poder del Estado. Junto a este fenómeno político, la transparencia juega un papel fundamental para afianzar las relaciones entre los nodos y los actores*».

¹⁹⁹⁹ Vide Rafael MARTÍNEZ PUÓN, *De la transparencia hacia un gobierno abierto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 103-104.

Mientras que, desde la perspectiva de los caracteres que lo identifican, se define por la doctrina:

«como un recurso político y de gestión que se basa en la transparencia, participación y colaboración ciudadana». Pero, además añade que «la participación sea proactiva, y con los datos visibles y abiertos para el conjunto de los ciudadanos; la colaboración vinculante, puesto que, no sólo es cuestión de poder opinar, sino de que ésta tenga peso dentro de la institución; y la rendición de cuentas, que debe aparecer en todo el ciclo de las políticas que se ejecuten»²⁰⁰⁰.

En la doctrina española, el Gobierno Abierto se define como:

«aquél que entable una constante conversación con los ciudadanos con el fin de oír lo que ellos dicen y solicitan, que toma decisiones basadas en sus necesidades preferenciales, que facilita la colaboración de los ciudadanos y los funcionarios en el desarrollo de los servicios que presta y que comunica todo lo que decide y lo hace de forma abierta y transparente»²⁰⁰¹.

De este modo, el “Open Government” puede definirse como la apertura de la democracia hacia los ciudadanos, a través de tres elementos fundamentales: la transparencia de las actuaciones del poder ejecutivo²⁰⁰²; la colaboración en la actividad pública de los ciudadanos; y la participación de éstos en la confección y diseño de las políticas y servicios públicos.

Los beneficios de este sistema de Gobierno son obvios, puesto que permiten una mayor participación y colaboración entre el poder ejecutivo y la ciudadanía, formando un núcleo de control popular sobre cómo se gestionan los activos del país, y dónde el pueblo es escuchado para encontrar las mejores soluciones ante las disyuntivas que se planteen.

²⁰⁰⁰ Vide Andrés HOFMANN, “Gobierno Abierto: el imperativo de lo posible”, *XXII Congreso del CLAD sobre la Reforma del Estado y la Administración Pública*, Santiago de Chile, 2016, p. 1.

²⁰⁰¹ Vide César CALDERÓN y Sebastián LORENZO, *Open Government-Gobierno Abierto*, Algón, Madrid, 2010, p. 11.

²⁰⁰² Vide Agustí CERRILLO I MARTÍNEZ, “Gobierno Abierto”, *A las puertas de la Administración Digital: una guía detallada para la aplicación de las Leyes 39/2015 y 40/2015*, INAP, Madrid, 2016, p. 146: «La transparencia pública es el primer pilar del gobierno abierto y persigue facilitar que la ciudadanía tenga un conocimiento efectiva de la actividad y funcionamiento de las Administraciones Públicas».

No obstante, llama la atención que los principales proyectos, y más desarrollados de Open Government a nivel internacional sean los de países latinoamericanos como México, Brasil o Chile, en los que la corrupción es parte del sistema.

En consecuencia, el acceso a la información de los asuntos públicos se convierte en elemento clave para controlar la gestión de los recursos. En este sentido, la doctrina señala cuatro como los componentes necesarios para garantizar la eficacia del Open Government: el primero es que los ciudadanos encuentren a su disposición información esencial, sin necesidad de solicitarla; el segundo, es que la información debe ser útil y de calidad para que ésta pueda ser usada y explotada, con independencia de si es para resolver cuestiones individuales o colectivas; el tercero, es el uso de las tecnologías para hacer accesibles y disponibles estos datos; y, por último, es necesario establecer los medios que incentiven la mayor participación de la ciudadanía, de forma que, ésta haga uso de la información y se involucre a través de canales y espacios públicos digitales²⁰⁰³.

De este modo, el factor más importante que va a caracterizar a los Gobiernos Abiertos es la existencia de una información sistematizada y puesta a disposición del público a través de formatos, o softwares libres; tener una infraestructura sólida de tecnologías de la información y la comunicación, así como un equipo de profesionales que administren y sepan utilizarla para que pueda ser útil; la necesidad de disponer de estructuras transparentes de rendición de cuentas auspiciadas por normativas coherentes y suficientes sobre la obligación de realizar esta actividad; contar con un sitio de acceso único a la información y a los recursos; configurar un lugar con registro de los comentarios, peticiones, sugerencias, o críticas a la gestión del sistema, así como también, un espacio colaborativo para aprovechar el conocimiento de la población; e impulsar nuevos servicios públicos digitales aprovechando todas estas iniciativas²⁰⁰⁴.

No obstante, la consecución de un Gobierno Abierto es un proceso gradual que se integra en una serie de fases: en la primera etapa, es necesario que exista un catálogo de datos, o criterios objetivos, que permitan medir la evolución que experimenta; en la segunda fase, el principio de transparencia se convierte en el factor clave de desarrollo, lo que se traslada en el impacto y calidad de los datos abiertos que se encuentran a

²⁰⁰³ Vide Beth Simone NOVECK, *Wiki government: How technology can make government better, democracy strong, and citizens more powerful*, Ed. Brookings Institution Press, Washington, D.C., 2009, pp. 67 y ss.

²⁰⁰⁴ Vide Rafael MARTÍNEZ PUÓN, *De la transparencia hacia un gobierno abierto*, o.c., p. 113.

disposición de la ciudadanía; la tercera etapa, se caracteriza por la retroalimentación pública de esos datos, a través del diálogo y la participación ciudadana en los procesos o asuntos públicos; una cuarta etapa que se identifica con la idea de crear colaboraciones entre las dependencias y entidades de las distintas Administraciones Públicas, para facilitar el intercambio de información, con la intención de mejorar los servicios públicos que se prestan; y por último, la quinta etapa que se enfoca hacia el compromiso global de los ciudadanos con el proyecto del Gobierno Abierto, es decir, en la formación y educación de los mismo para preservar estos valores²⁰⁰⁵.

Así, tal y como afirma la doctrina, las últimas etapas son las más difíciles de afrontar:

«el recopilar los datos de las distintas fuentes tanto para subirlas al portal de transparencia, como al de datos abiertos en los diferentes formatos y manteniendo actualizados los metadatos asociados a cada conjunto de datos es un trabajo necesario para el éxito del proyecto pero que al requerir tanto esfuerzo puede hacer que la organización se relaje o desborde con respecto a su mantenimiento. Si los datos no están actualizados el proyecto está abogado al fracaso»²⁰⁰⁶.

Sin embargo, en este proceso gradual de transformación, los Estados tendrán que enfrentarse a una serie de obstáculos que van a impedir, en mayor o menor medida, su instauración: en primer lugar, el tamaño y la complejidad de las instituciones; en segundo lugar, la herencia y el legado, muchas veces la resistencia de los propios profesionales a permitir que el sistema cambie, es lo que más dificulta la transformación; en tercer lugar, la aversión al riesgo que tiene la sociedad sobre el control del trabajo que realizamos; en cuarto lugar, la ausencia de capacidad para el aprendizaje, o para el fomento de la innovación dentro de la misma institución; y finalmente, los obstáculos técnicos directamente relacionados con las soluciones tecnológicas.

²⁰⁰⁵ Vide Young Hoon KWAK y Gwanhoo LEE, “Open Government implementation model: a stage model for achieving increased public engagement”, *Proceeding of the 12º Annual international Digital Government Research*, (2011), pp. 115 y ss.

²⁰⁰⁶ Vide Esperanza DORADO PÉREZ, “Portales de Datos Abiertos”, *Revista Española de la Transparencia*, 9, (2019), p. 37.

Por último, en mi opinión, me gustaría añadir que habría que distinguir una tercera etapa de evolución del poder ejecutivo, esta vez directamente relacionada con la Revolución Digital. Si se analizan de forma exhaustiva las últimas tres fases de evolución del Gobierno Abierto (retroalimentación, colaboración y compromiso social), están directamente relacionadas con las tecnologías que conforman esta revolución, especialmente, con el Big Data, la inteligencia artificial y la robótica avanzada. De este modo, el aprovechamiento de los datos que obran en poder de los poderes del Estado es el elemento clave para promover la evolución que se insta desde el resto de los sectores de la sociedad.

No obstante, no basta con la retroalimentación de las instituciones a través de los datos, sino que, hay que aprovechar el resto de las posibilidades que nos ofrecen para utilizarlos de forma inteligente. Sin duda, las “Smart Cities” representan ese proyecto final al que debemos aspirar a construir dentro del proceso evolutivo, puesto que, implican un aprovechamiento de los recursos públicos de manera inteligente, transparente y plenamente accesible a la ciudadanía.

En consecuencia, las últimas tres fases que son señaladas por la doctrina como propias del Open Government, en mi opinión, deberían identificarse con una figura distinta. Si bien, el Gobierno Abierto lo que pretende es instaurar unos valores como intrínsecos al sistema de organización del Estado (como la transparencia, la colaboración o la participación ciudadana en la esfera pública). Pero, éstas últimas lo que promueven es un actuación más eficaz e inteligente del poder ejecutivo a través del aprovechamiento de los datos. Por ello, el Gobierno Abierto dejaría de ser la figura de referencia, para dar paso a la evolución de esta: el Gobierno Digital o Gobierno Inteligente.

Los datos serían la base sobre la que se sustentaría este Gobierno, como el resto de los sectores de la sociedad. Si bien es cierto, la connotación de digital con el gobierno parecer englobar una entidad de gobernanza del ciberespacio, o incluso a una institución de regulación de ésta, más que al Gobierno que representa a un determinado Estado. Sin contar que, el uso de ese adjetivo podría asemejarse a la estructura de un Gobierno que se encuentra dirigido o controlado por las tecnologías que representan la Revolución Digital, sobre todo aquellas que cuentan con capacidad de decisión propia. Y, no se puede obviar que esto generaría desconfianza e inseguridad en los ciudadanos, puesto que, en su mayoría no están preparados para asumir este proceso de cambio.

Por ello, quizá sería más apropiado el término “Gobierno Inteligente”, en referencia tanto a la finalidad que se persigue con el uso de los datos, como a los vectores de la Revolución Digital que van a ser claves en su desarrollo.

2.2. Grupo normativo regulador.

2.2.1. La base jurídica internacional y supraestatal para el desarrollo del “Open Government”.

En el ámbito internacional, existen distintos textos normativos que dan soporte jurídico al desarrollo del Gobierno Abierto. En primer lugar, la ONU en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reconoce en el artículo 19.2:

«el derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento».

Si bien, éste es un derecho genérico referido a la libertad de las partes a expresar y difundir aquello que libremente piensen. Sin embargo, este derecho ha sido precisado durante la Conferencia General de la UNESCO, en la Declaración de Brisbane (Australia) de 3 de mayo de 2010, que ha enfatizado la importancia de la transparencia como:

«el derecho de cada individuo a tener acceso a la información que está en manos de entidades públicas en todos los planes, locales, nacional e internacional», relacionando el término con «el derecho a la información es primordial para adoptar decisiones con conocimiento de causa, para la participación en la vida democrática y para fomentar la transparencia y la rendición de cuentas, y representa una poderosa herramienta para luchar contra la corrupción».

En un sentido similar, se pronuncia el Convenio Europeo de Derechos Humanos cuando reconoce en el artículo 10 que el derecho a la libertad de expresión comprende:

«la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencias de autoridades públicas y sin consideración de fronteras».

En referencia a la libertad de información respecto de los poderes públicos, se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derecho Humanos que amplía la noción de libertad de información con el derecho de acceso a la información respecto de los poderes públicos²⁰⁰⁷. Y, en el ámbito del Consejo de Europa se ha incluido el Convenio 205 sobre el acceso a los documentos públicos el 18 de junio de 2009, aunque aún no ha sido firmado por España.

En el ámbito de la Unión Europea, ésta no tiene competencias para armonizar la normativa de derecho de acceso a la información, y por lo tanto su regulación, se reduce al acceso a la información de las instituciones europeas. Y, asimismo, se incorpora en 1997 en el Tratado de Ámsterdam en el artículo 255. No obstante, en el año 2000 la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea lo recoge como un derecho fundamental, que derivará después en la aprobación del Reglamento 1049/2011, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión.

En la actualidad, el derecho de acceso a la información en poder de las instituciones comunitarias se encuentra recogido en el artículo 15 del Tratado de Funcionamiento de la Unión²⁰⁰⁸. Mientras que, en materia de Buen Gobierno, es el

²⁰⁰⁷ Vide STEDH, Tárzaság a Szabadságjogokért c. Hungría, 14 de abril de 2009, párrafo 35: *«la realización de esta función no está limitado a los medios de comunicación o a los periodistas profesionales. (...) El Tribunal ha reconocido repetidamente a la sociedad civil una importante contribución a la discusión de asuntos públicos (...) en favor de los derechos humanos con diversos objetivos, incluido el de la protección de la libertad de información».*

²⁰⁰⁸ Vide UNIÓN EUROPEA, *Tratado de Funcionamiento*, Lisboa, 2007, artículo 15: *«1. A fin de fomentar una buena gobernanza y de garantizar la participación de la sociedad civil, las instituciones, órganos y organismos de la Unión actuarán con el mayor respeto posible al principio de apertura. 2. Las sesiones del Parlamento Europeo serán públicas, así como las del Consejo en las que éste delibere y vote sobre un proyecto de acto legislativo. 3. Todo ciudadano de la Unión, así como toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, tendrá derecho a acceder a los documentos de las instituciones, órganos y organismos de la Unión, cualquiera que sea su soporte, con arreglo a los principios y las condiciones que se establecerán de conformidad con el presente apartado. El Parlamento Europeo y Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, determinarán mediante reglamentos los principios generales y los límites, por motivos de interés público o privado, que regulan el ejercicio de este derecho de acceso a los documentos. Cada una de las instituciones, órganos u organismos garantizará la transparencia de sus trabajos y elaborará en su reglamento interno disposiciones específicas sobre el acceso a sus documentos, de conformidad con los reglamentos contemplados en el párrafo segundo. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Banco Central*

artículo 43 el que afirma el derecho a «*someter al Defensor del Pueblo de la Unión los casos de mala administración en la acción de las instituciones u órganos comunitarios*».

El primer texto que aboga por instaurar un Gobierno Abierto lo encontramos en la Declaración de Malmö²⁰⁰⁹ sobre la administración electrónica, aprobada en el año 2009 por la Comisión Europea. En este documento se instaba a los Estados para que sus relaciones con los ciudadanos fuesen más abiertas, flexibles y colaborativas, aprovechando las nuevas tecnologías de la información y la comunicación. Pero, al mismo tiempo, se llamaba a reforzar la transparencia de los procesos administrativos, a involucrar a los actores en los procesos de políticas públicas, e incorporar métodos más efectivos de participación ciudadana.

Con posterioridad, surge la Alianza para el Gobierno Abierto en el año 2011, como una iniciativa internacional de carácter voluntario, de la que España es partícipe desde el 20 de septiembre de ese mismo año. Si bien, en palabras de la doctrina:

«La Alianza para el gobierno Abierto se configura como una iniciativa multilateral cuyos esfuerzos se orientan a propiciar compromisos concretos desde los gobiernos para promover la transparencia, aumentar la participación ciudadana en el debate y en la decisión de los asuntos públicos, combatir la corrupción y aprovechar las nuevas tecnologías para robustecer la gobernanza democrática y la calidad de los servicios públicos»²⁰¹⁰.

La participación en la Alianza para el Gobierno Abierto implica cumplir unos requisitos mínimos relacionados con la transparencia fiscal, el acceso a la información pública, la declaración pública de los ingresos y activos de los funcionarios y altos cargos, y la participación ciudadana en la creación de las políticas de gobernanza. Así, los países son evaluados sobre estas cuatro destrezas a través de indicadores internacionales, de tal

Europeo y el Banco Europeo de Inversiones sólo estarán sujetos al presente apartado cuando ejerzan funciones administrativas. El Parlamento Europeo y el Consejo garantizarán la publicidad de los documentos relativos a los procedimientos legislativos en las condiciones establecidas por los reglamentos contemplados en el párrafo segundo».

²⁰⁰⁹ Vide Declaración Ministerial sobre la administración electrónica, Suecia, 18 de noviembre de 2009.

²⁰¹⁰ Vide Álvaro RAMÍREZ-ALUJAS y Nicolás DASSEN, “Gobierno abierto: la ruta hacia una nueva agenda de reforma del Estado y modernización de la Administración Pública en América Latina y el Caribe”, en *Gobierno Abierto y transparencia focalizada: tendencias y desafíos ara América Latina y el Caribe*, Editorial BID, México, 2012, p. 49.

manera que, para ser miembros los países deben obtener a una puntuación mayor del 75% de los puntos posibles. Si bien, una vez que el Estado se incorpora a la institución, el Gobierno tiene que realizar un Plan de Acción de vigencia bianual, donde se deja constancia de los compromisos adquiridos²⁰¹¹. De este modo, cumpliendo con sus obligaciones, España ha presentado hasta el momento cuatro planes de acción de desarrollo del Gobierno Abierto.

2.2.2. El ordenamiento jurídico español.

A. La Constitución como soporte jurídico del Gobierno Abierto y el desarrollo legislativo.

La incorporación de los principios del Gobierno Abierto a nuestro ordenamiento jurídico se ha producido de manera dispersa, como consecuencia de que éste es un concepto en formación y que responde a diversas etapas de evolución. Por tanto, no existe un texto que de forma unánime haya incorporado los valores y principios que integran el Gobierno Abierto, puesto que, éste implica una depuración absoluta de las instituciones, y esto debe responder a un proceso paulatino, calmado y con cierta madurez. No obstante, el desarrollo del Gobierno Abierto encuentra en la Constitución un soporte legal suficiente para su desarrollo.

Así, tal y como advierte la doctrina, la fundamentación del Gobierno Abierto puede encontrarse en dos artículos: por un lado, el derecho de acceso a la información, pero desde la perspectiva del derecho a la libertad de información que integra el derecho a comunicar y recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión [artículo 20.1 apartado d)] y libertad de expresión [artículo 20.1 apartado a)]; y por otro lado, el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos (artículo 23.1 CE)²⁰¹².

²⁰¹¹ Vide María Dolores MONTERO CARO, “La implementación del Gobierno Abierto en España: elaboración y ejecución de los planes de acción”, *Revista española de transparencia*, 11, (2020), pp. 116 y ss.

²⁰¹² Vide Sergio CASTEL GAYÁN, “Gobierno Abierto en el Estado autonómico: régimen jurídico y estrategias”, *Revista de Administración Pública*, 14, (2013), pp. 160 y ss.

No obstante, la doctrina ha encontrado otros preceptos dentro del texto constitucional que darían cabida al desarrollo del Gobierno Abierto en nuestro país. Así, hay quiénes entienden que el fundamento de su desarrollo puede encontrarse desde el propio preámbulo de la Constitución (“sociedad democrática avanzada”); el artículo 9.2 que promueve “la participación de los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”; el artículo 9.3 que garantiza la publicidad de las normas; o el artículo 103 que establece el deber de satisfacer los intereses generales con eficacia y objetividad. De este modo, sobre estos preceptos constitucionales puede apoyarse firmemente el desarrollo de la transparencia y participación ciudadana dentro del Estado social y democrático de Derecho²⁰¹³.

Mientras que, otro sector de la doctrina defiende que algunos derechos reconocidos en nuestra Constitución como, el derecho de petición (artículo 29), el derecho de a la buena administración (artículo 47), o el acceso a los registros o archivos y el derecho de audiencia previa a las decisiones públicas (artículo 105), impulsan de forma suficiente a los poderes públicos a tomar medidas y adoptar políticas de Gobierno Abierto²⁰¹⁴.

En este sentido, parece que el ordenamiento jurídico español posee un elenco suficiente de principios constitucionales para sostener el desarrollo del Gobierno Abierto. No obstante, en la Carta Magna no aparece ninguna indicación de que las Administraciones Públicas deban actuar respetando el principio de transparencia, pero es que ni siquiera se hace mención a la transparencia en todo el texto. Si bien, esto es consecuencia directa de que el concepto de transparencia, de forma internacional, surge con posterioridad a la elaboración de la Constitución.

No obstante, a pesar de las posibilidades que la Constitución ofrecía al legislador, éste opta por derivar el derecho de acceso a la información pública del artículo 105 b) CE. De este modo, este derecho no se configura como un derecho fundamental, sino que, se opta por un derecho de desarrollo legislativo²⁰¹⁵, y cuyo ejercicio queda limitado frente

²⁰¹³ Vide Sergio CASTEL GAYÁN, “Gobierno Abierto en el Estado autonómico: régimen jurídico y estrategias”, *Revista de Administración Pública*, 14, (2013), pp. 160 y ss.

²⁰¹⁴ Vide Lorenzo COTINO HUESO, “Derecho y Gobierno Abierto: la regulación de la transparencia y la participación y su ejercicio a través del uso de las nuevas tecnologías y las redes sociales por las Administraciones Públicas”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 14, (2013), p. 56.

²⁰¹⁵ Vide STC 16/1982, de 28 de abril, FJ 1: «*Conviene no olvidar nunca que la Constitución, lejos de ser un mero catálogo de principios de no inmediata vinculación y de no inmediato cumplimiento hasta que sean objeto de desarrollo por vía legal, es una norma jurídica, la norma suprema de nuestro ordenamiento,*

a las Administraciones Públicas, o instituciones asimiladas que determina la Ley de desarrollo. Esta situación no termina de casar con la interpretación que realizan los Tribunales Europeos, pero que no ha sido reconocida, al menos aún, por la jurisprudencia española.

Mientras que, en el caso del derecho fundamental a participar en los asuntos públicos, la jurisprudencia española si ha ampliado el concepto literal del artículo, incorporando una serie de mecanismos de democracia representativa²⁰¹⁶, y de supuestos específicos que quedan amparados en el ejercicio del derecho²⁰¹⁷. En este sentido, la doctrina ha señalado que:

«el propio Tribunal ha advertido que el derecho fundamental que ampara el artículo 23 de la Constitución Española no abarca el derecho de los ciudadanos a participar en todos los asuntos públicos, cualquiera que sea su índole y condición (STC 51/1984, FJ2) y que dicho precepto no se como un derecho general de participación, o en otras palabras, una cláusula abierta (a integrar legislativamente y sin límites) que permitiera cualificar como un derecho fundamental a cuales quiera previsiones participativas que puedan incorporarse al ordenamiento»²⁰¹⁸.

Sin embargo, como se advierte por la doctrina:

«estos principios sólo se convierten en verdaderos derechos subjetivos a través de un posterior desarrollo legislativos. Sin leyes que regulen y establezcan derechos y concreten obligaciones a las Administraciones, el Gobierno Abierto no deja de ser una realidad etérea e indefinida»²⁰¹⁹.

y en cuanto tal tanto los ciudadanos como todos los poderes públicos, y por consiguiente también los Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, están sujetos a ella (arts. 9.1 y 117.1 de la C. E.)».

²⁰¹⁶ Vide STC 74/1994, de 14 de marzo, FJ 3; Vide ATC 942/1985, de 18 de diciembre, FJ 3.

²⁰¹⁷ Vide STC 119/1995, de 22 de agosto, FJ 3.

²⁰¹⁸ Vide Esther MARTÍN NÚÑES, “Los derechos de participación política y administrativa en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía: especial referencia al Estatuto de Autonomía de Cataluña”, *Chapecó*, 3, (2013), p. 117.

²⁰¹⁹ Vide Rafael RUBIO NÚÑEZ y Ricardo VELA NAVARRO-RUBIO, “El Parlamento Abierto en España”, *Revista General de Derecho Constitucional*, 27, (2018), p. 6.

Por ello, en primer lugar, se incorpora en las normas de procedimiento administrativo, y de las relaciones por medios electrónicos, pero también con normas que abanderan la transparencia y el buen gobierno dentro de las instituciones. La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, vino a llenar un importante vacío legal en el ordenamiento jurídico español, y aunque ha sido objeto de numerosas críticas por su falta de ambición, es un primer paso para acercarnos a esa democracia a la que aspira la ciudadanía²⁰²⁰.

No obstante, es necesario destacar que esta norma se promulga para elevar la confianza internacional, y más aún la nacional, sobre las instituciones de gobernanza de España, ahogadas en los distintos casos de corrupción pública y privada, y que amenazaban con destruir el sistema. Sin embargo, la ley tiene mucho que mejorar, puesto que la información ni está completa, ni está organizada de forma que sirva al ciudadano para poder comprender o comparar lo que sus gobernantes hacen²⁰²¹.

La propia Ley articula en la Exposición de Motivos, el tripe alcance que pretende abarcar:

«incrementa y refuerza la transparencia en la actividad pública (que se articula a través de obligaciones de publicidad activa para todas las Administraciones y entidades públicas), reconoce y garantiza el acceso a la información (regulado como un derecho de amplio ámbito subjetivo y objetivo) y establece las obligaciones de buen gobierno que deben cumplir los responsables públicos así como las consecuencias jurídicas derivadas de su incumplimiento (lo que se convierte en una exigencia de responsabilidad para todos los que desarrollan actividades de relevancia pública)». Como auténtica novedad, se crea el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno con la finalidad *«de promover la transparencia de la actividad pública, velar por el cumplimiento de las obligaciones de publicidad, salvaguardar el ejercicio del derecho de acceso a la*

²⁰²⁰ Vide Isabel GIMÉNEZ SÁNCHEZ, “La Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno en el marco del Estado autonómico”, en Isabel WENCES, Mario KÖLLING y Sabrina RAGONE, *La Ley de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno: una perspectiva académica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, p. 168

²⁰²¹ Vide Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, “Retos, riesgos y oportunidades de la sociedad digital”, Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO y José Luis PIÑAR MAÑAS, *Sociedad digital y derecho*, o.c., p. 32.

información pública y garantizar la observancia de las disposiciones de buen gobierno»²⁰²².

B. La regulación autonómica.

No obstante, en materia autonómica, los estatutos de autonomía tampoco hacen referencia al Gobierno Abierto, aunque si que han incorporado los principios sobre los que éste se basa. En este sentido, la transparencia se presenta como la base del funcionamiento y organización de la Administración en los Estatutos de Autonomía de Cataluña²⁰²³, Andalucía²⁰²⁴, Aragón²⁰²⁵, Navarra²⁰²⁶, Extremadura²⁰²⁷, y Castilla y León²⁰²⁸. Mientras que, en lo que se refiere a la participación ciudadana, hay Comunidades Autónomas que han legislado sobre la participación ciudadana de forma autónoma, como es el caso de Valencia²⁰²⁹, Canarias²⁰³⁰ o Castilla La Mancha²⁰³¹. No obstante, las Comunidades Autónomas han adoptado sus propias normas en materia de Gobierno Abierto, pero también, referente a los principios de transparencia y buen gobierno:

COMUNIDAD AUTÓNOMA	LEY
-------------------------------	------------

²⁰²² Vide Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, artículo 34.

²⁰²³ Vide Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, artículo 71.4.

²⁰²⁴ Vide Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, artículo 62.3.

²⁰²⁵ Vide Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón, artículo 62.3.

²⁰²⁶ Vide Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de reintegración y mejoramiento del Régimen Foral de Navarra, artículo 28 bis.

²⁰²⁷ Vide Ley Orgánica 1/2011, de 28 de enero, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura, artículo 37.3.

²⁰²⁸ Vide Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León, artículo 16. 22.

²⁰²⁹ Vide Ley 11/2008, de 3 de julio, de participación ciudadana de la Comunidad Valenciana y su Reglamento de ejecución.

²⁰³⁰ Vide Ley 5/2010, de 21 de junio, de Fomento a la Participación Ciudadana de Canarias.

²⁰³¹ Vide Ley 8/2019, de 13 de diciembre, de Participación de Castilla-La Mancha.

Andalucía	Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía.
Aragón	Ley 8/2015, de 25 de marzo, de Transparencia de la Actividad Pública y Participación Ciudadana de Aragón.
Principado de Asturias	Ley 8/2018, de 14 de septiembre, de Transparencia, Buen Gobierno y Grupos de Interés.
Illes Balears	Ley 4/2011, de 31 de marzo, de la buena administración y del buen gobierno de las Illes Balears
Canarias	Ley 12/2014, de 26 de diciembre, de transparencia y de acceso a la información pública.
Cantabria	Ley 1/2018, de 21 de marzo, de Transparencia de la Actividad Pública.
Castilla La Mancha	Ley 4/2016, de 15 de diciembre, de Transparencia y Buen Gobierno de Castilla-La Mancha
Castilla y León	Ley 3/2015, de 4 de marzo, de Transparencia y Participación Ciudadana de Castilla y León.
Cataluña	Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.
Comunidad Valenciana	Ley 2/2015, de 2 de abril, de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana de la Comunitat Valenciana
Extremadura	Ley 4/2013, de 21 de mayo, de Gobierno Abierto de Extremadura.
Galicia	Ley 1/2016, de 18 de enero, de transparencia y buen gobierno.

La Rioja	Ley 3/2014, de 11 de septiembre, de Transparencia y Buen Gobierno de La Rioja.
Comunidad de Madrid	Ley 10/2019, de 10 de abril, de Transparencia y de Participación de la Comunidad de Madrid
Región de Murcia	Ley 12/2014, de 16 de diciembre, de Transparencia y Participación Ciudadana de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia
Comunidad Foral de Navarra	Ley foral 11/2012, de 21 de junio, de la Transparencia y del Gobierno Abierto
País Vasco	Ley 2/2016, de 7 de abril, de instituciones locales de Euskadi.
Ceuta	Resolución de 4 de abril de 2017, de la Presidencia del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, por la que se publica el Convenio con la Ciudad de Ceuta, para el traslado del ejercicio de la competencia para la resolución de las reclamaciones previstas en el artículo 24 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno.
Melilla	Decreto n.º 43 de fecha 14 de julio de 2016, relativo a la aprobación definitiva del reglamento de transparencia y acceso a la información pública de la ciudad autónoma de melilla.

C. La base normativa en el ámbito local.

En el ámbito local, el derecho de acceso a la información pública se encuentra regulado en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local en el artículo 70. 3 que manifiesta lo siguiente:

«Todos los ciudadanos tienen derecho a obtener copias y certificaciones acreditativas de los acuerdos de las corporaciones locales y sus antecedentes, así como a consultar los archivos y registros en los términos que disponga la

legislación de desarrollo del artículo 105, párrafo b), de la Constitución. La denegación o limitación de este derecho, en todo cuanto afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos o la intimidad de las personas deberá verificarse mediante resolución motivada.»

Si bien, este derecho cuenta con su correspondiente desarrollo en el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, en el artículo 207, aunque solamente se delimita el ámbito objetivo de aplicación del derecho. En este caso *«a obtener copias y certificaciones acreditativas de los acuerdos de los órganos de gobierno y administración de las entidades locales y de sus antecedentes, así como a consultar los archivos y registros en los términos que disponga la legislación de desarrollo del artículo 105, b), de la Constitución Española»*. Sin embargo, no se regula el procedimiento administrativo que daría acceso a esa información pública.

Mientras que, en lo que se refiere a la participación ciudadana, hay un referente internacional que debe traerse a colación como es la Carta Europea de Autonomía Local que en el Preámbulo señala que: *«el derecho de los ciudadanos a participar en la gestión de los asuntos públicos forma parte de los principios democráticos comunes a todos los Estados miembros del Consejo de Europa»*. Si bien, se entiende que los gobiernos locales deben ser más transparentes y accesibles favoreciendo otras formas de participación en los asuntos públicos, menos formales y flexibles²⁰³².

En este sentido, la Ley de Bases de Régimen Local, en el artículo 71 crea el derecho, cumpliendo unos requisitos previos, para someter a consulta aquellos asuntos que sean de competencia municipal y de especial relevancia, excepto los relativos a Hacienda Local. Si bien, la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del Gobierno Local, incorpora algunos artículos en la Ley de Bases de Régimen Local destinados a suplir algunos de estos desfases temporales que experimentaba la norma. En este sentido, se incluye el derecho a la participación ciudadana, y el uso de las nuevas tecnologías para facilitar la participación del pueblo:

²⁰³² Vide Ricardo RIVERA ORTEGA y Zulima SÁNCHEZ SÁNCHEZ, “Participación ciudadana en el ámbito local”, en Santiago MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho municipal*, Iustel, Madrid, 2011, p. 1453.

«Asimismo, las Entidades Locales y, especialmente, los municipios, deberán impulsar la utilización interactiva de las tecnologías de la información y la comunicación para facilitar la participación y la comunicación con los vecinos, para la presentación de documentos y para la realización de trámites administrativos, de encuestas y, en su caso, de consultas ciudadanas»²⁰³³.

Sin embargo, se echa de menos un desarrollo reglamentario específico en el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales. De este modo, sin su correspondiente reglamentación de cómo debe desarrollarse esta participación ciudadana, dentro del ámbito local, es complicado que se llegue a conseguir la finalidad que persigue este derecho.

2.2.3. Los Planes de Gobierno Abierto en España.

A. El I Plan de Gobierno Abierto: 2012-2014.

El primer Plan de Acción abarca el período 2012-2014, y son trece los compromisos que se asumen por el Gobierno, centrados principalmente en fortalecer las instituciones y el control de la Administración Pública²⁰³⁴. Por ello, el proyecto más relevante es la aprobación de una norma estatal de transparencia²⁰³⁵ que, aunque tardía si se compara con el resto de Europa, era muy necesaria dentro de las instituciones. Los principales puntos de debate fueron: el reconocimiento o no del derecho de acceso a la información como integrante del derecho fundamental a la libertad de información (obligando a tramitarlo como Ley Orgánica); la incorporación al ámbito de aplicación de la norma a la Casa Real, los partidos políticos y los sindicatos; la necesidad de incluir sanciones e incentivos para fomentar su cumplimiento; o la obligatoriedad de crear un organismo independiente de control.

²⁰³³ Vide Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local Ley artículo 70 bis apartado 3.

²⁰³⁴ Vide GOBIERNO DE ESPAÑA, *Primer Plan Nacional de España de Gobierno Abierto (2012-2013)*, Madrid, 2012.

²⁰³⁵ Vide Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

Por el contenido que estaba sujeto a debate, puede advertirse que la tramitación parlamentaria no fue sencilla, lo que despertó el interés de la ciudadanía, la prensa y el mundo académico. Así, tal y como advierte la doctrina, la transparencia se situó en el vértice de las medidas de regeneración política, pero esta era insuficiente para la regeneración democrática si no estaba acompañada de una mejora de la ética pública de los gobernantes. El problema es que se pasa de la inmovilidad a la aceleración de la transparencia de las instituciones de forma impuesta, por lo que, la consecución de los objetivos va a enfrentarse a la cultura política arraigada en nuestro país²⁰³⁶. Por ello, la pregunta que se realiza la doctrina es si la Ley de Transparencia será capaz de promover la legitimación de la acción pública, prevenir la corrupción o mejorar la eficiencia de las Administraciones, cuando ésta es una modificación impuesta y no decidida de las instituciones²⁰³⁷.

Sin obviar que la Ley de Transparencia y Buen Gobierno entró en vigor progresivamente, hasta el año 2014 para la Administración General del Estado, y el año 2015 para las Comunidades Autónomas y las entidades locales. Por ello, aunque los objetivos de la norma son muy ambiciosos (como la reforzar la transparencia institucional, reconocer el acceso a la información pública y establecer obligaciones para el buen gobierno) su cumplimiento y efectividad es cuestionado. Las principales carencias que se detectan en la norma están relacionadas con la falta de un régimen sancionatorio frente a quién incumpla las normas; el establecimiento del sentido negativo del silencio ante la solicitud de acceso a la información; la falta de independencia del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, vinculado al Gobierno y dirigido por el poder ejecutivo; la ausencia de reconocimiento expreso del derecho a la información como un derecho fundamental, así como los límites y garantías para su ejercicio; y la carencia de publicidad de los informales finales de las actuaciones de auditoría y fiscalizaciones llevadas a cabo por los órganos de control interno²⁰³⁸.

²⁰³⁶ Vide Emilio GUICHOT REINA, *Transparencia, acceso a la información pública y buen Gobierno: estudio de la Ley 12/2013, de 9 de diciembre*, Tecnos, Madrid, 2014, pp. 19 y ss.

²⁰³⁷ Vide Manuel VILLORIA MENDIETA, *La publicidad activa en la Ley Transparencia, acceso a la información y buen gobierno: posibilidades e insuficiencias*, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2014, pp. 62-66.

²⁰³⁸ Vide Jesús LIZCANO ÁLVAREZ, “La Ley de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y las entidades locales”, en Isabel WENCES, Mario KÖLLING y Sabrina RAGONE, *La Ley de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno: una perspectiva académica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, pp. 171 y ss.

Sin embargo, se deja de lado la necesidad de implicar a la ciudadanía dentro de los procesos de participación de toma de decisiones políticas. Esta falta de consideración es reprimida por el mecanismo de revisión independiente del plan, al entender que, a pesar de los compromisos establecidos para el diseño de un Gobierno electrónico, éstos están lejos de los valores del Gobierno Abierto²⁰³⁹. Por ello, se recomienda el diseño de una nueva estrategia política que ofreciera más espacios presenciales y on-line de interacción con los ciudadanos, puesto que, como muy acertadamente también afirma la doctrina:

«Este ámbito de mayor participación y colaboración genera una mejora en la credibilidad de los representantes políticos y por ende de las instituciones en que se integran»²⁰⁴⁰.

B. El II Plan de Gobierno Abierto: 2014-2015.

El segundo plan de Acción de Gobierno abarca el bienio 2014-2015²⁰⁴¹, y esta vez los compromisos no sólo repercuten sobre el gobierno central, sino que se incluye la colaboración de los gobiernos autonómicos. Si bien, este plan debe encuadrarse dentro de la Agenda Digital 2013 de España, donde uno de los puntos clave es la instauración de la Administración electrónica.

El Plan de España incorpora cuatro compromisos: la instauración y regulación de sistemas abiertos de contratación pública para la Administración General del Estado; garantizar la presencia de los ciudadanos dentro de las Administraciones, como valor clave para la evaluación de las políticas públicas; la creación de un Plan Global de desarrollo del Open Data; y la formación y capacitación de los ciudadanos para una mejor usabilidad de las herramientas de participación en las decisiones públicas. Junto a estas, se adoptan diez medidas, algunas de ellas, demasiado imprecisas y poco relacionadas con los objetivos propuestos.

²⁰³⁹ Vide César Nicandro CRUZ RUBIO, “Compromisos y evaluación del plan de Gobierno Abierto de España en el marco del OGP 2012-2014”, *Actualidad Administrativa*, 7-8, (2014), p. 818.

²⁰⁴⁰ Vide M^a Dolores MONTERO CARO, “La crisis de representatividad como oportunidad de cambio hacia un nuevo modelo: el Open Government”, *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, 17, (2019), p. 160.

²⁰⁴¹ Vide GOBIERNO DE ESPAÑA, *Segundo Plan Nacional de España de Gobierno Abierto (2014-2015)*, Madrid, 2014.

No obstante, las medidas con mayor trascendencia para el desarrollo del Gobierno Abierto son la creación del portal de transparencia y el diseño del Plan Global para el desarrollo del Open Data. La creación del portal de transparencia dentro de la Administración General del Estado ya estaba incluida dentro del primer plan, pero no se ejecuta hasta diciembre de 2014. El portal se diseña como un espacio único, donde se pone a disposición toda la información de publicación obligatoria y aquella que se solicite con mayor frecuencia por la ciudadanía. Sin embargo, el portal de transparencia en lugar de confeccionarse como un entorno bidireccional y de participación ciudadana, se opta por un modelo unidireccional o de publicidad activa. Tal y como justifica Guichot, esto se debe a la novedad dentro del ordenamiento del derecho de acceso a la información pública y, por lo tanto, hay que esperar a que este adquiriera la suficiente madurez para iniciar la conversión hacia un entorno proclive de participación²⁰⁴².

El portal de transparencia no ha estado exento de críticas relacionadas con la forma de acceso, la disponibilidad de la información, el formato de los datos o los mecanismos de identificación. Si bien, la forma de disponer la información parece más de recopilación de los datos que, verdaderamente, de hacerlos accesibles a la ciudadanía. En este sentido, en relación con los portales autonómicos se distinguen entre aquellas que son transparentes (como País Vasco, Andalucía, Navarra, Castilla-León o Cataluña), y las que aparentan serlo como (Baleares, Extremadura, Murcia o Comunidad Valenciana), atendiendo a si cumplen, no sólo con los postulados teóricos, sino también con los prácticos, incluyendo en los portales información relacionada con la rendición de cuentas²⁰⁴³.

En consecuencia, como bien apunta el informe de evaluación, aunque se incorporaron herramientas básicas de consulta y participación ciudadana, no se cumplieron con los objetivos definidos. En este sentido, España no identificó ni desarrollo espacios específicos donde los ciudadanos, el sector privado y las organizaciones pudieran verificar el cumplimiento del plan²⁰⁴⁴.

²⁰⁴² Vide Emilio GUICHOT REINA, *Transparencia, acceso a la información pública y buen Gobierno: estudio de la Ley 12/2013, de 9 de diciembre*, Tecnos, Madrid, 2014, pp. 195 y ss.

²⁰⁴³ Vide Ricardo CURTO RODRÍGUEZ, ¿Qué información relacionada con la publicidad activa contienen los portales de datos abiertos autonómicos españoles?, *Revista Española de la Transparencia*, 9, (2019), pp. 194 y ss.

²⁰⁴⁴ Vide Juana LÓPEZ PAGÁN, *La ventana de oportunidad del Gobierno Abierto en España: un análisis desde el ámbito local*, CEMCI, Granada, 2018, p. 177.

C. El III Plan de Gobierno Abierto: 2017-2019.

La inestabilidad política de España, como consecuencia del período electoral, obliga a cambiar de bienio de progresión, y el tercer plan nacional corresponde a los años 2017-2019²⁰⁴⁵. El III Plan de Gobierno Abierto tiene tres objetivos básicos: en primer lugar, potenciar los mecanismos de participación y diálogo con la sociedad civil procurando las acciones de Gobierno Abierto; en segundo lugar, asegurar la cooperación interadministrativas entre los distintos niveles de la Administración; y, en tercer lugar, fortalecer las bases del Gobierno Abierto que le permita adoptar medidas más contundentes.

Para ello, se incorporan veinte medidas estructuradas en torno a cinco ejes: colaboración, participación, transparencia, rendición de cuentas y formación. No obstante, la evaluación del plan sigue advirtiendo que es necesario mejorar las dinámicas de trabajo y funcionamiento de los foros públicos, para aumentar la calidad de la participación ciudadana e incentivar esa colaboración desde las instituciones. Además, se insta a conseguir una implicación política más alta, proveniente de las distintas entidades gubernamentales, para avanzar hacia un Estado Abierto.

D. El IV Plan de Gobierno Abierto: 2020-2024.

El IV Plan de Acción de Gobierno Abierto para España se esperaba para el período comprendido entre 2019-2020²⁰⁴⁶, pero la existencia de un Gobierno en funciones desde el 28 de abril de 2019 ha imposibilitado su aprobación. Por este motivo, se ha acordado que el IV Plan pasara a tener una vigencia de cuatro años, pero la crisis del Covid-19 ha obstaculizado su aprobación en los plazos previstos. Finalmente, el IV Plan de Acción ha visto la luz a finales de mes de octubre, en mitad de la declaración de un nuevo estado de alarma. Este Plan incorpora diez compromisos y se vuelve a estructurar en cuatro grandes objetivos relacionados con la transparencia y rendición de cuentas, la participación, la integridad, la sensibilización y formación, y un quinto bloque, donde se incorporan las iniciativas de las Comunidades y Ciudades Autónomas y de las entidades locales que responden a los objetivos descritos.

²⁰⁴⁵ Vide GOBIERNO DE ESPAÑA, *Tercer Plan Nacional de España de Gobierno Abierto (2017-2019)*, Madrid, 2017.

²⁰⁴⁶ Vide GOBIERNO DE ESPAÑA, *IV Plan de Gobierno Abierto de España (2020-2024)*, Madrid, 2020.

La primera peculiaridad que llama la atención del IV Plan es que enlaza cada una de las finalidades que persigue con alguno de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030. De forma generalizada éstos están relacionados con: promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar acceso a la justicia para todos y crear instituciones eficaces, responsables e inclusivas a todos los niveles (objetivo 16); reducir las desigualdades entre países y dentro de ellos (objetivo 10); garantizar una educación de calidad inclusiva y equitativa, y promover las oportunidades de aprendizaje permanente para todos (objetivo 4); o fomentar el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo, y el trabajo decente para todos (objetivo 8).

En materia de transparencia y rendición de cuentas se acuerda la reforma del marco regulatorio y la adopción de un plan de mejora y refuerzo de la transparencia y rendición de cuentas. La reforma del marco regulatorio va a girar alrededor de la aprobación del Reglamento de la Ley de Transparencia, cuya elaboración ha sido pospuesta desde la entrada en vigor de la norma, y se espera su aprobación para finales del año 2020; la ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre acceso a los documentos públicos; y la reforma de la Ley de Transparencia sobre los procesos de consulta y audiencia pública, ampliando las obligaciones de publicidad activa, las garantías del derecho de acceso a la información y el impulso de la participación ciudadana. Y, en relación con el plan de mejora y refuerzo de la transparencia y rendición de cuentas, se prevé el establecimiento de un sistema de acreditación de transparencia de las entidades sujetas a la normativa, homogéneo en todo el territorio internacional; la mejora del Portal de Transparencia facilitando el acceso al contenido por parte de los ciudadanos; e impulsar las políticas de “Open Data” transponiendo la Directiva (UE) 2019/1024, relativa a los datos abiertos y la reutilización de la información del Sector Público.

La necesidad de aumentar la participación ciudadana en la elaboración y desarrollo de las políticas públicas ha sido el eje más difícil de encajar en los planes que precedente a éste. Si bien, por ello en esta materia el primer compromiso está relacionado con la elaboración de un plan de mejora de la participación ciudadana en los asuntos públicos que, además, de mejorar las condiciones de esta actividad, promueva la evaluación de planes y programas públicos en órgano consultivos y medios electrónicos. Para cumplir con este objetivo se prevé la creación dentro del Portal de Transparencia de

una plataforma de participación, así como también, campañas de sensibilización para aumentar la implicación y colaboración ciudadana.

El segundo compromiso pretende implantar un sistema de huella normativa. El proyecto, en sentido estricto, consistiría en la elaboración de un programa que permita la trazabilidad del proceso de elaboración normativo, mediante el que se garantizara conocer las aportaciones recibidas, incentivar la participación de la ciudadanía o mejorar la gestión documental. Si bien, la doctrina advierte que entre los beneficios de esta técnica destaca: la mejora de las políticas públicas y la reducción del riesgo de corrupción; ayudar a detectar posibles conflictos de interés; mejorar la rendición de cuentas; o a ayudar a las instituciones a conocer quién está intentando influir sobre las decisiones legislativas²⁰⁴⁷.

El bloque de integridad pretende implantar un sistema de entereza pública. Para ello, se acuerdan cuatro medidas: en primer lugar, se efectuaría un diagnóstico general de los sistemas preventivos de integridad pública existentes en la AGE; en segundo lugar, se procedería a la regulación de un registro de lobbies obligatorio y de las relaciones de los grupos de interés con los responsables públicos; en tercer lugar, se modificaría la ley de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas para prevenir conflictos de interés; y, por último, se procedería al refuerzo de la integridad en ámbitos específicos como la inteligencia artificial. Y, además, se ha previsto la creación de un marco jurídico que garantice la protección de las personas que faciliten información para la detección de infracciones ilegales, transponiendo la Directiva (UE) 2019/1937, de 23 de octubre, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del derecho de la UE.

Al eje sobre sensibilización y formación se incorporan tres compromisos en materia de Gobierno Abierto: formación y educación, comunicación inclusiva y observatorio. En primer lugar, la educación y formación en Gobierno Abierto dirigida tanto a la ciudadanía en general como a los involucrados en la gestión pública. En segundo lugar, se incluye un compromiso sobre Comunicación inclusiva sobre Gobierno Abierto, a partir de las medidas de difusión y sensibilización de los principios democráticos, especialmente, en materia de transparencia y participación, mediante coordinación de los distintas Administraciones. Y, en tercer lugar, se compromete a crear un Observatorio

²⁰⁴⁷ *Vide* Victoria ANDERICA CAFFARENA, “La toma de decisiones públicas: la zona gris de la transparencia institucional”, *Revista Española de Transparencia*, 11, (2020) p. 98.

sobre Gobierno Abierto, para difundir y reconocer los esfuerzos que se están promoviendo desde la Administración General del Estado para fomentar la transparencia de las instituciones y la participación ciudadana en los asuntos públicos. Si bien, el Observatorio se centrará en analizar ocho departamentos ministeriales, como es el caso Política Territorial y Función Pública, Sanidad, Transformación Digital o Asuntos Económicos.

Y, finalmente, en el quinto bloque se incorporan iniciativas de Gobierno Abierto a desarrollar por las Comunidades y ciudades Autónomas y por la Federación Española de Municipios y Provincias en el ámbito de las Entidades Locales. En este sentido, por ejemplo, el País Vasco se compromete a la rendición de cuentas a través de los planes de mandato mediante una aplicación que explique a la ciudadanía los objetivos políticos y los compromisos concretos que se asumen por parte de los distintos Ayuntamientos²⁰⁴⁸. Mientras que, Catalunya apuesta por impulsar la participación ciudadana en la toma de decisiones públicas en todos los niveles para obtener una mayor calidad democrática, incorporando reformas en la Administración. Sin embargo, la Comunidad andaluza se centra en promover la formación y capacitación en materia de Gobierno Abierto dirigido a los empleados públicos²⁰⁴⁹.

El IV Plan de Gobierno Abierto de España no es todo lo ambicioso que se podría esperar para un proyecto a cuatro años. La falta de participación ciudadana y la implicación en los asuntos públicos es un lastre que se acumula plan tras plan, y frente al que no se adopta una propuesta firme para erradicarlo. En este sentido, la proposición con mayores posibilidades es convertir el Portal de Transparencia en bidireccional. Esta práctica se viene señalando por la doctrina desde su diseño en el año 2014, y ahora un lustro después no puede convertirse en el proyecto insignia del Gobierno Abierto. El ritmo acelerado de progreso de la sociedad hacia la digitalización, incrementado en gran medida por la crisis del Covid-19, obliga a ir más allá de los meros intercambios de comunicación entre los ciudadanos y las instituciones públicas. La norma debería haber previsto la construcción de un auténtico ágora digital en el que los ciudadanos pudieran intercambiar

²⁰⁴⁸ *Vide* <https://www.ogp.euskadi.eus/ogp-compromisos/-/rendicion-de-cuentas-a-traves-de-planes-de-mandato/>

²⁰⁴⁹ *Vide* Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ y Antonia VILLEGAS OLIVA, “El personal estatutario del Sistema Nacional de Salud español”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 10, (2013), p. 58 y ss.

opiniones, pero que éstas adquieran valor en la toma de decisiones públicas, y que posibilitara la reutilización de la información. Y, esto ni está ni se le espera.

2.3. La transparencia.

2.3.1. Concepto y caracteres.

La transparencia corresponde a la cualidad de ser transparente, es decir, aquello que nos permite ver con claridad lo que hay detrás de algo. El carácter de transparente se puede aplicar a distintas esferas de la sociedad, puesto que, es un concepto polisémico, y aglutinador de muchos elementos, principios y derechos²⁰⁵⁰. Pero, cuando éste se utiliza para referirse a las decisiones que se adoptan por las instituciones del Estado, lo que se pretende describir es la posibilidad de comprobar el ejercicio de sus compromisos a través de sus actuaciones. De este modo:

«la transparencia es un instrumento clave para el control ciudadano del ejercicio del poder, entendido en su perspectiva más preventiva y represora, pero también desde una lógica de mejora de la administración de la cosa pública»²⁰⁵¹.

Sin embargo, en la actualidad, tal y como advierte la doctrina, la transparencia ha trasgredido la perspectiva jurídica para verse como *«una nueva cultura en el seno de las*

²⁰⁵⁰ Vide Lorenzo COTINO HUESO, “El derecho fundamental de acceso a la información, la transparencia de los poderes públicos y el Gobierno Abierto. Retos y oportunidades”, en Julián VALERO TORRIJOS y Manuel FERNÁNDEZ SALMERÓN, *Régimen jurídico de la transparencia en el Sector Público: del derecho de acceso a la reutilización de la información*, Aranzadi, Navarra, 2014, p. 39: *«Puede decirse que la transparencia incluye: acceso a la información pública por quienes no son interesados; apertura, que no se adopten decisiones a puerta cerrada, publicidad de todo tipo de normas, de órdenes del día y de las actas de los órganos colegiados y de cualquier órgano decisorio. También la transparencia la información activa, el deber de la Administración de dar activamente información sobre su política y acciones, funcionamiento, etc.; coherencia, simplicidad y calidad de las normas y actos de poderes públicos; información de los servicios públicos, etc. Aunque afines, son más distantes de la transparencia otros elementos como la necesaria motivación de las decisiones y actos; el derecho de acceso al expediente o el derecho a ser oído del interesado en el procedimiento o el derecho de acceso como componente del derecho de protección de datos».*

²⁰⁵¹ Vide Emilio GUICHOT REINA, “El sentido, el contexto y la tramitación de la Ley de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno”, en *Transparencia, acceso a la información y buen gobierno: estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Tecnos, Madrid, 2014, p. 17.

organizaciones públicas» frente al valor de protección de la información como instrumento al servicio del poder institucional²⁰⁵².

Para la doctrina, la transparencia está intrínseca en el artículo 1 de la CE, puesto que, los cuatro pilares por los que se caracteriza el Estado Social y Democrático de Derecho (libertad, justicia, igualdad y pluralismo políticos) están relacionados de igual manera con la transparencia. Pero, además, se señalan otros preceptos que alguna forma está relacionados también con éste: 6, 7, 9, 18, 20.3, 20.5, 23, 54, 66.2, 92.1, 103, 105, 106.1, 109, 110, 111, 120, 129.1, 136, 151.2, 151.5, 153, 164 y 168 CE²⁰⁵³.

En este sentido, la transparencia consiste en poner a disposición de los ciudadanos parte de la información que disponen los poderes públicos, para que todos puedan conocer las políticas y decisiones que se adoptan, los responsables de su ejecución, el momento y duración de su práctica, y el montante presupuestario que se gasta. De forma que, la transparencia tiene distintas perspectivas, ya sea bien desde el plano político como económico²⁰⁵⁴. En consecuencia, la transparencia puede desprenderse de cualquiera de los poderes del Estado, por que la finalidad que se persigue es de abrir la democracia a la ciudadanía. De este modo, dentro del ámbito del poder ejecutivo, la transparencia permite que los ciudadanos puedan ejercer mejor su derecho de participación en los asuntos públicos (artículo 23.1 CE).

Sin embargo, la transparencia del poder ejecutivo no se puede alcanzar si no se desprende la misma cualidad dentro de la Administración, puesto que, ésta tiene la finalidad el desarrollo y concreción de la política de los distintos niveles de Gobierno²⁰⁵⁵. En este sentido, la doctrina defiende la transparencia administrativa como un deber propio

²⁰⁵² Vide Isaac MARTÍN DELGADO, *La reforma de la Administración electrónica: una oportunidad para la innovación desde el Derecho*, INAP, Madrid, 2017, pp. 7 y ss.

²⁰⁵³ Vide Antonio Jesús ALONSO TIMÓN, “La participación ciudadana, transparencia y técnica normativa en las Leyes 39 y 40 de 2015. Los principios de buena regulación”, *Asamblea*, 34, (2016), p. 86.

²⁰⁵⁴ Vide Carlos M. RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, “Exposición general del significado y alcance del principio de transparencia y de su regulación internacional y en España”, en Isaac MARTÍN DELGADO, *Transparencia y acceso a la información pública: de la teoría a la práctica*, Iustel, Madrid, 2019, pp. 24 y ss.

²⁰⁵⁵ Vide Víctor ALMONACID LAMELAS, “Entrevista a Víctor Almonacid por Francisco Delgado Morales y Rafael Camacho Muñoz”, *Revista Española de Transparencia*, 9, (2019), p. 17, en este artículo el autor llega a afirmar que existe sincronización entre la ley de transparencia, la ley del procedimiento administrativo común, y la ley de contratos, «ese es el derecho público de hoy en día y la transparencia está en el ADN de estas normas, al igual que lo electrónico por definición es más transparente, porque lo electrónico deja rastro, y nos obliga a trabajar de una manera que no vamos a decir que impide, pero si que dificulta aquello se considera teóricamente lo contrario a la transparencia, que es la corrupción. Por lo tanto, la administración electrónica es transparencia y la transparencia es electrónica».

de la Administración Pública de informar a los ciudadanos sobre la gestión administrativa y el derecho correlativo de los ciudadanos a ser informados de forma veraz, objetiva y buscar información en éstas²⁰⁵⁶. O dicho, de otra manera:

«la transparencia trata de habilitar un instrumento de participación efectiva que permita al ciudadano detectar y denunciar los abusos, vicios e ilegalidades que acontecen en el ámbito del derecho administrativo, haciendo que se sienta, así, parte de su debida gestión»²⁰⁵⁷.

En consecuencia, la transparencia tiene una doble manifestación: por un lado, de publicidad activa y, por otro lado, el derecho de acceso o publicidad pasiva. No obstante, para conseguir ese nivel superior de “Open Government” es necesario incluir dentro de la transparencia las políticas de conservación y utilización de los datos abiertos.

La transparencia se torna trascendental para el ejercicio de la actividad pública, y hasta que la transparencia no se incorpore a los valores básicos de funcionamiento de la Administración que se recogen en el artículo 103 CE, como son la eficacia y la objetividad, no podrá desprenderse este carácter de la actuación administrativa²⁰⁵⁸. En este sentido, hay que salvar, de una vez por todas, el carácter secreto de las actuaciones administrativas, para abrir los procedimientos y las Administraciones al control y verificación de los ciudadanos. Para ello, es necesario que las unidades responsables de implantar la transparencia dentro de las Administraciones, se constituya como una aliada de los empleados públicos, y especialmente, de la gestión de los servicios públicos, en lugar de “el enemigo a abatir”. A lo que, además, hay que añadir las herramientas adecuadas, tanto tecnológicas como formativas, para evitar las prácticas oscuras arraigadas dentro de las instituciones. Sin que esto ocurra es muy difícil que el sistema llegue a sobrepasar la transparencia formal para abarcarla desde una perspectiva material.

²⁰⁵⁶ Vide Ignacio VILLAVARDE MENÉNDEZ, *Los derechos del público*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 118; Vide Severiano FERNÁNDEZ RAMOS, *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 350 y ss.; Vide Emilio GUICHOT REINA, “Transparencia: aspectos generales”, en *Transparencia, acceso a la información y buen gobierno: estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Tecnos, Madrid, 2014, p. 42.

²⁰⁵⁷ Vide Vega María ARNÁEZ ARCE, “Consideraciones sobre la eficacia del régimen jurídico de transparencia pública en España”, *Dilemata*, 27, (2018), p. 247.

²⁰⁵⁸ Vide Joaquín MESEGUER YEBRA, What’s next?, *Revista Española de Transparencia*, 8, (2019), p. 20.

De este modo, la Administración electrónica se convierte en una herramienta propicia para facilitar la transparencia de las instituciones. Así, como advierte la doctrina, su correcto uso:

«lleva implícito una mayor nitidez de las actuaciones, lo que se refleja en una mayor accesibilidad de los ciudadanos a la información administrativa y una más ágil gestión de los servicios públicos»²⁰⁵⁹.

En este sentido, la LPAC incluye la transparencia (artículo 129.1) entre los principios de buena regulación de la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria de la Administración; y de igual manera se recoge en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, donde las actuaciones de las entidades que integran el Sector Público quedan sometidas a este principio (artículo 3.1).

No obstante, no son las únicas referencias a la transparencia a lo largo del texto legislativo, sino que, existen previsiones generales en la exposición de motivos de ambos textos, por ejemplo, el art. 132.2 LPAC, y los arts. 6.1, 38.3, 81.1, 112, y 157.2 de la LRJSP. En consecuencia, será a través de la sinergia de las normas del procedimiento administrativo común y la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, las que se encarguen de dotar de transparencia a las instituciones públicas. De este modo, tal y como advierte la doctrina, el principio de transparencia tiene “un trato prioritario” en las dos leyes, aunque, advierte que no se coloca en el texto a la altura que le corresponde²⁰⁶⁰. En mi opinión, las consideraciones sobre la necesidad de actuar en base a este principio deberían ser aún más claras y contar con mayores garantías para su correcto ejercicio.

2.3.2. La publicidad activa.

La publicidad activa es uno de los ejes que configuran la transparencia en nuestro país. Si bien, la publicidad activa se caracteriza porque es el Gobierno quien *«pone los*

²⁰⁵⁹ Vide M^a Ángeles GONZÁLEZ BUSTOS, “El acceso de los ciudadanos a la información administrativa”, *Actualidad Administrativa*, 10, (2009), p. 1156.

²⁰⁶⁰ Vide Antonio Jesús ALONSO TIMÓN, “La participación ciudadana, transparencia y técnica normativa en las Leyes 39 y 40 de 2015. Los principios de buena regulación”, *Asamblea*, 34, (2016), p. 89.

datos a disposición de la ciudadanía, en portales y páginas web, sin esperar a que los ciudadanos los demanden, proactivamente»²⁰⁶¹.

A su vez, la publicidad activa está relacionada con las políticas de Open Data, es decir, con documentos que están a disposición de los ciudadanos, y que sean reutilizables. La regulación jurídica de la publicidad activa se encuentra recogida en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, en el Capítulo II. El sistema de evaluación de la transparencia en España es la Metodología para la Evaluación y Seguimiento de la Transparencia en la Actividad Pública (MESTA), y se encarga de valorar la publicidad de la información; los atributos de la información, y la accesibilidad, estructuración y lugar de publicación.

A. Ámbito subjetivo.

El ámbito subjetivo de la obligación de publicidad activa se circunscribe explícitamente sobre los sujetos de derecho que se enumeran en el artículo 2.1 de la Ley de Transparencia²⁰⁶². De manera que, incluye a todos los organismos y entidades que integran el Sector Público, de forma coincidente con lo que ya venían recogiendo otras

²⁰⁶¹ Vide Manuel VILLORIA MENDIETA, “Publicidad activa”, en Isabel WENCES, Mario KÖLLING y Sabrina RAGONE, *La Ley de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno: una perspectiva académica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, p. 1.

²⁰⁶² Vide Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, artículo 2: «1. Las disposiciones de este título se aplicarán a: a) La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla y las entidades que integran la Administración Local. b) Las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social, así como las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales colaboradoras de la Seguridad Social. c) Los organismos autónomos, las Agencias Estatales, las entidades públicas empresariales y las entidades de Derecho Público que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o supervisión de carácter externo sobre un determinado sector o actividad. d) Las entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia, vinculadas a cualquiera de las Administraciones Públicas o dependientes de ellas, incluidas las Universidades públicas. e) Las corporaciones de Derecho Público, en lo relativo a sus actividades sujetas a Derecho Administrativo. f) La Casa de su Majestad el Rey, el Congreso de los Diputados, el Senado, el Tribunal Constitucional y el Consejo General del Poder Judicial, así como el Banco de España, el Consejo de Estado, el Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas, el Consejo Económico y Social y las instituciones autonómicas análogas, en relación con sus actividades sujetas a Derecho Administrativo. g) Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de las entidades previstas en este artículo sea superior al 50 por 100. h) Las fundaciones del sector público previstas en la legislación en materia de fundaciones. i) Las asociaciones constituidas por las Administraciones, organismos y entidades previstos en este artículo. Se incluyen los órganos de cooperación previstos en el artículo 5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en la medida en que, por su peculiar naturaleza y por carecer de una estructura administrativa propia, le resulten aplicables las disposiciones de este título. En estos casos, el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la presente Ley será llevadas a cabo por la Administración que ostente la Secretaría del órgano de cooperación. 2. A los efectos de lo previsto en este título, se entiende por Administraciones Públicas los organismos y entidades incluidos en las letras a) a d) del apartado anterior».

disposiciones importantes, como es el caso de la Seguridad Social, las Agencias Estatales o las Universidades Públicas.

Pero, también otros poderes públicos como el Congreso de los Diputados, o el Tribunal Constitucional, pero sólo en las actividades sujetas a derecho administrativo. Además, están sujetos a esta obligación los enumerados por el artículo 3 como partidos políticos, organizaciones sindicales, organizaciones empresariales y las entidades privadas que reciban fondos públicos²⁰⁶³. No obstante, la Ley determinará las obligaciones concretas que se recogen para cada uno de estos grupos, puesto que, dependiendo del sujeto se establece un régimen objetivo diferente.

B. Ámbito objetivo.

El ámbito objetivo de la publicidad actividad también se encuentra establecido en la propia norma. Si bien, la obligación de proporcionar información tiene que cumplir con una serie de requisitos.

En primer lugar, debe ser información *«cuyo conocimiento sea relevante para garantizar la transparencia de su actividad relacionada con el funcionamiento y control de la actuación pública»*²⁰⁶⁴.

El legislador ha incluido en la norma toda una batería de cuestiones que se consideran de especial interés para garantizar la transparencia de las instituciones. Si bien, como advierte la doctrina, este listado de mínimos podría ser ampliado por posteriores normas estatales, simplemente por considerarla relevante para la finalidad que persigue la norma; o sobre aquella información que se hubiera solicitado a las instituciones, de forma reiterada, a través del derecho de acceso a la información²⁰⁶⁵.

La Ley de Transparencia genera en el artículo 6.1 la obligación de publicar información relativa *«a las funciones que desarrollan, la normativa que les sea de*

²⁰⁶³ Vide Severiano FERNÁNDEZ RAMOS, “El ámbito subjetivo de la normativa sobre transparencia del Sector Público. Problemas y disfunciones”, en Julián VALERO TORRIJOS y Manuel FERNÁNDEZ SALMERÓN, *Régimen jurídico de la transparencia en el Sector Público: del derecho de acceso a la reutilización de la información*, Aranzadi, Navarra, 2014, pp. 128 y ss.

²⁰⁶⁴ Vide Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, artículo 5.1.

²⁰⁶⁵ Vide Concepción BARRERO RODRÍGUEZ, Emilio GUICHOT REINA, y Concepción HORGUÉ BAENA, “Publicidad activa”, Emilio GUICHOT REINA, *Transparencia, acceso a la información y buen gobierno: estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Tecnos, Madrid, 2014, p. 153.

aplicación, así como la estructura organizativa», pero también *«incluirán un organigrama actualizado que identifique a los responsables de los diferentes órganos y su perfil y trayectoria profesional»*. La proporción de esta información, tal y como defiende la doctrina, facilitaría que los ciudadanos conozcan sus derechos y obligaciones, en relación, con cada uno de los organismos públicos, y saber a quién dirigirse en caso de que necesite relacionarse con éstos²⁰⁶⁶.

Mientras que, en el artículo 6.2 de la Ley de Transparencia se crea una obligación específica para las Administraciones de publicar *«los planes y programas anuales y plurianuales en los que se fijan objetivos concretos, así como las actividades, medios y tiempo previsto para su consecución»*, aunque ésta ya existía (artículo 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno²⁰⁶⁷). Si bien, la Ley del Procedimiento Administrativo Común reitera esta obligación, especificando que la publicidad de las normas²⁰⁶⁸ debe efectuarse desde el Portal de Transparencia de la Administración competente²⁰⁶⁹.

En este caso, la norma en lugar de incluir a todos los sujetos que recoge el artículo 2 y 3 de la Ley, limita esta obligación sobre los sujetos recogidos en el artículo 2.1. a) a la d). Tal y como señala la doctrina, hubiera sido muy relevante para el sistema democrático que este deber se hubiera incorporado también respecto del poder legislativo para conocer la influencia que los lobbies tienen en el desarrollo y actividad parlamentaria²⁰⁷⁰.

²⁰⁶⁶ Vide Manuel VILLORIA MENDIETA, “Publicidad activa”, en Isabel WENCES, Mario KÖLLING y Sabrina RAGONE, *La Ley de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno: una perspectiva académica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, p. 4.

²⁰⁶⁷ Esta disposición es modificada por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, por la Disposición Adicional Tercera, 12, gestando un nuevo articulado en la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, (artículo 23-27).

²⁰⁶⁸ En referencia a la publicidad de las normas, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, en el artículo 131, equipara los efectos de publicar en el BOE de forma impresa con los de su edición electrónica.

²⁰⁶⁹ Vide Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, artículo 132.

²⁰⁷⁰ Vide Concepción BARRERO RODRÍGUEZ, Emilio GUICHOT REINA, y Concepción HURGUÉ BAENA, “Publicidad activa”, Emilio GUICHOT REINA, *Transparencia, acceso a la información y buen gobierno: estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Tecnos, Madrid, 2014 en p. 153; Vide Manuel VILLORIA MENDIETA, “Publicidad activa”, en Isabel WENCES, Mario KÖLLING y Sabrina RAGONE, *La Ley de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno: una perspectiva académica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, p. 6

En este sentido, con la medida incorporada en el Plan IV de Gobierno Abierto de España, de crear un registro de lobbies y su afinidad, así como también, un sistema de huella normativa, la sociedad está más cerca de poder controlar este proceso normativo. No obstante, sigue estando alejada esta postura de disponer de toda la información de los planes y programas anuales que sí se exigen para otras entidades de Derecho Público. El grado de cumplimiento de esta obligación se evaluará de forma periódica, junto con los indicadores de medida y valoración, de conformidad con lo que establezca la Administración competente, y que en el ámbito de la AGE corresponde a las inspecciones generales de servicios de evaluación de cumplimiento de estos planes y programas²⁰⁷¹.

La Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y de Garantía de los Derechos Digitales, incorpora un nuevo artículo 6 bis a la Ley de Transparencia, relacionado con la obligación de registrar las actividades que sean objeto de tratamiento. Si bien, esta es un deber impuesto a los responsables y encargados del tratamiento, de los sujetos recogidos en el artículo 77.1 de la Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y de Garantía de los Derechos Digitales, entre los que se encuentra: los órganos constitucionales, los órganos jurisdiccionales, las Administraciones Públicas en todos sus niveles, los organismos y entidades de Derecho Público, las Universidades o los grupos parlamentarios.

Esta obligación consiste, en sentido estricto, en la creación de un registro donde se publique el inventario que está siendo objeto de tratamiento, salvo que esta actividad se encuentra excluida por el contenido del artículo 30.5 del Reglamento General de Protección de Datos. Ese artículo permite suprimir esta obligación cuando se trate de categorías especiales de datos personales, o relativos a condenas e infracciones penales. En otras palabras, se excluye de esta obligación toda vez que se trata de datos personales que revelen las opiniones políticas, convicciones religiosas, genéticos, biométricos, salud o relativos a la vida sexual de la persona. Salvo en el caso de que concurren circunstancias concretas como, por ejemplo, el consentimiento explícito del interesado, el tratamiento sea necesario para proteger intereses vitales del interesado, o el ya mencionado interés público esencial.

²⁰⁷¹ *Vide* Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, artículo 6.2.

Por otro lado, el artículo 7 de la Ley de Transparencia incorpora la obligación de publicar información de relevancia jurídica²⁰⁷². Si bien, esta obligación se limita a los sujetos recogidos en el artículo 2.2. de la Ley, es decir, sólo a aquellas tienen la consideración de Administración Pública a efectos de la norma. En este sentido, se obliga a publicar la siguiente información.

En primer lugar, *«las directrices, instrucciones, acuerdos, circulares o respuestas a consultas planteadas por los particulares u otros órganos en la medida en que supongan una interpretación del Derecho o tengan efectos jurídicos»*.

Si bien, esto no supone una novedad en nuestro ordenamiento porque era una obligación que ya estaba recogida en la normativa del Derecho Administrativo (artículo 37.10 de la Ley 30/1992), y que después ha pasado a la legislación actual en la Ley 39/2015, en el artículo 129. 5, en tanto que se advierte que:

«las Administraciones Públicas posibilitarán el acceso sencillo, universal y actualizado a la normativa en vigor y los documentos propios de su proceso de elaboración, en los términos establecidos en el artículo 7 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno; definirán claramente los objetivos de las iniciativas normativas y su justificación en el preámbulo o exposición de motivos; y posibilitarán que los potenciales destinatarios tengan una participación activa en la elaboración de las normas».

Así, tal como advierte la doctrina, son dos las novedades que presenta esta regulación: en primer lugar, la incorporación de los acuerdos, circulares y las respuestas con efectos jurídicos al ámbito objetivo; y, en segundo lugar, la obligación de publicarlos en una página web²⁰⁷³.

²⁰⁷² Vide Rafael RUBIO NÚÑEZ, “El derecho a la información y el derecho al voto”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO y José Luis PIÑAR MAÑAS, *Sociedad digital y derecho*, o.c., p. 477: *«Poner muchos datos sobre la mesa no es sinónimo de transparencia, es más, habitualmente en el contexto actual, el exceso de información acaba dificultando el ejercicio del derecho a la información. Los datos resultan insuficientes, llegando a convertirse incluso en fuente de desinformación ocultando la realidad que se pretende mostrar u ofreciendo una visión diferente. A pesar de la abundancia de información siguen existiendo realidades opacas, que logran pasar desapercibidas por las dificultades que tiene su observancia y se benefician de una atención dirigida a otras realidades o más llamativas y de las que resulta más sencillo obtener información»*.

²⁰⁷³ Vide Concepción BARRERO RODRÍGUEZ, Emilio GUICHOT REINA, y Concepción HORGUÉ BAENA, “Publicidad activa”, Emilio GUICHOT REINA, *Transparencia, acceso a la información y buen gobierno: estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Tecnos, Madrid, 2014, p. 166; Vide Manuel

En segundo lugar, se incluyen «*los Anteproyectos de Ley y los proyectos de Decretos Legislativos cuya iniciativa les corresponda, cuando se soliciten los dictámenes a los órganos consultivos correspondientes. En el caso en que no sea preceptivo ningún dictamen la publicación se realizará en el momento de su aprobación*» y «*los proyectos de Reglamentos cuya iniciativa les corresponda*»²⁰⁷⁴.

Tal y como de manera acertada advierte la doctrina, de qué sirve generar la obligación de publicar los proyectos o propuestas normativas, si no se permite la participación ciudadana en su desarrollo²⁰⁷⁵. En este sentido, esto no posibilita una progresión del Gobierno Abierto, puesto que, la información que se publica sólo tiene la finalidad anunciar que se va a elaborar una norma, lo que no aporta ninguna diferencia que publicarlas una vez que se han aprobado.

En tercer lugar, se incorporan «*las memorias e informes que conforman los expedientes de elaboración de los textos normativos, en particular, la memoria del análisis de impacto normativo regulada por el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio*»²⁰⁷⁶.

La incorporación de esta documentación si que supone un cambio de paradigma en las prácticas que se estaban realizando, para mejorar el trámite legislativo²⁰⁷⁷. Sin embargo, la norma no señala cuándo debe publicarse esta información, si es una vez finalizado el procedimiento, o durante la fase de tramitación²⁰⁷⁸. La falta de desarrollo reglamentario ha dejado esto en una situación de *vacatio legis*, a la espera de que sea completado por el desarrollo normativo de la Ley. Y, por último, se incorpora la

VILLORIA MENDIETA, “Publicidad activa”, en Isabel WENCES, Mario KÖLLING y Sabrina RAGONE, *La Ley de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno: una perspectiva académica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, p. 7.

²⁰⁷⁴ Vide Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, artículo 7 b) y c).

²⁰⁷⁵ Vide Manuel VILLORIA MENDIETA, “Publicidad activa”, en Isabel WENCES, Mario KÖLLING y Sabrina RAGONE, *La Ley de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno: una perspectiva académica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, pp. 7 y ss.

²⁰⁷⁶ Vide Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, artículo 7 d).

²⁰⁷⁷ Vide Manuel VILLORIA MENDIETA, “Publicidad activa”, en Isabel WENCES, Mario KÖLLING y Sabrina RAGONE, *La Ley de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno: una perspectiva académica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, p. 8.

²⁰⁷⁸ Vide Concepción BARRERO RODRÍGUEZ, Emilio GUICHOT REINA, y Concepción HORGUÉ BAENA, “Publicidad activa”, Emilio GUICHOT REINA, *Transparencia, acceso a la información y buen gobierno: estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Tecnos, Madrid, 2014, pp. 171 y ss.

obligación de prestar «*los documentos que, conforme a la legislación sectorial vigente, deban someterse a un período de información pública durante su tramitación*»²⁰⁷⁹. En este sentido, cabría su aplicación en materia medio ambiental o urbanístico, pero con la única novedad de que la publicidad sería on-line.

Finalmente, el artículo 8 de la Ley de Transparencia recoge la obligación de publicar información económica, presupuestaria y estadística, como mínimo relativa a los actos de gestión administrativa. En lo que respecta al ámbito subjetivo, el artículo no recoge idénticas obligaciones para todos los sujetos, así hay que distinguir entre tres categorías.

En primer lugar, los recogidos en el artículo 2.1 de la Ley de Transparencia. Las obligaciones en este caso implican la publicación de todos los contratos, y una serie de conceptos obligados (como el objeto, la duración, el importe o el procedimiento de limitación); los convenios suscritos; las subvenciones y ayudas públicas; los presupuestos con descripción de la partida presupuestaria; las cuentas anuales; las retribuciones percibidas por altos cargos; las autorizaciones o reconocimientos de compatibilidad; las declaraciones anuales de bienes y actividades; y la información estadística para valorar el grado de cumplimiento y calidad de los servicios públicos.

En segundo lugar, estarían los sujetos recogidos en el artículo 3, que sólo deben publicar la información referida a contratos y convenios suscritos con Administraciones Públicas. Y, de igual manera, las subvenciones recibidas cuando sean procedentes de una Administración. Y, por último, exclusivamente las Administraciones Públicas, a efectos de la norma (artículo 2.2. de la Ley) que tienen la obligación de publicar los bienes inmuebles que sean de su propiedad o sobre los que ostenten algún derecho real²⁰⁸⁰.

Tal y como advierte la doctrina²⁰⁸¹, la tasación de obligaciones de información pública delimita el derecho de transparencia activa, dificultando el acceso a la información no publicada o que no tenga el calificativo de interés público. Lo que,

²⁰⁷⁹ Vide Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, artículo 7 e).

²⁰⁸⁰ *Ibidem* Artículo 8.

²⁰⁸¹ Vide Catalina RUIZ-RICO RUIZ, “Los municipios ante el reto jurídico de la transparencia”, en Manuel SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, *Visiones actuales de la transparencia. Comunidades Autónomas, municipios y entidades locales transparentes y participativas*, Universidad Complutense, Madrid, 2017, p. 103; Vide M^a Eugenia TEJEIRO LILLO, “La transparencia y su implantación en la Administración local”, en María ZAMBONINO PULITO, *Buen Gobierno y Buena Administración. Cuestiones clave*, Iustel, Madrid, 2019, p. 67.

contrasta, por ejemplo, con la obligación de las entidades locales de facilitar «*la más amplia información sobre su actividad*»²⁰⁸².

C. Caracteres del ejercicio de la actividad de publicidad.

Toda la información señalada anteriormente, debe publicarse de «*forma periódica y actualizada*»²⁰⁸³. La precisión sobre las concretas obligaciones que se deben asumir, así como también, de los distintos sujetos, no casa con la falta de descripción del modo en el que se tiene que cumplir esta obligación. Por ello, hay una doctrina que afirma que el principio de permanente actualización obligaría a renovar de forma diaria la información²⁰⁸⁴. Lo que, a mi juicio, parece excesivo y no guarda relación con la finalidad que se pretende cumplir. No es necesario que la información sea actualizada todos los días, sino que, los datos que se incorporen cumplan con unos plazos de mínimos para garantizar los derechos de los ciudadanos.

En otras palabras, la obligación que se debe generar es de publicar la información en un período concreto, por ejemplo, antes de la aprobación de los textos parlamentarios, un mes antes de su desarrollo, porque implica un cambio significativo en el tratamiento de la información. En este sentido, la doctrina afirma que cuando se trata de informaciones obligatorias que son actos jurídicos, deberían publicarse tan pronto sean aprobados y en todo caso, en el plazo máximo de 20 días²⁰⁸⁵. Además, tampoco se hace ningún tipo de apreciación sobre la permanencia de la información a disposición de los ciudadanos. Como es obvio, no basta con publicar la información durante unas horas en el portal de transparencia, y que desaparezca con posterioridad, puesto que, esta no es la finalidad con la que se genera la obligación de publicidad activa. Al respecto hay discrepancia en la doctrina acerca de la permanencia de la información entre quiénes

²⁰⁸² Vide Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, artículo 69.1.

²⁰⁸³ Vide Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, artículo 5.1.

²⁰⁸⁴ Vide Manuel VILLORIA MENDIETA, “Publicidad activa”, en Isabel WENCES, Mario KÖLLING y Sabrina RAGONE, *La Ley de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno: una perspectiva académica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, p. 30.

²⁰⁸⁵ Vide Severiano FERNÁNDEZ RAMOS, “Publicidad activa: régimen general”, en Eduardo GAMERO CASADO, *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 850 y ss.

opinan que ésta debe estar de modo indefinido y general²⁰⁸⁶, y quiénes opinan que debe estar como mínimo mientras estén vigentes²⁰⁸⁷. A mi juicio esta última es la idea más acertada.

La principal novedad de esta norma es la obligación de publicar toda esta información en las correspondientes sedes electrónicas o páginas webs. Esta realidad ya pone de manifiesto la necesidad de que la Administración electrónica funcione a pleno rendimiento, dado que, en caso contrario, es imposible cumplir con esta obligación. Pero, es que, además, no basta con publicarlas en estas plataformas: es necesario que la información sea compresible, de acceso fácil y gratuito. De este modo, se genera la obligación a las Administraciones Públicas de establecer:

«los mecanismos adecuados para facilitar la accesibilidad, la interoperabilidad, la calidad y la reutilización de la información publicada, así como su identificación y localización»²⁰⁸⁸.

En este sentido, el Portal de Transparencia, se convierte en el instrumento de la Administración General del Estado para facilitar el acceso a los ciudadanos a toda esta información. En consecuencia, el Portal se configura como un sitio único de publicidad, dependiendo del Ministerio de la Presidencia, sin perjuicio del resto de medidas complementarias que quieran adoptar el resto de las Administraciones de las Comunidades Autónomas y Locales para cumplir con sus obligaciones. En este sentido, las Comunidades Autónomas han adoptado todas las medidas oportunas, puesto que contaban con los medios pertinentes. Otra cosa distinta es que la información que proporcionen a los ciudadanos y las condiciones en las que se ejecute sean cuestionables, pero la obligación de diseño del portal de transparencia la han cumplido todas²⁰⁸⁹.

²⁰⁸⁶ Vide Concepción BARRERO RODRÍGUEZ, Emilio GUICHOT REINA, y Concepción HORGUÉ BAENA, “Publicidad activa”, Emilio GUICHOT REINA, *Transparencia, acceso a la información y buen gobierno: estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Tecnos, Madrid, 2014, p. 143.

²⁰⁸⁷ Vide Severiano FERNÁNDEZ RAMOS, “Publicidad activa: régimen general”, en Eduardo GAMERO CASADO, *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 852.

²⁰⁸⁸ Vide Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, artículo 5.

²⁰⁸⁹ Vide M^a Dolores MONTERO CARO, “Balance de la configuración autonómica de la transparencia en España. Especial referencia a Andalucía”, *Revista Española de la Transparencia*, 8, (2019), pp. 142 y ss.

Sin embargo, situación distinta es la que presentan las entidades locales que, mediante el Acuerdo Marco de Colaboración entre la Administración General del Estado y la Federación Española de Municipios y Provincias, para promover y facilitar el desarrollo de la LTBG, firmado en 2015, genera un conjunto de obligaciones de difícil o problemático cumplimiento. La solución que se diseña es que las entidades locales con una población inferior a 20.000 habitantes puedan derivar la aceptación de estas obligaciones a la Diputación provincial. De este modo, el portal de transparencia, especialmente, dentro de las entidades locales, está siendo desigual para facilitar el cumplimiento de las obligaciones. Si bien, tal y como advierte la doctrina, la gran mayoría de los portales incumplen las obligaciones legales, o no ofrecen la información requerida²⁰⁹⁰.

El portal de transparencia debe publicar la información siguiendo los principios de accesibilidad, interoperabilidad (de conformidad con el Real Decreto 4/2010, de 8 de enero, y las normas técnicas de interoperabilidad); y la reutilización (en relación con la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público y su normativa de desarrollo). Estas exigencias están relacionadas directamente con las prácticas de Open Data, y la necesidad de que los datos²⁰⁹¹ se distribuyan en un formato de abierto²⁰⁹² y de fácil difusión que sea interoperable y promueva su reutilización²⁰⁹³.

En este sentido, la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público, apunta en el artículo 8 que es necesario que para la reutilización de la información ésta cumpla con las siguientes condiciones: el contenido de los metadatos no sea alterado; la no desnaturalización del sentido de la información; la citación de la fuente; o la incorporación de la fecha de actualización. Sin embargo, tal y como establece la doctrina, no existe un derecho propiamente dicho para exigir a las

²⁰⁹⁰ Vide M^a Eugenia TEJEIRO LILLO, “La transparencia y su implantación en la Administración local”, en María ZAMBONINO PULITO, *Buen Gobierno y Buena Administración. Cuestiones clave*, Iustel, Madrid, 2019, p. 73.

²⁰⁹¹ Vide Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público, Anexo, dato abierto: «*son aquellos que cualquiera es libre de utilizar, reutilizar y redistribuir, con el único límite, en su caso, del requisito de atribución de su fuente o reconocimiento de su autoría*».

²⁰⁹² *Ibidem* Anexo, formato abierto: «*un formato de archivo independiente de plataformas y puesto a disposición del público sin restricciones que impidan la reutilización de los documentos*».

²⁰⁹³ *Ibidem* Artículo 3: «*se entiende por reutilización el uso de documentos que obran en poder de las Administraciones y organismos del sector público, por personas físicas o jurídicas, con fines comerciales o no comerciales, siempre que dicho uso no constituya una actividad administrativa pública. Queda excluido de este concepto el intercambio de documentos entre Administraciones y organismos del sector público en el ejercicio de las funciones públicas que tengan atribuidas*».

entidades públicas que faciliten esa información en un formato reutilizable de manera automática²⁰⁹⁴.

No obstante, el Portal de Transparencia ha sido objeto de numerosas críticas por propiciar un entorno unidireccional que no permite la participación de los ciudadanos, aunque no toda la doctrina piensa del mismo, puesto que, hay quién entiende que ambas actividades son deslindables y no tienen porqué estar aunadas en el mismo sitio²⁰⁹⁵. Sin embargo, en mi opinión, tiene más sentido que desde el Portal se abra la posibilidad de comentar y aportar lo que la ciudadanía estime conveniente a esa determinada información que esta publicada.

La idea que se persigue es la unificación en un sólo lugar para facilitar la cooperación y participación de los ciudadanos, permitiendo que esta información sea accesible. Por ello, si se crean distintos portales, imaginemos uno de Transparencia y otro de Participación, generaría una mayor confusión en la ciudadanía, la cual ya tendría que estar pendiente de dos páginas diferentes, que no tienen porqué tener el mismo ritmo y cumplir con los mismos plazos. Además, reflexionemos sobre que las obligaciones de publicidad activa no incorporan un límite temporal, lo que podría provocar un desfase entre el momento en el que se publica la norma, y la generación del debate social en las plataformas de participación.

Además, advierte la doctrina de la necesidad de establecer algunas garantías y mecanismos eficaces para preservar la calidad y veracidad de la información que se publicita en el portal. Así, por ejemplo, Fernández Ramos advierte de la carencia de al menos una dirección de correo electrónica para contactar con la Administración en caso de omisión, inexactitud o error²⁰⁹⁶. O, como han hecho las Comunidades Autónomas determinando un responsable de publicidad activa, como Murcia o Valencia, el cual

²⁰⁹⁴ Vide Julián VALERO TORRIJOS, “Transparencia, acceso y reutilización de la información del Sector Público”, en Isaac MARTÍN DELGADO, *Transparencia y acceso a la información pública: de la teoría a la práctica*, Iustel, Madrid, 2019, pp. 245 y ss.

²⁰⁹⁵ Vide Concepción BARRERO RODRÍGUEZ, Emilio GUICHOT REINA, y Concepción HORGUÉ BAENA, “Publicidad activa”, Emilio GUICHOT REINA, *Transparencia, acceso a la información y buen gobierno: estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Tecnos, Madrid, 2014, p. 196.

²⁰⁹⁶ Vide Severiano FERNÁNDEZ RAMOS, “Publicidad activa: régimen general”, en Eduardo GAMERO CASADO, *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 850 y ss.

designa a un responsable o una comisión encargada de preservar la transparencia activa de las instituciones²⁰⁹⁷.

D. Los límites a la publicidad activa.

El artículo 5.3. de la Ley de Transparencia señala que los límites impuestos al derecho de acceso a la información pública, regulados en los artículos 14 y 15 del texto normativo, también resultan de aplicación en materia de publicidad activa. De manera que, cuando se produzca el acceso a la información de datos especialmente protegidos, la publicidad se llevará a cabo mediante la disociación de éstos. Si bien, el artículo 14 de la Ley de Transparencia recoge una serie de supuestos (como la protección de la seguridad nacional, pública, y el secreto la garantía de confidencialidad, o el requerido en procesos de toma de decisiones).

Sin embargo, el listado que incorpora la norma puede ser ampliado por el legislador, en una norma de igual rango. Además, la doctrina advierte del carácter abstracto de los límites impuestos al ejercicio del derecho, dado que, en todo caso deberá ser justificado y proporcionado en función de la finalidad y circunstancias concretas del caso, prevaleciendo el interés público. Aunque, siempre serán los tribunales los que tengan la última palabra. Por último, señala la doctrina que la Ley de Transparencia no incluye límites temporales, de manera que, se establecen límites absolutos que perduran en el tiempo²⁰⁹⁸. Esto es un sinsentido, puesto que, en el momento que la aplicación no esté justificada o sea proporcional, los ciudadanos deberían tener acceso a la información pública.

Mientras que, el artículo 15 hace referencia a la protección de datos personales, es decir, aquellos que cuentan con un régimen de especial protección según la Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y de Garantía de los Derechos Digitales. Además, en referencia a los límites, añade el artículo 5.3 de la Ley de

²⁰⁹⁷ Vide Lorenzo COTINO HUESO, “La regulación del uso de medios electrónicos en la difusión activa de información pública y el ejercicio del derecho de acceso”, en Isaac MARTÍN DELGADO, *La reforma de la Administración electrónica: una oportunidad para la innovación desde el derecho*, INAP, Madrid, 2017, p. 412.

²⁰⁹⁸ Vide Emilio GUICHOT REINA, “Transparencia: aspectos generales”, en *Transparencia, acceso a la información y buen gobierno: estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Tecnos, Madrid, 2014. p. 56

Transparencia que *«cuando la información contuviera datos especialmente protegidos, la publicidad sólo se llevará a cabo previa la disociación de los mismos»*.

En este sentido, la mayoría de las normas²⁰⁹⁹ resuelven los conflictos específicos que puedan surgir²¹⁰⁰, pero si que es cierto que la Administración podría servirse de las técnicas de anonimización o seudonimización para proveer de esta información a los ciudadanos²¹⁰¹.

El cumplimiento de las obligaciones propias de la Administración General del Estado será objeto de control por parte del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, mientras que, sus homólogos autonómicos de los organismos que le son propios. En este sentido, el artículo 9 prevé la posibilidad de que este organismo pueda adoptar resoluciones en las que se establezcan medidas en materia de cese de incumplimiento, y también de las actuaciones disciplinarias que procedan. Si bien, tal y como advierte la doctrina, estos organismos carecen de una auténtica potestad sancionadora que promueva la eficacia de sus decisiones, en materia de transparencia, sin contar que, realizan sus funciones con los medios de que disponen, y no con los que realmente necesitan²¹⁰².

²⁰⁹⁹ Vide Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, artículo 15.3: *«Con carácter general, y salvo que en el caso concreto prevalezca la protección de datos personales u otros derechos constitucionalmente protegidos sobre el interés público en la divulgación que lo impida, se concederá el acceso a información que contenga datos meramente identificativos relacionados con la organización, funcionamiento o actividad pública del órgano»*.

²¹⁰⁰ Vide CONSEJO DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO, Criterio Interpretativo 1/2015, de 24 de junio, apartado III, *«los criterios interpretativos fijados se refieren exclusivamente el acceso a la información pública (...). En ningún caso, estos criterios son de aplicación a la publicación de dicha información en el régimen de publicidad activa, previsto en los artículos 5 y siguientes de la LTAIBG»*; Criterio Interpretativo 2/2016, de 5 de julio: *«debe destacarse que el criterio expuesto se refiere exclusivamente al ejercicio del derecho de acceso a la información pública mediante solicitud y no es directamente extrapolable al supuesto de la publicidad activa de la información, dado que en este caso los criterios de ponderación aplicados podrían diferir de los que se han mencionado en este dictamen, habida cuenta de la generalización que se produciría en el acceso a los datos»*.

²¹⁰¹ Vide STS 1007/2019, de 8 de julio, FJ 2: *«La difusión de datos personales en abierto, es decir, con acceso ilimitado, en una página web de la Administración Pública con ocasión de la tramitación de un procedimiento de contratación administrativa está sometida al cumplimiento de las obligaciones establecidas en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Persona, y, específicamente, al deber jurídico de tener que recabar el consentimiento de los afectados sobre la recogida y tratamiento de datos cuando no se revelen imprescindibles, necesarios o pertinentes para el adecuado y regular ejercicio de las funciones públicas, al no poder interpretar de forma expansiva el supuesto de excepción previsto en el artículo 6.2. de la citada Ley Orgánica»*.

²¹⁰² Vide Víctor ALMONACID LAMELAS, “Entrevista a Víctor Almonacid por Francisco Delgado Morales y Rafael Camacho Muñoz”, *Revista Española de Transparencia*, 9, (2019), pp. 21-22.

En este sentido, la Comisión Europea ha tachado este organismo como de insuficientemente independiente²¹⁰³, en tanto que, el nombramiento del Presidente depende de la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados, y el mero acuerdo del Gobierno para la elección de los miembros, y la cesión de los miembros sólo puede darse en casos tasados de incumplimiento grave de sus obligaciones, incapacidad permanente, incompatibilidad sobrevenida o condena por delito doloso.

Si bien, tal y como advierte la doctrina, hubiera sido más acertado exigir una mayoría cualificada, forzando el acuerdo de los grupos parlamentarios para elegir al Presidente²¹⁰⁴, para evitar el marcado carácter gubernamental en su origen y composición²¹⁰⁵. Sin entrar, por supuesto, que no puede calificarse como un órgano independiente, en tanto que, depende del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. Así, la última polémica deriva de la petición al Gobierno de informar sobre los asesores que ayudaron en la gestión de la pandemia, negándose el ejecutivo a facilitar su identidad²¹⁰⁶.

La doctrina advierte que la necesidad de reforma de este órgano alrededor de cuatro niveles: orgánico, presupuestario, funcional, y personal. En primer lugar, hay que reconocerle a este órgano potestad reglamentaria para aprobar su reglamento en materia de organización y funcionamiento. En segundo lugar, debe tener autonomía financiera suficiente, para aprobar sus presupuestos. En tercer lugar, el Consejo debe ser independiente, tanto por sus miembros como por las funciones que realiza, no debiendo recibir órdenes externas. Y, en cuarto lugar, es necesario reformar el régimen de elegibilidad del Presidente, para que sea una decisión que cuente con la objetividad necesaria para asegurar el cumplimiento de la norma, y la imparcialidad en sus decisiones²¹⁰⁷.

²¹⁰³ Vide COMISIÓN EUROPEA, “Informe COM (2014) 38, de 3 de febrero, de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo: sobre la lucha contra la corrupción en la UE, Anexo España”, Bruselas, p. 15.

²¹⁰⁴ Vide Emilio GUICHOT REINA, *Transparencia y buen gobierno: estudio y ley*, Aranzadi, Pamplona, 2014, pp. 30 y ss.

²¹⁰⁵ Vide Manuel OLMEDA PALACIOS, “La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno”, *Diario la Ley*, 8237, (2014), p. 9.

²¹⁰⁶ Vide Javier CHICOTE, “Transparencia planta cara al Gobierno por ocultar su gestión de la pandemia: debe informar inmediatamente”, *ABC digital*, 14 de diciembre de 2020.

²¹⁰⁷ Vide Francisco Manuel GARCÍA COSTA, “El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno”, en Julián VALERO TORRIJOS y Manuel FERNÁNDEZ SALMERÓN, *Régimen jurídico de la transparencia en el Sector Público: del derecho de acceso a la reutilización de la información*, Aranzadi, Navarra, 2014, p. 503.

E. La responsabilidad patrimonial por el desarrollo de la actividad informativa.

Tal y como advierte la doctrina, la información que los ciudadanos reciben de los portales o páginas web genera confianza, puesto que, proviene del desarrollo de un servicio público que se presta por las distintas Administraciones. Si bien, en el supuesto de que esta información sea inexacta o errónea²¹⁰⁸, y que sea usada, puede generarle un perjuicio por el cual los administrados podrían solicitar una indemnización, por los daños causados²¹⁰⁹. En este sentido, el artículo 106.2 CE establece el derecho de los ciudadanos a ser indemnizados por toda lesión que sea consecuencia del funcionamiento, normal o anormal, de los servicios públicos. Si bien, el régimen jurídico es ampliado por las consideraciones que desarrolla la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en el artículo 32.1.

El deber de los titulares de las sedes electrónicas en los que se publique la información es que aquellos que pongan a disposición de la ciudadanía deben cumplir con los principios de «*integridad, veracidad y actualización de la información y los servicios a los que pueda accederse a través de la misma*»²¹¹⁰. Y, en igual sentido, se expresa el Reglamento de actuación y funcionamiento del Sector Público por medios electrónicos (art. 12).

A partir de la obligación que genera la norma, se pueden distinguir dos comportamientos distintos: cuando la información es creada y difundida por la misma Administración, o cuando ésta es una simple intermediaria. Si bien, atendiendo a los requisitos que el artículo 32 de la Ley 40/2015, (sobre la necesidad de que el daño sea efectivo, evaluable económicamente, individualizado, que no se tenga que el deber de soportar jurídicamente o se deba a causa de fuerza mayor, y que exista una relación de causalidad entre la actividad de la Administración y el daño causado) la Administración deberá responder indemnizado por aquellos perjuicios que se causen a los ciudadanos.

²¹⁰⁸ Vide Agustí CERRILLO I MARTÍNEZ, “El uso de los medios electrónicos en la difusión de la información pública”, en Julián VALERO TORRIJOS y Manuel FERNÁNDEZ SALMERÓN, *Régimen jurídico de la transparencia en el Sector Público: del derecho de acceso a la reutilización de la información*, Aranzadi, Navarra, 2014, p. 361.

²¹⁰⁹ Vide Julián VALERO TORRIJOS, “Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas por difusión de contenidos propios de Internet”, en Santiago CAVANILLAS MUGICA, *Responsabilidad de los proveedores de información en Internet*, Comares, Granada, 2007, pp. 108 y ss.

²¹¹⁰ Vide Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, artículo 38.2.

Por ello, no basta con que la información publicada puede potencialmente dañar los derechos de los interesados, sino que, habrá que demostrar que efectivamente se produce un daño y que éste cumple con los requisitos para indemnizarse.

No obstante, la mayoría de las Administraciones Públicas limitan su responsabilidad incluyendo cláusulas en la sede electrónica como “*esta Administración no se hace responsable de los daños o perjuicios, directos o indirectos, derivados del uso de este portal*”. Sin embargo, tal y como advierte la doctrina, estas cláusulas de exención de la responsabilidad no son aplicables, en tanto que, el responsable de la sede electrónica asume una serie de obligaciones, como es la integridad, veracidad y actualización de la información, y los servicios a los que se pueda accederse a través de la misma²¹¹¹.

Mientras que, en el supuesto de que la Administración sea mera intermediaria o distribuidora de la información, la norma general es que ésta no se hará responsable²¹¹² de los perjuicios que pudiera ocasionar²¹¹³. En este sentido, cuando la Administración actúa como proveedora de un servicio de intermediación resultará de aplicación lo dispuesto en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información, en lo que se refiere a su responsabilidad. Si bien, esta se encuentra limitada a los supuestos específicos en que tuviera conocimiento de que la información es ilícita o lesiones bienes o derechos. Por consiguiente, en contadas excepciones, la actividad de publicidad activa de la Administración Pública que genere una lesión o provoque daños en los bienes o derechos de terceros, derivará en responsabilidad patrimonial.

En todo caso, para evitar que se produzca el daño y la consecuente responsabilidad patrimonial, es necesario arbitrar mecanismos que faciliten el cumplimiento de sus obligaciones por parte de las Administraciones Públicas. Así, tal y como advierte Cerrillo, en primer lugar, es necesario que las Administraciones cuenten con los recursos necesarios para difundir o publicar la información pública. Para ello, hay que determinar a los órganos responsables de acometer la prestación de este servicio, correspondientemente formados en la materia. En segundo lugar, las Administraciones

²¹¹¹ Vide Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, artículo 7.

²¹¹² Vide Agustí CERRILLO I MARTÍNEZ, “Gobierno Abierto”, *A las puertas de la Administración Digital: una guía detallada para la aplicación de las Leyes 39/2015 y 40/2015*, INAP, Madrid, 2016, p. 162.

²¹¹³ Vide Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, artículo 7. 1 páf. 2º.

deben aprobar normas de desarrollo que faciliten la concreción y las características del servicio de publicidad. Y, en tercer lugar, para paliar los posibles efectos adversos ante una publicación de información que no sea de calidad, errónea, o falsa, contar con los mecanismos necesarios para, de la manera más pronta, corregirla, modificarla o eliminarla²¹¹⁴.

2.3.3. El derecho de acceso a la información pública.

A. Ámbito subjetivo.

En lo que se refiere al ámbito subjetivo de este derecho difiere del que se expone de forma general en la norma en los artículos del 2 al 4. En este sentido, la norma es aplicable a los sujetos que se recogen en el artículo 2.1. LTBG que incluye a todos los organismos y entidades que integran el Sector Público, de forma coincidente con lo que ya venían recogiendo otras disposiciones. Sin embargo, respecto de los sujetos recogidos en el artículo 2.1. apartado f)²¹¹⁵ sólo se puede ejercer el derecho de acceso a la información pública cuando ésta esté relacionada con actividades sujetas a derecho administrativo. Además, frente a las resoluciones dictadas por estos organismos sólo cabe interposición de recurso contencioso-administrativo, y no se pueden impugnar ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno²¹¹⁶. Y, finalmente, se excluyen los sujetos recogidos en el artículo 3 (partidos políticos, organizaciones sindicales y organizaciones empresariales, y las entidades privadas que reciban fondos públicos).

²¹¹⁴ Vide Agustí CERRILLO I MARTÍNEZ, “El uso de los medios electrónicos en la difusión de la información pública”, en Julián VALERO TORRIJOS y Manuel FERNÁNDEZ SALMERÓN, *Régimen jurídico de la transparencia en el Sector Público: del derecho de acceso a la reutilización de la información*, Aranzadi, Navarra, 2014, pp. 362 y ss.

²¹¹⁵ Vide Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, artículo 2: «1. Las disposiciones de este título se aplicarán a: f) La Casa de su Majestad el Rey, el Congreso de los Diputados, el Senado, el Tribunal Constitucional y el Consejo General del Poder Judicial, así como el Banco de España, el Consejo de Estado, el Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas, el Consejo Económico y Social y las instituciones autonómicas análogas, en relación con sus actividades sujetas a Derecho Administrativo».

²¹¹⁶ *Ibidem* Disposición Adicional cuarta: «1. La resolución de la reclamación prevista en el artículo 24 corresponderá, en los supuestos de resoluciones dictadas por las Administraciones de las Comunidades Autónomas y su sector público, y por las Entidades Locales comprendidas en su ámbito territorial, al órgano independiente que determinen las Comunidades Autónomas».

Este es uno de los fundamentos de los que se sirve Guichot para defender que la Ley de Transparencia y Buen Gobierno ha sobrepasado el fundamento constitucional de su desarrollo que le trae causa (artículo 105 b CE) al derecho de acceso a la información pública, en tanto que se incorporan sujetos obligados a la norma que no tienen la condición de Administración Pública²¹¹⁷, o que no lo son estrictamente *strictu sensu* (Casa Real o el Congreso de los Diputados)²¹¹⁸. De este modo, aunque las obligaciones se limiten a su actuación administrativa, el ámbito subjetivo excede lo propiamente considerado como Administración, y es por ello, que se avala la necesidad de reconocer este derecho como derivado del derecho a la información, para dotarlo de coherencia jurídica.

Desde otro punto de vista, hay doctrina que considera que el ámbito subjetivo de la Ley debería ampliarse para incluir al Gobierno, y al Ministerio Fiscal, puesto que, comparten naturaleza jurídica con las instituciones recogidas en el artículo 2.1. f) de la Ley. Además, entiende que, que sería necesario precisar la concreta actuación de estos organismos que queda sujeta al ámbito de la Ley, en tanto que, por “*actividades sujetas a Derecho Administrativo*”, no se abarcan todos los actos que se ejercen. Si bien, es cierto que hay consenso en la doctrina de que son todas aquellas actividades en materia de personal, presupuestos, gestión patrimonial y contratación, pero no siempre esta actividad queda sujeta al Derecho Administrativo, puesto que, existen disposiciones en estas normas que facultan celebrar contratos privados²¹¹⁹.

B. Ámbito objetivo.

El derecho de acceso a la información pública se reconoce en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, en el artículo 12: «*todas las personas tienen derecho a acceder a la información pública, en*

²¹¹⁷ Vide Severiano FERNÁNDEZ RAMOS, “El ámbito subjetivo de la normativa sobre transparencia del Sector Público. Problemas y disfunciones”, en Julián VALERO TORRIJOS y Manuel FERNÁNDEZ SALMERÓN, *Régimen jurídico de la transparencia en el Sector Público: del derecho de acceso a la reutilización de la información*, Aranzadi, Navarra, 2014, pp. 106 y ss.

²¹¹⁸ Vide Emilio GUICHOT REINA, “El sentido, el contexto y la tramitación de la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno”, en *Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno: estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Tecnos, Madrid, 2014, p. 47.

²¹¹⁹ Vide Concepción BARRERO RODRÍGUEZ, “El derecho de acceso a la información pública: algunas cuestiones claves en la aplicación de las leyes de transparencia”, *Dilemata*, 27, (2018), pp. 225-226.

los términos previstos en el artículo 105 b) de la Constitución Española²¹²⁰, desarrollado por esta Ley. Asimismo, y en el ámbito de sus respectivas competencias, será de aplicación la correspondiente normativa autonómica».

No obstante, este derecho contaba con un desarrollo normativo previo en la Ley 30/1992, donde en el artículo 37.1 se reconocía el derecho a los ciudadanos a acceder a los registros y documentos que formaran parte de los expedientes administrativos y obren en archivos de la Administración. Sin embargo, en la regulación actual el ámbito objetivo del derecho se amplía sobre todo aquello que la ley determina como información pública:

«Se entiende por información pública los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones»²¹²¹.

Una definición que carece de precedente similar en las normas anteriores, pero que, tampoco, ha suscitado grandes debates doctrinales²¹²². Si bien, la información que se reconoce no sólo implica el soporte, sino el contenido de esta, con independencia de cuál sea el formato²¹²³. Y, de igual manera, la exigencia de que la información obre en poder de una Administración debe extenderse hacia una aplicación jurídica y no física, es decir, que debe ampliarse a los sujetos que tengan las facultades precisas para su obtención. Es el caso, por ejemplo, de la información que posean las personas físicas o jurídica que prestan servicios públicos o ejercen potestades administrativas²¹²⁴.

²¹²⁰ Vide CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, de 29 de diciembre de 1978, artículo 105 b): «La Ley regulará: b) el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas».

²¹²¹ Vide Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, artículo 13.

²¹²² Vide Concepción BARRERO RODRÍGUEZ, “El derecho de acceso a la información: publicidad pasiva”, en Emilio GUICHOT REINA, *Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno: estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Tecnos, Madrid, 2014, p. 200.

²¹²³ Vide José Luis PIÑAR MAÑAS, “Derecho de acceso a la información pública: régimen general”, en Isabel WENCES, Mario KÖLLING y Sabrina RAGONE, *La Ley de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno: una perspectiva académica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, p. 43.

²¹²⁴ Vide Severiano FERNÁNDEZ RAMOS, “El acceso a la información en el Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 14, (2013), p. 252.

Además, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común, en el artículo 26, equipara los documentos públicos con información de cualquier naturaleza, ya sea escrita, o a través de medios electrónicos. No obstante, advierte la doctrina, de que cuando se pretenda acceder a datos que no tengan la consideración de información pública, en los términos previstos en la norma, supondrá una de las causas de inadmisibilidad de las solicitudes²¹²⁵.

El derecho de acceso a la información pública está limitado a aquello que esté en poder de la Administración en el momento que se solicita²¹²⁶, indicando esta circunstancia de denegación de acceso, al carecer de objeto la solicitud²¹²⁷. En cuanto a los límites temporales, de la legislación de transparencia, no se aprecia ninguna restricción temporal al acceso al derecho, especialmente, que opere antes de la entrada en vigor de la norma. Lo que, en consecuencia, permite solicitar cualquier información con independencia de la fecha en la que hubiese sido elaborada o adquirida.

Y, en lo que se refiere al contenido de la información pública, éste no se limita a los procedimientos finalizados, sino que, es indiferente el estado de la tramitación²¹²⁸, o que ya sea objeto de publicidad²¹²⁹ activa. Asimismo, la doctrina apunta que deberían incluirse dentro del ámbito objetivo de la norma, la agenda de los responsables políticos, para facilitar el cumplimiento de las obligaciones y derechos recogidos en la Ley²¹³⁰.

La principal controversia respecto del derecho de acceso a la información pública ha girado alrededor de la determinación de su naturaleza jurídica. Un sector muy amplio de la doctrina entiende que este derecho debería tener la consideración de fundamental, aunque no en sí mismo, pero sí en relación con el ejercicio de otros, como puede ser el

²¹²⁵ Vide Óliver GARCÍA MUÑOZ, “El concepto de información pública en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, y en la Ley del Parlamento de Cataluña 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno: un análisis comparado”, *Revista Española de Transparencia*, 9, (2019), pp. 92 y ss.

²¹²⁶ Vide CONSEJO DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO, Resolución 467/2017, de 4 de enero.

²¹²⁷ Vide CONSEJO DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO, Resolución 8/2017, de 6 de marzo.

²¹²⁸ Vide CONSEJO DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO, Resolución 23/2017, de 10 de marzo.

²¹²⁹ Vide CONSEJO DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO, Criterio Interpretativo 9/2015, de 12 de noviembre.

²¹³⁰ Vide Concepción BARRERO RODRÍGUEZ, “El derecho de acceso a la información pública: algunas cuestiones claves en la aplicación de las leyes de transparencia”, *Dilemata*, 27, (2018), pp. 226-229.

derecho de acceso a la información, la libertad de información o la libertad de expresión²¹³¹. Pero, hay autores que van más allá, como Piñar Mañas quién afirma que:

«el derecho de acceso no sólo es imprescindible para la construcción de una sociedad democrática y participativa (...) sino que es imprescindible para el libre desarrollo de la personalidad frente a los poderes públicos. El ser humano tiene derecho a conocer la actuación de los poderes, incluidas las motivaciones de las decisiones adoptadas, y el uso que se hace de los fondos públicos»²¹³².

Sin embargo, pese a las iniciativas internacionales y de la propia doctrina, la realidad es que el derecho de acceso a la información pública es un derecho de configuración legal. De esta forma, *«este es un derecho subjetivo de titularidad universal invocable ante las Administraciones Públicas»²¹³³.*

La naturaleza jurídica del derecho de acceso a la información pública es debatible, especialmente sobre los efectos jurídicos y obligaciones que genera, pero el legislador es riguroso (en este caso más preciso que en otros apartados de la Ley) para determinar el origen del desarrollo normativo. Por ello, hay que describir la naturaleza del derecho como lo que realmente es, y no lo que nos gustaría que fuera. De este modo, por mucho que las organizaciones de protección de los derechos civiles, algunas estructuras de organización internacional, y la propia doctrina, defiendan su naturaleza jurídica como un derecho fundamental, no adquirirá tal condición.

El legislador no deja ninguna duda interpretativa que pueda ser objeto de debate ante los Tribunales y, por tanto, si no hay un cambio en el sentido de las palabras, no cabe

²¹³¹ Vide Emilio GUICHOT REINA, “Transparencia: aspectos generales”, en *Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno: estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Tecnos, Madrid, 2014, pp. 35 y ss.; Vide Lorenzo COTINO HUESO, “El derecho fundamental de acceso a la información, la transparencia de los poderes públicos y el Gobierno Abierto. Retos y oportunidades”, en Julián VALERO TORRIJOS y Manuel FERNÁNDEZ SALMERÓN, *Régimen jurídico de la Transparencia del Sector Público. Del derecho de acceso a la reutilización de la información*, Thomson, Navarra, 2014, p. 38 y ss.; Vide Carlos M. RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, “Exposición general del significado y alcance del principio de transparencia y de su regulación internacional y en España”, en Isaac MARTÍN DELGADO, *Transparencia y acceso a la información pública: de la teoría a la práctica*, Iustel, Madrid, 2019, pp. 40 y ss.

²¹³² Vide José Luis PIÑAR MAÑAS, “Derecho de acceso a la información pública: régimen general”, en Isabel WENCES, Mario KÖLLING y Sabrina RAGONE, *La Ley de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno: una perspectiva académica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, p. 39.

²¹³³ Vide Isaac MARTÍN DELGADO, “El derecho de acceso a la información pública”, en *Transparencia y acceso a la información pública: de la teoría a la práctica*, Iustel, Madrid, 2019, p. 111.

otro tipo de concepción. Si bien, durante la tramitación de la norma se observa la influencia de las distintas corrientes ideológicas de los grupos parlamentarios. Pero, se opta por posibilitar el contenido extensible del artículo 105 b) CE por la facilidad para su aprobación, dado que, en sentido contrario derivarlo de los derechos fundamentales implicaría ampliar el ámbito subjetivo del derecho y la adecuación de la norma a una ley orgánica.

Al final, el legislador lo que hace es dotar de contenido un derecho de naturaleza administrativa, no siendo especialmente necesario, puesto que, ya contaba con un desarrollo propio en la normativa de régimen general y también sectorial. Llama la atención, cómo este derecho se ha incorporado a la vigente Ley del procedimiento administrativo, remitiendo a la Ley de Transparencia para su ejercicio²¹³⁴. De este modo, se limita el ámbito subjetivo del derecho, de manera que, todo lo que no sea estrictamente una Administración queda fuera del ámbito de control de los ciudadanos.

No obstante, se puede advertir que esto es una distorsión de la finalidad que persigue la norma. La Ley de Transparencia no pretendía incorporar la transparencia dentro de las actuaciones administrativas, puesto que, éste es un principio propio de su funcionamiento²¹³⁵: su misión es llevarla a la actividad pública²¹³⁶. Y, esto si que es cuestionable, pero no tanto la naturaleza del derecho. En consecuencia, el legislador lo que hace es desarrollar legislativamente el derecho reconocido en la Constitución, en favor de todos los ciudadanos reconociéndoles una posición activa para solicitar información a las Administraciones, a través de un procedimiento estandarizado²¹³⁷.

²¹³⁴ Vide Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, artículo 13: «*Quienes de conformidad con el artículo 3, tienen capacidad de obrar ante las Administraciones Públicas, son titulares, en sus relaciones con ellas, de los siguientes derechos: Al acceso a la información pública, archivos y registros, de acuerdo con lo previsto en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y el resto del Ordenamiento Jurídico*».

²¹³⁵ Vide Ley 40/2015, artículo 3.1: «*Las Administraciones Públicas sirven con objetividad los intereses generales y actúan de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Constitución, a la Ley y al Derecho. Deberán respetar en su actuación y relaciones los siguientes principios: c) participación, objetividad y transparencia de la actuación administrativa*».

²¹³⁶ Vide Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, artículo 1: «*Esta Ley tiene por objeto ampliar y reforzar la transparencia de la actividad pública, regular y garantizar el derecho de acceso a la información relativa a aquella actividad y establecer las obligaciones de buen gobierno que deben cumplir los responsables públicos, así como las consecuencias derivadas de su incumplimiento*».

²¹³⁷ Vide M^a Isabel JIMÉNEZ PLAZA, «La disposición adicional 1^o de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y el derecho de acceso a la información

Por otro lado, la norma se dicta con la intención de establecer un régimen general de transparencia y buen gobierno, sin embargo, en el ámbito del derecho de acceso a la información pública ésta se declara como supletoria. Si bien, la Disposición Adicional primera²¹³⁸, establece varias excepciones a esta generalidad que hace replantear su carácter básico: en primer lugar, si se adquiere la condición de interesado en un procedimiento administrativo, será la normativa correspondiente de ese procedimiento la que resultará de aplicación; en segundo lugar, la ley adquiere carácter supletorio respecto de aquellas que tengan una regulación específica en el acceso a la información pública; y, en tercer lugar, se afirma que, en materia de información ambiental y reutilización, se aplicará esta norma en aquello que no este previsto por la normativa específica. El cuestionado carácter básico de la norma lleva a la doctrina a plantear si se debe aplicar o no en las Comunidades Autónomas que cuenten con una normativa de desarrollo, o que afecte a competencias propias. Y, en este sentido, le lleva a afirmar que prevalece la legislación autonómica dictada en el ámbito de sus competencias, sobre la disposición estatal²¹³⁹.

C. Límites al ejercicio del derecho y acceso parcial.

Los límites al ejercicio de este derecho son los propios de la publicidad activa, por un lado, los instaurados en el artículo 14 de la Ley de Transparencia, es decir, aquellos supuestos en los que se ponga en riesgo la seguridad nacional, la defensa, la seguridad pública²¹⁴⁰, la garantía de confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de

por los concejales: reflexiones sobre el régimen de tutela”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 49, (2019), p. 9-10.

²¹³⁸ Vide Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, Disposición Adicional primera: «1. La normativa reguladora del correspondiente procedimiento administrativo será la aplicable al acceso por parte de quienes tengan la condición de interesados en un procedimiento administrativo en curso a los documentos que se integren en el mismo. 2. Se regirán por su normativa específica, y por esta Ley con carácter supletorio, aquellas materias que tengan previsto un régimen jurídico específico de acceso a la información. 3. En este sentido, esta Ley será de aplicación, en lo no previsto en sus respectivas normas reguladoras, al acceso a la información ambiental y a la destinada a la reutilización».

²¹³⁹ Vide Isaac MARTÍN DELGADO, “El derecho de acceso a la información pública”, en *Transparencia y acceso a la información pública: de la teoría a la práctica*, Iustel, Madrid, 2019, p. 114; Vide José Luis PIÑAR MAÑAS, “Derecho de acceso a la información pública: régimen general”, en Isabel WENCES, Mario KÖLLING y Sabrina RAGONE, *La Ley de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno: una perspectiva académica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, p. 41.

²¹⁴⁰ Vide SAN 5141/2019, de 23 de diciembre, FJ 2: «En atención a que el carácter en exceso genérico de la petición de información no permite un debate sobre si la divulgación de los datos de una determinada

decisiones²¹⁴¹. Y, a los que, en todo caso, deberá ser justificado y proporcionado en función de la finalidad y circunstancias concretas del caso, prevaleciendo el interés público. Por último, señala la doctrina que la Ley de Transparencia no incluye límites temporales, de manera que, se establecen límites absolutos que perduran en el tiempo. Esto es un sinsentido, puesto que, en el momento que la aplicación no esté justificada o sea proporcional, los ciudadanos deberían tener acceso a la información pública²¹⁴².

Por otro lado, están los límites del artículo 15, si bien éste hace referencia a la protección de datos personales, por lo que hay que hacer un análisis de este límite en relación con la normativa básica de su protección²¹⁴³, especialmente: el consentimiento de los afectados²¹⁴⁴, la protección especial que merecen los datos con tratamiento diferenciado, y las obligaciones de tratamiento de estos datos que asumen sus titulares²¹⁴⁵.

infraestructura estratégica puede afectar a la seguridad pública, y a que al pedirse información sobre todos los puentes ferroviarios la eventual exclusión de aquellos clasificados como infraestructura crítica permitiera su identificación, consideramos que es necesario restringir el acceso a la información interesada. Para la protección de la seguridad pública no es preciso en este caso un rechazo total de la petición de información como se hace en la sentencia de instancia. A nuestro juicio, basta con permitir que de la información del Registro de Puentes de Ferrocarril se excluyan aquellos datos que permitan una identificación de la infraestructura a la que se refiere la inspección, tales como denominación de la infraestructura, geolocalización exacta, y características especiales que permitan una identificación».

²¹⁴¹ Vide SAN 380/2019, de 18 de noviembre, FJ 4: «Un acta o el acta de un órgano colegiado, como lo es el Consejo de Administración de la APC, además de los puntos del día viene a reflejar opiniones, el contenido de las deliberaciones, lo cual puede ser objeto, incluso de grabación, y no solo los puntos del orden del día y las cuestiones acordadas. Por el contrario, el acuerdo refleja la decisión colegiada que se ha tomado en esa reunión del Consejo de Administración. Por lo que debemos, también dejar claro, que en ningún momento se puede ofrecer al solicitante esa información referida a las deliberaciones u opiniones vertidas en la reunión del Consejo de Administración en cuestión, que tienen un carácter reservado. Y, aun cuando los solicitantes de acceso a la información no tengan por qué justificar las solicitudes de información, en este caso se ha hecho de manera voluntaria y se han manifestado las razones por las cuales se desea esa información, por ello la sentencia no se equivoca cuando dice que las deliberaciones no son públicas y no se puede dar esa información, que se trata de debates y opiniones de carácter reservado que no se dan a conocer aunque son las que sirven para obtener la decisión colegiada del órgano en cuestión. Por el contrario, los acuerdos son aquella documentación que contiene las decisiones adoptadas, el resultado final de esos debates y deliberaciones mantenidas y que pueden y deben hacerse públicas».

²¹⁴² Vide Emilio GUICHOT REINA, “Transparencia: aspectos generales”, en *Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno: estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Tecnos, Madrid, 2014, p. 56

²¹⁴³ Vide José Luis PIÑAR MAÑAS, “Derecho de acceso a la información pública: régimen general”, en Isabel WENCES, Mario KÖLLING y Sabrina RAGONE, *La Ley de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno: una perspectiva académica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, pp. 49 y ss.

²¹⁴⁴ Vide Ricard MARTÍNEZ MARTÍNEZ, “De la opacidad a la casa de cristal. El conflicto entre privacidad y transparencia”, en Julián VALERO TORRIJOS y Manuel FERNÁNDEZ SALMERÓN, *Régimen jurídico de la transparencia en el Sector Público: del derecho de acceso a la reutilización de la información*, Aranzadi, Navarra, 2014, pp. 259 y ss.

²¹⁴⁵ Vide CONSEJO DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO, Resolución 42/2016, «cuando un operador jurídico afronte un eventual conflicto entre el derecho fundamental a la protección de datos

Finalmente, el artículo 16 permite que, en caso de aplicación de alguno de los límites previstos en el artículo 14, cuando no afecte a la totalidad de la información, se puede conceder un acceso parcial a la misma, debiendo indicarse al solicitante la parte de la información que se ha omitido²¹⁴⁶. Sin embargo, tal y como advierte la doctrina:

*«tanto la anonimización como el acceso parcial exigirán de una enorme diligencia tanto para evitar errores como para impedir que el contexto permita al tercero destinatario de la información inferir datos personales de los sujetos concernidos»*²¹⁴⁷.

D. El procedimiento de acceso a la información pública y el régimen jurídico de impugnaciones.

La Ley de Transparencia ha optado por procedimentar el acceso a la información pública y así se regula en los artículos 17 y siguientes de la norma. Sin embargo, como advierte Martín Delgado, en el contexto de la revolución tecnológica presente, la información fluye de forma más acelerada, por lo que, en aquellos casos que la información obre en poder de la Administración, sin necesidad de mayores actuaciones, podría prescindirse del procedimiento²¹⁴⁸. En un sentido similar ha dispuesto la jurisprudencia reciente que dispone que:

«por lo que respecta al régimen jurídico previsto para al acceso a la información pública, sus límites y el procedimiento que ha de seguirse, tan solo, quedan desplazadas, actuando en este caso como supletoria, cuando otra norma

personales y el derecho al acceso a la información pública, no puede decantarse apriorísticamente por uno de ellos, atribuyéndole así una primacía casi automática. Antes de acordarse una precipitada realización de uno de ellos a costa del otro, debe procurarse la armonización entre los derechos que colisionan a fin de que ambos alcancen la máxima efectividad posible. Es en este sentido en el que se ha de realizarse la ponderación a la que alude el artículo 15.3 LTAIBG»

²¹⁴⁶ Vide Manuel FERNÁNDEZ SALMERÓN, “Procedimiento administrativo e información del sector público”, en Julián VALERO TORRIJOS y Manuel FERNÁNDEZ SALMERÓN, *Régimen jurídico de la transparencia en el sector público: del derecho de acceso a la reutilización de la información*, Aranzadi, Navarra, 2014, p. 291: *«el acceso puede tener lugar específicamente a la información concreta que forme parte de un documento o expediente, de manera que cabría pensar en admitir la posibilidad de accesos parciales a fin de garantizar la reserva de ciertos datos en aplicación del principio de proporcionalidad»*.

²¹⁴⁷ Vide Ricard MARTÍNEZ MARTÍNEZ, “De la opacidad a la casa de cristal. El conflicto entre privacidad y transparencia”, en Julián VALERO TORRIJOS y Manuel FERNÁNDEZ SALMERÓN, *Régimen jurídico de la transparencia en el Sector Público: del derecho de acceso a la reutilización de la información*, Aranzadi, Navarra, 2014, p. 271.

²¹⁴⁸ Vide Isaac MARTÍN DELGADO, “El derecho de acceso a la información pública”, en *Transparencia y acceso a la información pública: de la teoría a la práctica*, Iustel, Madrid, 2019, p. 117.

legal haya dispuesto un régimen jurídico propio y específico de acceso a la información en un ámbito determinado, tal y como establece la Disposición adicional primera apartado segundo de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre»²¹⁴⁹.

Las consideraciones que realiza el Tribunal Supremo, sobre la necesidad de establecer un régimen jurídico, no impiden que se determine por una norma la ausencia de éste, o acabar con los formalismos que en éste preceden. Por tanto, la norma sólo tiene que prever cuál es el sistema por el cual articula el acceso a la información, pero no está vinculada a las consideraciones generales que realiza la Ley de Transparencia. Si bien, este será uno de los matices que, cuando se analice el diseño del procedimiento administrativo dentro de la Administración Digital que mayor importancia debe adquirir²¹⁵⁰. En este sentido, la Administración debe prescindir de los formalismos que la caracterizaban en el S. XIX, para aproximarse a las tendencias y necesidades de la sociedad del S. XXI.

El procedimiento se inicia mediante solicitud, dirigida al órgano administrativo o entidad que posea la información. En este sentido, el solicitante deberá dejar constancia de su identidad, la información concreta que solicita, una dirección de contacto (preferentemente electrónica), y la modalidad en la que se prefiera acceder a la información solicitada. La identidad del solicitante ha generado cierta polémica, especialmente, en lo que se refiere a las solicitudes anónimas. En este sentido, las Administraciones Públicas están obligadas a identificar a los interesados en el procedimiento administrativo²¹⁵¹, lo que, en consecuencia, tras la iniciación del procedimiento, es lo que les convierten en parte.

²¹⁴⁹ Vide STS 784/2020, de 11 de junio, FJ 4.

²¹⁵⁰ Vide Joaquín MESEGUER YEBRA, ¿Y ahora qué?, *Revista Española de Transparencia*, 8, (2019), p. 22: «se necesita, sin que ello pase por rebajar el nivel de exigencia para las Administraciones, flexibilizarlo de alguna manera para poder recurrir a vías de diálogo con los solicitantes. En muchos casos las reclamaciones tienen como única causa una falta absoluta de entendimiento entre unos y otros sobre lo que se pide o necesita y lo que se posee y se puede facilitar. Hablar ¡qué extravagancia! Debería ser un paso obligado antes del dictado de cualquier resolución denegatoria o inadmisión».

²¹⁵¹ Vide Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, artículo 9.1: «Las Administraciones Públicas están obligadas a verificar la identidad de los interesados en el procedimiento administrativo, mediante la comprobación de su nombre y apellidos o denominación o razón social, según corresponda, que consten en el Documento Nacional de Identidad o documento identificativo equivalente».

Por ello, hay doctrina que defiende que no caben solicitudes anónimas, en tanto que, la identificación es necesaria para continuar con el procedimiento administrativo²¹⁵²; y otra que entiende que no es una exigencia formal, sino como un medio para facilitar la comunicación entre las partes²¹⁵³. En la opinión de quién escribe, la inclusión de la identidad del sujeto es de carácter obligatorio²¹⁵⁴, puesto que, está referido a los datos que debe incluir la solicitud por la que se inicia el procedimiento, y frente a la que cabe subsanación, en caso de omisión o voluntad de las partes, y que, en caso de no hacerlo supondrá el desistimiento de su petición²¹⁵⁵.

La solicitud no requiere motivación alguna, puesto que, ésta es meramente opcional, y su ausencia no implica per sé el rechazo de la solicitud. Sin embargo, como advierte la doctrina, la incorporación de un razonamiento a la petición formal se presenta como:

«un mecanismo (saludable) para una más cabal ponderación en los supuestos en que es necesario llevarlo a cabo por concurrir un perjuicio potencial para uno de los bienes públicos o privados contemplados como límites de acceso»²¹⁵⁶.

No obstante, frente a la solicitud de acceso a la información, se podrán inadmitir a trámite, las solicitudes cuando se refieran a una serie de supuestos²¹⁵⁷. En primer lugar,

²¹⁵² Vide Severiano FERNÁNDEZ RAMOS, “La identificación en las solicitudes de acceso a la información pública”, *Revista Española de Transparencia*, 5, 2017, pp. 31 y ss.

²¹⁵³ Vide Luis Miguel ARROYO YANÉS, “Ejercicio del derecho de acceso a la información pública”, en Antonio TRONCOSO REIGADA, *Comentario a la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, Thomson, Navarra, 2017, pp. 1990;

²¹⁵⁴ Vide Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, artículo 66.1: «Las solicitudes que se formulen deberán contener: a) nombre y apellidos del interesado»

²¹⁵⁵ *Ibidem* Artículo 68.1: «Si la solicitud de iniciación no reúne los requisitos que señala el artículo 66, y, en su caso, los que señala el artículo 67 u otros exigidos por la legislación específica aplicable, se requerirá al interesado para que, en un plazo de diez días, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición, previa resolución que deberá ser dictada en los términos previstos en el artículo 21».

²¹⁵⁶ Vide Emilio GUICHOT REINA, “Ejercicio del derecho de acceso a la información pública”, en Isabel WENCES, Mario KÖLLING y Sabrina RAGONE, *La Ley de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno: una perspectiva académica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, p. 65.

²¹⁵⁷ Vide Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, artículo 18.

que se trate de información en curso de elaboración, o de publicidad en general, cuya finalidad es salvaguardar la eficacia de la gestión de la información que obra en poder de los sujetos obligados y el desarrollo de los deberes que tienen encomendadas. En segundo lugar, la información que tenga carácter auxiliar o de apoyo, como pueden ser notas, borradores o resúmenes, es decir, aquella que no sea trascendental o cuyo contenido pueda llegar a tener la consideración de innecesaria²¹⁵⁸. En tercer lugar, la información cuya divulgación sea necesaria una acción previa reelaboración, es decir, aquella información que necesita de una actividad posterior de interpretación, análisis, o de consultaría, que no estaría incluida en el ámbito objetivo de esta Ley²¹⁵⁹. En cuarto lugar, aquellas que estén dirigidas a un órgano incompetente, en cuyo caso, habrá que indicar cuál es el competente para conocer la solicitud. Y, en quinto lugar, aquella información que sea repetitiva o abusiva no justificado con la finalidad de la Ley de Transparencia²¹⁶⁰.

La doctrina advierte que en el plano general se está llevando a cabo una interpretación restrictiva de las diferentes causas de inadmisión, es decir, favorable al ejercicio del derecho. Si bien, en parte esta interpretación positiva de las causas de inadmisión está fundamentada en los criterios interpretativos del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, en la medida en que se convierten en un referente para los comisionados autonómicos, lo que ha promovido una interpretación uniforme. De esta forma, las causas de inadmisión se han convertido en excepciones al derecho de acceso, de forma que, sólo se aplican cuando existe una presencia clara y fundada de algunas de las circunstancias que determina la Ley²¹⁶¹.

²¹⁵⁸ Vide SAN 41/2019, de 16 de octubre, FJ 11: «*pueden calificarse como información que tiene carácter "auxiliar o de apoyo", al tratarse de antecedentes, informes, documentos actas, notas internas, actos de trámite y comunicaciones internas o con otros organismos, sin que por parte de los recurrentes se haya enervado dicho carácter*».

²¹⁵⁹ Vide STS 306/2020, de 3 de marzo, FJ5: «*Ciertamente, el suministro de información pública, a quien ha ejercitado su derecho al acceso, puede comprender una cierta reelaboración, teniendo en cuenta los documentos o los datos existentes en el órgano administrativo. Ahora bien, este tipo de reelaboración básica o general, como es natural, no siempre integra, en cualquier caso, la causa de inadmisión prevista en el artículo 18.1.c) de la Ley 19/2013. La acción previa de reelaboración, por tanto, en la medida que a su concurrencia se anuda una severa consecuencia como es la inadmisión a trámite de la correspondiente solicitud, precisa que tales datos y documentos tenga un carácter complejo, (...)*».

²¹⁶⁰ Vide Emilio GUICHOT REINA, "Ejercicio del derecho de acceso a la información pública", en Isabel WENCES, Mario KÖLLING y Sabrina RAGONE, *La Ley de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno: una perspectiva académica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, pp. 67 y ss.

²¹⁶¹ Vide Concepción BARRERO RODRÍGUEZ, "El derecho de acceso a la información pública: algunas cuestiones claves en la aplicación de las leyes de transparencia", *Dilemata*, 27, (2018), p. 231.

La tramitación del procedimiento de acceso a la información pública se rige por lo dispuesto en los artículos 19 y 20 de la Ley de Transparencia. En lo que se refiere a la tramitación del procedimiento, la ley recoge tres particularidades atendiendo a la competencia para conocer de su tramitación, y a la información solicitada. En primer lugar, si la solicitud se refiere a información que no obra en poder del sujeto al que se dirige, deberá remitirlo al competente, si lo conociera. Y, por otro lado, aún obrando la información en poder del órgano competente, éste tenga información elaborada total o parcialmente por otro, se le remitirá la solicitud para que decida sobre su acceso.

Y, en segundo lugar, en referencia al ámbito objetivo, si la solicitud no identifica de forma suficiente la información que se solicita, se concederá un plazo de diez días para que realice las consideraciones oportunas para su delimitación, donde decaerán sus derechos si no subsana. Asimismo, en el supuesto de que la información solicitada pueda afectar a los derechos o intereses de terceros, se les otorgará un plazo de quince días para que los posibles afectados realicen las alegaciones que estimen oportunas. Aunque estas alegaciones no vinculan al órgano competente para resolver, puesto que, como advierte el artículo 22.2 de la Ley de Transparencia:

«si ha existido oposición de tercero, el acceso sólo tendrá lugar cuando, habiéndose concedido dicho acceso, haya transcurrido el plazo para interponer recurso contencioso administrativo sin que se haya formalizado o haya sido resuelto confirmando el derecho a recibir la información».

La resolución mediante la que se deniegue o conceda el derecho de acceso a la información pública deberá notificarse al solicitante, y a terceros afectados, en el plazo máximo de un mes, desde la recepción por el órgano competente para resolver. La recepción de esa documentación se entiende que debe producirse de inmediato, o en el plazo más breve²¹⁶². No obstante, el plazo podrá ampliarse por otro mes en el caso de que el volumen y la complejidad de la información lo hicieran necesario. Si bien, tal y como advierte la doctrina, la competencia para resolver estas solicitudes de acceso estará

²¹⁶² Vide CONSEJO DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO, Resolución 412/2015, de 25 de enero 2016.

determinada por lo dispuesto en las normas reguladoras de cada uno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley²¹⁶³.

En consecuencia, una vez presentada la solicitud de acceso, pueden ocurrir dos situaciones distintas. En primer lugar, que se estime la solicitud, en cuyo caso habrá que facilitar la información en los términos previstos en el artículo 23 de la Ley de Transparencia. En este caso, se establece la preferencia de realización por vía electrónica, salvo que se haya señalado expresamente otro medio, o no sea posible por la naturaleza de la información, y en todo caso, debe ponerse a disposición del solicitante, cuando no se pueda de manera inmediata, en un plazo no superior a diez días. En todo caso, el acceso a esta información debe ser gratuito, aunque la expedición de copias o la trasposición a un formato diferente al original puede dar lugar al pago de tasas, de conformidad con la normativa que resulte aplicable.

En segundo lugar, puede existir una desestimación de la solicitud de acceso. Si bien, en este supuesto, deberá motivarse la resolución en los casos en los que se deniegue, se conceda un acceso parcial, mediante una modalidad distinta de la solicitud, y cuando se permita el acceso aún existiendo oposición de un tercero. En este sentido, la doctrina señala que existe una deficiente motivación de las resoluciones de acceso por los órganos encargados de dictarla, lo que dificulta posteriormente la determinación de los argumentos en los recursos frente a éstas²¹⁶⁴.

Pero, también la solicitud puede entenderse desestimada en los supuestos en que haya transcurrido el plazo para resolver y no se haya dictado resolución expresa. Si bien, el sentido del silencio ha sido objeto de controversia por la doctrina, aunque en su mayoría defienden que en esta materia sólo cabe de forma razonada este tipo de resolución²¹⁶⁵. En refrenda a esta afirmación, el sentido del silencio negativo está apoyado en la regulación

²¹⁶³ Vide Emilio GUICHOT REINA, “Ejercicio del derecho de acceso a la información pública”, en Isabel WENCES, Mario KÖLLING y Sabrina RAGONE, *La Ley de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno: una perspectiva académica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, p. 72; Vide Concepción BARRERO RODRÍGUEZ, “El derecho de acceso a la información: publicidad pasiva”, en Emilio GUICHOT REINA, *Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno: estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Tecnos, Madrid, 2014, p. 230.

²¹⁶⁴ Vide Isaac MARTÍN DELGADO, “El derecho de acceso a la información pública”, en *Transparencia y acceso a la información pública: de la teoría a la práctica*, Iustel, Madrid, 2019, p. 145.

²¹⁶⁵ Vide Emilio GUICHOT REINA, “El proyecto de Ley de Transparencia y acceso a la información pública y el margen de actuación de las Comunidades Autónomas”, *Revista andaluza de Administración pública*, 84, (2012), p. 125; Vide Isaac MARTÍN DELGADO, “El derecho de acceso a la información pública”, en *Transparencia y acceso a la información pública: de la teoría a la práctica*, Iustel, Madrid, 2019, p. 133.

que experimenta en la Ley del Procedimiento administrativo Común (artículo 24), dónde a pesar de ser un procedimiento iniciado a solicitud del interesado, hay una norma con rango de ley que establece la desestimación explícita de su petición, en caso de no haberse resuelto en plazo. No obstante, la norma prevé en el mismo artículo una especie de advertencia o coacción sobre los sujetos obligados, en tanto de que advierte que «*el incumplimiento reiterado de la obligación de resolver en plazo tendrá la consideración de infracción grave*»²¹⁶⁶.

Por último, hay que señalar que, el sentido desestimatorio del silencio es de aplicación genérica en materia de acceso a la información pública, en consecuencia, las normas inferiores jerárquicamente a la estatal no pueden variar este criterio (como había sido el caso de Cataluña y Aragón), en tanto que como ha afirmado el Tribunal Constitucional:

*«Justificándose de este modo la regla del silencio negativo establecida en el artículo 20.4 de la Ley de transparencia, acceso a la información y buen gobierno, por lo que la norma estatal “cumple una función típica de las normas de “procedimiento administrativo común”: “garantizar un tratamiento asimismo común de los administrados ante todas las Administraciones Públicas. (...) El artículo 20.4 de la Ley de transparencia, acceso a la información y buen gobierno, al establecer el silencio negativo como respuesta a la pasividad de la Administración, ha sido dictado legítimamente al amparo de los principios o normas que se insertan en la competencia exclusiva del Estado relativa al establecimiento del “procedimiento administrativo común” (art. 149.1.18 CE)»*²¹⁶⁷.

Las resoluciones en materia de acceso a la información pública son recurribles ante una doble vía de control: por un lado, reclamación potestativa ante la autoridad independiente de control; o, por otro lado, reclamación directa ante los Tribunales de Justicia. La Ley establece, de este modo, una reclamación facultativa ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (u órganos de naturaleza similar de carácter autonómico)

²¹⁶⁶ Vide Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, artículo 20.6.

²¹⁶⁷ Vide STC 104/2018, de 5 de octubre, FJ 5.

que sustituye los recursos administrativos establecidos del procedimiento general, de conformidad con la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común, en el artículo 112. Sin embargo, esta reclamación no cabe en los supuestos del artículo 2.1 f), es decir, cuando ejerza el derecho acceso a la información pública frente a la Casa Real, el Congreso de los Diputados, el Poder Judicial, o el Banco de España. Si bien, la doctrina apunta a que esta excepción se debe a que someter a estas entidades, por mucha independencia que ostenten, podría ser una vulneración al principio de separación de poderes²¹⁶⁸.

El plazo para interponer una reclamación es de un mes, a contar a partir del día siguiente de la notificación del acto impugnado, cuya tramitación se ajustará a lo dispuesto en materia de recursos en la Ley 39/2015. Y, el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno dispondrá de un plazo de tres meses para resolver, y en caso de no acordar y notificar en plazo al interesado, se entenderá la solicitud por desestimada. Y, por otro lado, estaría la reclamación directa ante los Tribunales, cuya competencia y procedimiento bien determinado por la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

En este sentido, tal y como advierte la doctrina, el uso de conceptos indeterminados por parte de la Ley de Transparencia provocarán que la actuación jurisdiccional en la fiscalización de las decisiones procedimentales sea compleja. Los conceptos jurídicos indeterminados obligan a los magistrados a señalar los límites máximos que rigen en la actuación administrativa según la habilitación legal. Por ello, el principio de proporcionalidad se torna imprescindible, convirtiéndose en un criterio interpretativo²¹⁶⁹.

A modo de recapitulación, la falta de regulación de un régimen sancionador, en relación con el derecho de acceso a la información pública, se torna injustificable por parte del legislador. Y, que tal y como insta la doctrina, debe ser corregido de forma inmediata, incorporando en la Ley de Transparencia las garantías necesarias para

²¹⁶⁸ Vide Emilio GUICHOT REINA, “Ejercicio del derecho de acceso a la información pública”, en Isabel WENCES, Mario KÖLLING y Sabrina RAGONE, *La Ley de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno: una perspectiva académica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, p. 77.

²¹⁶⁹ Vide Alberto PALOMAR OLMEDA, “El control judicial de las decisiones en materia de transparencia administrativa”, en Julián VALERO TORRIJOS y Manuel FERNÁNDEZ SALMERÓN, *Régimen jurídico de la transparencia en el Sector Público: del derecho de acceso a la reutilización de la información*, Aranzadi, Navarra, 2014, pp. 533 y ss.

preservar el elemento objetivo de la información y reprender al personal de la Administración que no respete los derechos de los ciudadanos²¹⁷⁰. No obstante, las Comunidades Autónomas en su normativa si que han expuesto un régimen sancionador, en caso de denegación arbitraria, incumplimiento de la obligación de resolver o la falta de colaboración en la tramitación de las reclamaciones, es el caso de Andalucía y Cataluña.

2.4. El Buen Gobierno.

2.4.1. Concepto y caracteres.

La corrupción política, que ha acechado en los últimos años la supervivencia de la democracia en nuestro país, ha promovido que el término “buen gobierno” adquiera relevancia dentro de nuestras instituciones. El buen gobierno se encuentra unido desde su origen a la transparencia y buena administración que debe desprenderse de las actuaciones públicas. El Banco Mundial fue una de las primeras instituciones en ofrecer un concepto de buen gobierno, definiéndolo como:

«conjunto de tradiciones e instituciones mediante las cuales se ejerce la autoridad de un país. Este concepto incluye el proceso por el cual se elige, supervisa y reemplaza a las autoridades; la capacidad del gobierno de formular y aplicar adecuadamente políticas acertadas; y el resto que los ciudadanos muestran por las instituciones que rigen las interacciones económicas sociales que se establecen entre ellos»²¹⁷¹.

Estos indicadores se han actualizado de forma reciente incorporando seis dimensiones de la gobernabilidad: rendición de cuentas, estabilidad política y ausencia de violencia; efectividad del Gobierno; calidad regulatoria, estado de derecho; y control

²¹⁷⁰ Vide Felio José BAUZÁ MARTORELL, “La potestad sancionadora frente al incumplimiento de la normativa sobre acceso, transparencia y reutilización de la información”, en Julián VALERO TORRIJOS y Manuel FERNÁNDEZ SALMERÓN, *Régimen jurídico de la transparencia en el Sector Público: del derecho de acceso a la reutilización de la información*, Aranzadi, Navarra, 2014, p. 480.

²¹⁷¹ Vide Daniel KAUFMANN, Aart KRAAY, y Massimo MASTRUZI, *Indicadores Mundiales de Buen Gobierno (1997-2007)*, World Bank Institute, 2008.

de corrupción²¹⁷². De este modo, el buen gobierno sería aquel que promueve normas que fomenten la transparencia y la rendición de cuentas dentro de las instituciones, pero también, la coherencia, la efectividad de las resoluciones que se adopten y la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos. Tal y como se advierte, el buen gobierno se encuentra aunado en gran medida al uso que se hace de los recursos públicos, ya sea mediante el desarrollo de políticas o servicios públicos. Los poderes públicos han de responder por su gestión ante los administrados, ya sea mediante la publicidad activa de su actividad, o la publicidad pasiva mediante el acceso a los documentos públicos.

Así, tal y como señala la doctrina, el concepto del buen gobierno se refiere a:

«gobierno ejercido de forma objetiva que, con sujeción a la legalidad persigue la satisfacción de los intereses generales a través de una gestión de calidad, para conseguir elevadas cotas de transparencia, eficiencia y eficacia»²¹⁷³.

Mientras que, hay quien precisa más este concepto y lo define como:

«un gobierno que busque verdaderamente hacer frente a los grandes retos de nuestros países debe generar todo un conjunto de reglas formales e informales que, siendo legítimas, equitativas, eficientes, estables y flexibles, constriñan conductas ineficientes, no equitativas, arbitrarias, corruptas e ilegales entre sus empleados, y que incentiven lo contrario, eficiencia, imparcialidad, equidad e integridad»²¹⁷⁴.

En consecuencia, el concepto de buen gobierno está relacionado con la transparencia, la buena administración y la rendición de cuentas.

²¹⁷² Vide <https://databank.bancomundial.org/Governance-Indicators/id/2abb48da>

²¹⁷³ Vide Carlos M. RODRÍGUEZ SÁNCHEZ “Exposición general del significado y alcance del principio de transparencia y de su regulación internacional y en España, “, en Isaac MARTÍN DELGADO, *Transparencia y acceso a la información pública: de la teoría a la práctica*, Iustel, Madrid, 2019, p. 49.

²¹⁷⁴ Vide Manuel VILLORIA MENÉNDEZ, “Desarrollo, buen gobierno y transparencia: revisión conceptual”, *Tiempo de Paz*, 114, (2014), p. 8.

A. El Buen Gobierno y la transparencia.

En primer lugar, en lo que se refiere al principio de transparencia, ha quedado definida y estructurada en el apartado precedente, por lo que remito a éste para su interpretación. No obstante, en materia de buen gobierno la transparencia es un fin en sí mismo de la actividad, más que un medio. En este sentido, la jurisprudencia se ha pronunciado al respecto, sobre la relación entre transparencia y buen gobierno, manifestado que:

«La transparencia y publicidad tanto los objetivos perseguidos por un ente público y su grado de cumplimiento como de los criterios de distribución de los fondos públicos, en este caso relacionados con el reparto de la retribución por productividad entre los empleados, tiene especial importancia para la ley»²¹⁷⁵.

Y, en un sentido similar, se ha pronunciado otros órganos consultivos, como la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón que afirma que:

«La transparencia se ha convertido en un parámetro fundamental de lo que debe ser la actuación de los entes del sector público. Forma, junto a la participación, y la responsabilidad, la esencia de la buena gobernanza, entendida como la forma de gestionar los asuntos públicos con el objetivo de lograr un desarrollo económico, social e institucional duradero, promocionando un sano equilibrio entre el Estado, la sociedad civil y el mercado»²¹⁷⁶.

En este sentido, el derecho de acceso a la información pública tiene efecto disuasorio y preventivo sobre las prácticas corruptas, de manera que, a mayor transparencia de las instituciones se entiende que existen menos probabilidades de llevar a cabo estas prácticas²¹⁷⁷.

²¹⁷⁵ Vide STS 748/2020, de 11 de junio, FJ 3.

²¹⁷⁶ Vide JUNTA CONSULTIVA DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN, recomendación 1/2014, de 1 de octubre, relativa al fomento de la transparencia en la contratación pública.

²¹⁷⁷ Vide Victoria ANDERICA CAFFARENA, “La toma de decisiones públicas: la zona gris de la transparencia institucional”, *Revista Española de Transparencia*, 11, (2020), p. 76.

B. El Buen Gobierno y la buena administración.

En segundo lugar, estaría el principio de buena administración. La Carta Europea de Derechos Fundamentales en el artículo 41 reconoce que *«toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable»*.

Mientras que, la Constitución Española no hace expresa referencia a este principio, pero si que se encuentra implícitamente recogido en los artículos 9²¹⁷⁸, 31.2. y 103, por los que la doctrina afirma que la función administrativa está sometido a un deber general de buena administración en sus actuaciones²¹⁷⁹. En este sentido, el derecho a una buena administración ha sido definido por la doctrina como:

«El derecho a la buena administración supone, pues, un auténtico cambio de paradigma en el entendimiento, análisis y control de la actividad pública, puesto respecto a éste debe entenderse, ante todo, que incluso la producción de actos jurídicos formalizados (autorizaciones, reglamentos, etc.), como resultado del ejercicio de potestades administrativas (así como también la de no formalizados, en el caso de la actividad material o técnica) supone un servicio para la colectividad, como lo es la gestión de hospitales o escuelas, servicio que puede y debe ser evaluado tomando como parámetros entre otros, los criterios de objetividad, racionalidad, eficacia, eficiencia y economía que pueden articularse a través del procedimiento de elaboración de esas decisiones»²¹⁸⁰.

La Administración está muy lejos de ser una mera ejecutora de la ley, puesto que, aunque se ha optado por la procedimentalización del derecho, está se encarga de aplicar

²¹⁷⁸ Vide Javier BARNES VÁZQUEZ, “Buena administración, principio democrático y procedimiento administrativo”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 21, (2019), p. 82: *«El derecho a la buena administración tiene, pues, como telón de fondo el principio democrático. La relación entre ambos polos, aunque mediata, resulta reconocible. Una aplicación escrupulosa de la legalidad significa hacer realidad la democracia. Y, a la inversa, una aplicación desviada de la legalidad no solo hace ese acto jurídico un acto técnicamente ilegal, sino, además, contrario al principio democrático, es decir, deviene en un acto antidemocrático»*.

²¹⁷⁹ Vide Juli PONCÉ SOLÉ, “La calidad en el desarrollo de la discrecionalidad reglamentaria: teorías sobre la regulación y adopción de buenas decisiones normativas por los gobiernos y las Administraciones”, *Revista de Administración Pública*, 162, (2003), p. 123.

²¹⁸⁰ Vide Juli PONCÉ SOLÉ, “La prevención de riesgos de mala administración y corrupción, la inteligencia artificial y el derecho a una buena administración”, *Revista Internacional: Transparencia e integridad*, 6, (2018), pp. 5-6.

los parámetros legales procedentes. De este modo, lo normal es que la ley apueste por un contenido más procedimental que auténticamente sustantivo, de forma que, se preocupa más de cómo resolver, que por decidir las soluciones concretas a los problemas. Por tanto, las decisiones que se adopten por los órganos administrativos, así como también el desarrollo de servicios y políticas públicas, debe reunir los principios que recoge la Constitución y el desarrollo legislativo.

En consecuencia, la doctrina advierte de la necesidad de que se den una serie de requisitos para las decisiones administrativas cuentan con legitimidad: el establecimiento de un procedimiento de participación ciudadana abierto, la participación ha de ser lo suficientemente representativa e inclusiva, tanto por el número de participantes, como los ámbitos e intereses involucrados, y por los niveles de gobierno implicados; y el procedimiento de participación ha de consistir en un diálogo entre las partes ²¹⁸¹.

Además, los Estatutos de Autonomía que se reformaron a partir del año 2006, incorporan el derecho a una buena administración. Por ejemplo, el Estatuto de Cataluña, recoge en el artículo 30 el derecho de todas las personas a que *«la actuación de los poderes públicos sea proporcionada a las finalidades que la justifican»*. Mientras que, la Comunidad Autónoma de Andalucía va un paso más allá, y establece que éste comprende:

«el derecho de todos ante las Administraciones Públicas, cuya actuación será proporcionada a sus fines, a participar plenamente en las decisiones que les afecten, obteniendo de ellas una información veraz, y a que sus asuntos se traten de manera objetiva e imparcial y sean resueltos en un plazo razonable, así como a acceder a los archivos y registros de las instituciones, corporaciones, órganos y organismos públicos de Andalucía, cualquiera que sea su soporte, con las excepciones que la ley establezca»²¹⁸².

No obstante, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, ha afirmado en relación con esto que:

²¹⁸¹ Vide Javier BARNES VÁZQUEZ, “Buena administración, principio democrático y procedimiento administrativo”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 21, (2019), p. 84 y ss.

²¹⁸² Vide Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, artículo 31.

«en el derecho a una buena administración se integra el derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, derecho reconocido en el artículo 105 b de la Constitución, y que, al igual que el derecho de audiencia o la obligación de motivar las decisiones administrativas, cómo decíamos, integra el contenido del derecho a una buena administración, como derecho de última generación»²¹⁸³.

Si bien, esta necesidad de motivación de las resoluciones como requisito para una buena administración, ha sido reiterada en sentencias posteriores, así el Tribunal afirma que:

«cabe significar que los principios de transparencia y buena administración exigen de las autoridades administrativas que motiven sus decisiones y que acrediten que se adoptan con objetividad y de forma congruente con los fines de interés público que justifican la actuación administrativa, tomando en consideración todas aquellas circunstancias que conforman la realidad fáctica y jurídica subyacente»²¹⁸⁴.

En este sentido, la Ley 39/2015, señala en el artículo 129.5, la obligación de que las Administraciones Públicas definan claramente los objetivos de las iniciativas normativas y su justificación en el preámbulo o exposición de motivos.

Sin embargo, no debemos olvidar que la herramienta que esta posibilitando una buena administración, sobre todo, más rápida y eficiente, son las nuevas tecnologías²¹⁸⁵. En este sentido, la reforma para la Administración electrónica, y especialmente el régimen jurídico del procedimiento administrativo se torna transversal para garantizar una buena administración. La creación de derechos y obligaciones para relacionarse electrónicamente con las Administraciones, así como, el establecimiento de un marco

²¹⁸³ Vide STS 3989/2012, de 30 de abril, FJ 2.

²¹⁸⁴ Vide STS 4627/2015, de 3 de noviembre, FJ 2.

²¹⁸⁵ Vide COMISIÓN PARA LA REFORMA DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS, Informe de 21 de junio de 2013: *«es un hecho evidente que las tecnologías de la información y su empleo por las Administraciones Públicas constituyen actualmente, y han constituido desde su aparición, la herramienta más eficaz en manos de estas para simplificar sus procesos y trámites, al tiempo que rediseñar todo su sistema procedimental»*

normativo coherente para las notificaciones electrónicas ha supuesto un avance para el diseño y construcción de esa Administración más eficiente y conectada que necesita la sociedad²¹⁸⁶. Aunque éste también plantea ciertas problemáticas que serán estudiadas en profundidad más adelante.

C. El Buen Gobierno y la rendición de cuentas.

Y, en tercer lugar, estaría el principio de rendición de cuentas que puede entenderse como:

«el requerimiento para que los representantes den cuenta y respondan frente a los representados sobre el uso de sus poderes y responsabilidad, actúen como respuesta a las críticas o requerimientos que le son señalados y acepten la responsabilidad en caso de errores, incompetencia o engaño, es decir, que actúen en sentido críticos»²¹⁸⁷.

La doctrina señala al respecto que existen dos mecanismos para controlar el gasto público: por un lado, el “accountability”²¹⁸⁸ horizontal, donde los mecanismos de comprobación se producen entre los poderes del Estado²¹⁸⁹; y, por otro lado, “accountability vertical”²¹⁹⁰, donde el control de la gestión pública pasa a formar parte de

²¹⁸⁶ Vide Luis Ángel BALLESTEROS MOFFA, “La tierra prometida de la administración electrónica en la prestación de servicios públicos y desarrollo de la economía digital”, Luciano José PAREJO ALFONSO y otros, *Los retos del Estado y la Administración del S. XXI: libro homenaje al profesor Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 1694.

²¹⁸⁷ Vide Borja Colón DE CARVAJAL FIBLA, “Administración electrónica, transparencia, y rendición de cuentas: hacia un modelo más social de Gobernanza digital”, en Isaac MARTÍN DELGADO, *La reforma de la Administración electrónica: una oportunidad para la innovación desde el derecho*, INAP, Madrid, 2017, p. 476.

²¹⁸⁸ Vide Brendan HALLORAN, “Strengthening accountability ecosystems: a discussion paper”, *Transparency and Accountability Initiative*, 3, (2015), p. 2: «Accountability can be broadly defined as the obligation of those in power to take responsibility for their actions. Accountability is a relational process through which individuals and institutions interact, formally and informally, with those for whom they perform tasks or who are affected by their decisions. It requires that those held accountable must explain their decisions and actions to others and the external stakeholders’ right and ability to inquire about those actions».

²¹⁸⁹ Vide Patrizia MAGARÒ, “Independent Fiscal Institutions: A Comparative Analysis”, *Transylvanian Review of Administrative Sciences*, 39, (2013), pp. 69 y ss.

²¹⁹⁰ Vide Patrizia MAGARÒ, “Les institutions budgétaires indépendantes”, *Revue Française de Finances Publiques*, 126, 2014, p. 100.

las competencias de los ciudadanos²¹⁹¹. En España, la rendición de cuentas horizontal está determinada por la Constitución, puesto que, es el Tribunal de Cuentas, y sus homólogos autonómicos los que se encargan de controlar las partidas presupuestarias en la que se invierten los fondos públicos (artículo 136 CE). Pero, no existe la misma reciprocidad de los sistemas de comprobación por parte de los ciudadanos, lo que explica la petición de la sociedad civil y la doctrina de solicitar fórmulas de rendición de cuentas directas.

2.4.2. El régimen jurídico del buen gobierno.

En España, la Ley de Transparencia ha optado por incluir entre sus objetivos el establecimiento de las obligaciones de buen gobierno que deben cumplir los responsables públicos, así como las consecuencias derivadas de su incumplimiento. De este modo, el “buen gobierno” aparece configurado por un conjunto de principios generales de actuación que debe resultar aplicable a los altos cargos de la Administración General del Estado, a las Comunidades Autónomas, y a las Entidades Locales. En consecuencia, la Ley de Transparencia opta por determinar un código de conducta de naturaleza sancionadora para los servidores públicos, pero sin recoger normas sobre la organización y funcionamiento de la entidad donde desarrollan su actividad los responsables públicos²¹⁹².

Los principios se pueden dividir en dos categorías, bien generales, o bien de actuación. Los principios generales determinan la necesidad de que se actúe en relación con el principio de eficacia, y eficiencia; la dedicación al servicio público; el respeto de la imparcialidad; asegurar un trato igualitario; mantener una conducta digna; y asumir la responsabilidad de sus decisiones. Mientras que, los principios de actuación se ciñen a los deberes que asumen los empleados públicos en el ejercicio de sus funciones, como puede ser el desempeño de su actividad con plena dedicación, guardar el debido secreto de sus actuaciones, la no implicación en actuaciones que sean incompatibles con sus funciones, no aceptarán regalos, ni favores, ni servicios, o el desempeño transparente de

²¹⁹¹ Vide Manuel ARENILLA SÁEZ, “Infracciones”, en Isabel WENCES, Mario KÖLLING y Sabrina RAGONE, *La Ley de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno: una perspectiva académica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, p. 85.

²¹⁹² Vide Antonio DESCALZO GONZÁLEZ, “Sanciones”, en Isabel WENCES, Mario KÖLLING y Sabrina RAGONE, *La Ley de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno: una perspectiva académica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, pp. 110 y ss.

sus funciones²¹⁹³. Todos estos principios tienen la finalidad de ayudar a interpretar y aplicar el régimen sancionador que se articula en los artículos 27, 28, y 29. Si bien, las infracciones distinguen entre los supuestos en materia de conflicto de intereses²¹⁹⁴, infracción en la gestión económico-presupuestario, y disciplinarias.

Así, tal y como apunta la doctrina, la aprobación de la Ley de Transparencia supone el establecimiento de un régimen de obligaciones de las personas que ocupan o desarrollan una posición jerárquica superior dentro de las Administraciones Públicas, cuyo régimen jurídico es heterogéneo²¹⁹⁵. En este sentido, como apunta Palomar Olmeda, la inexistencia de un desarrollo normativo del personal directivo profesional que recoge el Estatuto Básico del Empleado Público en el artículo 13, y la falta de desarrollo estatutario funcional y personal de los miembros del Gobierno, dificulta la determinación del ámbito subjetivo de estas precisiones²¹⁹⁶.

De este modo, la Ley recoge una serie de infracciones (leve, grave y muy grave) y las correspondientes sanciones que pueden ir desde la amonestación en el caso de las leves; a la declaración del incumplimiento y su publicación del BOE o diario oficial que corresponda, o la no recepción de la correspondiente indemnización para el caso de cese en el cargo, en el caso de las graves; y la destitución y la imposibilidad de ocupar ningún otro puesto de naturaleza similar durante un período de cinco a diez años. Si bien, estas sanciones deberán ser, en todo caso, ponderadas, en función de la naturaleza, el perjuicio causado, la ganancia obtenida, las consecuencias desfavorables para la Hacienda pública, o la subsanación o reparación de los perjuicios causados.

²¹⁹³ Vide Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, artículo 26.

²¹⁹⁴ Vide STSJ de Asturias, 965/2019, de 27 de diciembre, FJ 6: «De la jurisprudencia transcrita se colige que para la apreciación de la existencia de un conflicto de intereses es necesaria una valoración en concreto de la oferta y, por otra parte, de la situación del licitador de que se trate; análisis objetivo que haga abstracción de las intenciones de los interesados de manera que, una vez constatada esta situación, determinar si la exclusión de ese licitador es el único remedio para garantizar la observancia de los principios de transparencia y de igualdad de oportunidades de los licitadores».

²¹⁹⁵ Vide Manuel VILLORIA MENDIETA, “El Buen Gobierno y la lucha contra la corrupción en las instituciones públicas”, en Alberto PALOMAR OLMEDA y Mario GARCÉS SANAGUSTÍN, *La gestión de los Fondos Públicos: Control y responsabilidad*, Aranzadi, Navarra, 2013, pp. 123 y ss.

²¹⁹⁶ Vide Alberto PALOMAR OLMEDA, “Buen Gobierno: infracciones en materia de gestión económica-presupuestaria y régimen sancionador”, en Emilio GUICHOT REINA, *Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno: estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Tecnos, Madrid, 2014, p. 200.

En este sentido, la recomendación de la norma debe también ponerse en relación con lo dispuesto en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en el artículo 29, puesto que, este añade otros criterios como el perjuicio causado, la continuidad o persistencia, o la reincidencia. Y, además, en todo caso, la sanción llevará aparejada, la restitución de las cantidades percibidas indebidamente, y la obligación de indemnizar a la Hacienda Pública (en los términos de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria).

Asimismo, apunta la doctrina que el contenido de los principios e infracciones que se establecen en la norma son amplios e indeterminados, y que lleva a una notable repetición de ideas y conceptos. Si bien, en su mayoría estaban ya recogidos en la Orden APU516/2005, de 3 de marzo, por el que se aprueba el Código de buen Gobierno de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado, así como de los principios éticos y de conducta, que se incorporaron al EBEP. Por ello, llama la atención que se pretendan aplicar a altos cargos y directivos que no guardan esa relación con la Administración²¹⁹⁷.

El procedimiento sancionador se iniciará por cualquiera de las formas permitidas en la normativa (de oficio, como consecuencia de una orden de un órgano superior, petición razonada de otros órganos, o denuncia de los ciudadanos). El órgano competente para conocer del procedimiento sancionador variará en función del sujeto que sea objeto del procedimiento. En este sentido, si se trata de altos cargos del Gobierno o la Secretaría del Estado, será el Consejo de Ministros; cuando estén al servicio de la AGE será competente la Secretaría de Estado; y en caso de que se trata de personas al servicio de la Administración autonómica o local, el conocimiento dependerá de los órganos que tengan atribuidas las funciones de aplicación del régimen disciplinario²¹⁹⁸.

No obstante, frente a las resoluciones sancionadoras dictadas por estos órganos cabe recurso frente al orden contencioso-administrativo, cuya competencia, debe ajustarse a los criterios establecidos en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Si bien, como de manera muy acertada afirma

²¹⁹⁷ Vide Antonio DESCALZO GONZÁLEZ, “Sanciones”, en Isabel WENCES, Mario KÖLLING y Sabrina RAGONE, *La Ley de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno: una perspectiva académica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, p. 120.

²¹⁹⁸ Vide Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, artículo 31.

la doctrina, el conocimiento de estas sanciones no debe tramitarse como si se tratara de una relación de personal, en cuyo caso, dependería del orden social. En este sentido, en realidad en lo que se refiere al ámbito subjetivo de aplicación de la norma lo que existe es puramente una relación administrativa y de deber al servicio público, por lo que no tiene cabida aplicar el Estatuto Básico del Empleado Público²¹⁹⁹.

2.5. La participación ciudadana.

2.5.1. El caballo de batalla para construir el “Open Government”.

A la participación ciudadana se le han dado tantos conceptos, y utilizado en diversos contextos, que prácticamente ha perdido la integridad. No obstante, la idea es describirla desde una perspectiva de participación en los asuntos públicos. En este sentido, la democracia representativa es limitada, por lo que, se complementa con otros recursos como son los instrumentos de participación ciudadana²²⁰⁰.

Por tanto, la participación ciudadana se construye desde la acción y experiencias de los distintos actores, desde el reconocimiento de intereses diversos y desde la diferencia de deseos y realidad²²⁰¹. Por lo que, la participación se convierte en el resultado de los hechos, de los significados diferentes, del sentido, de las motivaciones e intencionalidad y de las posiciones sociales de los actores²²⁰².

Si bien, siguiendo a Parés, por participación ciudadana se entiende:

²¹⁹⁹ Vide Alberto PALOMAR OLMEDA, “Buen Gobierno: infracciones en materia de gestión económica-presupuestaria y régimen sancionador”, en Emilio GUICHOT REINA, *Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno: estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Tecnos, Madrid, 2014, p. 329.

²²⁰⁰ Vide Ramón COTARELO GARCÍA, “De la democracia convencional a la Digital”, en Benigno PENDAS GARCÍA, *España constitucional (1078-2018) trayectorias y perspectivas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, p. 1688: «Los elementos de participación popular están reducidos al mínimo, muy particularmente a través de un sistema electoral proporcional, pero de efectos mayoritarios para el Congreso y mayoritario para el Senado. Las demás formas de participación democrática no reciben mejor trato».

²²⁰¹ Vide Alfonso ORTÍ BENLLOCH, “La confrontación de modelos y niveles epistemológicos en la génesis e historia de la investigación social”, en José MANUEL DELGADO y Juan GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Métodos y técnicas cualitativas de investigación en ciencias sociales*, Síntesis, Madrid, 1995, pp. 87 y ss.

²²⁰² Vide Jone MARTÍNEZ PALACIOS, “¿Qué significa participar? Reflexiones sobre la construcción de las imágenes de participación”, *Revista de sociología*, 103, (2018), pp. 367-393.

«todas aquellas prácticas políticas y sociales a través de las cuales la ciudadanía puede (o pretende) incluir sobre alguna dimensión de aquello que es público»²²⁰³.

En consecuencia, tal y como afirma la doctrina:

«la participación ciudadana ya no atribuye a los gobiernos y a las administraciones públicas la exclusividad en la resolución de los asuntos públicos. Junto a ellos, la ciudadanía organizada o no, de forma coordinada, debe trabajar para encontrar soluciones en condiciones de igualdad, a pesar, e incluso, manifestando diferencias»²²⁰⁴.

Tal y como ha advertido el Tribunal Constitucional, nuestra democracia garantiza de manera muy amplia la participación de los ciudadanos en la vida pública y en el destino colectivo, a través de la fórmula de representación política, pero también, de participación directa en:

«aquellos supuestos en los que la toma decisiones políticas mediante un llamamiento directo al titular de la soberanía»²²⁰⁵.

La Constitución recoge algunos instrumentos característicos de la democracia directa, como son la iniciativa legislativa popular (art. 87.3); el referéndum (art. 92.1), y el régimen de concejo abierto (artículo 140), como modalidades de participación directa que entroncan con el artículo 23.1 CE. Sin embargo, tal y como advierte la jurisprudencia:

«es evidente que este entendimiento de la participación a que se refiere el art. 23.1 CE no agota las manifestaciones del fenómeno participativo que tanta importancia ha tenido y sigue teniendo en las democracias actuales y al que fue especialmente sensible nuestro constituyente. De hecho, el Texto constitucional

²²⁰³ Vide Marc PARÉS I FRANZI, “La participación ciudadana en la esfera pública: enfoques teórico-normativo y modelos de democracia”, en *Participación y calidad democrática: evaluando las nuevas formas de democracia participativa*, Ariel, Barcelona, 2009, p. 20.

²²⁰⁴ Vide Jacinto M. PORRO GUTIÉRREZ, “La participación ciudadana no es una opción”, en María ZAMBONINO PULITO, *Buen gobierno y buena administración*, Iustel, Madrid, 2019, p. 133.

²²⁰⁵ Vide STC 119/1995, de 17 de julio, FJ 3.

es rico en este tipo de manifestaciones. En unos casos, se contiene un mandato de carácter general a los poderes constituidos para que promuevan la participación en distintos ámbitos: así, el art. 9.2 C.E. contiene un mandato a los poderes públicos para que faciliten ‘la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social’, y el art. 48 establece la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para la participación de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural. En otros casos, el constituyente ha previsto formas de participación en ámbitos concretos, algunas de las cuales se convierten en verdaderos derechos subjetivos, bien ex constitutione, bien como consecuencia del posterior desarrollo por parte del legislador; es el caso del art. 27, que en sus apartados 5 y 7 se refiere a la participación en la programación en la enseñanza y en el control y gestión de los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos; del art. 105, según el cual la Ley regulará la audiencia de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas [apartado a)], y la garantía de la audiencia de los interesados en el procedimiento de producción de actos administrativos [apartado c)]; del art. 125, que prevé la participación de los ciudadanos en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, y del art. 129, que en su apartado primero remite a la Ley el establecimiento de formas de participación de los interesados en la Seguridad Social y en la actividad de determinados organismos públicos, y en su apartado segundo recoge un mandato a los poderes públicos para que promuevan eficazmente formas de participación en la empresa. Diversas fórmulas de participación –bien directamente, bien a través de órganos establecidos al efecto– se recogen también en los arts. 51, 52 y 131.2 de la Constitución»²²⁰⁶.

El buen gobierno supone la sinergia entre un uso eficiente de los recursos públicos y la participación ciudadana en el diseño, control y evaluación de las políticas y servicios que se prestan por parte de las instituciones. La implicación de los ciudadanos, las empresas, las asociaciones y los profesionales en la creación, prestación, y valoración de

²²⁰⁶ Vide STC 119/1995, de 17 de julio, FJ 4.

las actividades públicas se configuran como un elemento imprescindible para conseguir el sistema organizativo abierto al que realmente se aspira.

Sin embargo, en el marco normativo general y de referencia en esta materia, se obvia por completo hacer algún tipo de concreción o declaración sobre la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos. Pero, es más, ni siquiera se toman en consideración las recomendaciones de los mecanismos de revisión independientes de los planes de Acción de Gobierno Abierto, advirtiendo de la necesidad de reformar la presencialidad e interacción de los ciudadanos, para modificar el régimen jurídico. El Estado está limitando, hasta el momento, en una transparencia y buen gobierno de carácter formal, sin entrar de lleno en la fase de conversión auténtica que implica esa interrelación con la ciudadanía en la “res pública”.

El estado actual en el que se encuentra la participación y cooperación ciudadana en los asuntos públicos no está a la altura de las tendencias comunicativas y necesidades sociales. No ha existido, hasta el momento, una Administración que cuente con tantos medios y herramientas para estar en contacto con lo que reclaman los destinatarios de los servicios y políticas públicas, como lo es la actual. Los nuevos canales de comunicación, especialmente las páginas webs y las redes sociales, son perfectos para acercar a la ciudadanía a las actividades de buena administración, rendición de cuentas e interacción sobre la gestión de los recursos públicos.

La configuración de la Administración electrónica (que comenzó en el Plan de Acción Info XXI en el año 1999), diseñada para prestar servicios públicos digitales de mayor calidad que mejoren la democracia, permiten realizar estas actividades sin grandes esfuerzos. La infraestructura para acometer esta finalidad ya está constituida, a pesar de las mejoras y renovación que puede llegar a necesitar, sólo falta cambiar el sistema de funcionamiento basado en la reserva y confidencialidad de las Administraciones Públicas para abrirlo a los ciudadanos.

En este sentido, es necesario modificar el régimen jurídico para incluir nuevos mecanismos e instrumentos de participación propios del S.XXI en nuestro sistema de gobierno. No obstante, algunas Comunidades Autónomas llevan la delantera en este proyecto, puesto que algunas ya reconocen el derecho de participar de forma digital en

los asuntos públicos a los ciudadanos, como es el caso de Navarra²²⁰⁷, Andalucía²²⁰⁸ o Cataluña²²⁰⁹. Sin embargo, no ocurre igual con las entidades locales, donde se destaca por la doctrina la falta de capacidad para dar respuesta a las demandas de los ciudadanos. Y, aunque, en algunos casos si que se han desarrollado reglamentos de participación ciudadana, concejalías específicas o consejos sectoriales, no están recibiendo el soporte y las garantías legales necesarias²²¹⁰.

Sin embargo, esto no significa que las Administraciones Públicas estén ajenas al proceso de revolución tecnológica, puesto que, en su mayoría, tienen presencia en el ciberespacio a través de páginas webs o redes sociales²²¹¹. Esta realidad ha obligado a legislar sobre la materia, adaptando el régimen jurídico de las Administraciones a esta nueva forma de prestar servicios públicos. Si bien, el problema lo hallamos en cómo se está gestionando por parte de las instituciones esta presencia en la red.

Tal y como advierte la doctrina, existen tres formas de utilizar estos medios: en primer lugar, para la prestación de servicios en línea ofreciendo determinados productos; en segundo lugar, para aumentar determinadas variables relacionadas con el Sector Público como puede ser la confianza, la accesibilidad, la rendición de cuentas, la eficiencia, el control del nivel de corrupción, o la percepción de la ciudadanía de los servicios que se prestan, y la utilización de éstos para cambiar o modificar las políticas y servicios públicos; y en tercer lugar, desde el plano interno de la Administración, es decir, cómo influyen las nuevas tecnologías en la gestión de proyectos, estrategias o políticas públicas²²¹². En este caso, lo que se busca es la participación de la ciudadanía, lo que lleva a centrar el análisis en la primera y segunda forma de utilizar estos medios.

²²⁰⁷ Vide Ley Foral 12/2019, de 22 de marzo, de Participación Democrática en Navarra, artículo 43 y 44.

²²⁰⁸ Vide Ley 7/2017, de 27 de diciembre, de Participación Ciudadana de Andalucía, artículo 26.

²²⁰⁹ Vide Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, artículo 69.

²²¹⁰ Vide Andrés CERNADA RAMOS, Luca CHAO PÉREZ y Carmen PINEDA NEBOT, “Participación ciudadana en la gestión a la gestión de la participación”, *Política y Sociedad*, 54, (2017), p. 189.

²²¹¹ Vide Eduardo GAMERO CASADO, “El derecho digital a participar en los asuntos públicos: redes sociales y otros canales de expresión”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO y José Luis PIÑAR MAÑAS, *Sociedad digital y derecho*, o.c., pp. 226.

²²¹² Vide J. Ignacio CRIADO GRANDE, *Entre sueños utópicos y visiones pesimistas: Internet y las tecnologías de la información y la comunicación en la modernización de las Administraciones Públicas*, INAP, Madrid, 2009, pp. 65 y ss.

Por último, he de añadir que, el proyecto de la Carta de los Derechos Digitales recoge en el artículo 14, el derecho a la participación ciudadana en los entornos digitales, y para ello:

«se promoverán entornos digitales que contribuyan a un derecho de acceso efectivo a la información pública, la transparencia, la rendición de cuentas, así como a la propuesta, e implicación de las personas en las actuaciones de las Administraciones públicas en sus respectivos ámbitos competenciales, de acuerdo con la Constitución».

No obstante, el artículo no determina el procedimiento que permitirá ejecutar o cumplir con ese derecho, en tanto que, no prevé el concreto espacio digital que permita la participación ciudadana en los asuntos públicos. Por tanto, tampoco supone un incremento de las garantías de los ciudadanos y una mejora de la situación actual.

2.5.2. Régimen jurídico sobre el uso de páginas webs, plataformas y redes sociales por las Administraciones Públicas.

Las Administraciones Públicas comenzaron a utilizar las páginas webs y otras plataformas digitales a partir del desarrollo de la sociedad de la información. El ritmo de madurez e implantación de estas ha ido evolucionando a una velocidad similar que el resto de la sociedad, incluyendo portales y servicios cada vez más sofisticados. Así, en la actualidad, existen distintas iniciativas de las Administraciones Públicas como, por ejemplo, la comunicación por correo electrónico, el uso de blogs, páginas webs de contenido político, participación en consultas²²¹³, discusiones y referéndums²²¹⁴ en línea, o la presentación de peticiones electrónicas.

²²¹³ Vide Juan José SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, “Comentario de la sentencia 31/2015, sobre consultas populares no referendarias y otras formas de participación ciudadana”, *El Cronista del Estado social y Democrático de Derecho*, 67, (2017), p. 6 «*las consultas populares son simples formas de democracia participativa, que no se remiten a un verdadero derecho fundamentales sino a un difuso y simple derecho a emitir la opinión o ser consultado*».

²²¹⁴ Vide STC 31/2015, de 25 de febrero, FJ 6: «*cuando el poder público convoca al conjunto de los ciudadanos de un ámbito territorial determinado para que ejerzan el derecho fundamental de participación en los asuntos públicos emitiendo su opinión, vinculante o no, sobre una determinada cuestión, mediante votación y con las garantías propias de un proceso electoral*».

No obstante, las páginas webs y plataformas de las Administraciones Públicas debe entenderse como:

«espacios de prestación de servicios públicos y, por tanto, deben estar centradas en los ciudadanos (...). La organización de la presencia en la web no ha de realizarse atendiendo a la estructura interna, sino en atención a las necesidades de la ciudadanía»²²¹⁵.

En consecuencia, todo lo que no esté dirigido a prestar un servicio público, a garantizar algún derecho, cubrir una necesidad de los ciudadanos, o que otorgue mayor valor a alguno de éstos, definitivamente sobra dentro de las plataformas. Pero es que, es más, yo añadido a lo anterior que toda la información o documentos que se publiquen en los medios digitales, si no incrementan la calidad o mejoran la prestación de los servicios públicos, hay que repensar su funcionamiento para conservarlos, o directamente optar por eliminarlos. Las páginas webs se han utilizado como instrumentos propagandísticos, o de publicidad de la actividad política encubierta por muchas Administraciones. Por ello, se ha ido experimentando una creciente regulación jurídica de las mismas para su uso dentro del Sector Público.

Mientras que, en el caso de las redes sociales, no ha sido hasta entrado el nuevo decenio cuando ha comenzado el auge de su utilización dentro de las Administraciones Públicas, es el caso del uso de aplicaciones como Facebook, Instagram, Twitter o Youtube. Si bien, este ha sido un proceso lento y desigual, especialmente para aquellas Administraciones sumidas en la rutina y acostumbradas a seguir un procedimiento burocrático y reglamentario en sus actuaciones. Tal y como advierte la doctrina, las redes sociales implican una nueva forma de entender las relaciones con los ciudadanos: por un lado, el ciudadano se convierte en un agente activo de producción de contenidos que pueden ser utilizados por la Administración en el ejercicio de sus funciones; por otro lado, las redes sociales posibilitan la coordinación de peticiones lo que permite lograr mejores

²²¹⁵ Vide J. Ignacio CRIADO GRANDE, “Administración Pública en la web y redes sociales para la prestación de servicios públicos”, en Isaac MARTÍN DELGADO, *El procedimiento administrativo y el régimen jurídico de la Administración Pública desde la perspectiva de la innovación tecnológica*, Iustel, Madrid, 2020, pp. 302.

resultados; y, además, las redes sociales generan una nueva forma de actuar con los individuos²²¹⁶.

Pero, es que, las redes sociales tienen un amplio potencial para mejorar las Administraciones Públicas, desde dos perspectivas: una externa relacionada con los ciudadanos, puesto que, les permite publicar información, pero también el intercambio de opiniones, experiencias y conocimiento, haciendo que se extienda el conocimiento de una manera más efectiva; y otro interno, ya sea bien por su utilización por los empleados del sector público²²¹⁷ con los objetivos y el interés de las organizaciones para las que trabajan²²¹⁸. En este sentido, las redes sociales ayudan a conseguir el compromiso de participación y colaboración ciudadana que el resto de las plataformas no consiguen alcanzar²²¹⁹. Si bien, éstas pueden ayudar a crear, reutilizar y compartir contenidos creando un valor adicional a los servicios públicos que se prestan, pero también para diseñar otros nuevos, atendiendo a la utilización de esa información que las Administraciones reciben.

No obstante, una de las claves del éxito de las redes sociales se encuentra en una regulación interna para determinar las pautas de actuación que se deben seguir en su utilización²²²⁰. Así, aunque la gestión de las redes sociales puede encomendarse a cualquier empleado público, sería necesario crear un plan de actuación o estrategia concreta sobre los objetivos que se persiguen con la actividad que desarrolla en éstas²²²¹.

²²¹⁶ Vide J. Ignacio CRIADO GRANDE, “Gobernanza inteligente, innovación abierta y tecnologías sociales en unas Administraciones Públicas colaborativas. ¿Hacia un cambio de paradigma en la gestión pública?”, *Nuevas tendencias en la Gestión Pública*, INAP, Madrid, 2016, p. 40.

²²¹⁷ Vide Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ y Fátima PÉREZ FERRER, “El personal estatutario del Sistema Nacional de Salud español”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 10, (2013), pp. 12 y ss.

²²¹⁸ Vide J. Ignacio CRIADO GRANDE, “Redes sociales y Administraciones Públicas: Hacia una gestión estratégica del Sector Público”, J. Ramón GIL GARCÍA, J. IGNACIO CRIADO GRANDE, Juan Carlos TÉLLEZ MOSQUEDA, *Tecnologías de Información y Comunicación en la Administración Pública: conceptos, enfoques, aplicaciones y resultados*, INFOTEC, Ciudad de México, 2017, pp. 230 y ss.

²²¹⁹ Vide Jesús PALOMAR I BAGET, “La capacitación y la formación de los empleados públicos para el uso de redes sociales y herramientas digitales”, en J. Ignacio CRIADO GRANDE, *Nuevas tendencias en la Gestión Pública*, INAP, Madrid, 2016, p. 237.

²²²⁰ Vide Agustí CERRILLO I MARTÍNEZ, “Gobierno Abierto”, *A las puertas de la Administración Digital: una guía detallada para la aplicación de las Leyes 39/2015 y 40/2015*, INAP, Madrid, 2016, p. 172.

²²²¹ En este sentido, sobre las estrategias de networking de los gobiernos electrónicos Vide Abraham LIRA VALENCIA, “Networking del gobierno electrónico en la @072cdmx para obtener relevancia en la comunidad Twitter”, en J. Ignacio CRIADO GRANDE, *Nuevas tendencias en la gestión pública*, INAP, Madrid, 2016, pp. 197 y ss.

Sin embargo, la mayoría de las Administraciones cuentan ya con personal especializado en “social media” para su gestión.

La relación de las Administraciones Públicas con las redes sociales puede ser de lo más amplia, desde la configuración de perfiles oficiales de organismos públicos, como de empleados públicos, o de representantes públicos. En este sentido, las Administraciones Públicas pueden utilizar las redes sociales para comunicarse como redes internas, pero para ello éstas deben contar con los requisitos de seguridad de las comunicaciones necesarios. Por esta razón, señala la Agencia Española de Protección de Datos que es necesario que, en la política de información de la entidad, deben estar definidos claramente los límites del uso de las redes sociales y, por tanto, quién será la entidad responsable de verificar que se cumple con la legalidad vigente en esta materia²²²².

Otro problema, bastante habitual, derivado del uso de redes sociales es cuando los empleados públicos comparten a través de sus cuentas privadas información o comentarios relativos al órgano o entidad pública. De manera que, puede ocurrir que sean los propios empleados públicos los que realicen un tratamiento ilegítimo de la información que disponen. Por ello, se recomienda que la política de información de la entidad se deje constancia de la prohibición de realizar el tratamiento de datos personales en redes sociales²²²³, y la concreción del régimen sancionador, y correspondientes sanciones que se podrían imponer al respecto.

Sin embargo, la situación se complica cuando se trata de prestar servicios públicos a través de las redes sociales. En este sentido, esto obliga a que el usuario tenga un perfil en la concreta red social por la que se vaya a prestar el servicio, lo que implica la aceptación de permisos y licencias de tratamiento de sus datos que en ningún supuesto pueden ser obligatorios. De manera que, deberán establecerse vías alternativas para la prestación de estos servicios que no obliguen a los ciudadanos a ser usuarios de estas plataformas. La Agencia Española de Protección de Datos incluso propone que, cuando se presten servicios públicos a través de estos canales, las Administraciones Públicas tienen el deber de informar sobre el tratamiento de la información, según lo recogido en el RGPD. Para ello, se contempla la posibilidad de incluir un post en el perfil en el que

²²²² *Vide* AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, “Tecnologías y protección de datos en las AA.PP.”, noviembre de 2020, p. 18.

²²²³ *Ibidem* pp. 18 y ss.

se perpetúe un enlace directo a las políticas de privacidad operantes, y además deben adoptarse medidas adicionales que deben quedar reflejadas en la política de comunicaciones en redes sociales, donde se especifique: la responsabilidad de la organización; un documento informativo para los empleados públicos donde se indique el tipo de actividad que se debe desarrollar en redes sociales; y la dotación de una formación adecuada de las personas encargadas de publicar contenidos y responder a las peticiones de los usuarios²²²⁴.

El principal riesgo de utilización de las Administraciones Públicas de las redes sociales para prestar o desarrollar sus servicios es la protección de los datos personales de los ciudadanos, por lo que, el principio de minimización de los datos se debe convertir en el eje estructural de sus políticas evitando riesgos innecesarios. Además, las técnicas de anonimización cuando se lleven a cabo procesos de participación a través de estos canales juegan un papel trascendental para proteger esos datos personales de los usuarios. No obstante, la Administración tiene que ser consciente de que los principales usuarios de las redes sociales son jóvenes, algunos todavía menores de edad, por lo que deberá establecer una mayor protección y garantías de los datos que se recaben.

La presencia, cada vez mayor, en estos canales de comunicación por parte de las Administraciones Públicas ha derivado en un incremento de la labor legislativa para adaptar su interacción en el medio digital al régimen jurídico (aunque ésta aún es incipiente)²²²⁵. En este sentido, la Ley 11/2007 de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, es el punto de inflexión en materia de regulación de la dimensión digital de las Administración Públicas. Si bien, esta es la primera norma que reconoce el derecho de los ciudadanos a relacionarse electrónicamente con las Administraciones Públicas²²²⁶.

²²²⁴ Vide AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, “Tecnologías y protección de datos en las AA.PP.”, noviembre de 2020, p. 18.

²²²⁵ Vide Dolors CANALS AMETLLER, “El proceso normativo ante el avance tecnológica y la transformación digital (inteligencia artificial, redes sociales y datos masivos)”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 50, (2019), p. 10.

²²²⁶ Vide Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, artículo 6.1: «Se reconoce a los ciudadanos el derecho a relacionarse con las Administraciones Públicas utilizando medios electrónicos para el ejercicio de los derechos previstos en el artículo 35 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como para obtener informaciones, realizar consultas y alegaciones, formular solicitudes, manifestar consentimiento, entablar pretensiones, efectuar pagos, realizar transacciones y oponerse a las resoluciones y actos administrativos».

Tampoco se puede obviar el peso que la Ley 19/2011, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, concede a las sedes electrónicas y páginas webs como espacios esenciales para la publicación de datos e información²²²⁷, y que a la par genera una serie de obligaciones a las unidades de información para garantizar la disponibilidad y el acceso de aquello que se publica a la población²²²⁸. No se puede obviar que las páginas webs y los portales se han convertido en una herramienta clave para promover la transparencia de las instituciones.

Con posterioridad, será la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, la que se convierte en el referente en materia de relación electrónica entre las Administraciones Públicas y los ciudadanos²²²⁹.

Sin embargo, será la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, donde se regulen aspectos más concretos, a la par de técnicos, de la presencia en páginas webs de las Administraciones Públicas. En este sentido, se define la sede electrónica y se posibilita que cada Administración cree su propia sede, de conformidad con los principios de transparencia, publicidad, responsabilidad, seguridad, accesibilidad, neutralidad o interoperabilidad²²³⁰. La regulación de estos principios se encuentra recogida en el Real Decreto 4/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Interoperabilidad en el ámbito de la Administración electrónica, y Real Decreto 3/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Seguridad en el ámbito de la Administración Electrónica.

²²²⁷ Vide Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, artículo 5.4: «La información sujeta a las obligaciones de transparencia será publicada en las correspondientes sedes electrónicas o páginas web y de una manera clara, estructurada y entendible para los interesados y, preferiblemente, en formatos reutilizables. Se establecerán los mecanismos adecuados para facilitar la accesibilidad, la interoperabilidad, la calidad y la reutilización de la información publicada, así como su identificación y localización».

²²²⁸ Vide Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, artículo 21.

²²²⁹ Vide Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, artículo 14.1: «Las personas físicas podrán elegir en todo momento si se comunican con las Administraciones Públicas para el ejercicio de sus derechos y obligaciones a través de medios electrónicos o no, salvo que estén obligadas a relacionarse a través de medios electrónicos con las Administraciones Públicas. El medio elegido por la persona para comunicarse con las Administraciones Públicas podrá ser modificado por aquella en cualquier momento».

²²³⁰ Vide Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, artículo 38.

Por otro lado, también se definen el concepto de portal de Internet, haciendo una clara alusión a la función que cumple en nuestro ordenamiento el Portal de Transparencia²²³¹. De igual manera, se hace alusión a los sistemas de identificación y firma (artículo 40, 42 y 43), la interoperabilidad de los documentos y actuaciones entre las Administraciones Públicas (artículo 44 y 45), y la obligación de almacenar los documentos de las actuaciones administrativas en formato electrónico (artículo 46).

Por último, hay que traer a colación el Real Decreto 1112/2018, de 7 de septiembre, sobre accesibilidad de los sitios web y aplicaciones para dispositivos móviles del sector público. Esta norma es consecuencia de la Directiva (UE) 2016/212, de 26 de octubre, sobre la accesibilidad de los sitios web y aplicaciones para dispositivos móviles de los organismos del Sector Público. Si bien, esta norma se refiere al contenido publicado a través de estos sitios web, con independencia de que sea textual o meramente accesible, por ejemplo, el contenido multimedia, o de la intranet. De manera que, la finalidad que se pretende garantizar es el acceso a toda la población a estos recursos, superando de este modo la brecha digital, pero también de las personas con discapacidad²²³².

Sin olvidar por supuesto la importancia que ha adquirido en esta materia, la Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y de Garantía de los Derechos Digitales que ha apostado por el establecimiento de una serie de derechos. Si bien, aunque en lo que se refiere al uso de redes sociales, éstas están sujetas a lo dispuesto en la Ley 34/2002, de 11 de julio de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico, puesto que, son los prestadores de servicios los que se encargan de organizar el desarrollo de la actividad, el establecimiento de garantías adicionales como la portabilidad de datos, o el derecho al olvido ha supuesto una mejora para las garantías de los ciudadanos en la red.

Junto a estos se han desarrollado distintos planes, recomendaciones y manuales para un correcto ejercicio de estas canales de comunicaciones por las Administraciones

²²³¹ Vide Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, artículo 39: «Se entiende por portal de internet el punto de acceso electrónico cuya titularidad corresponda a una Administración Pública, organismo público o entidad de Derecho Público que permite el acceso a través de internet a la información publicada y, en su caso, a la sede electrónica correspondiente».

²²³² Vide Real Decreto 1112/2018, de 7 de septiembre, sobre accesibilidad de los sitios web y aplicaciones para dispositivos móviles del sector público, artículo 1.2: «A los efectos de este real decreto se entiende por accesibilidad el conjunto de principios y técnicas que se deben respetar al diseñar, construir, mantener y actualizar los sitios web y las aplicaciones para dispositivos móviles para garantizar la igualdad y la no discriminación en el acceso de las personas usuarias, en particular de las personas con discapacidad y de las personas mayores».

Públicas. Si bien, a resaltar dentro de las plataformas institucionales específicas para procesos de participación ciudadana destacan “Decide Madrid”²²³³ y “Decide Sevilla”²²³⁴. En estas plataformas se hacen debates, propuestas, votaciones o consultas, para las que previamente hay que darse de alta como usuarios, lo que permite ejercer el derecho de voto con ciertas garantías. Sin embargo, estas plataformas no han alcanzado niveles de participación significativos de votantes²²³⁵.

El fallo de estas plataformas se encuentra en primer lugar, en la ignorancia de su existencia para la mayoría de los ciudadanos. Sin educación o formación, es imposible que estas plataformas lleguen ni tan siquiera a utilizarse, puesto que existe un desconocimiento generalizado de las mismas. Y, en segundo lugar, a la mayoría de ellas no se les otorga la publicidad suficiente para atraer a los ciudadanos en su ejercicio. Esto lleva, en consecuencia, a afirmar que únicamente una esfera pequeña de la población que bien siga a las instituciones en redes sociales, o que le aparezca la publicidad, porque los algoritmos que diseñen la aplicación entiendan que le puede interesar, probablemente conozca esta posibilidad de participación en las instituciones.

Sin contar por supuesto, que se parte de una premisa equivocada como es el hábito de relacionarse electrónicamente de los ciudadanos con las Administraciones. Este no existe o es muy escaso. Además, de que estas plataformas, tal y como se encuentran configuradas, no inspiran confianza, y ni mucho menos son intuitivas, lo que implica su escasa utilidad.

Por tanto, los proyectos que se han llevado a cabo de participación ciudadana en el medio digital no se les ha dedicado los esfuerzos económicos, ni tampoco la implementación de medios materiales para que lleguen a cumplir con su finalidad. Se observa un cierto desinterés de las Administraciones por materializar este proyecto de forma que cumpla con su función social. Así, ni se les otorga un régimen jurídico de seguridad potente de las actuaciones, ni una difusión del proyecto en consonancia con el valor jurídico que se defiende, ni la plataforma merece la confianza de los ciudadanos.

²²³³ Vide <https://decide.madrid.es>

²²³⁴ Vide <https://www.sevilla.org/DecideSevilla/>

²²³⁵ Vide Eduardo GAMERO CASADO, “El derecho digital a participar en los asuntos públicos: redes sociales y otros canales de expresión”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO y José Luis PIÑAR MAÑAS, *Sociedad digital y derecho*, o.c., pp. 226-227.

Por ello, resulta tan interesante que una de las medidas del Gobierno esté destinada a formar a la población para que se sepan utilizarlas. Si bien, éstas se incluyen tanto en el Plan España digital 2025, como en el Plan de Gobierno Abierto 2020-2024. En este sentido, como afirma la doctrina, sin educación para la transparencia, tanto dirigida a los empleados públicos, como para los actores que deben intervenir en el proceso, es imposible alcanzar unas instituciones que instauren éste como principio de actuación, y que los ciudadanos exijan su cumplimiento²²³⁶.

2.5.3. La creación de un ágora digital.

No obstante, Internet nos da la posibilidad de que los ciudadanos puedan votar, manifestarse dando su opinión, y reprender al Gobierno cuando no lo haga bien. La materialización de todas las acciones podría hacerse en una especie de ágora²²³⁷ digital²²³⁸ en el que los ciudadanos más implicados en el desarrollo de la política puedan intercambiar sus ideas. Un lugar donde el ser humano sea capaz de expresar lo que piensa, pero más importante aún, de escuchar el pensamiento de otras personas de forma ordenada y respetuosa, y si puede ser, mucho más de lo que se hace en la actualidad en el Parlamento.

No se trata sólo de consultas generales de temas que nos pueden perjudicar o beneficiar a todos, sino de carácter local o regional sobre temas concretos cómo dónde preferimos que se gasten determinadas partidas de presupuesto. Por ejemplo, si la Comisión de Festejos debe invertir mayor cantidad de dinero o no en determinados servicios, o si existiendo una parte del presupuesto sobrante dónde gastarla para satisfacer mejor las necesidades de la población. Además, esto supondría un éxito para la garantía

²²³⁶ Vide Joaquín MESEGUER YEBRA, *What's next?*, *Revista Española de la Transparencia*, 8, (2019), pp. 21 y ss.

²²³⁷ Vide Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, "Retos, riesgos y oportunidades de la sociedad digital", en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO y José Luis PIÑAR MAÑAS, *Sociedad digital y derecho*, o.c., p. 34: «Lo ha puesto de actualidad al romper esa primera barrera del tiempo, del espacio y del número de ciudadanos. En algún sentido los medios digitales parecerían que han creado las condiciones de reconstrucción de la mítica ágora ateniense; modelo de esa democracia directa, donde el debate y la comunicación entre todos es posible con independencia del número que quiera participar en él que ya no queda condicionado, por el espacio físico en que se desarrolla el debate».

²²³⁸ Vide Dolors CANALS AMETLLER, "El proceso normativo ante el avance tecnológico y la transformación digital (inteligencia artificial, redes sociales y datos masivos)", *Revista general de Derecho Administrativo*, 50, (2019), p. 10.

de las libertades y derechos de los ciudadanos, conseguir que se debatieran abiertamente temas trascendentales y llegar a acuerdos que fueran tenidos en cuenta por el Gobierno, lo que implicaría un gran avance de la sociedad.

Ahora bien, las reglas dentro del ágora deben estar perfectamente determinadas a través de una regulación normativa eficaz, en el que se indique: el titular de la iniciativa, los servicios que se ofrecen, quiénes pueden participar, el régimen de responsabilidades y funciones del administrador de la plataforma, las reglas del procedimiento participativo durante toda su vigencia, y la vinculación jurídica de los resultados obtenidos. En consecuencia, depende de la entidad que se encargue de crearla, mediante una ordenanza o reglamento, que en virtud de la potestad reglamentaria que ostenta, configure un régimen jurídico perfectamente definido.

Realmente, la creación de una institución semejante al ágora digital no es tan complicada, y además sería encuadrable dentro de la distribución de poderes que establece la Constitución. Únicamente hace falta actualizar ciertas instituciones arcaicas, y un poco en desuso de nuestra sociedad. El Defensor del Pueblo sería la figura que encarnaría la representación de esta institución democrática, una especie de árbitro dentro del ágora digital, pero también de intermediario entre el pueblo y el Gobierno²²³⁹. A través de esta institución se dispondrían los medios y los límites para que la sociedad, dentro de un entorno digital, pueda conversar y adoptar acuerdos. Con posterioridad, éste trasladaría las inquietudes, decisiones y opiniones de los ciudadanos al poder ejecutivo. Un régimen de participación simple, pero con garantías y del que se desprenda confianza y seguridad para los ciudadanos.

No obstante, en la configuración de esta institución, deben tenerse en cuenta las correspondientes dificultades que subyacen al uso de esta posibilidad de participación social dentro de las decisiones del ejecutivo. Sólo hace falta pensar en la repercusión que tiene en España cualquier decisión política polémica, y en la que cualquier acto que se salga un poco de la línea marcada, parece representar el atentado de Sarajevo, y con él el inicio de una Gran Guerra²²⁴⁰. Los ciudadanos, cada vez más, tienen mayores dificultades

²²³⁹ Vide María José CORCHETE MARTÍN, “La participación ciudadana en los asuntos públicos”, *Deusto*, 63, (2015), p. 100: «Por la complejidad de estos procedimientos de democracia participativa, la práctica nos ha ido mostrando que, junto a los actores protagonistas, se requiere además la presencia de otras figuras o instituciones de carácter mediador que garanticen, desde una posición neutral, la eficacia del proceso».

²²⁴⁰ Vide Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, “Retos, riesgos y oportunidades de la sociedad digital”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL

para conversar y adoptar acuerdos que convengan a ambas partes. Aunque, la representación más evidente de ese problema se encuentra en nuestros políticos actuales, que obvian las funciones que tienen obligación de realizar una vez que son elegidos, y se centran únicamente en la defensa de intereses partidistas.

Sin embargo, no sé si es un atributo vinculado a esta nueva sociedad, fácil de manipular y tendente a las ideologías extremistas, porque se deja llevar por lo que cualquiera dice. Parece que la sobreexposición de la información está convirtiendo al conjunto de la población en cada vez más desinformada, y a lo que, si sumamos la insuficiencia de criterios o formación le hace creerse de manera incuestionable lo que le cuentan. O, simplemente es que estamos perdiendo los valores y principios relacionados con el respeto y la tolerancia, sobre todo, a que los demás se expresen como quieran, y la empatía de ponerse en el lugar del otro, e intentar comprender qué argumentos sustentan su ideología.

Además, tampoco podríamos dejar de lado los problemas derivados de la brecha digital²²⁴¹. El Estado no puede permitir que sólo se escuche al sector conectado de la sociedad, por el mero hecho de contar con medios económicos y capacidades técnicas para moverse en la red, sino que, tiene que buscar un mecanismo alternativo para que el resto de la población pueda seguir expresándose²²⁴². Al menos, hasta que las generaciones

CASTILLO y José Luis PIÑAR MAÑAS, *Sociedad digital y derecho*, o.c., p. 36: «El ágora virtual no es así un ámbito adecuado para el compromiso en la búsqueda de soluciones a los problemas, en cuanto tal compromiso suponga renunciar a la perfección absoluta consistente en que todos obtengan las mismas o semejantes ventajas con los cambios a hacer. Tal cosa no es posible casi nunca; por eso tal ágora no es el foro ideal para la política concebida como arte de lo posible; arte que puede comportar, a veces, lograr mejoras, pero con sacrificios parciales o aplazamientos; o mejoras distintas según los colectivos; o mejoras para unas y pérdidas para otros».

²²⁴¹ Vide Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, “Retos, riesgos y oportunidades de la sociedad digital”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO y José Luis PIÑAR MAÑAS, *Sociedad digital y derecho*, o.c., p. 37: «El ágora virtual podría, a veces, ser representada como una brecha entre una supuesta democracia directa (que se representaría como cristalizando en loas propuestas triunfantes en los debates de esa ágora virtual) y la democracia representativa que exige a sus participantes el compromiso entre todos ellos (en cuanto representantes de todos y cada uno de los grupos sociales y políticos de una comunidad). Una brecha también entre el logro de todas las pretensiones y el compromiso con lo que es posible; con lo que permiten las circunstancias económicas y políticas del país».

²²⁴² Vide Eduardo GAMERO CASADO, “El derecho digital a participar en los asuntos públicos: redes sociales y otros canales de expresión”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO y José Luis PIÑAR MAÑAS, *Sociedad digital y derecho*, o.c., pp. 235-236: «De otro lado, atendiendo a la brecha digital, para evitar la distorsión de mayorías, el canal electrónico debería ser complementario del presencial, especialmente en procesos que consistan en la votación de propuestas, articulándose canales para el ejercicio presencial del voto, aunque sea durante un segmento temporal más reducido que el del voto electrónico».

digitales alcancen cierta edad, donde sea fácilmente constatable que todos tienen capacidad suficiente para manifestarse en este medio.

2.6. “Open Data” y la reutilización de la información pública.

2.6.1. Consideraciones previas.

Los principios de datos abiertos en el ordenamiento jurídico español no están expresamente previstos, pero su contenido se encuentra perfectamente acomodado dentro de la estructura y funcionamiento de la Administración electrónica (artículo 3 de la LRJSP). En este sentido, el “Open Government” se basa en la apertura de datos, poniéndolos a disposición de los ciudadanos. Las actuaciones del ejecutivo han estado centradas en dar publicidad de las actuaciones, facilitar el acceso a la información a los ciudadanos y generar unos principios de funcionamiento de buen gobierno dentro de las instituciones públicas. Hasta el momento, estas características se están implementado en las instituciones (ad intra y ad extra) de forma separada o independiente, pero sin pensar en la trascendencia, que la coordinación de estas fuerzas puede llegar a suponer en el sistema. La sinergia de todos estos preceptos es el requisito indispensable para que se produzca la transformación digital de la democracia al unísono de la evolución de la sociedad. Tal y como advierte la doctrina, la mayoría de los avisos legales no promueven la efectiva reutilización de los datos, además de generar inseguridad jurídica²²⁴³.

Sin embargo, la apertura de los datos implica otras posibilidades, puesto que, el acceso a la información permite su reutilización con otros objetivos o finalidades. En este sentido, tal y como se ha expuesto en el Capítulo II, los distintos sectores de la sociedad están creciendo gracias a la utilización de los megadatos y las técnicas de Big Data, y en esa dirección debe comenzar la conversación de la Administración. Todas las entidades que configuran el Sector Público producen y conservan gran variedad de información²²⁴⁴,

²²⁴³ Vide Agustí CERRILLO I MARTÍNEZ, “Los principios de los datos abiertos en la legislación española”, *Revista de Internet, Derecho y Política*, 19, (2014), p. 74.

²²⁴⁴ Vide Ley 18/2015, de 9 de julio, por la que se modifica la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público, preámbulo: «La información que generan las Administraciones Públicas y los organismos del sector público constituye un importante recurso para promover la economía del conocimiento. De este modo, la reutilización y la puesta a disposición de la información del sector público con fines privados o comerciales favorecen la circulación de información

en su mayoría, reutilizable con fines sociales, económicos, geográficos o estadísticos, lo que puede implicar un beneficio tanto para las Administraciones Públicas como para los ciudadanos y empresas²²⁴⁵. Si bien, los datos deben utilizarse para mejorar los servicios, prestaciones y actuaciones públicas, tal y como afirma la doctrina:

«además de la participación, la transparencia y el acceso a la información, la colaboración se convierte en un auténtico desafío a la hora de configurar la actividad del sector público en este contexto, alumbrando un nuevo paradigma que consiste en la co-creación de servicios públicos digitales a partir de la disponibilidad de datos abiertos en formatos reutilizables de manera automatizada»²²⁴⁶.

Las políticas de “open data” y los programas de reutilización de la información tienen efectos trascendentales para el desarrollo digital del Estado, pero que a la par suponen una mejora del resto de elementos en los que se basa el “Open Government”. Así, la doctrina ha llegado a afirmar que:

«el open data es un derecho de acceso a la información totalmente garantizado, incluso incentivado, sin silencios administrativos y otras trabas, y, sobre todo, con una transparencia real y no simplemente formal, fomentando la participación y la colaboración»²²⁴⁷.

2.6.2. Concepto y caracteres.

El calificativo de datos abiertos hace referencia inequívoca a las instituciones en las que se engloba y la finalidad que persigue: por un lado, constituye uno de los elementos trasversales de la transparencia; y, por otro lado, la forma o el modo en el que

hacia los agentes económicos y la ciudadanía con el fin de fomentar el crecimiento económico, el compromiso social y la transparencia».

²²⁴⁵ Vide Carlos M. RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, “Exposición general del significado y alcance del principio de transparencia y de su regulación internacional y en España”, en Isaac MARTÍN DELGADO, *Transparencia y acceso a la información pública: de la teoría a la práctica*, Iustel, Madrid, 2019, p. 47.

²²⁴⁶ Vide Julián VALERO TORRIJOS y Juan Ignacio CERDÁ MESEGUER, “Transparencia, acceso y reutilización de la información ante la transformación digital del sector público: enseñanzas y desafíos en tiempos del Covid-19”, *Eunomía*, 19, (2020), p. 105.

²²⁴⁷ Vide Víctor ALMONACID LAMELAS, “Entrevista a Víctor Almonacid por Francisco Delgado Morales y Rafael Camacho Muñoz”, *Revista Española de Transparencia*, 9, (2019), p. 21.

se debe poner esa información a disposición de los ciudadanos. En este sentido, la Directiva 2019/1024 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio, relativa a los datos abiertos y la reutilización de la información del sector público define el “open data” como:

«los datos en formatos abiertos que puede utilizar, reutilizar y compartir libremente cualquier persona con cualquier fin».

En consecuencia, ya se denotan al menos dos caracteres identificativos de esta figura: en primer lugar, la necesidad de utilizar formatos (en este caso siempre de carácter digital) que no supongan restricciones para el acceso o la difusión de ese conocimiento; y, en segundo lugar, la configuración de estos datos debe permitir que cumplan con la finalidad de reutilizarlos, con independencia del sujeto (sociedad civil, empresas o Administración) y del objetivo para los que se pretendan usar.

Los datos en sí mismos y aislados, no aportan ningún valor a las instituciones, pero cuando son analizados y se extraen conclusiones de estos, a través del Big Data o la inteligencia artificial, es cuando incrementan su potencialidad. No obstante, no vale cualquier dato, sino que, estos deben cumplir con una serie de principios ampliamente reconocidos por la doctrina, como es que éstos sean completos, primarios, oportunos, accesibles de forma física y electrónica, procesable electrónicamente, no discriminatorios, cumplir con estándares abiertos de difusión, el no sometimiento de su uso a ninguna restricción (excepto aquellas razonables como la privacidad o la seguridad), la permanencia dentro sistema, y la ausencia de contraprestación para su utilización²²⁴⁸. Y, en lo que respecta a la reutilización se entiende:

«el uso de documentos que obran en poder de las Administraciones y organismos del sector público, por personas físicas o jurídicas, con fines comerciales o no comerciales, siempre que dicho uso no constituya una actividad administrativa pública. Queda excluido de este concepto el intercambio de

²²⁴⁸ Vide Agustí CERRILLO I MARTÍNEZ, “Gobierno Abierto”, *A las puertas de la Administración Digital: una guía detallada para la aplicación de las Leyes 39/2015 y 40/2015*, INAP, Madrid, 2016, p. 164.

documentos entre Administraciones y organismos del sector público en el ejercicio de las funciones públicas que tengan atribuidas»²²⁴⁹.

Lo primero que llama la atención es que la reutilización de los datos esté destinada exclusivamente a su utilización por el resto de los sectores de la sociedad, es decir, por las empresas o civiles, pero no se incluyan a las Administraciones. De este modo, desde el inicio de la regulación normativa se limita a un proceso de conversión por parte de sujetos externos a la Administración, y no interior desde las propias instituciones como debería plantearse. El principal problema en esta materia lo encontramos cuando los propietarios de estos datos no saben, o no cuentan, con las herramientas necesarias para transformar esos datos en un producto diferente que otorgue mayor calidad o eficacia a las actuaciones que se desarrollen.

Por ello, resulta imprescindible la coordinación del Sector público y privado para conseguir la finalidad que se persigue, puesto que, en la mayoría de los casos ellos se van a convertir en los intermediarios con los ciudadanos para proporcionar esta información. De este modo, la primera traba que encontramos para superar la fase evolutiva del “Open Government”, es la falta de regulación de una obligación a las Administraciones Públicas para reutilizar estos datos en su propio beneficio, tanto en mejores políticas como servicios públicos.

A modo de ejemplo, imaginemos la trascendencia que puede tener en el sector de la salud, estudiando y analizando los datos que obran en las bases de datos, y utilizando las herramientas de la Revolución Digital, para predecir enfermedades, buscar soluciones alternativas a éstas, o simplemente prevenirlas. No sólo haría más eficiente la Administración en respuesta a las necesidades de los ciudadanos, sino que, ésta lo sería también en relación con el gasto público. Se plantea la posibilidad entonces de que si la Administración utiliza estos datos que tienen especial protección, ¿no debería contraprestar de alguna manera a los ciudadanos?

En mi opinión, la respuesta debe ser negativa. Si, en el supuesto de las relaciones privadas, el uso de los datos que obran en poder de las empresas está justificado con el mero hecho de prestar mejores servicios a sus clientes, ¿cómo no va a serlo que la

²²⁴⁹ Vide Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del Sector Público, artículo 3.1.

Administración los utilice también? El problema trasciende cuando la Administración no tiene capacidad para procesar estos datos, porque no cuenta con la tecnología necesaria, y vende, cede o contrata con un tercero el desarrollo de esta actividad. En este sentido, el problema se resuelve rápidamente, cuando el análisis de esos datos sólo pueda utilizarse respetando los derechos del ordenamiento jurídico y servir para mejorar las actividades que las Administraciones desarrollan.

De este modo, este sería el punto de partida, una regulación inexistente de la posibilidad de reutilización de los datos por parte de las instituciones. Así, al objeto de esta tesis, habrá que centrarse únicamente en las políticas de “Open Data” que, dentro del Sector Público, desde la perspectiva de fomento de la transparencia de las instituciones, se utilización para crear, o ampliar la oferta de servicios, otorgándoles un valor añadido.

En esta línea doctrinal se expresa Valero Torrijos, para quién las políticas de “open data”, basadas en el paradigma de la transparencia para su utilización posterior, deben cumplir con las siguientes características. En primer lugar, el acceso a los documentos debe hacerse desde la modalidad electrónica y siempre desde un formato abierto e interoperable que facilite su reutilización sin necesidad de conversión, es decir, de manera automática. En segundo lugar, los ciudadanos ya no acceden a la información que está en manos de los poderes públicos, sino que se pone a su disposición a través de agentes reutilizadores, vinculados mediante un contrato con el propietario de los datos. En tercer lugar, los agentes reutilizadores serán los que prestan los servicios y, por ende, quienes se hacen responsables de la información que se pone a disposición de la ciudadanía; y, en cuarto lugar, el elemento conectivo del tratamiento de estos datos sería una licencia de uso de la información (en lugar de una autorización específica caso por caso) que permitiera acceder a estos datos para reutilizarlos²²⁵⁰.

No obstante, a la par de estas características en las políticas de “open data”, es necesario un desarrollo legislativo coherente, que ordene las condiciones y objetivos de la reutilización de los datos provenientes del Sector Público. En consecuencia, es necesario determinar tanto el elemento objetivo, es decir la información que se va a poner a disposición de los ciudadanos; el elemento subjetivo, o aquellos que van a estar

²²⁵⁰ *Vide* Julián VALERO TORRIJOS, “El acceso y la reutilización de la información del Sector Público desde la perspectiva de la reforma de la Administración electrónica”, en Isaac MARTÍN DELGADO, *La reforma de la Administración electrónica: una oportunidad para la innovación desde el derecho*, INAP, Madrid, 2017, p. 452.

obligados a proporcionar la información que, cuanto mayor sea el ámbito de aplicación, más probabilidades de éxito tendrán estas políticas; y el elemento temporal, especialmente referido a la contemporaneidad e inmediatez de los datos que se utilicen.

2.6.3. Grupo normativo regulador.

El impulso de la regulación jurídica del “Open Data” y la reutilización de la información del sector público proviene de la Unión Europea. Así el primer antecedente normativo se encuentra en la Directiva 2003/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de noviembre, relativa a la reutilización de la información del sector público. Si bien, esta norma ha sido modificada hasta en tres ocasiones por la Directiva 2003/98/CE relativa a la reutilización de la información del sector público; la Directiva 2013/37/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio; y de forma reciente por la Directiva 2019/1024 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio, relativa a los datos abiertos y la reutilización de la información del sector público. Si bien, esta última reforma casa con la estrategia europea de crecimiento a partir de los datos, puesto que, forma parte de esa utilización de los documentos públicos para fomentar el crecimiento económico y social de las instituciones.

En el caso del ordenamiento jurídico español encontramos disparidad normativa sobre este tema. En lo que se refiere al ámbito jurídico específico de reutilización de datos del Sector Público, la Directiva 2003/98/CE se traspuso mediante la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del Sector Público. Además, en el año 2011 se aprobó un desarrollo normativo para el ámbito del sector público estatal, en materia de reutilización de la información mediante el Real Decreto 1495/2011, de 24 de octubre, por el que se desarrolla la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público, para el ámbito del sector público estatal.

No obstante, también le resulta de aplicación lo dispuesto en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, en todo lo dispuesto sobre el régimen jurídico de publicidad activa, en tanto que, constituye la base de las políticas de open data utilizadas por las instituciones públicas hasta este momento. Finalmente, la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, se modificó mediante Ley 18/2015, de 9 de julio.

Además, la reforma legislativa para la implantación de la Administración electrónica también hace determinadas referencias en materia de los formatos en los que se tiene que poner a disposición la información y sobre la reutilización de ésta. Sin embargo, tal y como advierte la doctrina:

«salvo alguna tímida y excepcional referencia al resto de las normas citadas, lo cierto es que las relaciones entre ellas se caracterizan por su recíproca ignorancia a pesar de que, (...) habría resultado preferible una regulación integradora que tuviera en cuenta la gestión documento avanzada de la información en tanto que elemento vertebrador que permitirá aprovechar el potencial innovador de la tecnología»²²⁵¹.

En este sentido, el legislador ha desaprovechado la reforma para la construcción de la Administración electrónica, para impulsar e imponer los principios que se deben instaurar dentro de las instituciones, tanto de transparencia, como de acceso a la información pública, para fomentar su reutilización. A lo largo del texto no hay disposiciones concretas destinadas a regenerar las instituciones en base a estos nuevos caracteres²²⁵².

2.6.4. La regulación de la reutilización de los datos en el Sector Público: régimen jurídico vigente y el diseño del futuro.

A. La Directiva (UE) 2019/1024, de 20 de junio, relativa a los datos abiertos y la reutilización de la información del Sector Público.

La Directiva (UE) 2019/1024, de 20 de junio, tiene por objetivo superar los obstáculos a los que el Sector Público de los Estados miembros se está enfrentando para fomentar la reutilización de la información de que disponen, estimulando la innovación

²²⁵¹ Vide Julián VALERO TORRIJOS, “El acceso y la reutilización de la información del Sector Público desde la perspectiva de la reforma de la Administración electrónica”, en Isaac MARTÍN DELGADO, *La reforma de la Administración electrónica: una oportunidad para la innovación desde el derecho*, INAP, Madrid, 2017, p. 435.

²²⁵² Vide Dolors CANALS AMETLLER, “El acceso público a datos en un contexto de transparencia y buena regulación”, en *Datos: protección, transparencia y buena regulación*, Documenta Universitaria, Girona, 2016, p. 14.

digital, con especial referencia al uso de la inteligencia artificial, el internet de las cosas y las tecnologías de registro descentralizado. Los Estados miembros tienen hasta el 17 de junio de 2021 para transponer la norma a sus ordenamientos, la cual implicará ciertas novedades respecto del régimen anterior.

En este sentido, la norma pasa a delimitar el ámbito de aplicación de forma positiva, y después establece las excepciones a la norma, lo que supone una diferencia significativa con la regulación anterior, donde la delimitación se realizaba desde una perspectiva negativa. La principal novedad es que se incluyen los documentos de aquellos que actúen como operadores de servicio público, las compañías áreas y los armadores comunitarios. No obstante, la norma excluye de su ámbito aplicación, todos aquellos que salgan de la misión de servicio público; los documentos sobre los que existan derechos de propiedad intelectual, o aquellos excluidos por contener información sensible o de especial protección²²⁵³.

Las principales novedades las encontramos desde la perspectiva de la tipología de los datos, donde se recogen nuevas categorías. En primer lugar, los datos dinámicos, que son aquellos sujetos a actualizaciones frecuentes, o que se suministran en tiempo real porque su utilidad esté ligada a un momento temporal concreto; en segundo lugar, los metadatos, los cuales incluyen contenido y requisitos de que debe disponer la información que se vaya a reutilizar; en tercer lugar, los datos derivados de los resultados de investigación financiadas con fondos públicos, de forma que, estos deberán ser tan abiertos como sea posible; y en cuarto lugar, los datos de alto valor, por el potencial de poder beneficiar a un gran número de personas al estar combinados con otros datos²²⁵⁴. La norma contiene un anexo que recoge una lista de categorías temáticas de datos de alto valor referidas a medidas geospaciales, observaciones de la tierra, medio ambiente, meteorología, sociedades o movilidad, cuyo tratamiento de reutilización sigue unas normas especiales²²⁵⁵.

²²⁵³ *Vide* PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, Directiva (UE) 2019/1024, de 20 de junio, relativa a los datos abiertos y la reutilización de la información del Sector Público, artículo 2.

²²⁵⁴ *Vide* Julián VALERO TORRIJOS, “Transparencia, acceso y reutilización de la información del Sector Público”, en Isaac MARTÍN DELGADO, *Transparencia y acceso a la información pública: de la teoría a la práctica*, Iustel, Madrid, 2019, pp. 239 y ss.

²²⁵⁵ *Vide* PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, Directiva (UE) 2019/1024, de 20 de junio, relativa a los datos abiertos y la reutilización de la información del Sector Público, artículo 14.

Sin embargo, la novedad es la obligación de que los sujetos velen por que los documentos puedan reutilizarse tanto con fines comerciales como no comerciales²²⁵⁶. Al menos ya existe una garantía de que no sólo promoverán un determinado formato de la documentación, sino que, deben garantizar que el diseño desde el que se ponen a disposición de la ciudadanía permita su reutilización. Pero, la Directiva no llega a legislar sobre una política de “open data” de forma generalizada en el Sector Público, puesto que, se limita a que los Estados “animen” a elaborar documentos abiertos desde el diseño y por defecto, por lo que no existe una obligación sui generis²²⁵⁷. Como novedad aparece la creación de dispositivos prácticos que faciliten la búsqueda de documentación, a través de listas o sindicación de contenidos, preferentemente a través de un único punto de acceso, que permita la conservación de todos estos documentos y la unificación de disponibilidad²²⁵⁸.

No obstante, las consideraciones sobre el formato de los documentos no son del todo apropiadas o lo avanzadas que debieran. La norma establece que:

«facilitarán sus documentos en cualquier formato o lengua en que existan previamente y, siempre que sea posible y apropiado, por medios electrónicos, en formas o formatos que sean abiertos, legibles por máquina, accesibles, fáciles de localizar y reutilizables, juntamente con sus metadatos».

Pero, sin embargo, después añade que esta obligación es aplicable siempre que no suponga para las Administraciones un esfuerzo desproporcionado que conlleve algo más de una operación simple²²⁵⁹. En consecuencia, esta limitación que realiza el legislador europeo generará controversia interpretativa sobre que se entiende por “esfuerzo desproporcionado”, u “operación simple” dentro del marco de las Administraciones, siempre y cuando no sea solucionado en la transposición normativa al ordenamiento jurídico.

²²⁵⁶ Vide PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, Directiva (UE) 2019/1024, de 20 de junio, relativa a los datos abiertos y la reutilización de la información del Sector Público, artículo 3.

²²⁵⁷ *Ibidem* Artículo 5.2.

²²⁵⁸ *Ibidem* Artículo 9.

²²⁵⁹ *Ibidem* Artículo 5.3.

Por otro lado, como norma general el acceso a la reutilización no estará sujeta a tarificación, salvo que se trate de costes marginales en los que incurra su reproducción, difusión o puesta a disposición, así como de las medidas para proteger la información confidencial. No obstante, se exceptúa esta consideración general respecto de los organismos del sector público a los que se exija generar ingresos para cubrir una parte sustancial de sus costes relativos a la realización del servicio público como bibliotecas, museos o Universidades²²⁶⁰. Y, de igual manera, se establece la regulación de un procedimiento administrativo de solicitud de reutilización de la información pública, sin diferencias significativas al anterior²²⁶¹. Por otra parte, la norma dispone que la reutilización de los documentos no estará sujeta a condiciones, salvo que sean “*objetivas, proporcionadas, no discriminatorias o estén justificadas por interés público*”²²⁶². Y, en caso de que así sea, no restringirán las posibilidades de reutilización o se limitará la competencia.

B. La reutilización de datos en el Sector Público: la Ley 37/2007, de 16 de noviembre.

La Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del Sector Público, tiene por finalidad la regulación básica del régimen jurídico aplicable a la reutilización de los documentos potestad de las Administraciones y determinados organismos del Sector Público. En primer lugar, el ámbito subjetivo de aplicación de la norma se extiende a las Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales, y el sector público institucional, es decir, todos aquellos organismos (de derecho público o privado) vinculados o dependientes de una Administración y, también, las Universidades²²⁶³.

En consecuencia, tal y como advierte la doctrina, estas previsiones no se pueden aplicar a los sujetos privados, aún cuando estuviesen vinculados a las Administraciones públicas. La falta de inclusión de estos sujetos tiene especial trascendencia para acceder

²²⁶⁰ Vide PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, Directiva (UE) 2019/1024, de 20 de junio, relativa a los datos abiertos y la reutilización de la información del Sector Público, artículo 6.

²²⁶¹ *Ibidem* Artículo 4.

²²⁶² *Ibidem* Artículo 8.

²²⁶³ Vide Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del Sector Público, artículo 2.

a la información de los prestadores de servicios públicos que, en todo caso, requerirá la intermediación de la entidad pública, desde la perspectiva de automatización del acceso en las políticas de “open data”²²⁶⁴.

El ámbito objetivo se extiende sobre «*todos los documentos elaborados o custodiados por las Administraciones y organismos del Sector Público*»²²⁶⁵. A priori, el régimen jurídico se configura de forma suficientemente amplia como para asegurar el éxito de la norma. Sin embargo, la ley dispone con posterioridad una serie de excepciones, que limitan la aplicabilidad general de la norma.

En este sentido, la primera consideración que se realiza es la exclusión de todos los documentos restringidos según las leyes de procedimiento y lo dispuesto en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, por lo que, el régimen jurídico ya queda restringido a los “documentos públicos” que pueden ser objeto de publicidad activa. Por ello, no tiene sentido que se incluya en un apartado posterior, la limitación del uso de aquellos que atenten contra la seguridad nacional, o el secreto y la confidencialidad de las actuaciones, en tanto que ya están excluidos en el apartado primero de la norma. Y, de igual manera, la expresa incorporación de los límites del régimen jurídico de la protección de datos personales. En segundo lugar, se incorporan al régimen de excluidos aquellos documentos para cuyo acceso se requiera ser titular de un derecho o interés legítimo, o existan derechos de propiedad intelectual o industrial sobre los mismos. Y, en tercer lugar, se exceptúan una serie de documentos en función de la finalidad que desarrollan como, por ejemplo, los que sean ajenos al desarrollo del servicio público, los documentos conservados por las entidades que gestionen servicios esenciales de radiodifusión sonora y televisiva, aquellos producidos por instituciones educativas o de investigación, o aquellos conservados por instituciones culturales²²⁶⁶.

No obstante, a pesar de todos los supuestos que se excepcionan en la norma, la doctrina llega a afirmar que, gracias al uso de los medios electrónicos, se puede acceder parcialmente a la información solicitada. Así, en aquellos supuestos en los que una parte

²²⁶⁴ Vide Julián VALERO TORRIJOS, “El acceso y la reutilización de la información del Sector Público desde la perspectiva de la reforma de la Administración electrónica”, en Isaac MARTÍN DELGADO, *La reforma de la Administración electrónica: una oportunidad para la innovación desde el derecho*, INAP, Madrid, 2017, p. 448.

²²⁶⁵ Vide Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del Sector Público, artículo 3.

²²⁶⁶ *Ibidem*

de la información no pueda ser accesible, si que se puede seguir utilizando la disociación de los datos para restringir su acceso, mediante configuración de estos parámetros determinados a través del programa informático²²⁶⁷.

En este sentido, esta postura está avalada por lo que se dispone en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de acceso parcial a los documentos (artículo 16), preservando de este modo los límites que se imponen al derecho de acceso y de publicidad activa que se recogen en los artículos 14 y 15 de la norma.

En lo que se refiere al medio de difusión de estos documentos, se prevé expresamente por la norma que se realice preferentemente por medios electrónicos y plataformas multicanal. Sin embargo, en lo que afecta al formato de los documentos públicos, la norma no genera una obligación, en sentido estricto, de proporcionarlos en un formato abierto y legible, sino que, se limita a que los sujetos obligados procuren hacerlo en estos parámetros. No deja de llamar la atención que la ley no establezca una obligación legal expresa para que se implanten sistemas de gestión documental que faciliten la reutilización de estos datos, de acuerdo con los criterios de legalidad técnica²²⁶⁸. No obstante, si que existe una remisión a la normativa de interoperabilidad, en este caso, el Real Decreto 4/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Interoperabilidad en el ámbito de la Administración electrónica.

La norma prácticamente copia las previsiones de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, en tanto que, únicamente hace mención del fomento de la publicación en formatos que permita su reutilización²²⁶⁹, pero no establece una obligación legal de acceso a la información con un formato determinado para cumplir esa finalidad. En este sentido, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común y de las Administraciones Públicas

²²⁶⁷ Vide Julián VALERO TORRIJOS, “El acceso y la reutilización de la información del Sector Público desde la perspectiva de la reforma de la Administración electrónica”, en Isaac MARTÍN DELGADO, *La reforma de la Administración electrónica: una oportunidad para la innovación desde el derecho*, INAP, Madrid, 2017, p. 443.

²²⁶⁸ *Ídem* p. 438.

²²⁶⁹ Vide Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, artículo 11 c).

tampoco salva esta necesidad, en tanto que se limita a establecer una serie de requisitos para que los documentos electrónicos administrativos se consideren válidos²²⁷⁰.

En ningún momento se establece como una obligación que los documentos se diseñen desde un formato que permita la reutilización. La única consideración es que estos tengan “*un soporte electrónico según formato determinado susceptible de identificación y tratamiento*”, pero esto no implica que el formato que se elija esté destinado a la reutilización de la información, por un tercero o la propia Administración. No obstante, el Real Decreto 1495/2011, de 24 de octubre, cuyo ámbito de aplicación está limitado a la Administración General del Estado, si que hace una precisión respecto al formato de los documentos públicos, en tanto que, advierte que es necesario que sean “*procesables y accesibles de modo automatizado correspondientes a estándares abiertos en los términos establecidos en el Real Decreto 4/2010, de 8 de enero*”²²⁷¹.

Tal y como ha sido señalado por la doctrina, sin un cambio en la normativa general que permita salvar la tradicional concepción de la información del Sector Público, como un recurso para mantener las estructuras burocráticas, y orientado a custodiar la opacidad de las instituciones, no se puede abarcar un cambio de la organización democrática²²⁷². La carencia de sinergias legislativas suficientes, estableciendo un marco jurídico claro de obligaciones para la Administración y derechos para los ciudadanos, se convierte en uno de los mayores obstáculos para implantar la transparencia y la reutilización de la información en nuestro ordenamiento jurídico.

A partir de este ámbito objetivo se prevén tres tipos de reutilización de la información: sin sujeción a condiciones, sujeta a las condiciones de licencias tipo, o con solicitud previa, la cual puede incorporar la sujeción a ciertas condiciones. En consecuencia, en el segundo y el tercer supuesto, es necesaria una autorización administrativa para reutilizar la información y una licencia por la que se concretan las

²²⁷⁰ Vide Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de la Administración Pública, Artículo 26.2.

²²⁷¹ Vide Real Decreto 1495/2011, de 24 de octubre, por el que se desarrolla la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público, para el ámbito del sector público estatal, artículo 2.2.

²²⁷² Vide J. Ignacio CRIADO GRANDE, “Crowdsourcing y plataformas colaborativas en las Administraciones públicas”, *Nuevas tendencias en la gestión pública. Innovación abierta, gobernanza inteligente y tecnologías sociales en unas Administraciones públicas colaborativas*, INAP, Madrid, 2016, p. 99.

condiciones para el ejercicio de esta actividad²²⁷³. En este caso, las licencias deberán incorporar criterios como ser claras, justas y transparentes, pero es que, además, no podrán restringir las posibilidades de reutilización, ni limitar la competencia, o ser discriminatorias para categorías comparables de reutilización²²⁷⁴.

Y, en lo que respecta a las condiciones del ejercicio de esta actividad, se establecen una serie de criterios generales como es el caso de que el contenido de la información no sea alterado, la imposibilidad de desnaturalizar el sentido de la información, la citación de la fuente, la mención de la fecha de actualización, la finalidad concreta para la que se van a utilizar los datos en caso de que contenga datos personales, o la prohibición de revertir el procedimiento de disociación en caso de que estos hayan sido anonimizados²²⁷⁵.

Como norma general se prohíben los derechos exclusivos sobre la reutilización de documentos públicos, de manera que, de forma excepcional, y sólo cuando sean necesarios para prestar un servicio de interés general, o exista un acuerdo de digitalización de los recursos culturales se pueden establecer contratos de acceso o reutilización en exclusividad²²⁷⁶. Además, la Ley establece la posibilidad de que se aplique una tarifa o precio público por el suministro de estos documentos a terceros. Sin embargo, el precio que se fije debe corresponderse con los costes marginales en que se incurra para la producción, puesta a disposición y difusión de la información, de manera que, la cuantía que se fije puede ser distinta atendiendo a la finalidad comercial o no de la actividad²²⁷⁷.

El acceso a estos documentos públicos para su reutilización se encuentra regulado a través de un procedimiento administrativo concreto, en términos similares a como se procedimentaliza el derecho de acceso a la información pública. Si bien, el procedimiento se inicia a través de solicitud del interesado, cumpliendo con los requisitos que se recogen en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común y de las Administraciones Públicas, en el artículo 66, y dirigiéndose al organismo que ostente la

²²⁷³ Vide Agustí CERRILLO I MARTÍNEZ, “Gobierno Abierto”, *A las puertas de la Administración Digital: una guía detallada para la aplicación de las Leyes 39/2015 y 40/2015*, INAP, Madrid, 2016, p. 168.

²²⁷⁴ Vide Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del Sector Público, artículo 4.3.

²²⁷⁵ *Ibidem* Artículo 5.

²²⁷⁶ *Ibidem* Artículo 6.

²²⁷⁷ *Ibidem* Artículo 7.

titularidad de los datos que se pretenden reutilizar. Si bien, éste dispone de un plazo de veinte días para resolver la solicitud, aunque puede ser ampliado por otros diez días más, como consecuencia del volumen y la complejidad de la información solicitada. Al igual que en el derecho de acceso, en caso de no dictarse resolución expresa en el plazo previsto, el sentido del silencio es desestimatorio.

No obstante, en el caso de que la solicitud se desestime, deberá motivarse de conformidad con los límites y excepciones señalados en la norma, o en otros que resulten de aplicación según el ordenamiento jurídico. Si bien, la falta de motivación de los actos de denegación puede ser un motivo invalidante, y de ahí la trascendencia de motivarlos coherentemente (artículo 35 de la LPAC). Frente a esta resolución cabe interponer recurso administrativo, de conformidad a la referencia que indique la resolución, ya sea bien recurso de alzada, o potestativo de reposición, dependiendo de quién sea el titular de la información.

Por último, la norma prevé un régimen sancionador que persigue garantizar el cumplimiento de la legalidad vigente. Sin embargo, este régimen sancionador no estaba previsto en la Directiva europea que trae causa, y únicamente limita su ámbito de aplicación sobre la Administración General del Estado, excluyendo al resto de Administraciones y entidades del sector público al que les resulte de aplicación la norma²²⁷⁸.

No obstante, el régimen sancionador se centra en que la Administración cumpla con los requisitos obligatorios tanto del elemento objetivo, como el subjetivo para la reutilización de esta información. Lo que, a todas luces no deja de ser llamativo, puesto que es un sinsentido que la Administración manipule por sí misma la información, o facilite una información sin haber obtenido la preceptiva licencia. Si bien, estos son supuestos que deben quedar contemplados en el Estatuto Básico del Empleado Público, y no dirigidos a la Administración General del Estado como organismo, puesto que, dependen de la conducta o actuación de un empleado público.

²²⁷⁸ Vide Agustí CERRILLO I MARTÍNEZ, “Gobierno Abierto”, *A las puertas de la Administración Digital: una guía detallada para la aplicación de las Leyes 39/2015 y 40/2015*, INAP, Madrid, 2016, p. 170.

2.6.5. La transmisión de datos entre Administraciones Públicas.

A. La cesión de datos y su posterior utilización entre Administraciones.

Las Administraciones Públicas son generadores y poseedoras de grandes cantidades de datos, por haber sido aportados por los ciudadanos, como por tratarse de información o documentos que éstas elaboran. Así, en una sociedad que se está construyendo a través de los datos, la colaboración entre Administraciones en la transmisión y reutilización de éstos se torna trascendental para diseñar la Administración del futuro. Por ello, tal y como advierte la doctrina:

«la regulación de los datos, su obtención, transmisión y protección, se convierten en compromisos ineludibles para el legislador en su afán de transformar en electrónica a esa Administración Pública, sin sacrificar en ningún momento el carácter garantizador del Derecho Administrativo»²²⁷⁹.

En lo que se refiere a la transmisión de datos entre Administraciones Públicas, rige la normativa de protección de datos, especialmente el Reglamento comunitario y la ley orgánica española, en lo que se refiere a los requisitos y límites para el tratamiento de la información. Y, en lo que se refiere al régimen jurídico sobre esta materia, está recogido en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. En este sentido, el artículo 155.1 señala lo siguiente:

«(...) cada Administración deberá facilitar el acceso de las restantes Administraciones Públicas a los datos relativos a los interesados que obren en su poder, especificando las condiciones, protocolos y criterios funcionales o técnicos necesarios para acceder a dichos datos con las máximas garantías de seguridad, integridad y disponibilidad».

En este sentido, el principio de cooperación entre Administraciones (artículo 3.1 LRJSP) es el fundamento que posibilita la colaboración entre Administraciones, intercambiando los datos que obren en su poder, así como también, del artículo 140 sobre

²²⁷⁹ Vide M^a Isabel RIVAS CASTILLO, “Las relaciones electrónicas entre Administraciones Públicas”, en María ZAMBONINO PULITO, *Buen gobierno y buena administración*, Iustel, Madrid, 2019, p. 173.

los principios de las relaciones interadministrativas y el artículo 141 del deber de colaboración entre Administraciones Públicas (ambas de la LRJSP). El principio genérico de colaboración se desglosa en dos: la cooperación y la coordinación. La cooperación *«implica una voluntariedad en la asunción de compromiso por las distintas Administraciones en aras de una acción común, mientras que la coordinación implica una obligatoriedad»*²²⁸⁰.

La coordinación se recoge en la Carta Magna como principio general de funcionamiento en el artículo 103.1, y significa que:

*«una Administración Pública y, singularmente, la Administración General del Estado, tiene la obligación de garantizar la coherencia en las actuaciones de las diferentes Administraciones Públicas afectadas por una misma materia para la consecución de un resultado común»*²²⁸¹.

El deber de colaboración que se recoge en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, se estructura en distintas técnicas: suministro de información, datos, documentos o medios probatorios; creación y mantenimiento de sistemas integrados de información administrativas; y deber de asistencia y auxilio para atender las solicitudes de información.

Sin embargo, lo que se recoge en el artículo 155.1 LRJSP es el acceso a la información que, en todo caso, debe respetar la seguridad, integridad y disponibilidad. En este sentido, en lo que respeta al formato de acceso a esos documentos me remito a lo dispuesto en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, en cuanto a la necesidad de que la información que se transmita cumpla con una serie de principios generales que garantice su interoperabilidad (artículo 5). Y, de igual manera, a lo dispuesto en el Esquema Nacional de Interoperabilidad y de Seguridad. No obstante, el mero acceso a los datos tiene poca trascendencia, puesto que, lo que interesa es el tratamiento de esa información para su posterior reutilización en otra parcela u ámbito de actuación distinto.

²²⁸⁰ Vide STC 42/1983, de 20 de mayo, FJ 3.

²²⁸¹ Vide Asunción NICOLÁS LUCAS, “Principios de actuación y funcionamiento del Sector Público. Las relaciones interadministrativas”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 63, (2016), p. 47.

No obstante, el tratamiento posterior de los datos por parte de otra Administración no podrá realizarse si tiene una finalidad incompatible con aquella con la que inicialmente se recogieron. Tal y como manifestó el Tribunal Constitucional:

«La Ley Orgánica de Protección de Datos no permite la comunicación indiscriminada de datos personales entre Administraciones Públicas dado que, además, estos datos están en principio, afectados a finalidades concretas y predeterminadas que son las que motivaron su recogida y tratamiento»²²⁸².

Sin embargo, se establecen algunas excepciones a esa prohibición de tratamiento indiscriminado como, por ejemplo, la situación de archivo de interés público, fines de investigación científica e histórica, o fines estadísticos²²⁸³. Pero también, en el supuesto de que, medie consentimiento expreso, sea el cumplimiento de una obligación legal, sea necesario para proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física, o para el cumplimiento de una misión de interés público o en el ejercicio de los poderes públicos²²⁸⁴.

O, cuando sea una medida necesaria y proporcionada en una sociedad democrática para salvaguardar: la seguridad del Estado; la defensa; la seguridad pública; la prevención e investigación de infracciones penales; otros objetivos de interés públicos (económico o financiero); la protección de la independencia judicial; la función de supervisión, inspección o reglamentaria relativa al ejercicio de autoridad pública; la prevención, investigación y detección de infracciones de normas deontológicas, la protección del interesado; o la ejecución de demandas civiles²²⁸⁵.

Sin embargo, en este supuesto, la medida legislativa debe recoger como mínimo los siguientes requisitos: la finalidad del tratamiento, las categorías de datos personales que se traten; el alcance de la limitación establecida; las garantías para evitar acceso o transferencias ilícitas; la determinación del responsable del tratamiento; los plazos de conservación y otros derechos de garantía; los riesgos para los derechos y libertades de

²²⁸² Vide STC 17/2013, de 31 de enero, FJ 4.

²²⁸³ Vide PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, *Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril, 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*, artículo 5.1.

²²⁸⁴ *Ibidem* Artículo 6.1.

²²⁸⁵ *Ibidem* Artículo 23.1.

los interesados; y el derecho de los interesados a ser informado sobre la limitación del tratamiento²²⁸⁶.

En consecuencia, los datos deben recogerse para reutilizarlos con una finalidad concreta, de la que previamente se debe informar al titular del derecho. Sin embargo, la amplitud de los términos en los que se expresa la norma permite un tratamiento de los datos casi con cualquier finalidad distinta, puesto que, ésta se limita a prohibir exclusivamente los tratamientos incompatibles. Asimismo, la generalidad de los términos de los que se sirve la norma posibilita que los datos sean utilizados por otra Administración siempre no esté destinado a un fin contradictorio u opuesto para el que se tomaron, pero si aquellos que sean afines o compatibles con la finalidad con la que obtuvieron. Por ello, el artículo 155.3 de la LRJSP habla de tratamientos que no estén prohibidos expresamente. Sin contar con que todas las excepciones que se recogen sobre posibilidad de tratamiento hacen, prácticamente, extensible a cualquier supuesto, el tratamiento y reutilización de estos datos por otra Administración Pública.

El procedimiento de cesión de los datos está supeditado al control de la Administración cedente, para que verifique la compatibilidad con la finalidad que persigue la cesionaria. Si bien, la Administración cedente puede oponerse al tratamiento, de forma motivada y en el plazo de diez días, lo que imposibilita a la Administración cesionaria su utilización hasta que ésta no le comunique su decisión. En este sentido, la norma sólo incluye un motivo de oposición que es la intención de un tratamiento que sea incompatible con esos datos. Sin embargo, se establece una excepción general a esa premisa, sólo para la Administración General del Estado, por razones de seguridad nacional, y de forma cautelar por el tiempo estrictamente indispensable para su preservación²²⁸⁷.

Esta modificación ha sido introducida por el Real Decreto-ley 14/2019, de 31 de octubre, que no viene sino a reforzar las capacidades de la AGE, frente al empeoramiento de las potestades de niveles inferiores. No tiene sentido que se apliquen este tipo de excepciones en una única dirección, es decir, o todas las Administraciones tienen esa potestad o no se puede reconocer sólo a la Administración General del Estado. Más aún

²²⁸⁶ Vide PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, *Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril, 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*, artículo 23.2.

²²⁸⁷ Vide Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, artículo 155.3.

cuando no existen posibilidades de control sobre que se considera como tiempo estrictamente indispensable, lo que deja en manos del ejecutivo, hasta cuando entiende que se ha cumplido ese plazo.

B. La reutilización de los sistemas y aplicaciones entre las Administraciones Públicas.

La reutilización de los sistemas y aplicaciones se ha configurado como una obligación para las Administraciones Públicas, en tanto que, como advierte la doctrina son diversas las ventajas que presenta este aprovechamiento tecnológico que van desde: la reducción de costes y de tiempo en su implantación, el fomento de la transparencia, la participación y la colaboración ciudadana²²⁸⁸. De este modo, las Administraciones Públicas, de forma previa a la adquisición o desarrollo de una aplicación, deben consultar el directorio general de aplicaciones de la Administración General del Estado²²⁸⁹, por si existen soluciones disponibles que cubran sus necesidades. Para la doctrina, esta es una de las novedades más importantes de la Ley²²⁹⁰. Si bien, este es un portal que depende de la Secretaría de Administración Digital a la que se accede desde la Red SARA, donde se integra un repositorio de software y servicios, así como otras soluciones técnicas²²⁹¹.

En consecuencia, la obligación se traslada a que, *«en el caso de existir una solución disponible para su reutilización total o parcial, las Administraciones Públicas estarán obligadas a su uso»*²²⁹². La única excepción a esta limitación es que se pueda justificar su adquisición en relación con el principio de eficiencia en la asignación y utilización de recursos públicos, en base a la estabilidad presupuestaria y la

²²⁸⁸ Vide M^a Isabel RIVAS CASTILLO, “Las relaciones electrónicas entre Administraciones Públicas”, en María ZAMBONINO PULITO, *Buen gobierno y buena administración*, Iustel, Madrid, 2019, p. 193.

²²⁸⁹ Vide Real Decreto 4/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Interoperabilidad en el ámbito de la Administración Electrónica, artículo 17.

²²⁹⁰ Vide Rubén MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, “Relaciones interadministrativas por medios electrónicos. Interoperabilidad”, en Eduardo GAMERO CASADO, *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, Tirant, Valencia, 2017, p. 2844

²²⁹¹ Vide M^a Isabel RIVAS CASTILLO, “Las relaciones electrónicas entre Administraciones Públicas”, en María ZAMBONINO PULITO, *Buen gobierno y buena administración*, Iustel, Madrid, 2019, p. 196.

²²⁹² Vide Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, artículo 157.3 párrafo 3.

sostenibilidad²²⁹³ financiera de la institución²²⁹⁴. De este modo, subyace la idea de racionalización de los recursos públicos, en todo aquello que sea posible, de manera que, sólo demostrando que hay solvencia económica, o una partida presupuestaria destinada a esa cuestión cuando los recursos disponibles no sean los idóneos se podrán adquirir nuevas aplicaciones o sistemas.

Por tanto, la Administración poseedora de este sistema o aplicación y de los derechos de propiedad intelectual, debe ponerlo a disposición de aquella que lo solicite. El único límite que se recoge a esta obligación es que *«la información a la que estén asociadas sea objeto de especial protección por una norma»*²²⁹⁵. De manera que, no cabe una oposición, en sentido estricto, de la Administración poseedora como si ocurría en el supuesto de reutilización de los datos. Además, se prevé que las Administraciones acuerden la repercusión del coste de adquisición o fabricación de las aplicaciones cedidas. Esto representa un cambio de criterio del legislador, en tanto que, en la legislación anterior no se exigía contraprestación ni convenio entre las partes²²⁹⁶.

No obstante, estas aplicaciones pueden declararse como “fuentes abiertas”, en el caso de que de su aplicación derive en una mayor transparencia en el sistema de funcionamiento de la Administración Pública, o que fomente la incorporación de los ciudadanos a la utilización de los medios digitales. El Reglamento de actuación y funcionamiento del Sector Público por medios electrónico es el que ha definido las aplicaciones de fuente abierta como: *«aquella que se distribuye con una licencia que permite la libertad de ejecutarla, de conocer el código fuente, de modificarla o mejorarla y de distribuir copias a otras personas usuarias»*²²⁹⁷.

Por tanto, habrá que prestar especial atención al tipo de licencia que la Administración tenga sobre esa aplicación, asimismo, para ello utilizarán aquellos sistemas que aseguren que los programas, datos o información que se comparten: pueden

²²⁹³ Vide Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “Prólogo” en Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ (Dir), *La sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud en el siglo XXI*, Comares, Granada, 2015.

²²⁹⁴ Vide Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, artículo 7.

²²⁹⁵ Vide Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, artículo 157. 1

²²⁹⁶ Vide Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, artículo 45.

²²⁹⁷ Vide Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del Sector Público por medios electrónicos, Anexo.

ejecutarse para cualquier propósito, permiten conocer su código fuente, puede modificarse o mejorarse, y pueden redistribuirse a otros usuarios²²⁹⁸.

La Secretaría General de Administración Digital del Ministerio de Hacienda y Función Pública y Red.es ofrecen el servicio de fuentes abiertas y soluciones reutilizables a través del Centro de Transferencia de Tecnología²²⁹⁹ que da respuesta al mandato del artículo 158 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público. Si bien, no hay datos exactos del ahorro que implica la reutilización de aplicaciones y sistemas, si que comporta numerosas ventajas, puesto que, incrementa la eficiencia de éstas, reduce los costes de desarrollo al igual que el tiempo de implementación, y aumenta la interoperabilidad entre Administraciones²³⁰⁰. En este sentido, la posibilidad de transmisión y reutilización de aplicaciones tecnológicas, especialmente, en materia de software libre, se torna trascendental para alcanzar la interoperabilidad entre Administraciones de niveles diferentes.

Además, se crea la obligación de transferencia tecnológica entre Administraciones, siguiendo las indicaciones del Esquema Nacional de Interoperabilidad²³⁰¹. En este sentido, se crea una obligación general para la Administración General del Estado que debe mantener un directorio general de aplicaciones para su reutilización²³⁰². Pero, ésta también debe prestar apoyo para la libre reutilización de las aplicaciones, e impulsar el desarrollo de aplicaciones, formato y estándares comunes en el marco del esquema nacional de interoperabilidad y seguridad²³⁰³. Mientras que, el resto de las Administraciones tienen la misma obligación de mantener los directorios actualizados, pero éstos deben diseñarse en origen para ser interoperables con el directorio general de la AGE²³⁰⁴.

²²⁹⁸ Vide Real Decreto 4/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Interoperabilidad en el ámbito de la Administración Electrónica, artículo 16.2.

²²⁹⁹ Vide http://administracionelectronica.gob.es/pae/Home/pae_SolucionesCTT/pae_CTT_-_Que_es_.html

²³⁰⁰ Vide Agustí CERRILLO I MARTÍNEZ, “Cooperación y las relaciones interadministrativas por medios electrónicos”, *A las puertas de la Administración Digital: una guía detallada para la aplicación de las Leyes 39/2015 y 40/2015*, INAP, Madrid, 2016, p. 294.

²³⁰¹ Vide Real Decreto 4/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Interoperabilidad en el ámbito de la Administración Electrónica, artículo 16.1.

²³⁰² Vide Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del Sector Público por medios electrónicos, artículo 64.

²³⁰³ Vide Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, artículo 158.2

²³⁰⁴ *Ibidem* Artículo 158.1.

El problema es que, las diferencias arquitectónicas de las Administraciones digitales al utilizar modelos distintos de funcionamiento y de análisis de los datos, dificultan la implementación de estas medidas. Así, como advierte la doctrina, en la práctica el principal problema de reutilizar los sistemas reside en su integración con los preexistentes, lo que termina provocando duplicidades y falta de eficiencia real en la implementación. Por ello, la interoperabilidad por defecto es la única solución a esta controversia, sobre la base de libre circulación de datos que se promueve desde la Unión Europea, lo que, a la par, permitiría crear servicios públicos digitales transfronterizos²³⁰⁵.

Esto es lo que permitiría dar un paso más allá en el proceso evolutivo de las propias Administraciones, pero también del poder ejecutivo puesto que repercute directamente sobre sus decisiones. De este modo, hasta que las Administraciones no sean completamente interoperables, capaces de relacionarse en el mismo lenguaje, posibilitando que puedan compartir, tratar y reutilizar los datos que poseen, no se puede hablar de nivel superior del poder ejecutivo. Por ello, es imprescindible sentar una base legal que obligue a las Administraciones Públicas a diseñar sus sistemas y aplicaciones por defecto compatibles, con un régimen sancionador consecuente con el incumplimiento en esta materia.

De este modo, una vez que se cumpla este requisito, se puede pensar en utilizar la tecnología de Big Data para analizar y tratar la información con finalidades concretas, ya sea bien, la mejora de las políticas públicas o la prestación de los servicios por parte de estas Administraciones, utilizando el Cloud Computing como sistema de almacenamiento. Y, a partir de ahí, pensar dónde puede aportar mayores beneficios utilizar el Internet de las Cosas, es decir, sobre qué sectores estratégicos tendría mayor trascendencia para los ciudadanos, bien sirviendo como fuente de retroalimentación para la Administración, o bien por incrementar la calidad de los servicios que ésta presta.

En consecuencia, cuando se llegue a esa fase, en la que todo está interconectado es cuando tendrá sentido comenzar a utilizar la inteligencia artificial o algoritmos más desarrollados. Así, desde el inicio de la tesis se habla de que los datos tienen que representar la realidad, por lo que no pueden estar modificados o sesgados. El problema

²³⁰⁵ Vide Agustí CERRILLO I MARTÍNEZ, “Cooperación y las relaciones interadministrativas por medios electrónicos”, *A las puertas de la Administración Digital: una guía detallada para la aplicación de las Leyes 39/2015 y 40/2015*, INAP, Madrid, 2016, p. 297.

es que, si únicamente se cogen datos de un sector poblacional, sólo se pueden tomar decisiones sobre esa muestra y no sobre la globalidad de la población.

Por ejemplo, no es lo mismo el tráfico de la estación de trenes de Atocha en Madrid, que la estación de Almería, por lo que, no puedo a partir de los datos de Madrid aplicarlos a Almería. El análisis de los datos lo que permite es tomar decisiones concretas que afectan a áreas cuyas necesidades conocemos, de manera que, si se extrapolan a otros lugares no tienen porqué ser eficaces con el fin que se persigue. De ahí la importancia de que cada municipio, recoja y trate sus datos según a sus intereses, pero compartiendo la información desde origen, para que los órganos jerárquicamente superiores puedan tomar las decisiones oportunas en el ejercicio de sus funciones.

Por tanto, atendiendo al sistema de funcionamiento al que se aspira, se atisba que el respaldo normativo actual es insuficiente en esta materia. En primer lugar, porque no existe una obligación de las Administraciones de funcionamiento interoperable en origen, con su correspondiente respaldo sancionador en caso de incumplimiento. Las Administraciones Públicas tienen que ser conscientes que la única opción es ser interoperable en origen, no hay otras posibilidades. En segundo lugar, la ausencia de obligatoriedad para que las Administraciones declaren las aplicaciones como fuente abierta, ni la existencia de un régimen sancionador que efectivamente las obligue, imposibilita el desarrollo y consolidación de esta práctica²³⁰⁶. En tercer lugar, porque no existe un deber de las Administraciones de reutilizar los datos, es decir, de incrementar su eficiencia a partir del análisis de la actividad y conducta de los ciudadanos. Sin estas tres premisas no se puede avanzar en la construcción de un Gobierno Digital y el diseño de una Administración sinérgica con la sociedad.

III. La Administración.

²³⁰⁶ Vide Agustí CERRILLO I MARTÍNEZ, “Cooperación entre Administraciones Públicas para el impulso de la Administración electrónica”, en Eduardo GAMERO CASADO y Julián VALERO TORRIJOS, *La Ley de Administración electrónica: comentarios sistemáticos a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos*, Aranzadi, Pamplona, 2010, pp. 805 y ss.

1. La adaptación de la Administración al progreso.

La Administración es el punto de conexión entre el Gobierno y los ciudadanos: el nexo que vincula la ejecución de las políticas públicas con la población. Por ello, era impensable que la Administración quedara al margen del proceso transformador de digitalización de la sociedad. De este modo, las Administraciones Públicas, al igual que la democracia y los poderes del Estado, se han visto obligadas a adaptarse a las nuevas reglas y condiciones impuestas.

El régimen jurídico y de organización de la Administración Pública lleva años sumergido en una vorágine de reformas para intentar adaptarse a las posibilidades que implican las nuevas tecnologías y dar respuesta a las necesidades que éstas generan en la sociedad²³⁰⁷. El mejor ejemplo de este proceso de cambio lo encontramos en los instrumentos que ha ido incluyendo dentro de su régimen jurídico: primero, se incorporan “*los medios mecánicos de producción en serie*”²³⁰⁸ para resolver los expedientes administrativos; luego, se incluye “*la aplicación de las técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos*”²³⁰⁹; después, “*la aplicación de medios electrónicos a los procesos de trabajo y la gestión de los procedimientos y de la actuación administrativa*”²³¹⁰; y, finalmente, la actuación automatizada íntegra del procedimiento administrativo²³¹¹.

²³⁰⁷ Vide Julián VALERO TORRIJOS y Juan Ignacio CERDÁ MESEGUER, “Transparencia, acceso y reutilización de la información ante la transformación digital del sector público: enseñanzas y desafíos en tiempos del Covid-19”, *Eunomía*, 19, (2020), p. 103.

²³⁰⁸ Vide Ley de 17 de julio de 1958, de Procedimiento Administrativo, artículo 38, «*Cuando los órganos administrativos deban resolver una serie numerosa de expedientes homogéneos, establecerán un procedimiento sumario de gestión mediante formularios, impresos u otros métodos que permitan el rápido despacho de los asuntos, pudiendo incluso utilizar, cuando sean idénticos los motivos y fundamentos de las resoluciones, cualquier medio mecánico de producción en serie de las mismas, siempre que no se lesionen las garantías jurídicas de los interesados*».

²³⁰⁹ Vide Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común, artículo 45.1: «*Las Administraciones Públicas impulsarán el empleo y aplicación de las técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos, para el desarrollo de su actividad y el ejercicio de sus competencias, con las limitaciones que a la utilización de estos medios establecen la Constitución y las Leyes*».

²³¹⁰ Vide Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, artículo 33.1: «*La gestión electrónica de la actividad administrativa respetará la titularidad y el ejercicio de la competencia por la Administración Pública, órgano o entidad que la tenga atribuida y el cumplimiento de los requisitos formales y materiales establecidos en las normas que regulen la correspondiente actividad. A estos efectos, y en todo caso bajo criterios de simplificación administrativa, se impulsará la aplicación de medios electrónicos a los procesos de trabajo y la gestión de los procedimientos y de la actuación administrativa*».

²³¹¹ Vide Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, artículo 41.1: «*Se entiende por actuación administrativa automatizada, cualquier acto o actuación realizada íntegramente a través de*

Las últimas reformas legislativas [Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común y de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Sector Público (en adelante LRJSP), y la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos de Sector Público] están destinadas a la incorporación de los medios electrónicos a las Administraciones y al Sector Público. La aprobación de las denominadas como “leyes siamesas”, cuya finalidad era integrar la Administración electrónica en el cuerpo principal del Derecho Administrativo, para dotar la norma de coherencia y visibilidad dentro del ordenamiento jurídico²³¹², no ha estado exenta de (merecidas) críticas.

A grosso modo, las modificaciones del régimen jurídico de las Administraciones y del Sector Público se han limitado a adaptar su funcionamiento a los nuevos medios y sistemas. Esto puede traducirse en la utilización de los sistemas informáticos, telemáticos y automatización del procedimiento administrativo, pero siguiendo la estructura y sistema de funcionamiento que regía antaño²³¹³. La reforma nunca habla de la adecuación al proceso de cambio (digital) que ésta experimentando la sociedad. En consecuencia, el proceso evolutivo no es que éste equivocado, sino que, se ha centrado en los medios e instrumentos, alejándose de la finalidad que se persigue: mejorar los servicios públicos, las actuaciones administrativas, los procesos democráticos y el apoyo a las políticas públicas²³¹⁴. De tal modo que, el marco jurídico vigente es insuficiente, en algunos aspectos, para la construcción de la sociedad auténticamente digital.

La evolución de la Administración se encuentra en la misma materia prima y sistema de funcionamiento de las que se sirve el resto de los sectores de la sociedad²³¹⁵. Los datos se han convertido en el petróleo del S. XXI, puesto que, son la fuente que

medios electrónicos por una Administración Pública en el marco de un procedimiento administrativo y en la que no haya intervenido de forma directa un empleado público»

²³¹² Vide Eduardo GAMERO CASADO, “Panorámica de la Administración electrónica en la nueva legislación administrativa básica”, *Revista española de Derecho Administrativo*, 175, (2016), edición electrónica sin numera.

²³¹³ Vide Ignacio ALAMILLO DOMINGO, “El régimen jurídico de la Administración digital: aspectos tecnológicos, plataformas y servicios de intermediación”, en Isaac MARTÍN DELGADO, *El procedimiento administrativo y el régimen jurídico de la Administración pública desde la perspectiva de la innovación tecnológica*, Iustel, Madrid, 2020, p. 227.

²³¹⁴ Vide Rafael MARTÍNEZ PUÓN, *De la transparencia hacia un gobierno abierto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 113.

²³¹⁵ Vide Óscar CAPDEFERRO VILLAGRASA, “La inteligencia artificial del sector público: desarrollo y regulación de la actuación administrativa inteligente en la cuarta revolución industrial”, *Revista de Internet, Derecho y Política*, (2020), p. 4.

permite la incorporación, utilización y sacar el máximo rendimiento a las posibilidades que las nuevas tecnologías ofrecen. Por ello, las Administraciones Públicas deben iniciar una metamorfosis completa, tal y como señala la doctrina, desde la base hasta la cúspide, olvidando todo lo aprendido hasta ahora que resulte inútil o ralentice el procedimiento, pero siempre que no suponga el menoscabo de los derechos de los ciudadanos²³¹⁶. La remodelación de las Administraciones Públicas debe virar ya, obligatoriamente, hacia la digitalización, puesto que, hasta ahora el camino andado está en una línea paralela al objetivo que se pretende conseguir. Si bien, la sinergia Administración y sociedad es indispensable para que culmine el proceso de digitalización, y posibilite la llegada de la Era Digital.

2. La Administración electrónica.

2.1. Concepto y caracteres.

La evolución de la Administración en lugar de adoptar el adjetivo de “abierto”, “digital”, e inclusive “e-Administración” se decanta por describirla como “electrónica”. La elección no es baladí, puesto que, esto nos permite hacer una valoración previa sobre las modificaciones introducidas en la materia. Así, se atisba desde el inicio que los cambios están destinados más hacia la conversión informática de la Administración que hacia a una auténtica digitalización de ésta. La Administración electrónica es definida por primera vez dentro del derecho comunitario, y por extraño que parezca, es el concepto mayoritario que se ha mantenido a lo largo del tiempo por la doctrina:

«La Administración electrónica es el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en las administraciones públicas, combinado con cambios organizativos y nuevas aptitudes, con el fin de mejorar los servicios públicos y los procesos democráticos y reforzar el apoyo a las políticas públicas. La administración electrónica es un factor que hace posible una administración mejor y más eficiente, mejora la elaboración y aplicación de las políticas públicas

²³¹⁶ Vide Isaac MARTÍN DELGADO, “El acceso electrónico a los servicios públicos: hacia un modelo de Administración digital auténticamente innovador”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO y José Luis PIÑAR MAÑAS, *Sociedad digital y derecho*, Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, Madrid, 2018, pp. 181 y ss.

y ayuda al Sector Público a hacer frente al difícil problema de prestar más y mejores servicios con menos recursos»²³¹⁷.

En consecuencia, la Administración electrónica consiste en la utilización por parte de las Administraciones Públicas de las Tecnologías de la Información y la Comunicación, como una herramienta para realizar las actividades y servicios que previamente venían realizando. A groso modo, lo que se les pide a las Administraciones es que den el siguiente paso evolutivo, que ya dieron la sociedad y el mercado, para adaptarse al nuevo entorno, incorporando su actividad y presencia en el mundo virtual. No obstante, la implementación de las TIC en sus relaciones no las convierte directamente en electrónicas, sino que, éstas han tenido que organizarse y formarse en nuevas aptitudes relacionadas con el ciberespacio. En consecuencia, esta cambia también su estructura de funcionamiento, la forma de relacionarse con los ciudadanos, o la tramitación del procedimiento administrativo general.

La Administración electrónica se presenta con grandes ventajas para la sociedad en su conjunto, y para los poderes públicos en la gestión de las actividades que tienen encomendadas. Los principales beneficios están representados en la supresión de las barreras geográficas, la reducción del tiempo empleado, pero también, de costes económicos a largo plazo. De este modo, se pueden señalar tres ventajas principalmente. En primer lugar, la Administración electrónica facilita la realización de las gestiones de los ciudadanos, quienes no tienen porqué desplazarse para tramitar cuestiones cotidianas con la Administración. Además de que esta solventa los problemas de conciliación, cada vez más incompatibles, entre la actividad laboral de los ciudadanos y el horario de apertura al público de las Administraciones. Sin contar, por supuesto, los tiempos de espera y largas colas para realizar cualquier gestión en la mayoría de las Administraciones, aún concertando cita previa. En segundo lugar, esto implica la posibilidad de agilizar la tramitación de los expedientes administrativos, en tanto en cuanto, los intercambios de documentos se producen de forma instantánea y en línea. De forma que, consecuentemente debería implicar un ahorro de tiempo para las Administraciones y, por ende, una mayor diligencia en sus funciones. Sin embargo, esta

²³¹⁷ Vide COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación (2003) 56726 de septiembre al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones: el papel de la Administración electrónica en el futuro de Europa*, Bruselas, p. 7.

presunción, como veremos, dista bastante de parecerse a la realidad. Y, por último, supone un ahorro económico a largo plazo, puesto que el gasto se amortiza por la consecución de la eficiencia de la Administración en sus funciones²³¹⁸.

Mientras que, por otro lado, se presentan grandes retos relacionados sobre todo con los problemas de la Administración para adaptarse a estas nuevas necesidades, ya sean de tipo económico, o formativo. Así, hay un reto económico evidente que implica el elevado coste inicial de su inversión²³¹⁹, los problemas de interoperabilidad de los sistemas entre las distintas Administraciones; la necesidad de formación del personal, la mayoría de ellos nativos de la era Gutenberg, a los que ya les costó adaptarse al uso de la ofimática, y que han tenido que ser reasignados a otros puestos de trabajo; la existencia de recelos jurídicos, puesto que, una gran parte de los juristas ha mostrado su resignación e inconvenientes del paso de la tramitación en papel del expediente administrativo al electrónico; y, en adición, a ésta se ha sumado el recelo de los ciudadanos al uso de estos medios, no sin una explicación lógica que lo motive.

2.2. Grupo normativo regulador.

2.2.1. La influencia de la Unión Europea en el desarrollo normativo.

En el marco del derecho comunitario se han elaborado distintos planes para la configuración de la Administración electrónica entre los Estados miembros. La Unión Europea es consciente de que la consecución de un proceso de digitalización completo pasa por animar a los distintos Gobiernos a la modernización de las Administraciones Públicas, para así lograr el mayor rendimiento y celeridad de este proceso transformador.

El impulso de la Administración electrónica aparece, por primera vez, en el Plan de acción eEuropa 2005, cuyos objetivos concretos consisten en el establecimiento de conexiones en banda ancha para las Administraciones Públicas; la creación de un marco

²³¹⁸ Vide Eduardo GAMERO CASADO y Severiano FERNÁNDEZ RAMOS, *Manual de Derecho Administrativo*, o.c., pp. 385 y ss.

²³¹⁹ Vide MINISTERIO DE POLÍTICA TERRITORIAL Y FUNCIÓN PÚBLICA, *Las tecnologías de la información y las Comunicaciones en la Administración del Estado: Informe Reina 2019*, 6 de marzo de 2020, p. 16: «respecto a los resultados, durante el ejercicio 2018 en la Administración General del Estado, los gastos TIC alcanzaron los 1.415 millones de euros, cifra que representa un decremento del 1,74% frente a los 1.440 de 2017. Sigue de este modo la tendencia a la baja del año anterior, situándose por debajo de la cifra de 2013 que marca el punto más bajo de los últimos ocho años».

de interoperabilidad para los servicios paneuropeos; la concreción de los servicios públicos interactivos; la posibilidad de la contratación pública electrónica; la creación de puntos de acceso público a Internet; y el diseño de servicios electrónicos de cultura y turismo²³²⁰. Posteriormente, se elabora una comunicación específica para destacar el papel protagonista de la Administración electrónica en la construcción de la Europa del futuro. Además, mediante este texto, la Comisión se compromete a promover un acceso incluyente de los ciudadanos para acceder a los mismos; desde la creación de un marco de interacción seguro y de confianza; un mejor uso de la información del Sector Público; el fortalecimiento del mercado interior a través de unos servicios paneuropeos; la búsqueda de soluciones a los problemas de interoperabilidad; y la necesidad de instauración de cambios organizativos²³²¹.

Con posterioridad, se lanzó el Plan de acción sobre la Administración electrónica i2010, mediante el que se propone: acelerar la obtención de beneficios tangibles por parte de todos los ciudadanos y las empresas; garantizar que la Administración electrónica a nivel nacional no cree nuevos obstáculos al mercado único, debidos a la fragmentación y ausencia de interoperabilidad; extender los beneficios de la Administración electrónica a nivel de la Unión Europea posibilitando la obtención de economías de escala en las iniciativas de los Estados miembros y cooperando para hacer frente a los retos comunes europeos; y asegurar la cooperación de todas las partes interesadas de la UE en la concepción y la realización de la Administración electrónica. Y, para su consecución se fijan cinco grandes objetivos: ningún ciudadano puede quedarse atrás en el proceso, promoviendo la inclusión de todas las personas; la eficiencia y la eficacia de la Administración electrónica deben hacerse realidad, sobre todo, en materia de transparencia y rendición de cuentas, y aligeración de la carga administrativa; implantar servicios clave electrónicos que tengan una repercusión significativa dentro de la sociedad; establecer herramientas clave que promuevan un beneficio apropiado de los

²³²⁰ Vide COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación (2002) 263*, 28 de mayo al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones: *eEuropa 2005: una sociedad de la información para todos*, Bruselas, pp. 4 y ss.

²³²¹ Vide COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación (2003) 567 de 29 de septiembre al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: el papel de la Administración electrónica en el futuro de Europa*, Bruselas, pp. 13-22.

servicios públicos en toda Europa; y fortalecer la participación y la adopción de decisiones democráticas dentro de los ciudadanos²³²².

En el año 2010, se propone un segundo Plan de acción sobre la Administración electrónica, pero esta vez más ambicioso puesto que, se aspiraba que para el año 2015:

«los gobiernos europeos sean reconocidos por ser abiertos, flexibles y cooperativos en sus relaciones con los ciudadanos y con las empresas. A que utilicen la administración electrónica para aumentar su eficiencia y eficacia y para mejorar constantemente los servicios públicos de manera a que atiendan las distintas necesidades de los usuarios y maximicen su valor público para, de esa manera, apoyar la transición de Europa a una economía líder basada en el conocimiento»²³²³.

En este sentido, se hablaba de conseguir Gobiernos abiertos y flexibles a partir del diseño de Administraciones que posibilitasen la relación con los ciudadanos y las empresas, y que incrementen el valor y calidad de los servicios públicos que presten. Si bien, el Plan de Acción se agrupa alrededor de tres ejes: por un lado, la capacitación de los usuarios y de la propia Administración; por otro lado, la configuración del mercado interior; y, por último, la consecución de la eficiencia y eficacia de los Gobiernos y Administraciones. En lo que respecta al primer eje, se focaliza en: diseñar servicios en torno a las necesidades de los usuarios; elaborar servicios de colaboración; la reutilización de la información obtenida por el Sector Público, siempre desde el respeto a los límites legales; la mejora de la transparencia de las Administraciones en la toma de decisiones; y la participación de los ciudadanos y las empresas en los procesos de elaboración de políticas. Mientras que, el segundo eje se centra en la prestación de servicios sin discontinuidades para las empresas; la movilidad de las personas dentro de la UE; y la implantación de servicios transfronterizos en toda la UE. Y, finalmente, el tercer eje focaliza su atención en la mejora de los procesos organizativos; la reducción de cargas

²³²² Vide COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación (2006) 173, 25 de abril al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Plan de acción sobre Administración electrónica i2010: acelerar la Administración electrónica en Europa en beneficio de todos*, Bruselas, pp. 3-4.

²³²³ Vide UNIÓN EUROPEA, *Declaración Ministerial sobre la Administración electrónica*, Malmo, 18 de noviembre de 2009, p. 2.

administrativas; y la conformación organizativa de una Administración Pública más ecológica²³²⁴.

Y, el último Plan de Acción sobre la Administración electrónica se lanza con miras a la consecución de los objetivos de Europa 2020. La Unión Europea prevé que para el año 2020 la situación de las Administraciones Públicas sea la siguiente:

«En 2020 a más tardar, las administraciones y las instituciones públicas de la Unión Europea deberían ser abiertas, eficientes e integradoras, y prestar servicios públicos digitales sin fronteras, personalizados, fáciles de utilizar y de extremo a extremo a todos los ciudadanos y empresas de la UE. Se aplican enfoques innovadores para diseñar y prestar mejores servicios de conformidad con las necesidades y las demandas de la ciudadanía y las empresas. Las administraciones públicas aprovechan las oportunidades que brinda el nuevo entorno digital para facilitar sus interacciones con las partes interesadas y entre sí»²³²⁵.

Las iniciativas concretas que se ponen en marcha a través de este Plan de Acción deben garantizar, en todo caso, el respeto de los siguientes principios fundamentales: en primer lugar, la prestación de los servicios en versión digital por defecto; en segundo lugar, consagrar el principio de una sola vez, de manera que los ciudadanos y las empresas aporten una determinada documentación únicamente una vez; en tercer lugar, el diseño de los servicios públicos digitales desde la inclusión y la accesibilidad, sobre todo, en sectores como personas mayores o con discapacidad; en cuarto lugar, la apertura y la transparencia de los datos que obren en poder de la Administración, de forma que, éstos puedan ser controlados por sus propietarios; en quinto lugar, la configuración transfronteriza por defecto de los servicios digitales; en sexto lugar, la interoperabilidad de los servicios públicos por defecto, para garantizar la libre circulación de datos y la

²³²⁴ Vide COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación (2010) 743*, de 15 de diciembre al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: *Plan de Acción Europeo sobre Administración electrónica 2011-2015. Aprovechamiento de las TIC para promover una Administración Pública inteligente, sostenible e innovadora*, Bruselas, pp. 5-13.

²³²⁵ Vide COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación (2016) 179*, de 18 de abril, al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: *Plan de Acción sobre Administración electrónica de la UE 2016-2020. Acelerar la transformación digital de la Administración*, Bruselas, p. 3.

prestación de los servicios digitales en toda la UE; y, en séptimo lugar, el establecimiento de un régimen de fiabilidad y seguridad, tanto de los datos personales, como la intimidad y la seguridad informática. En consecuencia, las prioridades políticas se centran especialmente en: modernizar la Administración Pública con las TIC, utilizando para ello habilitadores digitales clave; hacer posible la movilidad transfronteriza con servicios públicos digitales interoperables; y facilitar la interacción digital entre Administraciones y ciudadanos o empresas para disponer de servicios públicos de alta calidad²³²⁶.

Así, transcurridos ya los plazos previstos en el último plan, nos encontramos en una situación de tránsito a la espera de que la Unión Europea elabore el siguiente Plan de Acción sobre la Administración electrónica para el período 2021-2025, fijando nuevas metas y objetivos. No obstante, la Comisión Europea ya ha adelantado en la Comunicación sobre el futuro digital de Europa, la necesidad de reforzar la estrategia de interoperabilidad de las Administraciones Públicas de la UE para garantizar su coordinación y unas normas comunes en el flujo de datos, y la prestación de servicios seguros y sin fronteras para el año 2021²³²⁷. De tal forma que, lo que se espera de los próximos planes es que se deje de lado el proyecto de construcción de la Administración electrónica, hasta el momento bastante cuestionable, y se apueste firmemente por la constitución de una Administración Digital, en consonancia con el resto de los planes de la Unión Europea.

2.2.2. La regulación en el ordenamiento jurídico español.

A priori, aunque pueda resultar extraño, la primera norma que recoge un sistema de funcionamiento semejante a la Administración electrónica es la Ley de 17 de Julio de 1958, de Procedimiento Administrativo, en el artículo 38, cuando reconoce la posibilidad de utilizar cualquier medio mecánico de producción en serie para la resolución de los expedientes administrativos. Con posterioridad, será la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común, la que

²³²⁶ Vide COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación (2016) 179, de 18 de abril, al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Plan de Acción sobre Administración electrónica de la UE 2016-2020. Acelerar la transformación digital de la Administración*, Bruselas, pp. 4-13.

²³²⁷ Vide COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación (2020) 67, de 19 de febrero, al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: configurar el futuro digital de Europa*, Bruselas, p. 7.

recoja en el artículo 45.1 el régimen de las relaciones electrónicas, asimismo, dispone que:

«Las Administraciones Públicas impulsarán el empleo y aplicación de las técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos, para el desarrollo de su actividad y el ejercicio de sus competencias, con las limitaciones que a la utilización de estos medios establecen la Constitución y las Leyes».

En consecuencia, esta norma promovía el empleo de los medios electrónicos e informáticos de la época en el desarrollo de las actividades por los ciudadanos, así como también, de las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus competencias. Si bien, esto debe contextualizarse en una sociedad que apenas tenía capacidad para disponer de Internet, sin contar con los distintos problemas que operaban dentro de la utilización de las plataformas en red. Por ello, no llega a ser del todo materializado lo que se dispone en la norma.

Así, la primera norma en sentido estricto dirigida al uso de medios electrónicos y, por ende, de configuración de la Administración electrónica, es la Ley 11/2007, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos. El objetivo de ésta es crear un régimen idóneo y específico de la Administración electrónica, dada la insuficiencia de la norma anterior, tal y como se recoge en la exposición de motivos²³²⁸. De este modo, con la finalidad de dotar de soporte legal a la Administración electrónica, se crean una serie de derechos de los ciudadanos, como acceder electrónicamente a las Administraciones, de acceso a los documentos²³²⁹, de comunicación con las Administraciones Públicas a través de la sede o punto de acceso²³³⁰, así como la mejora del funcionamiento y organización de las Administraciones²³³¹.

²³²⁸ Vide Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, Exposición de Motivos I: *«Sin embargo, el desarrollo de la Administración electrónica es todavía insuficiente. La causa en buena medida se debe a que las previsiones de los artículos 38, 45 y 59 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común son facultativas. Es decir, dejan en manos de las propias Administraciones determinar si los ciudadanos van a poder de modo efectivo, o no, relacionarse por medios electrónicos con ellas, según que éstas quieran poner en pie los instrumentos necesarios para esa comunicación con la Administración».*

²³²⁹ *Ibidem* Artículo 1.

²³³⁰ *Ibidem* Artículo 10.

²³³¹ *Ibidem* Artículo 9.

Junto a esta norma, tiene especial relevancia la Ley 37/2007, sobre la reutilización de la información del Sector Público, en aras de garantizar y cumplir las expectativas señaladas en la norma comunitaria de referencia en ese período. Mediante esta norma se establece el régimen administrativo de reutilización que, en todo caso, deberá respetar la normativa aplicable sobre la protección de datos y de la intimidad de las personas en aquella información que sea de carácter personal, así como el establecimiento de formatos que estén disponibles para la reutilización de esa información, en los términos en los que se ha expuesto en el apartado anterior.

A partir del año 2013, con la promulgación de la Agenda Digital para España que, siguiendo las medidas acordadas por el Informe de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas, se inicia lo que parecía un ambicioso proyecto de renovación. En este período, se publica la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, que se encargó de completar las actuaciones de la Administración, introduciendo una serie de principios en su régimen interno de funcionamiento. Para ello, la ley propone la consecución de un triple objetivo:

«incrementa y refuerza la transparencia en la actividad pública (que se articula a través de obligaciones de publicidad activa para todas las Administraciones y entidades públicas), reconoce y garantiza el acceso a la información (regulado como un derecho de amplio ámbito subjetivo y objetivo) y establece las obligaciones de buen gobierno que deben cumplir los responsables públicos así como las consecuencias jurídicas derivadas de su incumplimiento (lo que se convierte en una exigencia de responsabilidad para todos los que desarrollan actividades de relevancia pública)»²³³².

A efectos prácticos, la parte más relevante de esta norma es la configuración del portal de transparencia, tanto para las Administraciones del Estado, como de las Comunidades Autónomas²³³³; la creación del derecho de acceso a la información pública²³³⁴; y la fijación de los criterios del buen gobierno, así como los principios que

²³³² Vide Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, Preámbulo I.

²³³³ *Ibidem* Artículo 10.

²³³⁴ *Ibidem* Artículo 12.

rigen²³³⁵. Puesto que, como se ha analizado, la transparencia como principio de funcionamiento de la Administración aún no ha calado dentro de las instituciones, y el régimen jurídico es escaso y falta de desarrollo legislativo en algunos aspectos.

Sin embargo, el papel protagonista del régimen jurídico de configuración de las Administraciones y del Sector Público, lo tienen la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público. Estas normas tienen la pretensión de reformar el ordenamiento jurídico ad extra, es decir, con los administrados, y ad intra, desde la organización y funcionamiento, de las Administraciones Públicas. La aprobación de las denominadas como “leyes siamesas”, no ha estado exenta de críticas, muchas de ellas merecidas.

Así, por ejemplo, la doctrina ha manifestado su reprobación por: la disgregación del marco jurídico general del derecho administrativo en dos textos legislativos²³³⁶; la falta de coherencia interna entre las normas²³³⁷; la excesiva precisión de algunos aspectos inapropiados para una ley, y más propios de un reglamento²³³⁸; centrarse exclusivamente en la incorporación de los medios electrónicos²³³⁹ y no en la finalidad que la actuación administrativa debe cumplir²³⁴⁰; el desconocimiento de la realidad española y su estadio

²³³⁵ Vide Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, artículo 26.

²³³⁶ Vide Beatriz RODRÍGUEZ VILLAR, “La Ley 39/2015: claves de la reforma y problemática competencial”, *Revista Asamblea*, 34, (2016), p. 233.

²³³⁷ Vide Miguel SÁNCHEZ MORÓN, “Una reforma precipitada o la desarticulación gratuita del régimen jurídico de las Administraciones Públicas”, *El Cronista del Estado y Democrático de Derecho*, 56, (2015), p. 21; Vide Germán FERNÁNDEZ FARRERAS, “Las nuevas leyes de Régimen Jurídico del Sector Público y del Procedimiento Administrativo Común: entre la cosmética y el enredo”, *Revista Asamblea*, 34, (2016), p. 58.

²³³⁸ Vide Beatriz RODRÍGUEZ VILLAR, “La Ley 39/2015: claves de la reforma y problemática competencial”, *Revista Asamblea*, 34, (2016), p. 236; Vide Miguel SÁNCHEZ MORÓN, “Una reforma precipitada o la desarticulación gratuita del régimen jurídico de las Administraciones Públicas”, *El Cronista del Estado y Democrático de Derecho*, 56, (2015), p. 24.

²³³⁹ Vide Fabio PASCUA MATEO, “La administración electrónica en las nuevas leyes de régimen jurídico y de procedimiento”, *Revista Asamblea*, 34, (2016), p. 201: «Por tanto el legislador abandona la concepción de la relación del ciudadano con la Administración por medios electrónicos como un derecho de éste, para configurarla como una técnica general de organización. Obviamente hay intereses públicos de consideración para ello, como el principio de eficacia, consagrado en el artículo 103.1 CE o el más reciente de transparencia (...)».

²³⁴⁰ Vide Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, “Reformas incompletas, proyectos de futuro: el régimen jurídico de las Administración Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, *Revista Asamblea*, 34, (2016), p. 18.

de desarrollo²³⁴¹; el empeoramiento de los derechos de los ciudadanos²³⁴²; la carencia de reformas sustantivas en el procedimiento administrativo²³⁴³; la excesiva prórroga de su entrada en vigor²³⁴⁴, y la falta de previsión presupuestaria para su concreción²³⁴⁵.

Las incorporaciones más relevantes en materia de medios y relaciones electrónicas son las siguientes: la consagración del principio de preferencia del medio electrónico en las relaciones (art. 3.2 de la LRJSP); la concreción de un derecho y un deber de relacionarse por este medio (artículo 12, 13, y 14 de la LPAC); la configuración de los sistemas de identificación y firma electrónica (art. 9 y 10 de la LPAC, y art. 40, 42, 43 y 45 de la LRJSP); la determinación de los puntos de acceso electrónicos (art. 36 y 38 de la LRJSP); el establecimiento de registros electrónicos y su régimen de cómputo de plazos (6, 16, y 31 de la LPAC); la creación de un procedimiento administrativo íntegramente electrónico (art. 17, 26, 27, 28, 36, 66.1, 70, y 80 de la LPAC, y art. 41, 46 y 46 bis de la LRJSP); el establecimiento del régimen de las notificaciones electrónicas (art. 41 y 43 de la LPAC, y art. 44 de la LRJSP); la publicidad de las normas en los portales de Internet (art. 132 de la LPAC); y la participación ciudadana en la elaboración de normas con rango de ley y reglamentos a través de este medio (art. 133 de la LPAC). Si bien, éstas dos últimas modificaciones se estudiarán dentro de las modificaciones que ha sufrido el poder legislativo, en tanto que, tiene más sentido estructural y funcional para el objeto de esta tesis.

²³⁴¹ Vide Luis MARTÍN REBOLLO, “La nueva ley del procedimiento administrativo común”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 174, (2015), p. 5, «Pero eso que no significa que no existan problemas de todo tipo, entre ellos técnicos, derivados de la falta de homologación en la actividad electrónica de las distintas Administraciones, la dificultad de acceso todavía en muchos ámbitos del territorio y la existencia de una generación pre-internet en plena actividad profesional»; Vide Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, “Reformas incompletas, proyectos de futuro: el régimen jurídico de las Administración Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, *Revista Asamblea*, 34, (2016), p.19.

²³⁴² Vide Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Una llamada de atención sobre las notificaciones electrónicas en la novísima Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”, *Revista de Administración Pública*, 198, (2015), p. 365; Vide PASCUA MATEO, Fabio (2016): 201 y ss.

²³⁴³ Vide Luciano PAREJO ALFONSO, “A las puertas de su entrada vigor: algunas cuestiones que suscitan las Leyes 39 y 40 de 2015, examinadas a la luz, en particular, de la autonomía local”, *Revista Asamblea*, 34, (2016), p. 52, «Se entiende así que el modelo de procedimiento que, definido en su preámbulo, consagra la LPAC no pueda ser más clásico (y, por tanto, superado, no por obsoleto, sino por excesivamente parcial e insuficiente para la realidad actual)».

²³⁴⁴ Es el caso, por ejemplo, de los registros electrónicos generales, de apoderamiento y de archivo único que no entrarán en vigor hasta el 2 de abril del año 2021.

²³⁴⁵ Vide Eduardo GAMERO CASADO, “Panorámica de la Administración electrónica en la nueva legislación administrativa básica”, *Revista española de Derecho Administrativo*, 175, (2016), p. 8.

El marco normativo vigente es completado mediante la Ley 9/2017, de los Contratos del Sector Público²³⁴⁶, la cual viene a incorporar a nuestro ordenamiento las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, por las que se pretende revisar y modernizar las normas en contratación pública, para incrementar la eficiencia del gasto público y facilitar la contratación. Además, la norma intenta diseñar un sistema de contratación más transparente e íntegro²³⁴⁷.

Y, finalmente, mediante Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos. El objetivo principal que desarrolla este reglamento es el de concretar las previsiones legales para la utilización efectiva de las nuevas tecnologías dentro de las Administraciones Públicas. De este modo, el reglamento persigue cuatro grandes metas: *«mejorar la eficiencia administrativa, incrementar la transparencia y la participación, garantizar servicios digitales fácilmente utilizables y mejorar la seguridad jurídica»*²³⁴⁸. Si bien es cierto, es un paso en grande hacia la conversión de la Administración Pública, pero aún sigue siendo una actuación insuficiente para alcanzar su digitalización.

2.3. Análisis de las innovaciones del régimen jurídico en materia de Administración electrónica.

2.3.1. Los principios generales en las actuaciones y relaciones electrónicas.

En lo que se refiere a los principios concretos aplicables a las actuaciones y relaciones electrónicas, la LRJSP se compromete a garantizar la interoperabilidad y la seguridad de los sistemas, la protección de los datos de carácter personal, y facilitar la prestación conjunta de servicios a los interesados en lo que se refiere a las relaciones de las Administraciones entre sí y con sus órganos, organismos públicos y entidades vinculados o dependientes²³⁴⁹. De este modo, se pasa de asegurar la disponibilidad, el

²³⁴⁶ Vide Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, de 2017.

²³⁴⁷ *Ibidem* Preámbulo I.

²³⁴⁸ Vide Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos, Preámbulo.

²³⁴⁹ Vide Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, artículo 3.2.

acceso, la integridad, la autenticidad, la confidencialidad y la conservación de datos, informaciones y servicios que gestionen en el ejercicio de sus competencias las Administraciones, a un régimen con mayores garantías.

El Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos, incorpora una serie de principios generales que ya no son exclusivamente aplicables a las relaciones que se generen entre las Administraciones, sino que se extienden a todas sus actuaciones con indiferencia del sujeto receptor de la actuación. En este sentido, se incorporan los siguientes principios al régimen jurídico-administrativo.

A. El principio de neutralidad tecnológica.

En primer lugar, *“los principios de neutralidad tecnológica y de adaptabilidad al progreso de las tecnologías y sistemas de comunicaciones electrónicas”*²³⁵⁰. El principio de neutralidad tecnológica debe ponerse en relación con el principio interoperabilidad, puesto que, la finalidad que persigue es garantizar la elección de distintas alternativas tecnológicas, pero que posibiliten la comunicación e interrelación, mediante la concreción del criterio de interoperabilidad. Para ello, el Sector Público utilizará estándares abiertos y de uso generalizado en la prestación de los servicios públicos por medios electrónicos. Sin embargo, este principio no es una novedad en nuestro ordenamiento jurídico, puesto que, ya contaba con un reconocimiento en idénticos términos, en la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos²³⁵¹, ya derogada. Así, como novedad, únicamente se incorpora el siguiente apartado:

«Las herramientas y dispositivos que deban utilizarse para la comunicación por medios electrónicos, así como sus características técnicas,

²³⁵⁰ Vide Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos, artículo 2 a).

²³⁵¹ Vide Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, artículo 4 i): *«Principio de neutralidad tecnológica y de adaptabilidad al progreso de las técnicas y sistemas de comunicaciones electrónicas garantizando la independencia en la elección de las alternativas tecnológicas por los ciudadanos y por las Administraciones Públicas, así como la libertad de desarrollar e implantar los avances tecnológicos en un ámbito de libre mercado. A estos efectos las Administraciones Públicas utilizarán estándares abiertos así como, en su caso y de forma complementaria, estándares que sean de uso generalizado por los ciudadanos».*

serán no discriminatorios, estarán disponibles de forma general y serán compatibles con los productos informáticos de uso general»²³⁵².

En otras palabras, se hace referencia a las características técnicas de la configuración de las tecnologías de la información y la comunicación para que sean compatibles con los productos habituales o de uso general de la población. Como ya se adelantaba, no hace sino ponerlo en relación con el principio general de interoperabilidad de las actuaciones administrativas. En este sentido, la Administración tendrá que diseñar el régimen general de funcionamiento de sus programas y servicios para que puedan ser ejecutados en sistemas operativos distintos, y dar cobertura a las diferentes gamas y niveles de desarrollo de las TIC. En consecuencia, la Administración tendrá que adecuar los servicios públicos electrónicos que preste a los elementos técnicos de las TIC que disponen los ciudadanos.

Esto puede generar una gran repercusión, y obligar a las Administraciones Públicas a dar cobertura a la prestación de determinados servicios por medios o sistemas obsoletos, en lo que se refiere a sus condiciones técnicas, para garantizar la neutralidad tecnológica de sus actuaciones. Sin duda, esto generará un coste económico añadido, puesto que no sólo tiene la obligación de adaptarse al progreso de las tecnologías, sino de garantizar de manera no discriminatoria que todos tengan acceso. En este sentido, la discriminación por condiciones económico-sociales se puede convertir en una práctica habitual de la Administración, sino garantiza que, con independencia del sistema operativo, todos tienen acceso a la prestación de estos servicios. Esto conlleva una doble inversión: por un lado, mantener el funcionamiento de determinados sistemas operativos, mientras exista actuaciones de los ciudadanos que se desarrollen por esa vía; y, por otro lado, de inversión en materia de progreso y desarrollo de sus sistemas de forma sinérgica al resto de la sociedad.

²³⁵² *Vide* Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos, artículo 2 a) párrafo 2º.

B. El principio de accesibilidad.

En segundo lugar, se incorpora el principio de accesibilidad. Este principio se define como *«el conjunto de principios y técnicas que se deben respetar al diseñar, construir, mantener y actualizar los servicios electrónicos para garantizar la igualdad y la no discriminación en el acceso de las personas usuarias, en particular de las personas con discapacidad y de las personas mayores»*²³⁵³.

De igual modo que el supuesto anterior, este principio no supone una novedad dentro de nuestro ordenamiento jurídico, puesto que ya contaba con un reconocimiento previo en la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos²³⁵⁴. Sin embargo, en este principio sí que se alteran los términos en los que se define la figura, en tanto que, hace especial mención a determinados colectivos (personas con la capacidad modificada y personas mayores) los cuales tendrían mayores probabilidades de verse afectados por la falta de accesibilidad de las actuaciones administrativas electrónicas. Es curioso porque esta técnica de concreción de los sectores poblaciones que tienen mayor riesgo de verse afectados por las previsiones legislativas, ya había sido utilizado en la LOPD, en lo que se refiere al derecho de acceso a Internet²³⁵⁵.

C. El principio de facilidad.

En tercer lugar, se incorpora el principio de facilidad. Este principio viene a reconocer que *«los servicios electrónicos deben estar centrados en las personas usuarias, de forma que se minimice el grado de conocimiento necesario para el uso del servicio»*²³⁵⁶. La consagración de este principio sí que representa una novedad en nuestro

²³⁵³ Vide Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos, artículo 2 b).

²³⁵⁴ Vide Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, artículo 4 c): *« Principio de accesibilidad a la información y a los servicios por medios electrónicos en los términos establecidos por la normativa vigente en esta materia, a través de sistemas que permitan obtenerlos de manera segura y comprensible, garantizando especialmente la accesibilidad universal y el diseño para todos de los soportes, canales y entornos con objeto de que todas las personas puedan ejercer sus derechos en igualdad de condiciones, incorporando las características necesarias para garantizar la accesibilidad de aquellos colectivos que lo requieran»*.

²³⁵⁵ Vide Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y de Garantía de los Derechos Digitales, artículo 81.

²³⁵⁶ Vide Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos, artículo 2 c).

ordenamiento jurídico, por la explicitud de los términos. No obstante, el principio de facilidad en el uso de los servicios públicos electrónicos debe relacionarse con el principio general de “servicio efectivo para los ciudadanos”, “simplicidad, claridad y proximidad a los ciudadanos”, “transparencia en la actuación administrativa”, “buena fe y confianza legítima” y “de eficacia en el cumplimiento de los objetivos”²³⁵⁷.

En este sentido, un servicio que es tramitado de manera que no garantiza que los ciudadanos puedan acceder a su prestación, no puede considerarse efectivo. De manera que, también debe ponerse en relación con las disposiciones generales del artículo 103.1 CE. La minimización del grado de complejidad en la prestación o el desarrollo de la actividad electrónica resulta indispensable para acercar a la ciudadanía en general, la comunicación por esta vía de los ciudadanos con las Administraciones Públicas. Así, a medida que descienda la complejidad de acceso, tramitación, o prestación de estos servicios es más sencillo que se llegue a abordar la conversión completa de la Administración en sus actuaciones. En este sentido, el elevado nivel de tecnicismo que la Administración venía utilizando en determinados servicios ha ralentizado el acceso de los administrados o interesados a la tramitación electrónica de los procedimientos administrativos.

D. El principio de interoperabilidad.

En cuarto lugar, se garantiza el principio de interoperabilidad. Este principio debe entenderse como *«la capacidad de los sistemas de información, y, por ende, de los procedimientos a los que éstos dan soporte, de compartir datos y posibilitar el intercambio de información entre ellos»*²³⁵⁸.

La consagración del principio de interoperabilidad en las actuaciones administrativas es la gran novedad que aporta el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos. En este sentido, la LPAC y LRJSP generan una serie de deberes y obligaciones para las Administraciones Públicas, como es el de relacionarse entre ellas por los medios electrónicos, que obligaba a

²³⁵⁷ Vide Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, artículo 3.1.

²³⁵⁸ Vide Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos, artículo 2 d).

garantizar la interoperabilidad y seguridad de los sistemas. Por ello, aunque la interoperabilidad no estaba recogida como uno de los principios generales de las actuaciones de las Administraciones Públicas, sí que contaba con un extenso desarrollo previo en nuestro ordenamiento jurídico, e incluso se ha definido en idénticos términos que lo venía haciendo la normativa anterior²³⁵⁹.

La importancia que adquiriera la interoperabilidad dentro del sistema es tal que, algún sector de la doctrina llega a proclamar la necesidad de erigirla como un principio del derecho administrativo²³⁶⁰. En este sentido, en palabras de Gamero Casado:

«La interoperabilidad es un imperativo en un Estado políticamente descentralizado: permite que cada poder político ejerza sus competencias abatiendo las eventuales barreras que en otro caso represente para la ciudadanía su segmentación entre diferentes poderes públicos»²³⁶¹.

Y, en este mismo sentido se expresa Martínez Gutiérrez que:

«Como ya hemos advertido, los principios se identifican con aquellos elementos esenciales e indispensables para la consecución y desarrollo de una determinada actividad, y precisamente su calificación como principios hace referencia a su carácter básico como soportes primarios estructurales del sistema y en este sentido, la interoperabilidad debe ser considerada como un nuevo principio del nuevo modelo de e-Administración y del procedimiento administrativo a la vista de la importancia estructural de la misma tanto en la vertiente externa como en la dimensión interna según las innumerables referencias a su salvaguarda que “salpimientan” toda la LPAC y la LRJSP»²³⁶²

²³⁵⁹ Vide Ley 11/2007, de 22 de junio de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, Anexo, Interoperabilidad: *«la capacidad de los sistemas de información, y por ende de los procedimientos a los que éstos dan soporte, de compartir datos y posibilitar el intercambio de información y conocimiento entre ellos».*

²³⁶⁰ Vide Rodolfo MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, *Administración Pública electrónica*, Thomson, Madrid, 2009, pp. 275 y ss.

²³⁶¹ Vide Eduardo GAMERO CASADO, “Administración electrónica e interoperabilidad”, en Isaac MARTÍN DELGADO, *La reforma de la Administración electrónica: una oportunidad para la innovación desde el Derecho*, INAP, Madrid, 2017, p. 500.

²³⁶² Vide Rubén MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, “Relaciones interadministrativas por medios electrónicos. Interoperabilidad”, en Eduardo GAMERO CASADO, *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, Tirant, Valencia, 2017, p. 2820.

Los beneficios de la interoperabilidad se refieren a aspectos: técnicos, como la posibilidad de utilizar estándares abiertos y la reutilización de datos y funcionalidades; organizativos en materia de fortalecimiento de las capacidades de la Administración, en la toma de decisiones, la mejor coordinación o la simplificación de la actividad administrativa; y también de las políticas públicas, puesto que refuerzan la imagen pública, promoviendo los principios de transparencia y de rendición de cuentas²³⁶³.

En este sentido, se puede extraer que la interoperabilidad tiene diferentes dimensiones cuya concurrencia es imprescindible para el desarrollo de la Administración: en primer lugar, la dimensión técnica que se refiere a los aspectos tecnológicos vinculados a ordenadores y servicios; en segundo lugar, la dimensión semántica que persigue que la información intercambiada sea comprensible por cualquier otra aplicación que no haya sido desarrollada con tal objetivo; en tercer lugar, la interoperabilidad organizativa se refiere a la habilidad de las organizaciones para interactuar con objetivos consensuados y comunes, de manera que, se obtengan beneficios mutuos²³⁶⁴; y en cuarto lugar, la interoperabilidad jurídica que corresponde a la sincronización de la legislación de un determinado ámbito político para que los datos electrónicos sean conformes al Derecho aplicable en otros²³⁶⁵.

A lo largo de la LPAC y la LRJSP se hacen muchas referencias a la interoperabilidad, por ejemplo, sobre el uso de plataformas públicas (artículo 6 y 12 LPAC); los registros (artículo 16 LPAC); la validez de las copias públicas (artículo 27 LPAC); los expedientes electrónicos que deben ajustar a las normas técnicas de interoperabilidad (artículo 70.3 LPAC); los sistemas y soluciones adoptadas para relacionarse por medios electrónicos (artículo 3.2 LRJSP); la creación de sedes electrónicas (artículo 39 LRJSP); la firma electrónica (artículo 45 LRJSP); y los directorios de aplicaciones (artículo 157 LRJSP). De manera que, estas aluden a la

²³⁶³ Vide Agustí CERRILLO I MARTÍNEZ, “La cooperación y las relaciones interadministrativas por medios electrónicos”, *A las puertas de la Administración Digital: una guía detallada para la aplicación de las Leyes 39/2015 y 40/2015*, INAP, Madrid, 2016, pp. 285 y ss.

²³⁶⁴ Vide Agustí CERRILLO I MARTÍNEZ, “Gobierno Abierto”, *A las puertas de la Administración Digital: una guía detallada para la aplicación de las Leyes 39/2015 y 40/2015*, INAP, Madrid, 2016, p. 285.

²³⁶⁵ Vide Eduardo GAMERO CASADO, “Administración electrónica e interoperabilidad”, en Isaac MARTÍN DELGADO, *La reforma de la Administración electrónica: una oportunidad para la innovación desde el Derecho*, INAP, Madrid, 2017, p. 501.

interoperabilidad como un criterio recurrente para garantizar la conexión entre las distintas Administraciones, y garantizar que éstas no se conviertan en islas inaccesibles.

El desarrollo de la interoperabilidad se produce a través del Real Decreto 4/2010, de 8 de enero, convirtiéndose en una norma vinculante para todas las Administraciones Públicas. El ENI establece su prevalencia sobre cualquier otro criterio en la utilización de los medios electrónicos. Si bien, con posterioridad, ésta es complementado con hasta 12 normas técnicas de interoperabilidad desarrolladas por la Secretaría de Estado para la Función Pública.

Las normas técnicas de interoperabilidad tratan asuntos que van desde el catálogo de estándares aplicables por las Administraciones Públicas²³⁶⁶; los metadatos mínimos obligatorios que deben incluir los documentos electrónicos²³⁶⁷; los formatos aplicables a la estandarización de documentos²³⁶⁸; estructura y formato del expediente electrónico²³⁶⁹; los formato de firma y algoritmos a utilizar para la validez de la firma electrónica²³⁷⁰; los protocolos de intermediación de datos²³⁷¹; relación de modelos de datos²³⁷²; políticas de gestión de documentos electrónicos²³⁷³; requisitos de conexión a la red de las comunicaciones de las Administraciones²³⁷⁴; procedimiento de copiado auténtico y

²³⁶⁶ *Vide* Resolución de 3 de octubre de 2012, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, por la que se aprueba la Norma Técnica de Interoperabilidad de Catálogo de estándares.

²³⁶⁷ *Vide* Resolución de 19 de julio de 2011, de la Secretaría de Estado para la Función Pública, por la que se aprueba la Norma Técnica de Interoperabilidad de Documento Electrónico.

²³⁶⁸ *Vide* Resolución de 19 de julio de 2011, de la Secretaría de Estado para la Función Pública, por la que se aprueba la Norma Técnica de Interoperabilidad de Digitalización de Documentos

²³⁶⁹ *Vide* Resolución de 19 de julio de 2011, de la Secretaría de Estado para la Función Pública, por la que se aprueba la Norma Técnica de Interoperabilidad de Expediente Electrónico

²³⁷⁰ *Vide* Resolución de 27 de octubre de 2016, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, por la que se aprueba la Norma Técnica de Interoperabilidad de Política de Firma y Sello Electrónicos y de Certificados de la Administración.

²³⁷¹ *Vide* Resolución de 28 de junio de 2012, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, por la que se aprueba la Norma Técnica de Interoperabilidad de Protocolos de intermediación de datos.

²³⁷² *Vide* Resolución de 28 de junio de 2012, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, por la que se aprueba la Norma Técnica de Interoperabilidad de Relación de modelos de datos.

²³⁷³ *Vide* Resolución de 28 de junio de 2012, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, por la que se aprueba la Norma Técnica de Interoperabilidad de Política de gestión de documentos electrónicos.

²³⁷⁴ *Vide* Resolución de 19 de julio de 2011, de la Secretaría de Estado para la Función Pública, por la que se aprueba la Norma Técnica de Interoperabilidad de requisitos de conexión a la red de comunicaciones de las Administraciones Públicas españolas.

conversión entre documentos electrónicos²³⁷⁵; modelo de datos para el intercambio de asientos entre las entidades registrales²³⁷⁶; y reutilización de recursos de información²³⁷⁷. De este modo, tal y como señala la doctrina:

«la ENI y las NTIs suponen una apuesta decidida de nuestra Derecho por un modelo de interoperabilidad vinculante, rígido y unitario, algo sin precedentes en el panorama comparado»²³⁷⁸.

No obstante, desde la vigencia de la LPAC y la LRJSP los problemas de interoperabilidad entre Administraciones no se habían solucionado, como consecuencia del diseño arquitectónico de sus plataformas, y los sistemas de funcionamiento implantados. Por esta razón, el Reglamento de actuaciones y funcionamiento del Sector Público centra su foco de actuación sobre la reconversión de las mismas para hacerlas compatibles e interoperables, y eliminar aquellas que no cumplan con los requisitos necesarios. Esto será abordado con mayor precisión en un punto posterior de este capítulo.

En consecuencia, la interoperabilidad se ha convertido en un principio básico del Derecho Administrativo para avanzar en la consecución de la Administración del S. XXI. De ahí la importancia que tiene su inclusión dentro del régimen general de las actuaciones y servicios que preste la Administración Pública, para abordar el cambio que esta necesita.

E. El principio de proporcionalidad.

En quinto lugar, se reconoce el principio de proporcionalidad, en *«cuya virtud sólo se exigirán las garantías y medidas de seguridad adecuadas a la naturaleza y*

²³⁷⁵ Vide Resolución de 19 de julio de 2011, de la Secretaría de Estado para la Función Pública, por la que se aprueba la Norma Técnica de Interoperabilidad de Procedimientos de copiado auténtico y conversión entre documentos electrónicos.

²³⁷⁶ Vide Resolución de 19 de julio de 2011, de la Secretaría de Estado para la Función Pública, por la que se aprueba la Norma Técnica de Interoperabilidad de Modelo de Datos para el Intercambio de asientos entre las entidades registrales.

²³⁷⁷ Vide Resolución de 19 de febrero de 2013, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, por la que se aprueba la Norma Técnica de Interoperabilidad de Reutilización de recursos de la información.

²³⁷⁸ Vide Eduardo GAMERO CASADO, “Reparto competencial y posibilidades competenciales”, en Isaac MARTÍN DELGADO, *El procedimiento administrativo y el régimen jurídico de la Administración Pública desde la perspectiva de la innovación tecnológica*, Iustel, Madrid, 2020, pp. 87.

*circunstancias de los distintos trámites y actuaciones electrónicas»*²³⁷⁹. Este principio no es una novedad dentro de nuestro ordenamiento jurídico, puesto que, la normativa anterior recogía un principio prácticamente idéntico²³⁸⁰.

En este sentido, la proporcionalidad en las medidas de seguridad de las actuaciones y trámites administrativos debe ponerse en relación con el Real Decreto 3/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Seguridad en el ámbito de la Administración electrónica. El Reglamento incorpora distintas disposiciones que modifican el régimen común de identificación, autenticación, firma y condiciones de interoperabilidad de las distintas Administraciones Públicas. De manera que, de esta forma, se pretende establecer un régimen más proporcional de seguridad de las actuaciones, en relación con los concretos actos y trámites administrativos que se desarrollen. Esto será desarrollado de forma más minuciosa las peculiaridades de este régimen.

F. El principio de personalización y proactividad.

En sexto lugar, se incorpora al régimen jurídico *“el principio de personalización y proactividad”*. La norma define éste como: *«la capacidad de las Administraciones Públicas para que, partiendo del conocimiento adquirido del usuario final del servicio, proporcione servicios precumplimentados y se anticipe a las posibles necesidades de los mismos»*²³⁸¹.

Este principio representa la base que va a revolucionar la transformación digital del régimen de funcionamiento de la Administración Pública. En otras palabras, la Administración va a personalizar las actuaciones administrativas, atendiendo a la información que ya dispone de los ciudadanos. En sentido contrario, esto conlleva un proceso de datificación de la información que dispone la Administración, de manera que,

²³⁷⁹ Vide Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos, artículo 2 e).

²³⁸⁰ Vide Ley 11/2007, de 22 de junio de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, artículo 4 g): *«Principio de proporcionalidad en cuya virtud sólo se exigirán las garantías y medidas de seguridad adecuadas a la naturaleza y circunstancias de los distintos trámites y actuaciones. Asimismo sólo se requerirán a los ciudadanos aquellos datos que sean estrictamente necesarios en atención a la finalidad para la que se soliciten»*.

²³⁸¹ Vide Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos, artículo 2 f).

una vez que accede el usuario a las plataformas de acceso, se cumplimente automáticamente aquella información que obre en poder de la Administración Pública. Sin embargo, la actividad de datificación no termina con el desarrollo de esta actividad, sino que debe proponer a los ciudadanos servicios que anticipen sus necesidades.

Esta anticipación a las necesidades de los ciudadanos no es posible sin la recogida y análisis de todos los datos que están disponibles para la Administración. Lo que, en sentido contrario, obliga a incorporar a las actuaciones generales de la Administración la utilización de las herramientas de Big Data, y de igual manera, de algoritmos simples, tanto analíticos como predictivos, para proponer esos servicios anticipados; o en su caso, de sistemas de inteligencia artificial. Esto supone un paso abismal en el tratamiento de la información de los ciudadanos y la prestación de los servicios públicos. Sin embargo, llama la atención que las previsiones normativas en esta materia son escasas para salvaguardar los bienes jurídicos en juego, más aún, cuando su utilización se pueda convertir “en general” en las actuaciones administrativas.

2.3.2. La preferencia del medio electrónico en las relaciones.

A. Consideraciones previas.

La LPAC y la LRJSP consagran el medio electrónico como el preferente para relacionarse tanto entre ellas, como con los ciudadanos. Los intereses públicos que hay en juego avalan el establecimiento del medio electrónico como un principio organizativo de la Administración, en tanto que, encuentra fundamento jurídico en el artículo 103 CE, así como también, se inspira en la necesidad de transparencia que se venía recogiendo en la normativa precedente. En consecuencia, con la entrada en vigor de las leyes las relaciones entre Administraciones Públicas para intercambiar información, recabar documentación o cualquier otro tipo de comunicación, únicamente podrá realizarse por medios electrónicos²³⁸².

En este sentido, el intercambio de datos en entornos cerrados de comunicación entre las Administraciones, órganos, organismos públicos y entidades de Derecho Público

²³⁸² Vide Agustí CERRILLO I MARTÍNEZ, “La cooperación y las relaciones interadministrativas por medios electrónicos”, *A las puertas de la Administración Digital: una guía detallada para la aplicación de las Leyes 39/2015 y 40/2015*, INAP, Madrid, 2016, p. 383.

se considerarán válidos a efectos de autenticación²³⁸³ e identificación de los emisores y receptores. Para ello, cada Administración deberá regular las condiciones y garantías que deben regir, así como también, preservar la seguridad del entorno y la protección de los datos que se transmitan²³⁸⁴. Y, en el caso de que los participantes pertenezcan a distintas Administraciones deberán acordarse las condiciones mediante convenio suscrito por las partes. En el ámbito de la AGE, estas condiciones y garantías serán establecidas por la Secretaría General de Administración Digital²³⁸⁵, así mismo, las comunicaciones se efectuarán a través del REG de la AGE, como medio preferente, aunque puede realizarse por otros canales²³⁸⁶. Y, de igual manera, se reconoce el derecho a los interesados a no presentar datos y documentos no exigidos por las normas aplicables al procedimiento de que se trate, que ya se encuentren en poder de las Administraciones Públicas o hayan sido elaborados por éstas [artículo 53.1 d) LPAC], el cual se complementa con el artículo 28 del mismo cuerpo normativo.

Así, el legislador abandona la concepción de la relación de los ciudadanos con la Administración por medios electrónicos como un derecho, para establecerse como un principio general de organización. En este sentido, la norma viene a configurar un derecho, pero también un deber para determinados sujetos, de relacionarse por los medios electrónicos.

B. El derecho a relacionarse por el medio electrónico.

Lo primero que llama la atención de su regulación es que no se enmarca en los derechos generales de los ciudadanos o de los administrados en las relaciones con la Administración, sino que gesta un derecho aislado del resto con una estructura jurídica singular. En este sentido, el derecho a relacionarse con las Administraciones Públicas está

²³⁸³ Vide Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del Sector Público por medios electrónicos, Anexo, Autenticación: «*procedimiento de verificación de la identidad digital de un sujeto en sus interacciones en el ámbito digital, típicamente mediante factores como algo se sabe (contraseñas o claves concertadas), algo que se tiene sean componentes lógicos (como certificados software) o dispositivos físicos, o algo que es (elementos biométricos), factores utilizados de manera aislada o combinados*».

²³⁸⁴ Vide Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, artículo 44.

²³⁸⁵ Vide Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos, artículo 25.

²³⁸⁶ *Ibidem* Artículo 57.

destinado a todas las personas físicas²³⁸⁷ (porque las personas jurídicas están obligadas), y se concreta en «elegir en todo momento si se comunican con las Administraciones Públicas para el ejercicio de sus derechos y obligaciones a través de medios electrónicos o no»²³⁸⁸.

La elección de relacionarse por medios electrónicos puede modificarse en cualquier momento, siendo indiferente el estado de tramitación del procedimiento administrativo. De este modo, no es una decisión que vincule a las partes por un período obligatorio o de mínimos, sino que, el interesado podrá en cualquier momento variar el medio de relación (artículo 12.1 de la LPAC). Al respecto, tanto por la decisión de tramitación electrónica, como de hacerlo por las vías convencionales, debe producirse mediante comunicación al órgano competente para la tramitación del mismo. El Reglamento de actuación y funcionamiento del Sector público por medios electrónicos establece que, en todo caso, los efectos de la comunicación se producirán a partir del quinto día hábil siguiente, desde que el órgano competente para su tramitación haya tenido constancia de la misma²³⁸⁹. De manera que, se genera una obligación específica para las Administraciones con un plazo concreto para convertir la relación en electrónica, o su retorno a la modalidad convencional.

El ámbito objetivo de este derecho se concreta en el artículo 13, en el que se recogen una serie de derechos adicionales o vinculados a éste. En primer lugar, el derecho a comunicarse con las Administraciones Públicas a través del punto de acceso general electrónico. En este sentido, para que se produzca el efectivo ejercicio del derecho, las Administraciones Públicas tienen que poner a disposición de los interesados los canales de acceso, los sistemas y las aplicaciones que en cada caso se determinen. Esto se materializa en la creación de sistemas de identificación y firma, registros electrónicos generales y de apoderamiento, la creación de las sedes electrónicas, y la prestación de estos servicios públicos digitales.

En segundo lugar, el derecho a ser asistidos en el uso de medios electrónicos, especialmente, en lo referente a la identificación y firma electrónica, presentación de

²³⁸⁷ Vide STSJ de Murcia 164/2020, de 27 de mayo, FJ4.

²³⁸⁸ Vide Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, artículo 14.1.

²³⁸⁹ Vide Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos, artículo 3.2.

solicitudes y obtención de copias auténticas. En este sentido, este derecho se concreta en el Reglamento de actuación y funcionamiento del Sector Público por medios electrónicos en los siguientes canales: en primer lugar, presencial, a través de las oficinas de asistencia al ciudadano; en segundo lugar, en los portales de internet y las sedes electrónicas, es decir, a través de la utilización tanto de personas físicas que contesten a las solicitudes, como de bots que respondan automática a estas peticiones; en tercer lugar, se reconocen las redes sociales como canales de comunicación, cuestión que llama la atención, puesto que, es la primera vez que se incorpora a los medios de actuación de la Administración, y las cuales no cuentan con un régimen jurídico específico; en cuarto lugar, a través de los canales telefónicos, es decir, los números de teléfono habilitados para la atención de los ciudadanos; en quinto lugar, por correo electrónico; y, finalmente, por cualquier otra vía que pueda establecerse de acuerdo con lo previsto en el artículo 12 de la LPAC²³⁹⁰.

Asimismo, el Reglamento de actuación y funcionamiento del Sector Público por medios electrónicos establece que se debe formar a los empleados públicos para garantizar el ejercicio de este derecho por parte de los ciudadanos²³⁹¹. Sin embargo, no se prevén planes de formación concretos, o medidas complementarias para garantizar el correcto ejercicio de este derecho.

No obstante, este derecho a ser atendido tiene como límite subjetivo que la persona a la que se le vaya a dar asistencia se encuentre ejerciendo su derecho a relacionarse electrónicamente, y no en el cumplimiento de la obligación de relacionarse por este medio²³⁹². Sin duda esto es una incoherencia enorme de la norma que no se ha corregido en el reglamento posterior, puesto que, aquellos que están obligados a relacionarse son los colectivos que mayores problemas (forzosos) van a tener en las relaciones electrónicas. Por ello, el reglamento debería haber puesto una nota de cordura en este régimen jurídico, y acordado también la asistencia, por idénticos canales, a todos aquellos que se relacionasen electrónicamente con las Administraciones Públicas.

Además, como límites generales debe tenerse en cuenta lo dispuesto, en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, en lo referido a la información pública, archivos y registros,

²³⁹⁰ *Vide* Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos, artículo 4.

²³⁹¹ *Ibidem* Disposición Adicional segunda.

²³⁹² *Vide* Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, artículo 12.2.

para el acceso a los documentos; a la obtención y utilización de los medios de identificación y firma electrónica, que se regulan de forma específica por la ley 6/2020, de 11 de noviembre, reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza, así como las disposiciones de la LPAC en esta materia; y el respeto de los límites y garantías de la protección de los datos de carácter personal, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y de Garantía de los Derechos Digitales.

C. El deber de relacionarse electrónicamente con las Administraciones Públicas.

Por otro lado, está el deber de relacionarse electrónicamente con las Administraciones Públicas. La norma delimita el ámbito de sujetos obligados en los siguientes: las personas jurídicas; las entidades²³⁹³ sin personalidad jurídica²³⁹⁴; y quienes ejerzan una actividad profesional para la que se requiera colegiación obligatoria²³⁹⁵, para los trámites y actuaciones que realicen en ejercicio de dicha actividad profesional. En todo caso, dentro de este colectivo se entenderán incluidos los notarios y registradores de la propiedad y mercantiles; quienes representen a un interesado que esté obligado a relacionarse electrónicamente con la Administración; y los empleados de las Administraciones Públicas para los trámites y actuaciones que realicen con ellas por razón de su condición de empleado público²³⁹⁶.

Junto a estos sujetos se prevé que reglamentariamente se puede ampliar el ámbito subjetivo de aplicación en ciertos procedimientos administrativos para colectivos

²³⁹³ Vide STSJ de la Comunidad Valencia, 183/2020, de 24 de abril, FJ2: «Por tanto, en la fecha de presentación no telemática de aquella solicitud no se encontraba en vigor la exigencia regulada en el art. 14.2 de la Ley 39/2015 de relacionarse con las Administraciones Públicas a través de medios electrónicos para la realización de cualquier trámite de un procedimiento administrativo las personas jurídicas, las entidades sin personalidad jurídica y determinadas personas físicas -en lo que aquí interesa, quienes ejerzan una actividad profesional para la que se requiera colegiación obligatoria, para los trámites y actuaciones que realicen con las Administraciones Públicas en ejercicio de dicha actividad profesional-, ni tampoco, por consiguiente, la previsión contenida en el art. 68.4 de la mencionada Ley 39/2015».

²³⁹⁴ Vide CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Informe de 5 de marzo de 2015. El informe advierte que la norma presume esa capacidad a las entidades sin personalidad jurídica en todo caso, cuando la diversa tipología de estas, y su diferente objeto y actividad, no permite alcanzar dicha presunción en términos absolutos e indiscriminados.

²³⁹⁵ Vide Juzgado de lo Social de Barcelona, sentencia 31/2018, de 3 de octubre, FJ3.

²³⁹⁶ Vide Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, artículo 14.2.

concretos que, por razón de «*su capacidad económica, técnica, dedicación profesional u otros motivos quede acreditado que tienen acceso y disponibilidad de los medios electrónicos necesarios*»²³⁹⁷. Asimismo, el Reglamento de actuación y funcionamiento del Sector Público por medios electrónicos ha incorporado como sujetos obligados a las personas participantes en procesos selectivos convocados por la AGE, sus organismos públicos o entidades de derecho público vinculados o dependientes a la misma²³⁹⁸.

En este sentido, la doctrina es crítica al respecto, en tanto que, basándose en la jurisprudencia del Tribunal Supremo²³⁹⁹, la capacidad económica de un sujeto no puede ser un presupuesto de una habilidad para utilizar los medios electrónicos. De este modo, la capacidad económica puede implicar la facilidad para disponer de los medios, es decir, adquirirlos, pero nunca aseverar que se dispone de la formación necesaria para utilizarlos²⁴⁰⁰.

En consecuencia, el legislador presupone que los obligados a relacionarse por este medio disponen, en general por el ejercicio de su profesión, de los medios propicios para relacionarse por este canal. En mi opinión, aunque la doctrina en su momento clamara contra esta aseveración, la realidad ha demostrado que los sectores a los que obligan disponen de los recursos necesarios para cumplir con su obligación. Quizá lo que le faltaban eran los conocimientos y habilidades.

Además, al respecto, el Reglamento de actuación y funcionamiento del Sector Público por medios electrónicos ha incorporados los instrumentos legislativos que, para la Administración General del Estado, pueden ser utilizados, para ampliar el ámbito subjetivo de la obligatoriedad de este derecho. En este sentido, se advierte que deberá producirse por «*real decreto acordado en Consejo de Ministros, o por orden de la persona titular del Departamento competente respecto de los procedimientos de que se trate, que afecten al ámbito competencia de uno o varios Ministerios cuya regulación no requiera de norma con rango de real decreto*». Además, esta norma deberá publicarse en

²³⁹⁷ Vide Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, artículo 14.3.

²³⁹⁸ Vide Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del Sector Público por medios electrónicos, Disposición Adicional primera.

²³⁹⁹ Vide STS 642/2006, de 25 de febrero, FJ 4: «*el hecho de tener un patrimonio considerable, o que los clientes hubieran realizados algunas inversiones previas no los convierte en clientes expertos*».

²⁴⁰⁰ Vide Fabio PASCUA MATEO, “La administración electrónica en las nuevas leyes de régimen jurídico y de procedimiento”, *Revista Asamblea*, 34, (2016), p. 203.

el Punto de Acceso General electrónica de la AGE, y en la sede electrónica o asociada que corresponda²⁴⁰¹.

La obligatoriedad de relacionarse por medios electrónicos²⁴⁰² no está delimitada únicamente a los procedimientos que se inicien a instancia de parte, sino que, también se incluyen los iniciados de oficio por parte de las Administraciones Públicas, haciendo extensible la aplicación de las notificaciones electrónicas; lo que, como se analizará, estás suponen un debilitamiento de los derechos de los interesados. Pero es que, además, la doctrina pone un ejemplo elocuente de perjudicados directos de este régimen como son los empleados públicos que, durante un período de vacaciones o que se encuentren en situación de baja, no habiendo podido tener acceso a su puesto de trabajo reciban este tipo de notificaciones²⁴⁰³. En este sentido, la norma parece haberse olvidado de que los empleados públicos también tienen derecho a la desconexión digital fuera de su tiempo de trabajo, por lo que existiría un conflicto de derechos que puede llegar a implicar responsabilidad de la Administración. Más aún, si se traen a colación los efectos que tiene para ellos, el deber de relacionarse electrónicamente, que implica cumplir con todos los requisitos del procedimiento, y la imposibilidad de subsanar, por ejemplo, en los procedimientos de concurrencia competitiva²⁴⁰⁴.

²⁴⁰¹ Vide Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos, artículo 3. 3 páf. 2º.

²⁴⁰² Vide Eduardo GAMERO CASADO, “Panorámica de la Administración electrónica en la nueva legislación administrativa básica”, *Revista española de Derecho Administrativo*, 175, (2016), edición electrónica sin numerar: «una vez superada esta carrera de obstáculos, en la fase de estricta presentación es tremendamente frecuente tropezarse con graves problemas de interoperabilidad, de suerte que no puede completarse el trámite porque se actualizó la versión de Java, porque no se descargó el applet de firma electrónica, o porque la versión del navegador es incompatible. Si el sufrido ciudadano no supera en plazo esta peculiar gymkhana y no logra finalmente completar el trámite de presentación, perderá todos sus derechos».

²⁴⁰³ Vide Fabio PASCUA MATEO, “La administración electrónica en las nuevas leyes de régimen jurídico y de procedimiento”, *Revista Asamblea*, 34, (2016), p. 204.

²⁴⁰⁴ Vide STSJ de Murcia, 122/2020, de 6 de marzo, FJ5: «No obstante, no consta tampoco que durante el plazo de presentación de las solicitudes se dirigiera a la Sección Administrativa encargada de asistir a los interesados en el proceso de presentación telemática de solicitudes y que se le comunicara desde esta Sección que la instancia estaba presentada. Tampoco figura escrito alguno de la Sra. Rita dirigiéndose a la Comisión de Valoración, al propio Rectorado o a cualquier otro Departamento o Unidad de la Universidad competente al efecto, participándole la imposibilidad de presentar la instancia por medios telemáticos. Tampoco se acredita, pese a lo alegado en el recurso de apelación, que el sistema informático correspondiente diera problemas, no fuera adecuado o que hubiera un número elevado de incidencias en este sentido que permitiera concluir un fallo en el sistema. En cuanto a la aptitud o habilidad de la interesada para la utilización de medios telemáticos, además de no resultar probado este extremo, se reitera que podía disponer de ayuda al efecto, y no consta que la solicitara y presentara la solicitud con las indicaciones que desde esa Sección se le dieron. Se aportó por la interesada, con su recurso de reposición, detalle de llamadas telefónicas, pero ninguna otra prueba que justifique de lo que se trató en las mismas. Por tanto, no se acredita que la no presentación de la instancia fuera imputable a la

Esto contrasta con las consideraciones que establece el Reglamento de actuación y funcionamiento del Sector Público por medios electrónicos, en lo que se refiere al régimen de subsanación, en tanto que, ha venido a poner un poco de cordura en el tratamiento de este deber por parte de los administrados. En este sentido, se permite a aquellas personas obligadas a relacionarse por medios electrónicos que no los hubiesen utilizado que la Administración les requiera para su subsanación, y de igual manera también se hace extensivo a aquellas no obligadas, y que voluntariamente hayan decidido ejercer su derecho a relacionarse por medios electrónicos²⁴⁰⁵.

La norma contempla distintos supuestos. En primer lugar, cuando la Administración haya determinado formatos y estándares a los que deba ajustarse la información presentada, si se incumple estos requisitos, se le requerirá para que subsane en el plazo de diez días, cuando se trate de un acto de iniciación o de otro acto de trámite. Y, en segundo lugar, cuando el escrito o solicitud presentada adolezca de otro vicio distinto subsanable de los contemplados en los artículos 66, 67 y 73 de la LPAC, se requerirá para que subsanen en un plazo de diez días, el cual podrá ser ampliado hasta cinco días más, a petición del interesado, o de oficio cuando la aportación presente dificultades especiales²⁴⁰⁶. En caso de que no se subsane en el plazo previsto por el interesado o su representante legal se tendrá por desistida su solicitud, o decaerá el derecho al trámite correspondiente, previa resolución dictada siguiendo los cauces del artículo 21 de la LPAC. Una vez subsanada, será la fecha en la que se produzca la subsanación la que se considerará como fecha de presentación de la solicitud²⁴⁰⁷.

Por otro lado, el contenido mínimo de estas comunicaciones administrativas a las personas interesadas ha quedado delimitado por el Reglamento general de actuación y funcionamiento del Sector Público por medios electrónicos que, en el artículo 41, señala lo siguiente: fecha, y en su caso, hora efectiva del inicio del cómputo de los plazos que deba cumplir la Administración; fecha en la que la solicitud ha sido recibida por el órgano competente, el plazo máximo para resolver el procedimiento y la práctica de las

Administración y no a la Sra. Rita. Y aun cuando así hubiera sido, la consecuencia tampoco podía ser la admisión al concurso, pues no había solicitud, como decimos, sino, en su caso, la responsabilidad patrimonial de la Administración».

²⁴⁰⁵ Vide Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del Sector Público por medios electrónicos, artículo 14. 1.

²⁴⁰⁶ *Ibidem* Artículo 14. 2 y 3.

²⁴⁰⁷ *Ibidem* Artículo 14. 1.

notificaciones, así como los efectos del silencio administrativo; la solicitud de pronunciamiento previo y preceptivo a un órgano de la Unión Europea y la notificación del pronunciamiento de este; la existencia de un procedimiento no finalizado en el ámbito de la Unión Europea que condicione el contenido de la resolución, así como también, la finalización de dicho procedimiento; la solicitud de un informe preceptivo a un órgano de la misma o distinta Administración y la recepción en su caso del mismo; la solicitud de previo pronunciamiento de un órgano jurisdiccional, cuando este sea indispensable para la resolución del procedimiento, así como el contenido de la resolución; o la realización del requerimiento de anulación o revisión de actos entre administraciones²⁴⁰⁸.

En consecuencia, se puede establecer que la falta de alguno de estos datos en la comunicación a la persona interesada debe considerarse como un supuesto de anulabilidad del acto administrativo, por incumplimiento de los requisitos formales del acto (art. 35 LPAC), y en su caso de nulidad dependiendo de la gravedad de la información de la que no se de traslado.

Sin embargo, si hay un aspecto que ha hecho clamar a la doctrina, es la negación a estos sujetos obligados al derecho a ser asistido en las comunicaciones electrónicas²⁴⁰⁹, siendo éstos quienes cumplen con una obligación, y que, por tanto, frente a mayores disyuntivas en su uso se van a tener que enfrentar²⁴¹⁰. La doctrina ha sido muy crítica con esta previsión legal, por ejemplo, Gamero Casado señala lo siguiente:

«es palmario que muchísimo de los sujetos que se ven afectados por este régimen todavía a día de hoy de los medios y de los conocimientos necesarios para entablar relacionar electrónicas, que suscitan interminables problemas de usabilidad (...). Pero, lo que es más grave, la propia Ley niega a los sujetos obligados a relacionarse por medios electrónicos el derecho a recibir asistencia e información acerca del modo en el que deben realizar sus trámites. Esto es

²⁴⁰⁸ Vide Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del Sector Público por medios electrónicos, artículo 41.

²⁴⁰⁹ Vide SAN 583/2017, de 15 de febrero, FJ4.

²⁴¹⁰ Vide Eduardo GAMERO CASADO, “Panorámica de la Administración electrónica en la nueva legislación administrativa básica”, *Revista española de Derecho Administrativo*, 175, (2016), edición electrónica sin numerar, «a mi juicio, esta previsión legal no debería aplicarse en la práctica, y entiendo que las Administraciones Públicas tendrán que seguir ofreciendo esta asistencia a todos los ciudadanos sin discriminación alguno ya se encuentren obligados o no a relacionarse por medios electrónicos»

sencillamente inadmisibile. Supone una discriminación negativa carente de todo fundamento y justificación»²⁴¹¹.

Aún más duro si cabe, son las críticas de Fernández Rodríguez:

«Me preocupa también la situación de un número en absoluto despreciable de ciudadanos españoles que, por razones de edad o simplemente de educación, no están en condiciones de hacer frente a un cambio de estas proporciones»²⁴¹².

O, para Santamaría Pastor, quien manifiesta que el legislador parece estar aislado en una burbuja y no conocer la realidad de la sociedad española:

«Un precepto, lamento decirlo, que parece desconocer la realidad social española, en lo que se refiere al uso de medios informáticos de trabajo y, sobre todo, de acceso a internet. Las entidades con o sin personalidad jurídica son mucho más que las sociedades del Ibex; son, también, cientos de miles de pequeñas sociedades familiares o comunidades de bienes tras las que no hay más que personas físicas carentes de organización alguna, cuyo grado de informatización no va mucho más allá que el manejo del Word o, en algún caso, de algunas hojas Excel muy sencillas; y no se piense en profesionales colegiados insertos en organizaciones como la que acoge al autor de estas páginas, sino también en el abogado o médico rural de la España profunda, dicho sea con el mayor afecto y respeto hacia ellos»²⁴¹³.

²⁴¹¹ Vide Eduardo GAMERO CASADO, “Panorámica de la Administración electrónica en la nueva legislación administrativa básica”, *Revista española de Derecho Administrativo*, 175, (2016), edición electrónica sin numerar.

²⁴¹² Vide Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Una llamada de atención sobre las notificaciones electrónicas en la novísima Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”, *Revista de Administración Pública*, 198, (2015), p. 363.

²⁴¹³ Vide Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, “Los proyectos de Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas”, *Documentación Administrativa*, 2, (2015), p. 8.

Sin embargo, aunque por esta parte se aprecian las consideraciones que realiza la doctrina, en mi opinión son desproporcionadas, puesto que la ley no obliga a todos los colectivos, sino a unos muy concretos que se presuponen que cuentan con los medios para ello. Si que es cierto que esto implica un cambio generacional importante, pero era necesario. A las pruebas me remito, pues con el paso del tiempo no se han producido grandes problemas con las personas obligadas a relacionarse. Al final es cuestión de acostumbrar a la población, y no se equivoca el legislador al incorporar a estos colectivos.

El problema de la brecha digital es más que evidente²⁴¹⁴, pero no se puede frenar el desarrollo de la sociedad por este motivo, sino que, se debe pensar en poner medios para que estos colectivos se integren. En este sentido, sin duda es un error negar la asistencia a estos sujetos obligados, ya que se reducen sus garantías y derechos. Más aún si se trae a colación la implacable jurisprudencia que se está dictando al respecto²⁴¹⁵. Pero, en mi opinión, el legislador lo hace porque en el momento de elaboración de la norma es conecedor que no cuenta con los medios necesarios para prestar esa asistencia a todos los usuarios. Muy probablemente las dudas que hubieran planteado estos grupos cualificados a los empleados públicos estarían por encima de los conocimientos de la mayoría. Por ello el legislador limita el ámbito subjetivo de este derecho.

2.3.3. Los sistemas de identificación y firma electrónica.

A. Consideraciones previas: grupo normativo regulador de la Unión Europea.

Para el acceso a servicios individualizados o la realización de determinados trámites administrativos es necesario la identificación de los interesados, y de igual manera ocurre con los órganos administrativos responsables. En consecuencia, la

²⁴¹⁴ Vide Luis MARTÍN REBOLLO, “La nueva ley del procedimiento administrativo común”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 174, (2015), edición electrónica sin numerar, «Pero eso no significa que no existan problemas de todo tipo, entre ellos técnicos, derivados de la falta de homologación en la actividad electrónica de las distintas Administraciones, la dificultad de acceso todavía en muchos ámbitos del territorio y la existencia de una generación pre-internet en plena actividad profesional Y, también, desde luego, problemas graves o dificultades grandes derivados de la concreta regulación de determinados aspectos del procedimiento, en particular la no siempre clara normativa de los registros electrónicos como lugar de presentación de los escritos, o más aún, la del fundamental tema de las notificaciones electrónicas».

²⁴¹⁵ Vide SAN 152/2011, de 10 de febrero, FJ 3.

identificación se convierte en un componente básico de las relaciones administrativas. De este modo, en materia de Administración electrónica, la identificación por este medio se ha convertido en uno de los principales retos a los que debe enfrentarse. Las Administraciones deben generar la suficiente confianza a los administrados, de manera que, elimine o reduzca los riesgos asociados a su utilización. En este sentido, es necesario reconocer que el derecho a relacionarse por medios electrónicos comporta una obligación a las Administraciones, de dotarlos de los medios y sistemas electrónicos propicios.

Antes de profundizar en el estudio de la materia, es necesario recoger las normas comunitarias que regulan la identificación electrónica. De este modo, resultan de aplicación los siguientes textos comunitarios:

- Reglamento (UE) 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de julio de 2014 relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por la que se deroga la Directiva 1999/93/CE (en adelante eIDAS).
- Reglamento de Ejecución (UE) 2015/806 de la Comisión de 22 de mayo de 2015 por el que se establecen especificaciones relativas a la forma de la etiqueta de confianza «UE» para servicios de confianza cualificados
- Reglamento de Ejecución (UE) 2015/1501 de la Comisión de 8 de septiembre de 2015 sobre el marco de interoperabilidad de conformidad con el artículo 12, apartado 8, del Reglamento (UE) no 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior.
- Reglamento de Ejecución (UE) 2015/1502 de la Comisión de 8 de septiembre de 2015 sobre la fijación de especificaciones y procedimientos técnicos mínimos para los niveles de seguridad de medios de identificación electrónica con arreglo a lo dispuesto en el artículo 8, apartado 3, del Reglamento (UE) no 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior.
- Decisión de Ejecución (UE) 2015/296 de la Comisión de 24 de febrero de 2015 por la que se establecen las modalidades de procedimiento para la cooperación entre los Estados miembros en materia de identificación electrónica con arreglo al artículo 12, apartado 7, del Reglamento (UE) no

910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior.

- Decisión de Ejecución (UE) 2015/1505 de la Comisión de 8 de septiembre de 2015 por la que se establecen las especificaciones técnicas y los formatos relacionados con las listas de confianza de conformidad con el artículo 22, apartado 5, del Reglamento (UE) no 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior
- Decisión de ejecución (UE) 2015/1506 de la Comisión de 8 de septiembre de 2015 por la que se establecen las especificaciones relativas a los formatos de las firmas electrónicas avanzadas y los sellos avanzados que deben reconocer los organismos del sector público de conformidad con los artículos 27, apartado 5, y 37, apartado 5, del Reglamento (UE) no 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior.
- Decisión de ejecución (UE) 2015/1984 de la Comisión de 3 de noviembre de 2015 por la que se definen las circunstancias, formatos y procedimientos de notificación con arreglo al artículo 9, apartado 5, del Reglamento (UE) no 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior
- Decisión de ejecución (UE) 2016/650 de la Comisión de 25 de abril de 2016 por la que se fijan las normas para la evaluación de la seguridad de los dispositivos cualificados de creación de firmas y sellos con arreglo al artículo 30, apartado 3, y al artículo 39, apartado 2, del Reglamento (UE) nº 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior

B. El régimen jurídico de los interesados.

En el ordenamiento jurídico español, la regulación de los sistemas de identificación y firma se ha presentado como una novedad dentro de la LPAC, puesto que, se distinguen y diferencian ambas figuras. En este sentido, se configura el derecho de las personas en sus relaciones con las Administraciones Públicas a la obtención y utilización de los medios de identificación y firma electrónica [art. 13 g) LPAC].

En primer lugar, para abordar el estudio de la materia hay que delimitar el concepto de identificación electrónica definido en el artículo 3.1 del Reglamento eIDAS:

«a el proceso de utilizar los datos de identificación de una persona en formato electrónico que representan de manera única a una persona física o jurídica o a una persona física que representa a una persona jurídica».

Este concepto no aporta grandes diferencias, si no se pone en relación con los conceptos de: datos de la identificación de la persona como *«conjunto de datos que permite establecer la identidad de una persona física o jurídica, o de una persona física que representa a una persona jurídica»* (artículo 3.3 de eIDAS); sistema de identificación electrónica que se refiere a *«un régimen para la identificación electrónica en virtud del cual se expiden medios de identificación electrónica a las personas físicas o jurídicas o a una persona física que representa a una persona jurídica»* (artículo 3.4 de eIDAS); y medios de identificación electrónica que se corresponde con *«una unidad material y/o inmaterial que contiene los datos de identificación de una persona y que se utiliza para la autenticación en servicios en línea»* (artículo 3.2. de eIDAS).

En este sentido, a partir de estas definiciones se puede abstraer el concepto de identificación electrónica como *«un régimen que sustenta el proceso de identificación electrónica mediante la expedición de unidad que contienen datos de identificación y que sirven para la autenticación transfronteriza»*²⁴¹⁶. En este sentido, al final lo que interesa de la identificación electrónica es poder autenticar²⁴¹⁷ a la persona física o jurídica que

²⁴¹⁶ Vide Ignacio ALAMILLO DOMINGO, “La identificación y la autenticación por medios electrónicos”, en Marcos ALMEIDA CERREDA, *La actualización de la Administración electrónica*, Andavira, Santiago de Compostela, 2018, p. 119.

²⁴¹⁷ Vide Reglamento (UE) 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de julio de 2014 relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por la que se deroga la Directiva 1999/93/CE, artículo 3.5: *«un proceso electrónico que posibilita*

interactúa a través del sistema de identificación electrónico que se utilice. En consecuencia, la autenticación se refiere a tres servicios distintos: por un lado, de la entidad es decir quién acredita la identidad del sujeto; por otro lado, la autenticidad del origen de los datos; y finalmente, la integridad de los datos que se transmiten.

El desarrollo del régimen jurídico de la identificación electrónica se desarrolla mediante la LPAC, que la considera como una institución jurídica independiente a la firma electrónica, y también a través de la Ley 6/2020, de 11 de noviembre, reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza. En este sentido, el artículo 9.2 de la LPAC, se refiere a la identificación electrónica de los interesados en el procedimiento administrativo de la siguiente manera:

«Los interesados podrán identificarse electrónicamente ante las Administraciones Públicas a través de los sistemas siguientes:

a) Sistemas basados en certificados electrónicos cualificados de firma electrónica expedidos por prestadores incluidos en la “Lista de confianza de prestadores de servicios de certificación”.

b) Sistemas basados en certificados electrónicos cualificados de sello electrónico expedidos por prestadores incluidos en la “Lista de confianza de prestadores de servicios de certificación”.

c) Sistemas de clave concertada y cualquier otro sistema, que las Administraciones consideren válido en los términos y condiciones que se establezca, siempre que cuenten con un registro previo como usuario que permita garantizar su identidad, previa autorización por parte de la Secretaría General de Administración Digital del Ministerio de Política Territorial y Función Pública, que solo podrá ser denegada por motivos de seguridad pública, previo informe vinculante de la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior. La autorización habrá de ser emitida en el plazo máximo de tres meses. Sin perjuicio de la obligación de la Administración General del Estado de resolver en plazo, la falta de resolución de la solicitud de autorización se entenderá que tiene efectos desestimatorios.

la identificación electrónica de una persona física o jurídica, o del origen y la integridad de datos en formato electrónico»

Las Administraciones Públicas deberán garantizar que la utilización de uno de los sistemas previstos en las letras a) y b) sea posible para todo procedimiento, aun cuando se admita para ese mismo procedimiento alguno de los previstos en la letra c)».

De este modo, la norma lo que hace es recoger una serie de sistemas de identificación que permiten a los interesados acreditar su identidad²⁴¹⁸. Además, contempla los certificados cualificados²⁴¹⁹ y también los de clave concertada o cualquier otro sistema identificativo. Tal y como advierte la doctrina, un posterior desarrollo normativo de la LPAC, podría dotar de mayor seguridad al establecer criterios y requisitos referidos a los sistemas de identificación electrónica, modificando el actual Esquema Nacional de Seguridad, o incorporando y aplicando directamente los requisitos del Reglamento eIDAS²⁴²⁰.

En este sentido, la norma ha sido modificada recientemente en relación con los sistemas de clave concertada, a través del Real Decreto Real Decreto-ley 14/2019, de 31 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes por razones de seguridad pública en materia de administración digital, contratación del sector público y telecomunicaciones. El incremento de medias para la utilización de estos sistemas de identificación se debe a

²⁴¹⁸ Vide Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del Sector Público por medios electrónicos, artículo 15. 3: «*Las personas interesadas podrán utilizar los siguientes sistemas de identificación y firma en sus relaciones electrónicas con las Administraciones Públicas: a) De acuerdo con lo previsto en el artículo 9.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, los interesados podrán identificarse electrónicamente ante las Administraciones Públicas a través de los sistemas descritos en las letras a), b) y c) de dicho artículo. En este último supuesto los sistemas deberán ser autorizados previamente por la Secretaría General de Administración Digital del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, que solo podrá ser denegada por motivos de seguridad pública, previo informe vinculante de la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior. b) Asimismo, se considerarán válidos a efectos de firma electrónica ante las Administraciones Públicas los sistemas previstos en las letras a), b) y c) del artículo 10.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre. c) De acuerdo con lo previsto en el artículo 10.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, cuando así lo disponga expresamente la normativa reguladora aplicable, las Administraciones Públicas podrán admitir los sistemas de identificación previstos en dicha ley como sistema de firma cuando permitan acreditar la autenticidad de la expresión de la voluntad y consentimiento de los interesados».*

²⁴¹⁹ Vide Reglamento (UE) 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de julio de 2014 relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por la que se deroga la Directiva 1999/93/CE, artículo 3.12: «*una firma electrónica avanzada que se crea mediante un dispositivo cualificado de creación de firmas electrónicas y que se basa en un certificado cualificado de firma electrónica».*

²⁴²⁰ Vide Ignacio ALAMILLO DOMINGO, “La identificación y la autenticación por medios electrónicos”, en Marcos ALMEIDA CERREDA, *La actualización de la Administración electrónica*, Andavira, Santiago de Compostela, 2018, p. 177.

la prohibición del uso de la tecnología de Blockchain, o de registro distribuido en materia de identificación y firma electrónica (Disposición Adicional sexta de la LPAC). Además, el artículo 9.3 de la LPAC añade garantías adicionales como que:

«los recursos técnicos necesarios para la recogida, almacenamiento, tratamiento y gestión de dichos sistemas se encuentren situados en territorio de la Unión Europea, y en caso de tratarse de categorías especiales de datos a los que se refiere el artículo 9 del Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE, en territorio español. En cualquier caso, los datos se encontrarán disponibles para su acceso por parte de las autoridades judiciales y administrativas competentes».

Por último, se añade la previsión de que las Administraciones Públicas deberán garantizar que los sistemas de certificado electrónico cualificado, tanto de firma²⁴²¹ como de sello²⁴²², puedan utilizarse en todo el procedimiento administrativo (artículo 9.2 párrafo segundo LPAC). Y, además, se establece el principio general de que la aceptación de estos sistemas por la Administración General del Estado servirá para acreditar la identidad del interesado frente a todas las Administraciones Públicas, salvo prueba en contrario (artículo 9.4 LPAC). En este sentido, la norma entiende que la cobertura legal que proporciona la identificación ante la Administración General del Estado sirve para el resto de las Administraciones, y, por tanto, la extensión de un derecho subjetivo de los ciudadanos al uso de estos sistemas para la tramitación.

En este sentido, los atributos mínimos de los certificados electrónicos, cuando se utilicen para identificar a las personas interesadas ante las Administraciones Públicas, son el nombre y apellidos, y número de documento nacional de identidad o extranjero, en su caso. Mientras que, en el caso de que sean utilizados para representar a una persona

²⁴²¹ *Vide* Reglamento (UE) 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de julio de 2014 relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por la que se deroga la Directiva 1999/93/CE, artículo 3.15: «un certificado de firma electrónica que ha sido expedido por un prestador cualificado de servicios de confianza y que cumple los requisitos establecidos en el anexo I»

²⁴²² *Ibidem* Artículo 3.30: «un certificado de sellos electrónicos que ha sido expedido por un prestador cualificado de servicios de confianza y que cumple los requisitos establecidos en el anexo III».

jurídica deberán contener la denominación y número de identificación fiscal de la persona jurídica, y el nombre y apellidos y número de identificación de la persona que actúa como representante²⁴²³.

El Reglamento de actuación y funcionamiento del Sector Público por medios electrónicos añade otra serie de sistemas que pueden ser utilizados por las Administraciones para garantizar el origen e integridad de los documentos electrónicos: *« sistemas de identificación de las sedes electrónicas y sedes electrónicas asociadas; sello electrónico basado en un certificado electrónico cualificado y que reúna los requisitos exigidos por la legislación de firma electrónica; sistemas de firma electrónica del personal al servicio de las Administraciones Públicas; y el intercambio electrónico de datos en entornos cerrados de comunicación, conforme a lo específicamente acordado entre las partes»*²⁴²⁴.

El problema es que estos sistemas no tienen porqué resultar lo más idóneos para determinados trámites o servicios, de ahí la salvedad a la que pueden acogerse a través del “*salvo prueba en contrario*” que recoge la norma. La doctrina entiende que para que esto pueda ser efectivo es necesario que exista una plataforma técnica que permita a cualquier Administración el uso efectivo de estos sistemas de identificación²⁴²⁵.

En materia de identificación y firma electrónica, la novedad más significativa es la Resolución de 14 de julio de 2017, de la Secretaría General de la Administración Digital, por la que se establecen las condiciones de uso de firma electrónica no criptográfica, en las relaciones de los interesados con los órganos administrativos de la Administración General del Estado y sus organismos públicos. El objeto de la resolución es:

«establecer los criterios de uso y las condiciones técnicas de implementación de los sistemas de firma electrónica no criptográfica, previstos en el artículo 10.2.c) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, que se considerarán válidos a efectos de firma en la Administración General del Estado y sus

²⁴²³ Vide Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del Sector Público por medios electrónicos, artículo 27.

²⁴²⁴ *Ibidem* Artículo 15. 2.

²⁴²⁵ Vide Ignacio ALAMILLO DOMINGO, “La identificación y la autenticación por medios electrónicos”, en Marcos ALMEIDA CERREDA, *La actualización de la Administración electrónica*, Andavira, Santiago de Compostela, 2018, pp. 179 y ss.

organismos públicos, así como en aquellas otras Administraciones Públicas que adopten estos criterios y condiciones técnicas»²⁴²⁶.

En este sentido, es a través de la plataforma Cl@ve, un servicio de confianza de creación de firma electrónica avanzada a distancia, que se genera el certificado cualificado del interesado. La plataforma Cl@ve permite acceder al certificado electrónico centralizado, siempre y cuando previamente éste habilite al usuario y que el servicio lo permita, pero sin recordar o tener activa una contraseña, ni un certificado electrónico centralizado. En lo que se refiere a estos certificados, tanto su creación y contenido mínimo está regulado por el Reglamento de actuación y funcionamiento del Sector Público por medios electrónicos²⁴²⁷

Además, tal y como señala en la Resolución, el sistema Cl@ve es apropiado para evitar los problemas de restricciones de compatibilidad de navegadores, máquinas virtuales Java y versiones de sistemas operativos²⁴²⁸. El problema de esta plataforma es que sólo sirve para los procedimientos que hayan sido categorizados por el esquema nacional de seguridad, como básicos y medios, pero no cuando se requiera una firma de carácter avanzado.

En lo que se refiere a la firma electrónica²⁴²⁹ dentro de la LPAC se estructura de forma semejante a los sistemas de identificación. La política de firma electrónica y de certificados (en el ámbito estatal) está constituida por las directrices y normas técnicas aplicables a la utilización de certificados y firma electrónica que, junto con las obligaciones legales que se interpongan, permitirán: la definición de su ámbito de

²⁴²⁶ Vide Resolución de 14 de julio de 2017, de la Secretaría General de la Administración Digital, por la que se establecen las condiciones de uso de firma electrónica no criptográfica, en las relaciones de los interesados con los órganos administrativos de la Administración General del Estado y sus organismos públicos, Preámbulo.

²⁴²⁷ Vide Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del Sector Público por medios electrónicos, artículo 28.

²⁴²⁸ Vide Resolución de 14 de julio de 2017, de la Secretaría General de la Administración Digital, por la que se establecen las condiciones de uso de firma electrónica no criptográfica, en las relaciones de los interesados con los órganos administrativos de la Administración General del Estado y sus organismos públicos, Preámbulo.

²⁴²⁹ Vide Reglamento (UE) 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de julio de 2014 relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por la que se deroga la Directiva 1999/93/CE, artículo 3. 10: «los datos en formato electrónico anejos a otros datos electrónicos o asociados de manera lógica con ellos que utiliza el firmante para firmar».

aplicación; los requisitos de las firmas electrónicas; y las especificaciones técnicas y operativas para la definición y prestación de los servicios de confianza asociados²⁴³⁰.

En este sentido, la firma electrónica avanzada permite identificar al firmante, pero también detectar cualquier cambio posterior de los datos firmados, de manera que, ésta estará vinculando al firmante de forma única y a los datos a que se refiere. Los instrumentos que se consideran válidos a efectos de firma están basados en los principios tecnológicos de firma y sello electrónico ambos en formato cualificado y avanzado, y otros que se consideren igualmente válidos (artículo 10.2. de la LPAC). La norma realiza las mismas consideraciones que en el supuesto anterior, sobre otros formatos que consideren válidos, en materia de datos personales y dentro de éstos de considerados especiales por el Reglamento (artículo 10.3 de la LPAC). Si bien, el uso de la firma electrónica está limitado a la presentación de los siguientes documentos: formular solicitudes; presentar declaraciones responsables o comunicaciones; interponer recursos; desistir de acciones; o renunciar de derechos (artículo 11.2 de la LPAC).

De este modo, se puede describir el sistema de funcionamiento de la firma electrónica de la forma siguiente: en primer lugar, el usuario dispone de un documento electrónico y de un certificado que le identifica como sujeto; en segundo lugar, la aplicación digital realiza un resumen del documento que se va a firmar; en tercer lugar, la aplicación utiliza la clave que contiene el certificado para codificar el resumen; en cuarto lugar, la aplicación crea otro documento electrónico que contiene el resumen de este nuevo codificado; y finalmente, el resultado de todo ese proceso es un documento electrónico firmado que garantiza la autenticidad del sujeto que lo emite²⁴³¹.

En consecuencia, tal y como advierte la doctrina, la firma electrónica debe cumplir con los siguientes requisitos: identificar al firmante; verificar la integridad del documento firmado; garantizar el no repudio en el origen; contar con la participación de un tercero de confianza; estar basada en un certificado electrónico reconocido; y debe ser generado

²⁴³⁰ Vide Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del Sector Público por medios electrónicos, artículo 17.

²⁴³¹ Vide Agustí CERRILLO I MARTÍNEZ, “El procedimiento administrativo electrónico”, *A las puertas de la Administración Digital: una guía detallada para la aplicación de las Leyes 39/2015 y 40/2015*, INAP, Madrid, 2016, pp. 212-213.

por un dispositivo seguro de creación de firma²⁴³². No obstante, pese a la obligatoriedad de incluir todos estos datos, el uso de la firma electrónica no excluye de la obligación de incluir en el documento o comunicación electrónica, los datos del interesado, y en su caso de su representante legal²⁴³³.

Asimismo, el Reglamento de actuación y funcionamiento del Sector Público por medios electrónicos, complementando el régimen jurídico establece que:

«Las Administraciones Públicas admitirán, en sus relaciones por medios electrónicos, sistemas de firma electrónica que sean conforme a lo establecidos en la normativa vigente sobre firma electrónica y resulten adecuados para garantizar la identificación de las personas interesadas y e, su caso, la autenticidad e integridad de los documentos electrónicos»²⁴³⁴

Para cumplir con la finalidad de verificar la autenticidad e integridad de los documentos, el Reglamento de actuación y funcionamiento del Sector Público por medios electrónicos ha creado una plataforma de verificación de los certificados electrónicos y de otros sistemas de identificación admitidos en el Sector Público, el cual deberá permitir de forma libre y gratuita su comprobación por el Sector Público. En este sentido, será la Secretaría General de Administración Digital el órgano responsable de esta plataforma. Además, serán los prestadores cualificados de servicios de confianza aquellos que deberán facilitar a esta plataforma el acceso electrónico para la verificación de la vigencia de los certificados por ellos emitidos, de acuerdo con la legislación aplicable en esta materia²⁴³⁵.

Por último, el artículo 10.4 de la LPAC establece que: *«cuando así lo disponga expresamente la normativa reguladora aplicable, las Administraciones Públicas podrán admitir los sistemas de identificación contemplados en esta Ley como sistema de firma cuando permitan acreditar la autenticidad de la expresión de la voluntad y*

²⁴³² Vide Agustí CERRILLO I MARTÍNEZ, “El procedimiento administrativo electrónico”, *A las puertas de la Administración Digital: una guía detallada para la aplicación de las Leyes 39/2015 y 40/2015*, INAP, Madrid, 2016, p. 212.

²⁴³³ Vide Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del Sector Público por medios electrónicos, artículo 29.

²⁴³⁴ *Ibidem* Artículo 15. 1.

²⁴³⁵ *Ibidem* Artículo 16.

consentimiento de los interesados». Y, añade en el apartado 10.5 LPAC: «*Cuando los interesados utilicen un sistema de firma de los previstos en este artículo, su identidad se entenderá ya acreditada mediante el propio acto de la firma*». En consecuencia, se establece un principio de equivalencia funcional, donde cualquier sistema identificativo que permite acreditar la identidad sirve para firmar, y viceversa, siempre y cuando haya sido admitido como instrumento por la Administración Pública. Para la doctrina esto supone una flexibilización del régimen, puesto que, no para todos los trámites va a ser necesaria la firma electrónica²⁴³⁶.

Como última consideración al respecto, la Administración Pública no se hace responsable de la utilización por terceras personas de los medios de identificación personal y firma electrónica del interesado, salvo en los supuestos en los que se den los requisitos contemplados en el artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, para la exigencia de responsabilidad patrimonial²⁴³⁷.

Por último, también cabe que sea un funcionario habilitado el que se encargue en medios electrónicos de identificar y firmar por el interesado. En este sentido, artículo 12. 2 de la LPAC garantiza que las Administraciones asistirán en el uso de medios electrónicos a los interesados no obligados que así lo soliciten, especialmente, en materia de identificación y firma electrónica. De manera que, si alguno de estos interesados no dispone de los medios electrónicos necesarios, su identificación o firma electrónica podrá ser realizada por un funcionario público habilitado al efecto. Para ello, únicamente es necesario que el interesado se identifique ante el empleado público y preste su consentimiento expreso para esa actuación, dejando constancia de la misma. El Reglamento de actuación y funcionamiento del Sector Público por medios electrónicos además añade que el citado funcionario deberá entregar al interesado la documentación acreditativa del trámite realizado, así como también, una copia de su consentimiento firmado; formulario que deberá estar disponible en el PAgE²⁴³⁸. Sin embargo, hasta la aprobación del citado Reglamento no se habían adoptado las resoluciones necesarias para la creación de este instrumento.

²⁴³⁶ Vide Eva M^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN, “La implementación de la Administración electrónica en las nuevas leyes”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 63, (2016), p. 37.

²⁴³⁷ Vide Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del Sector Público por medios electrónicos, artículo 15.4.

²⁴³⁸ *Ibidem* Artículo 30.

El régimen jurídico de la identificación y firma tampoco ha quedado exento de críticas por la doctrina. En este sentido, advierte Santamaría Pastor que:

«En el orden de las cargas que se imponen gratuitamente a los ciudadanos, cabe mencionar, en primer lugar, la innecesaria sofisticación que se establece para el régimen de identificación de los ciudadanos ante las Administraciones Públicas (artículos 9 a 12 del PLPAC), mediante sistemas de firma o sello electrónicos, que solo muy excepcionalmente utilizan las personas físicas»²⁴³⁹.

Sin embargo, aquí la doctrina peca en exceso con su crítica, puesto que, a pesar de la tecnificación de los sistemas de identificación y firma electrónica que, evidentemente deberían haberse recogido en una disposición de desarrollo, eran necesarios, puesto que garantizan la identidad y la manifestación de la voluntad de los ciudadanos. Más aún, cuando la adquisición de los certificados digitales sólo lleva a los administrados un par de minutos. Situación distinta es que el legislador hubiera pensado en hacer desaparecer la firma electrónica como requisito indispensable en los procedimientos, puesto que, se basa en el mismo certificado por el que se identifica el sujeto. En consecuencia, no tiene sentido emitir la firma cuando ya se ha utilizado el sistema pertinente para identificar al sujeto, aunque esta afirmación vaya en contra de la jurisprudencia reciente²⁴⁴⁰.

C. El régimen jurídico de las relaciones interadministrativas.

La LRJSP hace sus propias previsiones en materia de identificación de las Administraciones Públicas. Si bien, el artículo 40 de la LRJSP, señala que éstas:

²⁴³⁹ Vide Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, “Los proyectos de Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas”, *Documentación Administrativa*, 2, (2015), p. 7.

²⁴⁴⁰ Vide STSJ de Murcia, 122/2020, de 6 de marzo, FJ5: *«En todo caso, ese acceso a la pasarela de firma requiere, en definitiva, expresar la voluntad de firmar, pues se verifica, no en vano, pinchando en la opción "firmar" que ofrece la aplicación de presentación de solicitudes. Lógicamente, si una vez cumplimentada la instancia se decide no presentarla no se efectúa la acción de proceder a su firma a través de la pasarela en cuestión (en la práctica y simplemente, no se pulsa en la pestaña correspondiente). De esta forma, quienes accedieran a la aplicación y cumplimentaran la solicitud, pero no pulsaran la pestaña "firmar" - y, en consecuencia, no dieran el paso de acceder a la plataforma de firma- no dejarían rastro de su acción y, por lo tanto, no estarían en un supuesto análogo al de la Sra. Rita».*

«podrán identificarse mediante el uso de un sello electrónico basado en un certificado electrónico reconocido o cualificado que reúna los requisitos exigidos por la legislación de firma electrónica. Estos certificados electrónicos incluirán el número de identificación fiscal y la denominación correspondiente, así como, en su caso, la identidad de la persona titular en el caso de los sellos electrónicos de órganos administrativos».

En consecuencia, las Administraciones Públicas utilizarán el sello electrónico, basado en el certificado electrónico, para identificarse entre ellas mismas, y con los propios interesados. El Reglamento de actuación y funcionamiento del Sector Público por medios electrónico complementa este régimen incluyendo que la relación de los sellos electrónicos utilizados por las Administraciones deberá ser pública y accesible, además, de publicarse en la sede electrónica o el portal de Internet correspondiente²⁴⁴¹.

En este sentido, el ámbito de la AGE, la creación de sellos electrónicos se producirá mediante resolución de la persona titular de la Subsecretaría del Ministerio o de la persona titular de la Presidencia o de la Dirección del organismo público, o entidad de Derecho Público. La resolución deberá contener la siguiente información: el órgano, organismos o entidad de derecho responsable de su utilización con indicación de su Ministerio, adscripción, vinculación o dependencia; las características técnicas generales del sistema de firma; el servicio de validación para la verificación del certificado; y las actuaciones y procedimientos en los que podrá ser utilizado²⁴⁴². Y, en lo que se refiere al contenido específico del certificado de sello electrónico deberá contener, como mínimo: la descripción del tipo de certificado y la inclusión de la denominación “sello electrónico”; el número del suscriptor; y, el número de identificación fiscal del suscriptor²⁴⁴³.

No obstante, en materia de firma, la LRJSP hace su previsión acerca de la firma electrónica del personal al servicio de las Administraciones Públicas, donde se señala en el artículo 43 del LRJSP que:

²⁴⁴¹ Vide Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos, artículo 19.2.

²⁴⁴² *Ibidem* Artículo 19. 3.

²⁴⁴³ *Ibidem* Artículo 19. 4.

«cada Administración Pública determinará los sistemas de firma electrónica que debe utilizar su personal, los cuales podrán identificar de forma conjunta al titular del puesto de trabajo o cargo y a la Administración u órgano en la que presta sus servicios. Por razones de seguridad pública los sistemas de firma electrónica podrán referirse sólo el número de identificación profesional del empleado público».

En consecuencia, cada Administración es libre de elegir el sistema de firma electrónica para sus empleados públicos²⁴⁴⁴, y a la par, deberá garantizar el respeto a la normativa en materia de protección de datos, por lo que no es necesario que consten todos los datos identificativos, sino que, basta con el número de identificación personal. Y, además, se reitera la obligación de dotar de la seguridad suficiente y la interoperabilidad de los sistemas de firma electrónicas entre las distintas Administraciones²⁴⁴⁵. En el ámbito de la AGE, los sistemas de identificación y firma electrónica del personal de servicio se corresponden con los recogidos en la LPAC, dependiendo del nivel de seguridad que requieran de acuerdo con el Esquema Nacional de Seguridad. Como medida adicional, el Reglamento de actuación y funcionamiento del Sector Público por medios electrónicos, ha acordado que se puede crear un repositorio de sistemas de identificación del personal para el ejercicio de sus funciones²⁴⁴⁶.

El Reglamento de actuación y funcionamiento del Sector Público por medios electrónicos realiza una serie de consideraciones sobre los certificados electrónicos de empleado público con número de identificación profesional. El artículo 23 delimita el ámbito de aplicación de los supuestos en los que se puede utilizar estos certificados, pasando de englobar las cuestiones de seguridad pública generales, a concretarlas en los supuestos en los que el empleado público realice actuaciones que afecten a información clasificada, a la seguridad pública o la defensa nacional, u otras actuaciones legalmente aceptadas.

²⁴⁴⁴ Vide Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del Sector Público por medios electrónicos, artículo 22.

²⁴⁴⁵ Vide Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, artículo 45.

²⁴⁴⁶ Vide Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del Sector Público por medios electrónicos, artículo 24.

En este sentido, el ámbito de la AGE corresponderá solicitar la consignación de un número de identificación profesional del empleado público a la Subsecretaría del Ministerio o a la persona titular de la Presidencia o de la Dirección del organismo público o entidad de Derecho Público, en el que preste el servicio el empleado público. Estos certificados serán, en todo caso, cualificados, y se ajustarán a las disposiciones del Esquema Nacional de Interoperabilidad. No obstante, esa Administración se compromete a conservar la documentación acreditativa de la identidad del titular, para que, tanto las autoridades públicas competentes, como los órganos judiciales, en el ejercicio de sus funciones, puedan solicitar la revelación de la identidad del titular del certificado con número de identificación profesional, mediante petición dirigida a la Administración responsable de su custodia²⁴⁴⁷.

2.3.4. Los puntos de acceso: la sede electrónica, el portal de internet, el Punto de Acceso General electrónico, y la carpeta ciudadana.

A. La sede electrónica.

El concepto de sede electrónica ha variado poco o nada, respecto del que introdujo la Ley 11/2007, de 22 de junio²⁴⁴⁸. De este modo, el concepto de sede electrónica que debe tenerse en consideración es:

«aquella dirección electrónica, disponible para los ciudadanos a través de redes de telecomunicaciones, cuya titularidad corresponde a una Administración Pública, o bien a una o varios organismos públicos o entidades de Derecho Público en el ejercicio de sus competencias»²⁴⁴⁹.

El concepto de sede electrónica es bastante confuso, en tanto que, se define en base a la titularidad de la dirección electrónica, obviando la finalidad que esta debe

²⁴⁴⁷ Vide Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del Sector Público por medios electrónicos, artículo 23.

²⁴⁴⁸ Vide Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, artículo 10: «La sede electrónica es aquella dirección electrónica disponible para los ciudadanos a través de redes de telecomunicaciones cuya titularidad, gestión y administración corresponde a una Administración Pública, órgano o entidad administrativa en el ejercicio de sus competencias».

²⁴⁴⁹ Vide Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, artículo 38.1.

acometer. Así, no interesa tanto quién tenga la titularidad de la página, sino que está se convierta en el punto de unión que posibilita las relaciones electrónicas entre los ciudadanos y las Administraciones Públicas. De este modo, se convierte en la puerta o enlace de las relaciones electrónicas para la presentación de servicios públicos en la misma modalidad. En idénticos términos se expresa Valero Torrijos para quién:

«la sede electrónica no es más que una prolongación virtual de las oficinas administrativas tradicionales, servidas por personal administrativo y a las cuales pueden dirigirse presencialmente (o incluso a través de otros medios como el teléfono) los ciudadanos para obtener información o realizar actuaciones administrativas»²⁴⁵⁰.

Al respecto, la doctrina ha sugerido que un concepto más adecuado de sede electrónica sería:

«el sitio o portal web de Internet, titularidad de una Administración Pública, que sirve de plataforma para que los administrados puedan relacionarse con la misma recibiendo servicios públicos o entablando procedimientos administrativos electrónicos»²⁴⁵¹.

La titularidad de la sede electrónica corresponde a una Administración Pública, en el ámbito de sus competencias, y de igual manera, la creación y supresión de las mismas, así como las decisiones de configurar sedes electrónicas asociadas. La creación o supresión de sedes electrónicas está sujeta a requisitos procedimentales, como es el caso de la obligada publicación del acto administrativo en el boletín oficial que corresponda. Así, por ejemplo, en materia de la AGE el acto administrativo, tanto de creación o de supresión, se producirá mediante orden de la persona titular del Departamento competente o por resolución de la persona titular de la presidencia o de la Dirección del

²⁴⁵⁰ Vide Julián VALERO TORRIJOS, “Acceso a los servicios y a la información por medios electrónicos”, en Eduardo GAMERO CASADO y Julián VALERO TORRIJOS, *La ley de administración electrónica: comentario sistemático a la ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos*, Aranzadi, Navarra, 2010, p. 348.

²⁴⁵¹ Vide Rubén MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, “La sede y los registros electrónicos”, en Marcos ALMEIDA CERREDA, *La actualización de la Administración electrónica*, Andavira, Santiago de Compostela, 2018, p. 85.

organismo o entidad de derecho público competente. Además, será preceptivo informe previo favorable del Ministerio de Política Territorial y Función Pública y del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital²⁴⁵².

En este sentido, en el caso de que se pretenda crear una sede electrónica nueva, o sede electrónica asociada, la petición del informe favorable deberá justificarse, en términos de eficiencia en la asignación y utilización de recursos públicos. A tal efecto, deberá remitirse una memoria justificativa económica que debe contener los siguientes datos: *«el volumen de trámites que está previsto gestionar a través de la misma, los efectos presupuestarios y económicos de su establecimiento, su incidencia en la reducción del tiempo de resolución de los procedimientos y de cargas administrativas para las personas interesadas y cualquier otra razón de interés general que justifique su creación»*²⁴⁵³

Además, el acto administrativo de creación o supresión debe incorporar al menos la siguiente información: *«el ámbito de aplicación de la sede electrónica, o sede asociada; la identificación de la dirección electrónica de referencia de la sede electrónica o sede electrónica asociada que se cree, así como de las direcciones electrónicas de las sedes electrónicas que desde el momento de la creación ya sean asociadas de aquellas (...); la identificación de su titular; la identificación del órgano u órganos encargados de la gestión y de los servicios puestos a disposición de la misma»*²⁴⁵⁴.

La creación y regulación de las sedes electrónicas depende de la Administración titular de la misma, la cual tiene la obligación de garantizar la veracidad y actualizar la información y los servicios a los que se puede acceder a través de ésta. Como contenido mínimo que debe aparecer en la sede electrónica, deberá garantizarse la identificación del órgano titular de la sede, y los medios disponibles para la formulación de quejas y sugerencias (artículo 38.3 LRJSP).

En este sentido, la doctrina entiende que la norma debería haber profundizado aún más sobre los requisitos mínimos que deben incorporarse a todas las sedes electrónicas,

²⁴⁵² Vide Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos, artículo 10.3.

²⁴⁵³ *Ibidem* Artículo 10.4.

²⁴⁵⁴ *Ibidem* Artículo 10.2.

siguiendo el modelo estatal y realizando un catálogo de contenidos que sería recomendable que recogiera: la identificación de la Administración titular de la sede electrónica, con indicación de las funciones y actividades propias de su competencias; el establecimiento de un mapa de navegación interactivo; un repertorio de la normativa básica; la relación de las direcciones de correo electrónico institucionales; el acceso al registro electrónico; una sección que vincule con los Boletines oficiales de referencia; acceso a los registros de apoderamiento; acceso al perfil del contratante²⁴⁵⁵; una sección sobre los servicios públicos electrónicos que presta la sede; el establecimiento de un repertorio estructurado de los documentos administrativos de acceso público, cumpliendo la normativa de transparencia²⁴⁵⁶; una oficina virtual de ayuda; y una sección de consulta del estado de la tramitación de los procedimientos administrativos y de comprobación de las copias auténticas²⁴⁵⁷.

El Reglamento de actuación y funcionamiento del Sector Público por medios electrónicos, ha intentado suplir estas deficiencias, y ha incorporado como contenido mínimo a disposición de las personas interesados que debe incluirse en la sede electrónica, o sede electrónica asociada:

- a) *«La identificación de la sede electrónica o sede electrónica asociada, así como del órgano u organismo titular de la misma y los órganos competentes para la gestión de la información, servicios, procedimientos y trámites puestos a disposición en ella.*
- b) *La identificación del acto o disposición de creación y el acceso al mismo, directamente o mediante enlace a su publicación en el Boletín Oficial correspondiente.*
- c) *La información necesaria para la correcta utilización de la sede electrónica, incluyendo su mapa o información equivalente, con especificación de la estructura de navegación y las distintas secciones disponibles, así como la*

²⁴⁵⁵ Vide Fabio PASCUA MATEO, “La administración electrónica en las nuevas leyes de régimen jurídico y de procedimiento, *Revista Asamblea*, 34, (2016), p. 207.

²⁴⁵⁶ Vide Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno, artículos 5-8.

²⁴⁵⁷ Vide Rubén MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, “La sede y los registros electrónicos”, en Marcos ALMEIDA CERREDA, *La actualización de la Administración electrónica*, Andavira, Santiago de Compostela, 2018, pp. 87 y ss.

relativa a propiedad intelectual, protección de datos personales y accesibilidad.

- d) La relación de sistemas de identificación y firma electrónica que sean admitidos o utilizados en la misma.*
- e) La normativa reguladora del Registro al que se acceda a través de la sede electrónica.*
- f) La fecha y hora oficial, así como el calendario de días inhábiles a efectos del cómputo de plazos aplicable a la Administración en que se integre el órgano, organismo público o entidad de derecho público vinculado o dependiente que sea titular de la sede electrónica o sede electrónica asociada.*
- g) Información acerca de cualquier incidencia técnica que acontezca e imposibilite el funcionamiento ordinario del sistema o aplicación que corresponda, así como de la ampliación del plazo no vencido que, en su caso, haya acordado el órgano competente debido a dicha circunstancia.*
- h) Relación actualizada de los servicios, procedimientos y trámites disponibles.*
- i) Relación actualizada de las actuaciones administrativas automatizadas vinculadas a los servicios, procedimientos y trámites descritos en la letra anterior. Cada una se acompañará de la descripción de su diseño y funcionamiento, los mecanismos de rendición de cuentas y transparencia, así como los datos utilizados en su configuración y aprendizaje»²⁴⁵⁸.*

Mientras que, en lo que se refiere a los servicios, las sedes electrónicas y las sedes electrónicas asociadas dispondrán, al menos de los siguientes servicios, en primer lugar, del listado de códigos actualizados de identificación vigentes de sus órganos, centros y unidades administrativas²⁴⁵⁹, y segundo lugar:

- a) «Un acceso a los servicios y trámites disponibles en la sede electrónica o sede electrónica asociada, con indicación de los plazos máximos de duración de los procedimientos, excluyendo las posibles ampliaciones o suspensiones que, en su caso, pudiera acordar el órgano competente.*

²⁴⁵⁸ Vide Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos, artículo 11.1

²⁴⁵⁹ Vide Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, artículo 66.1.

- b) *Un enlace para la formulación de sugerencias y quejas ante los órganos que en cada caso resulten competentes.*
- c) *Los mecanismos de comunicación y procedimiento de reclamación establecidos al respecto de los requisitos de accesibilidad de los sitios web y aplicaciones móviles del sector público.*
- d) *Un sistema de verificación de los certificados de la sede electrónica.*
- e) *Un sistema de verificación de los sellos electrónicos de los órganos, organismos públicos o entidades de derecho público que abarque la sede electrónica o sede electrónica asociada.*
- f) *Un servicio de comprobación de la autenticidad e integridad de los documentos emitidos por los órganos, organismos públicos o entidades de derecho público comprendidos en el ámbito de la sede electrónica, que hayan sido firmados por cualquiera de los sistemas de firma conformes a la Ley 40/2015, 1 de octubre, y para los cuales se haya generado un código seguro de verificación.*
- g) *Un acceso a los modelos, y sistemas de presentación masiva, de uso voluntario, que permitan a las personas interesadas presentar simultáneamente varias solicitudes en la forma que establezca, en su caso, cada Administración, organismo público o entidad de derecho público titular de la sede electrónica o sede electrónica asociada.*
- h) *El acceso a los modelos normalizados de presentación de solicitudes que establezca, en su caso, cada Administración u organismo público o entidad de derecho público titular de la sede electrónica o sede electrónica asociada.*
- i) *Un servicio de consulta del directorio geográfico de oficinas de asistencia en materia de registros, que permita al interesado identificar la más próxima a su dirección de consulta»²⁴⁶⁰.*

Adicionalmente, cada Administración determinará las condiciones e instrumentos para crear su propia sede electrónica, pero siempre bajo el respeto a los principios de

²⁴⁶⁰ *Vide* Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos, artículo 11.2.

«transparencia, publicidad, responsabilidad, calidad, seguridad, disponibilidad, accesibilidad, neutralidad e interoperabilidad»²⁴⁶¹.

Junto a estos se hacen una serie de consideraciones en materia técnica como es la necesidad de establecimiento de conexiones seguras, el respeto a los principios de accesibilidad y usabilidad de acuerdo con el Real Decreto 1494/2007, de 12 de noviembre; la interoperabilidad, la neutralidad, de estándares abiertos y de reconocimiento de los sistemas de identificación y firma reconocidos en la norma. En relación con este aspecto, la doctrina ha sido crítica, en tanto que, refuerza esa necesidad porque las sedes electrónicas deben ser plenamente accesibles:

«No obstante debe destacarse que, en el ámbito electrónico, las garantías de los particulares se juegan más en la normativa técnica y en la capacidad de accesibilidad del “software” utilizado que en la ley. La ley debe establecer los principios, en realidad los fines, que el procedimiento electrónico, debe alcanzar. Y entre ellos se echa de menos el de inteligibilidad de la información. No basta con que la información electrónica sea accesible, sino que debe ser inteligible para el ciudadano corriente. La experiencia del tratamiento de la información en muchos procedimientos electrónicos es decepcionante y opaca incrementado la dificultad de acceso a la información bajo la capa de una aparente transparencia electrónica»²⁴⁶².

En este sentido, es necesario traer a colación las críticas que se hacían a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, en tanto que, las Administraciones Públicas creen haber cumplido con sus obligaciones sólo con la creación del Portal de Transparencias. La accesibilidad de las sedes electrónicas está relacionada directamente con la transparencia, pero también, con la necesidad de que los ciudadanos de forma intuitiva y sencilla puedan utilizarla. Los portales y las sedes electrónicas de las Administraciones pecan en exceso de complejidad sin sentido, puesto que, en lugar de copiar los sistemas a los que los ciudadanos ya están acostumbrados a relacionarse entre ellos mismos y las empresas, innova de una forma

²⁴⁶¹ Vide Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, artículo 38. 3.

²⁴⁶² Vide José María BAÑO LEÓN, “La reforma del procedimiento. Viejos problemas no resueltos y nuevos problemas no tratados”, *Documentación Administrativa*, 2, (2015), p. 3.

innecesaria, puesto que, pierden de vista el objetivo: la simplificación para hacerlas accesibles.

Y, finalmente, en materia de responsabilidad de las sedes electrónicas, y las sedes electrónicas asociadas, será el titular de las mismas el responsable de *«la integridad, veracidad y actualización de la información y los servicios de su competencia a los que pueda accederse a través de la misma»*²⁴⁶³. Sin embargo, solamente se hacen cargo del contenido publicado por ellos mismos en la sede, y no de la información a la que se accede por enlaces o vínculos, o procedimientos o servicios que dependan de otra Administración. Sin perjuicio de la diligencia debida que el titular debe tener respecto de la incorporación de contenidos en la misma²⁴⁶⁴.

B. Los portales de Internet.

La LPAC añade la previsión de definir que se entiende por portal de Internet:

*«el punto de acceso electrónico cuya titularidad corresponda a una Administración Pública, organismo público o entidad de Derecho Público que permite el acceso a través de internet a la información publicada y, en su caso, a la sede electrónica correspondiente»*²⁴⁶⁵.

En este caso, señala la doctrina que los portales web de las Administraciones *«son los instrumentos a través de los cuales se produce la interacción general con los administrados»*²⁴⁶⁶ es decir, se convierten en *«las plataformas que las Administraciones utilizan para desarrollar las actividades propias de la dimensión externa o front office del modelo de Administración electrónica con carácter general, siendo las sedes*

²⁴⁶³ Vide Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos, artículo 12. 1.

²⁴⁶⁴ *Ibidem* artículo 12. 2 y 3.

²⁴⁶⁵ Vide Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, artículo 39.

²⁴⁶⁶ Vide Elisenda MALARET GARCÍA, “Los servicios públicos informacionales: la emergencia de nuevos servicios públicos en la sociedad de la información y del conocimiento”, *Revista Catalana de Dret Públic*, 35, (2007), p. 22.

electrónicas los instrumentos concretos y específicos destinados a realizar a través de ellos determinadas actuaciones formalizadas»²⁴⁶⁷.

En consecuencia, el portal web se convierte en el punto de entrada a la sede electrónica de la Administración Pública. Por ejemplo, en la Universidad de Almería el portal web se correspondería con la página web (<https://www.ual.es/>), y la sede electrónica está dentro de esta plataforma (<https://www.ual.es/administracionelectronica>).

Sin embargo, no se hacen mayores previsiones en la normativa sobre los mismos, hasta la aprobación del Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos. En lo que se refiere a la creación y supresión de los portales de Internet, en materia de la AGE, deben cumplirse los siguientes requisitos. La creación de Portales de Internet deberá requerir el informe favorable de la Comisión Ministerial de Administración Digital que, en cuyo caso, deberá justificarse en términos de eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos e interés prioritario para la implantación de una política pública, o de una normativa europea o nacional. Con posterioridad, deberá comunicarlo al Ministerio de Política Territorial y Función Pública, y al Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital. Mientras que la supresión de los Portales de Internet requiere de la comunicación previa al Ministerio de Política Territorial y Función Pública y al Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital²⁴⁶⁸.

Por otro lado, en lo que se refiere al acto o resolución de creación de un nuevo portal, en materia de la AGE, se lleva a cabo por orden de la persona titular del ministerio que corresponda, o por resolución de la persona titular superior, en caso de la AGE, y por resolución de la persona titular de la Presidencia, o de la Dirección de sus organismos públicos vinculados o dependientes²⁴⁶⁹. El contenido de esta resolución deberá incluir, al menos: *«la identificación de su dirección electrónica, que deberá incluir el nombre de dominio de segundo nivel “gob.es”, su ámbito funcional, y en su caso,*

²⁴⁶⁷ Vide Rubén MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, *El régimen jurídico del nuevo procedimiento administrativo Común*, Aranzadi, Navarra, 2016, edición electrónica sin numerar.

²⁴⁶⁸ Vide Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del Sector Público por medios electrónicos, artículo 6.1.

²⁴⁶⁹ *Ibidem*

orgánica y la finalidad para la que se crea»²⁴⁷⁰. Además, los portales de Internet pertenecientes a la AGE deberán estar referenciados en el Punto de Acceso General electrónico de la Administración General del Estado²⁴⁷¹.

Por otro lado, en lo que se refiere al contenido de estos portales de Internet, la normativa general y el reglamento otorgan total libertad a las Administraciones para determinar tanto las actuaciones que incorporan, como los servicios y prestaciones que se incluyen y los canales de difusión; salvo por la obligatoriedad de incluir los requisitos de imagen institucional requeridos. El único requisito que se establece es que deberá tenerse en cuenta *«los contenidos, formatos, funcionalidad que en la normativa de reutilización, accesibilidad y transparencia se establezcan como obligatorios para los sitios webs»*²⁴⁷².

Sin embargo, llama la atención que la norma aplicable en materia de reutilización de los datos del Sector Público no incorpora la obligación de proporcionar los datos en un formato abierto y legible, sino que se limita a establecer que los sujetos procuren hacerlo²⁴⁷³. No obstante, si que existe una remisión a la normativa de interoperabilidad, en este caso, el Real Decreto 4/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Interoperabilidad en el ámbito de la Administración electrónica que copia las previsiones de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, en tanto que, únicamente hace mención del fomento de la publicación en formatos que permita su reutilización²⁴⁷⁴, pero no establece una obligación legal de acceso a la información con un formato determinado para cumplir esa finalidad. Y, en igual sentido, la LPAC tampoco salva esta necesidad, en tanto que se limita a establecer una serie de requisitos para que los documentos electrónicos administrativos se consideren válidos²⁴⁷⁵.

²⁴⁷⁰ Vide Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos, artículo 6.2.

²⁴⁷¹ *Ibidem* Artículo 6.3.

²⁴⁷² *Ibidem* Artículo 5. 2.

²⁴⁷³ Vide Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del Sector Público, artículo 3.

²⁴⁷⁴ Vide Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, artículo 11 c).

²⁴⁷⁵ Vide Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de la Administración Pública, Artículo 26.2.

En consecuencia, no se generan obligaciones para que los documentos se diseñen en un formato que permita su reutilización, accesibilidad o transparencia. Las únicas consideraciones al respecto es que estos tengan *“un soporte electrónico según formato determinado susceptible de identificación y tratamiento”*, pero esto no implica que el formato que se elija esté destinado a la reutilización de la información, por un tercero o la propia Administración. De esta forma, las diferencias del marco normativo estableciendo un régimen jurídico claro al respecto de las obligaciones de la Administración para con los derechos de los administrados, se convierte en uno de los obstáculos para alcanzar una Administración transparente y que reutilice la información que tiene en su poder.

No obstante, el Real Decreto 1495/2011, de 24 de octubre, cuyo ámbito de aplicación está limitado a la Administración General del Estado, si que hace una precisión respecto al formato de los documentos públicos, en tanto que, advierte que es necesario que sean *“procesables y accesibles de modo automatizado correspondientes a estándares abiertos en los términos establecidos en el Real Decreto 4/2010, de 8 de enero”*²⁴⁷⁶. Además, como una previsión adicional, señala el Reglamento de actuación y funcionamiento del Sector Público por medios electrónicos, que los portales de Internet deberán incluir sistemas de seguridad de acuerdo con lo previsto en el Real Decreto 3/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Seguridad en el ámbito de la Administración electrónica²⁴⁷⁷.

C. El Punto de Acceso General electrónico.

El Punto de Acceso General electrónico (PAGE) que se configura en la LPAC, como el portal web de acceso de los ciudadanos, a partir del cual, podían consultar la información que se refiera al estado de la tramitación de los procedimientos donde tuvieran la condición de interesado; el sentido del silencio administrativo, en su caso, el órgano competente para la instrucción y la resolución; los actos de trámite que sean dictados; y de igual manera, a acceder y obtener copias de los documentos de estos

²⁴⁷⁶ Vide Real Decreto 1495/2011, de 24 de octubre, por el que se desarrolla la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público, para el ámbito del sector público estatal, artículo 2.2.

²⁴⁷⁷ Vide Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del Sector Público por medios electrónicos, artículo 5.3.

procedimientos²⁴⁷⁸. Sin embargo, como la entrada en vigor de las normas relativas al PAgE de la Administración se ha ido demorando desde la publicación de la norma hasta el día 2 de abril de 2021, no se habían adoptado medidas que concretaran el contenido y los requisitos que debían cumplir estos²⁴⁷⁹.

En este sentido, el Reglamento de actuación y funcionamiento del Sector Público por medios electrónico ha venido a completar el régimen jurídico en esta materia. Así, se afirma que todas las Administraciones Públicas deberán contar con un PAgE, el cual deberá facilitar el acceso a los servicios, trámites e información de los órganos, organismos y entidades vinculados o dependientes de la Administración correspondiente. Además, el PAgE deberá disponer de una sede electrónica que permitirá acceder a todas las sedes electrónicas y aquellas asociadas de la Administración que corresponda²⁴⁸⁰.

El Reglamento de actuación y funcionamiento del Sector Público por medios electrónicos realiza otras consideraciones en materia del PAgE de la Administración General del Estado. La gestión de la PAgE corresponde al Ministerio de Política Territorial y Función Pública en colaboración con la Secretaría General de Administración Digital del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital. Asimismo, el PAgE de la Administración General del Estado, a través de su sede, permitirá la comprobación de la autenticidad²⁴⁸¹ de los documentos facilitados mediante Código Seguro de Verificación, o sello electrónico cualificado; así como también, su recuperación. Además, el PAgE de la AGE puede interoperar con otros portales web de la Unión Europea, siempre que sean oficiales²⁴⁸².

D. La Carpeta Ciudadana del Sector Público estatal.

La Carpeta Ciudadana del Sector Público estatal es una novedad introducida en nuestro ordenamiento jurídico a partir del desarrollo del Reglamento de actuación y

²⁴⁷⁸ Vide Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, artículo 53. 1 a).

²⁴⁷⁹ Vide Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, Disposición final séptima. Entrada en vigor.

²⁴⁸⁰ Vide Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del Sector Público por medios electrónicos, artículo 7.

²⁴⁸¹ *Ibidem* Anexo, Autenticidad: «Propiedad o característica consistente en que una entidad es quien dice ser o bien que garantiza la fuente de la que proceden los datos»

²⁴⁸² *Ibidem* Artículo 7. 4 y 5.

funcionamiento del Sector Público por medios electrónicos. La Carpeta Ciudadana era uno de los mayores reclamos sociales y doctrinales para unificar el régimen de las notificaciones en un solo punto de acceso que permitiera constatar el desarrollo de los procedimientos, con independencia de la Administración tramitadora, en los que una persona tuviera la condición de interesado. Sin embargo, la regulación jurídica que la Carpeta Ciudadana ha experimentado difiere de lo dispuesto anteriormente, puesto que, sólo permite la unificación de los procedimientos que tengan a la AGE como órgano competente. De manera que, el resto de las Administraciones Públicas, es decir, las Comunidades Autónomas y las entidades locales, quedan fuera del ámbito subjetivo de aplicación de la norma, lo que la convierte de nuevo en poco útil.

En este sentido, el Reglamento de actuación y funcionamiento del Sector Público por medios electrónicos, define la Carpeta Ciudadana como una sede electrónica dentro del PAge, *«a través de la cual se podrá acceder a todas las sedes electrónicas y sedes asociadas de la Administración correspondiente»*²⁴⁸³.

La Carpeta Ciudadana del Sector Público estatal podrá tener entre otras funcionalidades las siguientes: *«permitir el seguimiento del estado de tramitación de los procedimiento en que sea interesado (...); permitir el acceso a sus comunicaciones y notificaciones; conocer qué datos suyos obran en poder del Sector Público estatal, sin perjuicio de las limitaciones que establezca la normativa vigente; o facilitar la obtención de certificaciones administrativas exigidas por la normativa correspondiente»*²⁴⁸⁴.

A la Carpeta Ciudadana podrá acceder tanto el interesado, como sus representantes legales, o quienes ostenten un poder general (inscrito en el Registro electrónico de apoderamientos)²⁴⁸⁵. En este sentido, el acceso a la Carpeta Ciudadana se realiza mediante los sistemas de identificación previstos en la LPAC, pero como aliciente se genera una obligación de los interesados de *«asegurar un buen uso de los sistemas de identificación y velar por que el acceso a su carpeta Ciudadana solo se haga por sí mismo o por tercero autorizado»*²⁴⁸⁶.

²⁴⁸³ Vide Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del Sector Público por medios electrónicos, artículo 7. 3.

²⁴⁸⁴ *Ibidem* Artículo 8.2.

²⁴⁸⁵ *Ibidem* Artículo 8.1.

²⁴⁸⁶ *Ibidem* Artículo 8.4.

Esta previsión está destinada a asegurar de que solamente sea el interesado o persona autorizada al respecto quién pueda acceder a los actos, notificación o estado de tramitación de los procedimientos administrativos. En este sentido, la Administración pretende cerciorarse de quién recibe cualquier tipo de información referente a las cuestiones citadas sea únicamente aquellos legitimados para ello, salvaguardando la confidencialidad y privacidad de la información. La previsión de que el interesado deba asegurar el buen uso que se haga del contenido de esta carpeta implica que, en el caso de que se diera una lesión de derechos o bienes jurídicos como consecuencia de un acceso indebido a esa información por persona no autorizada, la hipotética responsabilidad patrimonial que se pudiera derivar estará condicionada a si, efectivamente, el interesado ha prestado la cautela suficiente al respecto.

El Reglamento no concreta en qué consiste esta obligación, en tanto que, será la jurisprudencia la que va a delimitar qué supuestos implican que no se haga un buen uso de los sistemas de identificación. Así, por ejemplo, se me ocurre dejar las claves de acceso guardadas como preconfiguradas cada vez que se accede a la plataforma, o cederlas de forma voluntaria a un tercero de forma temporal, y no restablecer las contraseñas. Pero, también podría darse el caso de tener guardados estos certificados en una base de datos que no contara con las garantías suficientes para proteger esa información en materia de ciberseguridad. De manera que, la Administración a medida que aumenta el riesgo de provocar daños por el almacenamiento digital de esta información está generando mayores obligaciones a las partes, pero en lo que se refiere a sus deberes en esta materia, no ha concretado cuáles son. Lo que, en sentido contrario, permitiría delimitar los supuestos de responsabilidad patrimonial, tanto por problemas de ciberseguridad, como de incumplimiento de obligaciones en la gestión y tratamiento de esos datos personales.

2.3.5. Los registros electrónicos.

A. Los registros electrónicos de apoderamiento.

La regulación jurídica de los registros electrónicos de apoderamiento se encuentra recogida en el artículo 6 de la LPAC, la cual se estructura en base al sistema de representación que se recoge en el artículo 5 del mismo cuerpo legal. Según éste, cada Administración Pública dispondrá de un registro general de apoderamiento de carácter

único, en el que se recoja los apoderamientos apud acta, presencial o electrónicamente del representante del interesado en el procedimiento administrativo. Además, también existe la posibilidad de acreditar la representación mediante certificado electrónico cualificado de representante que, en este caso debe cumplir con el Reglamento eIDAS y la política marco de firma electrónica y de certificado del Esquema Nacional de Interoperabilidad²⁴⁸⁷. No obstante, podrán coexistir con registros particulares o auxiliares de cada organismo en los que se inscriben los poderes otorgados para la realización de trámites específicos en el mismo²⁴⁸⁸.

La norma hace una concreción de que en el ámbito estatal esta obligación se ejecutará a través del Registro Electrónico de Apoderamiento de la Administración General del Estado²⁴⁸⁹ el cual se regula mediante la Orden HAP/1637/2012, de 5 de julio, por la que se regula el Registro Electrónico de Apoderamientos. Tal y como se puede extraer, esta norma es anterior a la propia regulación en la Ley, lo que sirve de base al legislador para realizar la primera crítica al respecto, por la falta de adecuación del régimen jurídico para acometer la finalidad que tiene encomendada. Por ello, no ha sido de extrañar que el Reglamento de actuación y funcionamiento del Sector Público por medios electrónicos mejorase el régimen jurídico de éstos. El Registro electrónico de apoderamientos de la Administración General del Estado es gestionado por el Ministerio de Política Territorial y Función Pública con colaboración del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital. Este registro deberá ser accesible desde el PAGE de la AGE, y los poderes que se inscriban podrán ser generales, para Administraciones concretas, o para trámites específicos²⁴⁹⁰.

La norma otorga libertad a las Comunidades Autónomas, Diputaciones y Ayuntamientos para utilizar el sistema de registro que consideren oportuno, salvo que resulten obligadas por lo dispuesto en la Disposición Adicional Segunda de la LPAC. Sin embargo, en la generalidad de los casos estarán obligados a adherirse a este sistema

²⁴⁸⁷ Vide Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del Sector Público por medios electrónicos, artículo 34.

²⁴⁸⁸ Vide Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, artículo 6.1.

²⁴⁸⁹ Vide https://sede.administracion.gob.es/PAG_Sede/ServiciosElectronicos/RegistroElectronicoDeApoderamientos.html

²⁴⁹⁰ Vide Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del Sector Público por medios electrónicos, artículo 33.

puesto que, su negación debe justificarse en los términos de eficiencia del artículo 7 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad²⁴⁹¹. Esto ha llegado a ser planteado por la doctrina como podría plantearse como una norma inconstitucional por entender que vulnera la autonomía organizativa de las Comunidades Autónomas y las entidades locales, ya que parece más que el legislador haya confundido interoperabilidad con estandarización tecnológica impuesta²⁴⁹².

La necesidad de interoperabilidad de los registros, de manera que, se garantice su compatibilidad informática, así como también, la transmisión telemática de solicitudes y comunicaciones es recogida por la norma. Lo que, en sentido contrario, no implica que todas deban adherirse al mismo sistema de funcionamiento. Los registros electrónicos deben permitir comprobar fácilmente la representación emitida ante las Administraciones Públicas, tanto desde registros administrativos similares, como mercantiles de la propiedad y de los protocolos notariales (artículo 6.2. LPAC), pero no implica la estandarización del sistema. En referencia a lo anterior, señala el Reglamento de actuación y funcionamiento del Sector Público por medios electrónicos que, cuando la representación alegada resulte de un documento público notarial o certificación por un Registro Mercantil, el interesado deberá aportar la certificación registral electrónica correspondiente, o el código seguro de acceso y verificación del documento electrónico. Y, de igual modo, para constatar la autenticidad y validez del poder, tanto el Consejo General del Notario, el Colegio de Registradores y el Registro Mercantil, a través de

²⁴⁹¹ *Vide* Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, Disposición Adicional Segunda: «Para cumplir con lo previsto en materia de registro electrónico de apoderamientos, registro electrónico, archivo electrónico único, plataforma de intermediación de datos y punto de acceso general electrónico de la Administración, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales podrán adherirse voluntariamente y a través de medios electrónicos a las plataformas y registros establecidos al efecto por la Administración General del Estado. Su no adhesión, deberá justificarse en términos de eficiencia conforme al artículo 7 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera. En el caso que una Comunidad Autónoma o una Entidad Local justifique ante el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas que puede prestar el servicio de un modo más eficiente, de acuerdo con los criterios previstos en el párrafo anterior, y opte por mantener su propio registro o plataforma, las citadas Administraciones deberán garantizar que éste cumple con los requisitos del Esquema Nacional de Interoperabilidad, el Esquema Nacional de Seguridad, y sus normas técnicas de desarrollo, de modo que se garantice su compatibilidad informática e interconexión, así como la transmisión telemática de las solicitudes, escritos y comunicaciones que se realicen en sus correspondientes registros y plataformas».

²⁴⁹² *Vide* Rubén MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, “Relaciones interadministrativas por medios electrónicos. Interoperabilidad”, en Eduardo GAMERO CASADO, *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, Tirant, Valencia, 2017, p. 2848.

dirección o sede electrónica, permitirán su constatación por las Administraciones Públicas²⁴⁹³.

En este sentido, hay que traer a colación la red SARA implantada mediante la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, artículo 43, y el Real Decreto 4/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Interoperabilidad en el ámbito de la Administración Electrónica, artículo 13. En este sentido, SARA es la red de las Administraciones Públicas a la que acceden de forma gratuita todos los organismos que así lo deseen, con el objetivo de compartir tecnología e intercambiar información en entorno seguros²⁴⁹⁴.

No obstante, una de las ventajas indudables de SARA es que permite conectarse a dicha Red con la red transeuropea entre Administraciones TESTA, en su tercera versión bajo la denominación de Secure-TESTA o sTESTA. El deseo de construir una Administración electrónica a nivel comunitario y la intención de prestar servicios públicos paneuropeos de e-Administración ha desencadenado la integración de la Red SARA con la Red transeuropea sTESTA²⁴⁹⁵. En lo que se refiere a esta materia, advierte la doctrina que, para el efectivo cumplimiento del deber de comprobar y verificar los apoderamientos entre registro administrativos, es necesario que se refuercen las bases de datos de la red SARA para posibilitar estas comprobaciones²⁴⁹⁶.

En lo que se refiere a la forma de realizar las inscripciones de apoderamiento en el registro, el artículo 6.3 LPAC, recoge una serie de conceptos obligatorios para su inscripción como: el nombre y apellidos, documento de nacional de identidad del poderdante y del apoderado, la fecha de inscripción, el período por el que se otorga el poder, y el tipo de facultades. No obstante, los poderes tendrán una validez máxima de cinco años que se podrán revocar o prorrogar, siempre respetando ese límite máximo

²⁴⁹³ *Vide* Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del Sector Público por medios electrónicos, artículo 35.

²⁴⁹⁴ *Vide* M^a Isabel RIVAS CASTILLO, “Las relaciones electrónicas entre Administraciones Públicas”, en María ZAMBONINO PULITO, *Buen gobierno y buena administración*, Iustel, Madrid, 2019, p. 191.

²⁴⁹⁵ *Vide* MINISTERIO DE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS, “La construcción de los servicios paneuropeos de Administración electrónica”, 2008.

²⁴⁹⁶ *Vide* Rubén MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, “La sede y los registros electrónicos”, en Marcos ALMEIDA CERREDA, *La actualización de la Administración electrónica*, Andavira, Santiago de Compostela, 2018, p. 82.

señalado anteriormente (artículo 6.6. LPAC) y, en todo caso, habrá que inscribirla en el registro correspondiente (artículo 6.7 LPAC).

La LPAC no especificaba qué tipo de poder se otorga atendiendo a las tipologías que describía el art. 6.4 LPAC: un poder general, un poder particular ante una Administración concreta, o un poder específico para determinados actos o realización de trámites. La norma además recoge que el apoderamiento “apud acta” se otorga mediante comparecencia electrónica, mediante los sistemas de identificación y firma que recoge la ley, pero también mediante personación ante las oficinas de asistencia en materia de registros (artículo 6.5 LPAC). Junto a esta descripción de las modalidades de poderes, se recogía la siguiente consideración:

«A tales efectos, por Orden del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas se aprobarán, con carácter básico, los modelos de poderes inscribibles en el registro distinguiendo si permiten la actuación ante todas las Administraciones de acuerdo con lo previsto en la letra a) anterior, ante la Administración General del Estado o ante las Entidades Locales».

Sin embargo, esta disposición ha sido anulada por el Tribunal Constitucional en sentencia 55/2018, de 24 de mayo, al entender que la Administración General del Estado se excede de las competencias del artículo 149.1.18 CE, en defensa de la interoperabilidad de los sistemas. Tal y como advierte el Tribunal Constitucional:

«se trata de una afirmación extremadamente genérica, del todo insuficiente para persuadir de que nos hallamos ante uno de esos supuestos “muy excepcionales” en que pudiera llegar a estar justificado que el Estado emplee una competencia de carácter normativo para asumir tareas de carácter administrativo» (FJ 8).

Asimismo, si lo que se pretende es la homogeneidad del tratamiento hay instrumentos jurídicos apropiados para ello, como es el desarrollo reglamentario, pero no tiene cabida suplantar las competencias de las entidades locales²⁴⁹⁷. De este modo, y

²⁴⁹⁷ Vide Ángel Manuel MORENO MOLINA, “Los procedimientos normativos”, en Luciano PAREJO ALFONSO y Marcos VÁQUER CABALLERÍA, *Estudios sobre procedimiento administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 134 y ss.

bajo esta fundamentación, termina declarándose este apartado como inconstitucional y se anula dentro de la norma. No obstante, con posterioridad, el Ministerio de Hacienda y Función Pública ha aprobado la Orden HFP/633/2017, de 28 de junio, por la que se aprueban los modelos de poderes inscribibles en el Registro Electrónico de Apoderamientos de la Administración General del Estado y en el registro electrónico de apoderamientos de las Entidades Locales y se establecen los sistemas de firma válidos para realizar los apoderamientos apud acta a través de medios electrónicos.

Finalmente, se prevé que sean las propias Administraciones las que inscriban los poderes que habiliten a personas físicas o jurídicas para la realización de determinadas transacciones. Esta habilitación requerirá de forma previa de un convenio entre el Ministerio u organismo público del que se trate, donde se especificarán, al menos, los procedimientos y trámites habilitados, y las condiciones y obligaciones aplicables a ambas partes²⁴⁹⁸.

A modo de conclusión, y aplicable a todos los registros, mientras no entren en vigor las previsiones en materia electrónica, se seguirán utilizando los canales vigentes y previos a la aprobación de la LPAC²⁴⁹⁹. Si bien, este es uno de los principales problemas en esta materia, puesto que, su entrada en vigor se ha ido posponiendo, primero del año 2015, hasta al 2 de octubre de 2018, después al 2 de octubre de 2020, y recientemente hasta el 21 de abril de 2021²⁵⁰⁰. En consecuencia, una de las partes más interesantes de la norma, y que permite la consolidación de la administración electrónica ni siquiera se ha puesto en marcha en plenitud, para poder comprobar cuáles son los fallos que presenta el sistema una vez que éste este implantado. En este sentido, el Reglamento de actuación y funcionamiento del Sector Público por medios electrónicos ha intentado establecer los mecanismos necesarios para garantizar la correcta actuación de los registros electrónicos.

²⁴⁹⁸ *Vide* Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del Sector Público por medios electrónicos, artículo 36.

²⁴⁹⁹ *Vide* Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de la Administraciones Públicas, Disposición Transitoria Cuarta.

²⁵⁰⁰ *Ibidem* Disposición Final Séptima.

B. Los registros generales.

En primer lugar, hay que definir que se entiende por registro electrónico, la doctrina afirma que esto es:

«aplicación informática disponible en la sede electrónica del órgano administrativo titular de la misma capaz de recibir y remitir solicitudes, escritos y comunicaciones. Esta aplicación de registro electrónico debería integrarse formalmente en el registro general convencional de dicho órgano, de manera que el registro electrónico comunique toda anotación que se realice en el mismo al registro general»²⁵⁰¹.

En definitiva, lo que se viene a regular es una figura con las mismas características del registro general, con la única salvedad de que utiliza los medios electrónicos para realizar su función. Su regulación se debe a la necesidad de transformar el procedimiento administrativo completamente en electrónico, por lo que, es necesario un sistema que organice esta actividad siguiendo los mismos principios por los que se articula el procedimiento administrativo general.

El artículo 16.1 de la LPAC, recoge la obligación de que todas las Administraciones Públicas cuenten con un registro electrónico general donde se efectúen los asientos registrales sobre todo documento que se presente o que se reciba. Si bien, la norma da libertad a las Administraciones a crear sus propios registros, que funcionaran como un portal que facilita el acceso al registro electrónico, cumpliendo siempre con las medidas de seguridad en materia de protección de datos.

En este sentido, el registro electrónico de la Administración General del Estado será gestionado por el Ministerio de Política Territorial y Función Pública, en colaboración con el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, y se rige por las ordenes que se dispongan en esta materia²⁵⁰². Mientras que, en las Comunidades Autónomas se han creado a partir de Órdenes de las Consejerías correspondientes y regulado a través de reglamentos; mientras que, en las entidades

²⁵⁰¹ Vide Rubén MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, “La sede y los registros electrónicos”, en Marcos ALMEIDA CERREDA, *La actualización de la Administración electrónica*, Andavira, Santiago de Compostela, 2018, p. 97.

²⁵⁰² Vide Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del Sector Público por medios electrónicos, artículo 38.

locales, han sido las Ordenanzas las encargas de crear e igualmente se han desarrollado mediante reglamento.

Además, como requisito que deben cumplir las Administraciones, se publicarán en el diario oficial que corresponda, las disposiciones de creación de los registros electrónicos, y su texto íntegro estará disponible para consultarlo en la sede electrónica de acceso al mismo. En este sentido, en la sede deberá especificarse el órgano responsable de su gestión, la fecha y hora oficiales, los días declarados inhábiles, y la relación de trámites que pueden realizarse. La norma, además, añade la necesidad de que los registros de todas las Administraciones sean plenamente interoperables, haciendo alusión en iguales términos a los que realiza para los registros generales de apoderamientos (artículo 16.4 párrafo 2º de la LPAC).

En lo que se refiere al contenido de los asientos registrales, señala el artículo 16.2 de la LPAC que: *«los asientos se anotarán respetando el orden temporal de recepción o salida de los documentos, e indicarán la fecha del día en que se produzcan»*. No hay ninguna novedad al respecto, puesto que es la función lógica y natural que garantiza el adecuado funcionamiento de los registros. El apartado tercero regula el contenido mínimo que debe dejarse en constancia en cada asiento que se practique: a) un número que se corresponda con un epígrafe de su naturaleza, la doctrina entiende que éste sería identificativo de la tipología de documentos, es decir, si es la solicitud de inicio de una reclamación patrimonial, el trámite de alegaciones o de subsanación²⁵⁰³; fecha y hora de su presentación para el correcto ejercicio de los derechos de los interesados; identificación del interesado; órgano administrativo destinatario; y en su caso referencia al contenido del documento que se registra; el número de entrada del registro; y constancia, número y descripción de los documentos que se adjuntan.

Sin embargo, la norma recoge también otras modalidades de registro (artículo 16.4 LPAC), fuera de las propias Administraciones, incorporando los mismos supuestos que venía recogiendo la Ley 30/1992, en el artículo 38.4. Así mismo, los documentos podrán presentarse en:

«a) En el registro electrónico de la Administración u Organismo al que se dirijan, así como en los restantes registros electrónicos de cualquiera de los

²⁵⁰³ Vide Rubén MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, *El régimen jurídico del nuevo procedimiento administrativo Común*, Aranzadi, Navarra, 2016, edición electrónica sin numerar.

sujetos a los que se refiere el artículo 2.1; b) En las oficinas de Correos, en la forma que reglamentariamente se establezca.; c) En las representaciones diplomáticas u oficinas consulares de España en el extranjero; d) En las oficinas de asistencia en materia de registros; e) En cualquier otro que establezcan las disposiciones vigentes».

No obstante, el artículo 16 apartados 5, 7 y 8 genera una serie de obligaciones adicionales para los empleados públicos. En este sentido, cualquier documento que se presente de forma presencial ante las Administraciones Públicas deberá ser digitalizado para incorporarlo al expediente administrativo electrónico, salvo en los supuestos en los que la norma determina la custodia por parte de la Administración, o que por su soporte no sea susceptible de digitalización. Además, se genera la obligación de que las Administraciones Públicas actualicen la relación de las oficinas en las que se presta asistencia para la presentación electrónica de documentos. Si bien, esta obligación es reiterada por la Disposición Adicional cuarta de la LPAC. Por último, se añade que no se tendrán por presentados aquellos documentos cuyo régimen especial establezca otra forma de presentación. En este sentido, el Reglamento de actuación y funcionamiento del Sector Público por medios electrónicos añade al respecto que este supuesto, el órgano administrativo competente para la tramitación deberá pronunciarse de esta circunstancia e informar al interesado de los requisitos exigidos por la legislación específica aplicable al supuesto²⁵⁰⁴.

La presentación y tratamiento de documentos en el registro electrónico está condicionado por el cumplimiento de una serie de requisitos como los formatos y estándares a los que deben ajustarse los documentos. En este sentido, en todo caso deberán respetarse las normas previstas en el Esquema Nacional de Interoperabilidad y la normativa correspondiente. Asimismo, el Reglamento general de actuación y funcionamiento del Sector Público por medios electrónicos señala que, “*en el caso de que se detecte código malicioso susceptible de afectar a la integridad o seguridad del*

²⁵⁰⁴ Vide Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del Sector Público por medios electrónicos, artículo 37.

sistema en documento que hayan sido registrados, se requerirá su subsanación al interesado”²⁵⁰⁵.

Lo primero que llama la atención de este presupuesto es que se debe entender por “código malicioso”. El Reglamento de actuación y funcionamiento del Sector Público por medios electrónicos lo define como: *«tipo de software de carácter dañino que crea o aprovecha vulnerabilidades en dispositivos, sistemas y archivos informáticos que permiten el acceso remoto no autorizado, la generación de puertas traseras, el robo o exfiltración de datos, la destrucción de información, u otras acciones perjudiciales»*.

De manera que, este puede englobar un archivo infectado por cualquier tipo de virus simple, hasta un archivo que pretenda provocar un ciberataque de la institución. La norma debería haber sido aquí más precisa, especialmente, para delimitar futuras responsabilidades por los daños provocados en caso de ataque cibernético que pretenda atentar contra el normal funcionamiento de las instituciones públicas.

Este registro tiene limitado tanto los formatos de los ficheros (pptx, jpg, jpeg, txt, xml, xsig, xlsx, odg, odt, ods, pdf, odp, png, svg, tiff, docx, rtf), como el tamaño de los documentos. Si bien, respecto del formato, lo que ocurre es que la lista es tan amplia, que prácticamente recoge la totalidad de los formatos digitales. No obstante, lo que realmente preocupa es que el tamaño máximo de los ficheros no puede exceder de 5MB, y como máximo se pueden adjuntar 5 documentos. En consecuencia, el problema es que, no se puede obligar a una serie de sujetos a utilizar los medios electrónicos, cuando la Administración no dispone de los medios necesarios para ello. Así, casi la totalidad de los procedimientos administrativos tienen más de 5 documentos. Sin contar, por ejemplo, el peso que puede tener un procedimiento administrativo que tramite un Plan General Urbanístico, o una licencia administrativa de construcción de viviendas. De esto modo, es la propia Administración la que limita, por la incapacidad del registro, los procedimientos administrativos que se pueden tramitar de forma electrónica.

Por esta razón, la normativa ha posibilitado que los documentos en soporte no electrónico, por la razón que fuera (puesto que sean copias auténticas o documentos originales, o no susceptibles de digitalización) deberán presentarse en las oficinas de asistencia en materia de registros. Sin embargo, si no se pudieran remitir los documentos

²⁵⁰⁵ Vide Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del Sector Público por medios electrónicos, artículo 39. 2.

por los canales electrónicos concebidos por que excedan de la capacidad que tiene el Sistema de Interconexión de Registros, el interesado deberá remitir la información a través de un repositorio de intercambios de ficheros²⁵⁰⁶. La norma exclusivamente señala que este repositorio deberá ser de titularidad pública en el caso de la AGE y deberá respetarse, especialmente, la normativa en materia de protección de datos, impidiendo que se utilice esta información para una finalidad distinta de la prevista en la normativa. Sin embargo, no se concretan mayores previsiones al respecto en la normativa, acerca de su configuración, estructura, y límites técnicos de este repositorio, por lo que deberá ser desarrollado posteriormente. En consecuencia, se puede extraer que no deben utilizarse más repositorios de carácter privado, como podría ser Drive del sistema de Google, u otros que permitan el alojamiento y transmisión de esta información con un peso mayor.

Por último, el artículo 66 de la LPAC añade que los interesados podrán exigir el correspondiente recibo que acredite la fecha de presentación de los documentos, que deberá generarse de forma automática por el sistema informático. Además, la Administración debe poner a su disposición en las sedes electrónicas modelos estandarizados para la presentación de solicitudes, siendo estos obligatorios cuando así se establezca expresamente. En este sentido, advierte la doctrina que, en estos documentos se deberá informar a la ciudadanía sobre sus derechos en materia de protección de datos, tanto de acceso, rectificación, cancelación y oposición al tratamiento, dentro del fichero de datos creado por la Administración²⁵⁰⁷.

Y, finalmente, en lo que se refiere al cómputo de plazos en los registros electrónicos, señala el artículo 31 de la LPAC que se permitirá la presentación de documentos durante todos los días del año y las veinticuatro horas del día. Si bien, a efectos de cómputo de plazos, cuando los documentos se presenten en días inhábiles se entenderá realizada la presentación el primer día hábil siguiente, salvo que expresamente la norma permita su presentación en día inhábil. Los documentos presentados en días inhábiles tendrán siempre una consideración de anteriores, a los que se presentaron en el día posterior. Además, el inicio del cómputo de los plazos que deban cumplir las Administraciones Públicas vendrá determinado por la fecha que fije la presentación en el

²⁵⁰⁶ Vide Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del Sector Público por medios electrónicos, artículo 39. 3 y 4.

²⁵⁰⁷ Vide Agustí CERRILLO I MARTÍNEZ, “El procedimiento administrativo electrónico”, *A las puertas de la Administración Digital: una guía detallada para la aplicación de las Leyes 39/2015 y 40/2015*, INAP, Madrid, 2016, p. 202.

registro electrónico²⁵⁰⁸. No obstante, en relación con el plazo para resolver, en la utilización de los registros electrónicos puede suceder que el interesado se equivoque en la determinación del órgano al que se dirige, lo que conllevará inexorablemente, que el órgano correspondiente no lo reciba en el plazo en el que se presentó²⁵⁰⁹.

Además, la norma añade una novedad al régimen jurídico de los registros, en tanto que, el artículo 32.4 de la LPAC, advierte que:

«cuando una incidencia técnica haya imposibilitado el funcionamiento ordinario del sistema o aplicación que corresponda, y hasta que se solucione el problema, la Administración podrá determinar una ampliación de los plazos no vencidos, debiendo publicar en la sede electrónica tanto la incidencia técnica acontecida como la ampliación concreta del plazo no vencido».

Esto es una garantía para los administrados, especialmente para los obligados a relacionarse por medios electrónicos, en tanto que, siempre que haya una incidencia no decaerán sus derechos²⁵¹⁰. El problema ocurre cuando la Administración no reconoce la incidencia, y el administrado tiene que demostrar la imposibilidad de presentar la documentación por problemas ajenos a su actuación. De manera que, la carga probatoria

²⁵⁰⁸ Vide STSJ de Murcia, 122/2020, de 6 de marzo, FJ 4.

²⁵⁰⁹ Vide Eva M^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN, “La implementación de la Administración electrónica en las nuevas leyes”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 63, (2016), p. 32.

²⁵¹⁰ Vide STSJ de Andalucía, (Granada), 193/2018, de 30 de octubre, FJ 9: «Pues bien, sobre la base de las anteriores consideraciones y de la valoración de la prueba, se entiende que el recurrente fue diligente en la presentación del recurso de reposición, que intentó presentarlo en plazo el día 7 de agosto de 2013 y que no pudo presentarlo por error o fallo de la propia Administración. Como se ha expuesto, no hay ninguna norma del ordenamiento jurídico vigente en el momento de dictarse la actuación administrativa impugnada que expresamente regule qué hacer en estos casos, con la excepción del artículo 28.3 de la Ley 11/2007 interpretada contrario sensu; tampoco hay una jurisprudencia clara sobre la cuestión. Sin embargo, el principio pro actione resulta de aplicación en este caso, lo que debe suponer una interpretación de las normas favorable al acceso a los recursos, conforme a la jurisprudencia constitucional. Igualmente, no se considera conforme a Derecho que la Administración tributaria pueda beneficiarse, en perjuicio de los ciudadanos, de su propio incumplimiento de la obligación de disponer de medios electrónicos adecuados o que funcionen bien con los que relacionarse con los ciudadanos a los que obliga a actuar de forma electrónica. El principio de confianza legítima, o el derecho a una buena administración (artículo 40 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea) también resultan favorables a la tesis del recurrente. De tal forma que debe estimarse el recurso presentado por Fuencristal SL, y anularse la resolución del TEARA impugnada, porque se entiende que el recurso de reposición presentado el día 7 de agosto de 2013 estaba en plazo, y si hubiera funcionado como era de esperar el sistema de la Agencia Tributaria no se hubiera tenido que presentar el mismo recurso el día 8 de agosto de 2013. La estimación del recurso obliga a retrotraer las actuaciones para que la Administración resuelva el recurso de reposición que debe considerar presentado en plazo».

de que el registro no funcionaba correctamente recae directamente sobre el interesado, para poder salvaguardar sus derechos.

C. Los registros de empleados públicos habilitados.

Ninguna de las dos leyes de cabecera de la Administración regula el registro de los empleados públicos habilitados, aunque si que se hace referencia al mismo, en distintas partes de la LPAC. Así, por ejemplo, en la exposición de motivos de la LPAC:

«Destaca asimismo, la obligación de las Administraciones Públicas de contar con un registro u otro sistema equivalente que permita dejar constancia de los funcionarios habilitados para la realización de copias auténticas, de forma que se garantice que las mismas han sido expedidas adecuadamente, y en el que, si así decide organizarlo cada Administración, podrán constar también conjuntamente los funcionarios dedicados a asistir a los interesados en el uso de medios electrónicos, no existiendo impedimento a que un mismo funcionario tenga reconocida ambas funciones o sólo una de ellas».

Y, en términos similares, el artículo 12.3 de la LPAC señala que:

«la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales mantendrán actualizado un registro, u otro sistema equivalente, donde constarán los funcionarios habilitados para la identificación o firma regulada en este artículo. Estos registros o sistemas deberán ser plenamente interoperables y estar interconectados con los de las restantes Administraciones Públicas, a los efectos de comprobar la validez de las citadas habilitaciones. En este registro o sistema equivalente, al menos, constarán los funcionarios que presten servicios en las oficinas de asistencia en materia de registros».

Y, de igual manera, en el artículo 27.1 de la LPAC, en el último párrafo señala que, en relación con la emisión de copias auténticas, señala que:

«Se deberá mantener actualizado un registro, u otro sistema equivalente, donde constarán los funcionarios habilitados para la expedición de copias

auténticas que deberán ser plenamente interoperables y estar interconectados con los de las restantes Administraciones Públicas, a los efectos de comprobar la validez de la citada habilitación. En este registro o sistema equivalente constarán, al menos, los funcionarios que presten servicios en las oficinas de asistencia en materia de registros».

Todas estas consideraciones han llevado a la doctrina a afirmar que lo natural era dotar de un registro en línea, como hacía la Ley 11/2007, de 22 de junio²⁵¹¹. Sin embargo, estas disposiciones se conservan por intuición normativa, pero no se tiene en cuenta su materialización. De este modo, en el registro deberían inscribirse los funcionarios habilitados, y el contenido de los asientos debería realizarse en los mismos términos que se señalan en el artículo 6.3 de la LPAC. En lo que se refiere a las funciones de estos empleados públicos habilitados pueden ser solo para identificación y firma en nombre de las personas interesadas, y la generación de copias auténticas, en los términos que recoge la norma. Si bien, la cualidad de “funcionario público habilitado” deberá extenderse a todos los empleados de las oficinas de asistencia en materia de registros.

El Reglamento de actuación y funcionamiento del Sector Público por medios electrónicos ha venido a remediar esta situación, y ha creado el registro de funcionarios habilitados de la Administración General del Estado y sus organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes. Este registro será gestionado por la Secretaría de Estado de Política Territorial y Función Pública del Ministerio de Política Territorial y Función Pública, en colaboración con la Secretaría General de Administración Digital del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, y será mediante orden conjunta de los anteriores como se desarrolle su regulación. Además, este registro tiene que ser interoperable con otros registros equivalentes, tanto

²⁵¹¹ *Vide Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, en el artículo 22: «1. En los supuestos en que para la realización de cualquier operación por medios electrónicos se requiera la identificación o autenticación del ciudadano mediante algún instrumento de los previstos en el artículo 13 de los que aquel no disponga, tal identificación o autenticación podrá ser válidamente realizada por funcionarios públicos mediante el uso del sistema de firma electrónica del que estén dotados. 2. Para la eficacia de lo dispuesto en el apartado anterior, el ciudadano deberá identificarse y prestar su consentimiento expreso, debiendo quedar constancia de ello para los casos de discrepancia o litigio. 3. Cada Administración Pública mantendrá actualizado un registro de los funcionarios habilitados para la identificación o autenticación regulada en este artículo».*

de carácter autonómico, como locales²⁵¹². Sin embargo, tal y como señala la doctrina lo más interesante sería unificar el registro de apoderamientos con el registro de funcionarios habilitados, mediante la creación de apartados o secciones distintas²⁵¹³.

En lo que se refiere a su contenido, éste deberá recoger: el personal funcionario habilitado para la identificación y firma electrónica de las personas interesadas; el personal habilitado para la expedición de copias auténticas; y el personal funcionario habilitado para presentar servicios en las oficinas de asistencia en materia de registro, que estará habilitado para la identificación y firma electrónica de las personas interesadas en aquellos trámites y procedimientos que se determinen y para la expedición de copias auténticas electrónicas²⁵¹⁴.

D. Las Oficinas de asistencia en materia de registros.

La LPAC, además de las numerosas alusiones de forma indirecta que hace a lo largo de su enumerado (artículos 6.5; 12.3 paf. 2º; 16; 27.1; 31; 41; y 66), la disposición adicional cuarta prevé que las Administraciones Públicas deberán mantener actualizado el repertorio geográfico que permita al interesado identificar las oficinas de asistencia en materia de registros. El directorio para la búsqueda de oficinas en materia de asistencia de registros en el ámbito de la AGE es bastante sencillo, puesto que, se limita a la introducción de una provincia y dirección postal, y señalar el ámbito de la Administración territorial con la que pretendemos relacionarnos²⁵¹⁵. Y, en iguales términos, se han diseñado estos directorios en el ámbito autonómico y local.

Sin embargo, no existe un pronunciamiento en la norma acerca de su naturaleza, funcionamiento o actividades que estas deben realizar. En este sentido, es el Reglamento general de actuación y funcionamiento del Sector Público por medios electrónicos, el que

²⁵¹² *Vide* Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos, artículo 31.

²⁵¹³ *Vide* Rubén MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, *El régimen jurídico del nuevo procedimiento administrativo Común*, Aranzadi, Navarra, 2016, pp. 155-159.

²⁵¹⁴ *Vide* Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos, artículo 31. 1

²⁵¹⁵

Vide <https://administracion.gob.es/pagFront/atencionCiudadana/oficinas/encuentraOficina.htm#.YIagaH0zbJw>

determina que estos registros tendrán la naturaleza de órgano administrativo, de conformidad con lo dispuesto en el art. 5 de la LRJSP.

Asimismo, señala las siguientes funciones como propias de estas oficinas: la digitalización de solicitudes, escritos y comunicaciones en papeles que se presenten en estas oficinas, así como también su anotación en el registro; la anotación de los asientos de salida; la emisión de los recibos acreditativos de la presentación de solicitudes, comunicaciones o documentos; la expedición de copias electrónicas auténticas tras su digitalización; la información en materia de identificación y firma electrónica; la identificación o firma electrónica del interesado, cuando se trate de una persona no obligada a relacionarse por medio electrónico con la Administración; la práctica de notificaciones por comparecencia espontánea; la comunicación del código de identificación del órgano, organismo público o entidad a la que dirige su solicitud; la iniciación de la tramitación del procedimiento de apoderamiento presencial apud acta; y cualesquiera otras funciones que se le atribuyan legal o reglamentariamente²⁵¹⁶.

2.3.6. Las modificaciones en el procedimiento administrativo.

A. El expediente administrativo electrónico.

El procedimiento administrativo se ha visto obligado a reconvertirse plenamente a la tramitación electrónica. La doctrina ha destacado que la opción de establecimiento del procedimiento electrónico como forma exclusiva de su tramitación obedece principalmente al ahorro de las Administraciones. Así, por ejemplo, hay quien señala que,

«la óptica dominante en las nuevas leyes es la de mejor funcionamiento interno de la Administración, de modo que los derechos y medios de garantía de los ciudadanos quedan en un segundo lugar»²⁵¹⁷.

²⁵¹⁶ Vide Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del Sector Público por medios electrónicos, artículo 40.

²⁵¹⁷ Vide Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, “Los proyectos de Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas”, *Documentación Administrativa*, 2, (2015), p. 3.

Y, en idénticos términos Valero Torrijos señala que:

«no parece que el servicio a los ciudadanos haya sido precisamente la principal preocupación a la hora de afrontar la reforma legal»²⁵¹⁸.

Hasta el punto de que, la falta de cumplimiento de este requisito, es decir, la tramitación de forma electrónica del procedimiento ha llevado a un sector de la doctrina a entender que el procedimiento administrativo adolecería de un vicio de nulidad de pleno derecho²⁵¹⁹, lo que ha sido avalado, en parte por la jurisprudencia²⁵²⁰. Sin embargo, esta consideración es excesiva si se tiene en cuenta la situación de digitalización en la que se encuentran algunas Administraciones Públicas, especialmente, en el caso de las entidades locales. No se puede perder de vista la realidad de estas instituciones en la práctica, puesto que, podría conllevar unos efectos desproporcionados.

La fundamentación de la tramitación electrónica del procedimiento está en aumentar la eficiencia de las Administraciones Públicas en sus funciones. Si bien, para muchos empleados públicos esta eficiencia no existe cuando se traslada al ámbito electrónico, en tanto que, carecen de la formación y habilidades necesarias para que esto se materialice. En consecuencia, aunque la tramitación electrónica del procedimiento es

²⁵¹⁸ Vide Julián VALERO TORRIJOS, “La reforma de la Administración electrónica, ¿una oportunidad perdida?, *Revista española de Derecho Administrativo*, 172, (2015), p. 16.

²⁵¹⁹ Vide Víctor ALMONACID LAMELAS, “Especial Ley de procedimiento administrativo #LPA”, *Nosoloaytos*, 24 de septiembre de 2015; Vide Fernando RENAU FAUBELL, “El procedimiento administrativo electrónico único y su incidencia sobre los derechos de los administrados”, en Víctor CAZURRO BAHONA, *Derecho digital: perspectiva interdisciplinaria*, Bosch, Madrid, 2017, p. 152.

²⁵²⁰ Vide STSJ de Madrid, 48/2019, de 14 de febrero, FJ 4; Vide Juzgado de lo Social de Murcia, sentencia 343/2019, de 11 de noviembre, FJ 3: «La Sala entiende que ha de darse la razón a la demandante. A la fecha de la presentación, por medio de la oficina de correos, de la reclamación de responsabilidad patrimonial -18 de enero de 2018- todavía no estaba vigente la obligación de presentación telemática de solicitudes, puesto que la disposición final séptima de la Ley 39/2015 establecía, en su redacción originaria, que las previsiones relativas al registro electrónico administrativo producían efecto a los dos años de la entrada en vigor de dicha ley, es decir, a partir del día 2 de octubre de 2018 (por Real Decreto-Ley 11/2018, de 31 de agosto (RCL 2018, 1238) , se ha modificado la referida disposición final séptima, quedando diferida la entrada en vigor de las previsiones sobre registro electrónico hasta el día 2 de octubre de 2020). Por tanto, en la fecha de presentación no telemática de aquella solicitud no se encontraba en vigor la exigencia regulada en el art. 14.2 de la Ley 39/2015 de relacionarse con las Administraciones Públicas a través de medios electrónicos para la realización de cualquier trámite de un procedimiento administrativo las personas jurídicas, las entidades sin personalidad jurídica y determinadas personas físicas -en lo que aquí interesa, quienes ejerzan una actividad profesional para la que se requiera colegiación obligatoria, para los trámites y actuaciones que realicen con las Administraciones Públicas en ejercicio de dicha actividad profesional-, ni tampoco, por consiguiente, la previsión contenida en el art. 68.4 de la mencionada Ley 39/2015».

una obligación general, una vez que ésta se consolide, y con ella la sociedad digital, si que se deberían prever esos efectos, pero en la actualidad no es así.

La LPAC regula en el artículo 70 el expediente administrativo que, obligatoriamente, debe tener formato electrónico, e igualmente recoge que éste se elabora mediante la agregación ordenado de *«los documentos, pruebas, dictámenes, informes, acuerdos, notificaciones y demás diligencias deban integrarlos, así como un índice numerado de todos los documentos que contenga cuando se remita»*.

Sin embargo, no toda la información que se haya podido utilizar en la tramitación del procedimiento administrativo deberá incorporarse a éste, en tanto que, la norma prevé una serie de excepciones como *«la información que tenga carácter auxiliar o de apoyo, como la contenida en aplicaciones, ficheros y bases de datos informáticas, notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas, así como los juicios de valor emitidos por las Administraciones Públicas, salvo que se trate de informes, preceptivos y facultativos, solicitados antes de la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento»*²⁵²¹. No obstante, las limitaciones que se hacen al respecto están en sintonía con lo dispuesto en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, sobre el derecho de acceso a la información pública.

En este sentido, hay que traer a colación que se entiende por documento administrativo electrónico: *«la información de cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en un soporte electrónico, según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado admitido en el Esquema Nacional de Interoperabilidad y normativa correspondiente, y que haya sido generada, recibida o incorporada por las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus funciones sujetas a Derecho Administrativo»*²⁵²². Además, todos los documentos administrativos electrónicos deberán llevar asociadas una de las siguientes modalidades de referencia temporal: bien, la marca de tiempo, por la que se indique la fecha y hora del documento electrónico; o bien, el sello electrónico cualificado de tiempo²⁵²³.

²⁵²¹ Vide Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, artículo 70.4.

²⁵²² Vide Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del Sector Público por medios electrónicos, artículo 46.1.

²⁵²³ *Ibidem* Artículo 50.

Al respecto considera la doctrina que, la creación del expediente electrónico no puede vincularse a la gestión electrónica del mismo, sino al soporte y medio por el que se materializan los actos, los cuáles deben ser electrónicos en su totalidad. Sin embargo, no quiere decir que el expediente electrónico esté conformado únicamente por archivos de gestión electrónica o creados digitalmente, sino que, está configurado por multitud de documentos, que se han creado bien por agregación de originales electrónicos, bien por la creación de copias electrónicas por cambio de soporte²⁵²⁴.

En este sentido, lo que interesa es que se implante un sistema de gestión documental que permita garantizar desde la creación, modificación, utilización y conservación de todos los documentos públicos en formato digital o electrónico. La doctrina llega a definir el sistema de gestión documental como:

«El sistema de gestión documental se define como el proceso de la organización destinado a garantizar la creación, el mantenimiento y la conservación de los documentos necesarios para el desarrollo de las actividades que le son propias, y para el control de su adecuación a los requerimientos legales de la normativa vigente»²⁵²⁵.

Además, la LPAC enumera los requisitos del expediente electrónico para el supuesto que tenga que ser enviado por este medio a otra Administración. En concreto, el expediente *«se enviará completo, foliado, autenticado y acompañado de un índice, asimismo autenticado, de los documentos que contenga»²⁵²⁶*. El Reglamento de actuación y funcionamiento del Sector Público por medios electrónicos ha incorporado una obligación que estaba vigente en la normativa anterior²⁵²⁷, pero que no se había incorporado a la LPAC, sobre la necesidad de que el órgano titular firme el índice

²⁵²⁴ Vide Agustí CERRILLO I MARTÍNEZ, “El procedimiento administrativo electrónico”, *A las puertas de la Administración Digital: una guía detallada para la aplicación de las Leyes 39/2015 y 40/2015*, INAP, Madrid, 2016, p. 225.

²⁵²⁵ *Ídem* p. 247.

²⁵²⁶ Vide Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, artículo 70.4.

²⁵²⁷ Vide Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, artículo 32. 2: *«El foliado de los expedientes electrónicos se llevará a cabo mediante un índice electrónico, firmado por la Administración, órgano o entidad actuante, según proceda. Este índice garantizará la integridad del expediente electrónico y permitirá su recuperación siempre que sea preciso, siendo admisible que un mismo documento forme parte de distintos expedientes electrónicos».*

electrónico, o lo selle en caso de que éste se configurado de forma automática²⁵²⁸. Asimismo, la Ley se remita al Esquema Nacional de Interoperabilidad y sus correspondientes normas técnicas, para garantizar la interoperabilidad del expediente electrónico. Al respecto la Dirección General para el Impulso de la Administración electrónica ha elaborado una *Guía de aplicación de la Norma Técnica de Interoperabilidad de Expediente Electrónico del año 2016*. En este sentido, se reconoce en el Reglamento de actuación y funcionamiento del Sector Público por medios electrónicos la posibilidad de que un mismo documento electrónico forme parte de distintos expedientes administrativos²⁵²⁹. De este modo, se tiene que garantizar la completa interoperabilidad de los sistemas y formas de producción de los actos de las distintas Administraciones para que permitan su incorporación en los expedientes administrativos que sean necesarios.

Además, el Reglamento de actuación y funcionamiento del Sector Público por medios electrónicos ha previsto que, en el marco de un procedimiento administrativo electrónico, donde sea necesario facilitar al interesado un ejemplar de un documento administrativo electrónico, la entrega del mismo se podrá sustituir por la entrega de los datos para su acceso por medios electrónicos adecuados²⁵³⁰. Y, también es aplicable a la remisión de expedientes administrativos entre distintas Administraciones²⁵³¹. Esto sin duda representa un avance en la gestión del procedimiento administrativo, puesto que, permitiría la introducción de la tecnología de Blockchain para facilitar su tramitación y promover una gestión más eficiente y eficaz del mismo. De esta forma, no haría falta que los empleados públicos tuvieran acceso directo a los documentos, siendo ellos mismo quiénes los envíen, sino que sólo remitirían los códigos de acceso necesarios para descifrar la clave. Esto permitiría salvaguardar mejor la información que consta en los expedientes administrativos, así como también, verificar quiénes tienen acceso a su contenido.

En términos similares se pronuncia de nuevo el Reglamento de actuación y funcionamiento del Sector Público por medios electrónicos, en lo que se refiere al

²⁵²⁸ Vide Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del Sector Público por medios electrónicos, artículo 51. 3.

²⁵²⁹ *Ibidem* Artículo 51. 2.

²⁵³⁰ *Ibidem* Artículo 46.2.

²⁵³¹ *Ibidem* Artículo 63.

ejercicio del derecho de acceso al expediente electrónico y obtención de copias de los documentos electrónicos. En sentido, se entiende que la obligación que se genera para la Administración estará satisfecha mediante la puesta a disposición del expediente en el PAgE, o en la sede electrónica que corresponda. El expediente deberá estar a disposición del interesado, o de su representante en su caso, el tiempo que determine la correspondiente política de gestión de documentos²⁵³². La norma debería de haber previsto un plazo general de disposición del expediente administrativo para el interesado evitando así interpretaciones que puedan ser restrictivas de sus derechos.

B. Las modificaciones del procedimiento administrativo en su tramitación electrónica.

Por otro lado, fuera de las consideraciones de la gestión del expediente electrónico, en sentido estricto, la primera consideración que realiza la LPAC se encuentra en las solicitudes de iniciación del procedimiento administrativo que, entre los requisitos convencionales, añade la identificación del medio electrónico en el caso de que se opte por la notificación electrónica. Además, se prevé que los sistemas normalizados de solicitud incluyan comprobaciones automáticas sobre la información aportada al respecto, de manera que, en todo o parte del formulario, la Administración ofrezca los datos que aparecen en sus sistemas, y el interesado puede modificarlo o cumplimentarlo²⁵³³.

No se debe olvidar al respecto que la LPAC no permite que dichos formularios impongan datos o requisitos no derivados de la normativa aplicable. De manera que, en el caso de un obligado a relacionarse por medios electrónico, el formulario contenga requisitos que no se incluyen en la norma, el trámite de presentación debe considerarse subsanable, al menos, hasta que la Administración suprima estas exigencias que rebasan la previsión normativa²⁵³⁴.

²⁵³² Vide Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del Sector Público por medios electrónicos, artículo 54.

²⁵³³ Vide Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, artículo 66.

²⁵³⁴ Vide Eduardo GAMERO CASADO, “Panorámica de la Administración electrónica en la nueva legislación administrativa básica”, *Revista española de Derecho Administrativo*, 175, (2016), edición electrónica sin numerar.

En esta misma línea de pensamiento, en cuanto a la subsanación y mejora de las solicitudes, en el caso de que los obligados a relacionarse por medios electrónicos presentaran la solicitud presencialmente, las Administraciones deberán requerirlo para que subsane el procedimiento a través de la vía electrónica²⁵³⁵. Si bien, la norma sanciona a los sujetos obligados, en tanto que, la solicitud se entenderá presentada en la fecha en la que se ha realizado la subsanación²⁵³⁶.

Tal y como advierte Gamero, se limita las posibilidades de subsanación y mejora a estos colectivos, en tanto que, es posible que se haya presentado la solicitud presencialmente, por problemas técnicos de la plataforma, y evitar de ese modo desistir en su derecho²⁵³⁷. En estos casos, el administrado debe obrar con cautela y dejar constancia del intento, para poder defender sus derechos, en tanto que, la causa que motivó la actuación no depende del interesado, sino de la indisponibilidad de los medios técnicos.

En segundo lugar, en lo que se refiere a los actos de instrucción del procedimiento estos deben realizarse por medios electrónicos, de manera que, las aplicaciones y sistemas

²⁵³⁵ Vide STSJ de Madrid, 451/2018, de 20 de julio, FJ 3: «En el supuesto de autos, la administración mezcló las previsiones de este artículo 68 de la Ley 39/2015. Porque aplicó el párrafo primero, concediendo expresamente a la parte un plazo de 10 días hábiles para subsanar el defecto de falta de presentación telemática, indicando expresamente a la parte que, en caso de no subsanación, se le tendría por desistida de su petición (que, por otra parte, se tuvo por formulada); pero a la hora de considerar los efectos de la subsanación, aplicó el último párrafo del art. 68, que establece que ha de tenerse en cuenta como fecha de presentación del escrito, la de su presentación telemática. No obstante, al conceder un plazo, y formular ese apercibimiento, se estaba dando a entender a la parte que el escrito sí había sido tenido por presentado (ya que de otra forma no sería posible extender por desistido al interesado de la pretensión en él deducida), y que el defecto era subsanable en el plazo de referencia. Justamente interpretado el requerimiento, la inadmisión del recurso de alzada va en contra de sus propios actos, porque inadmite lo que ya había dado por presentado, y no concede efectos a la subsanación realizada por la actora, en los términos de forma y plazo requeridos. En cualquier caso, este artículo no podría considerarse aplicable a la presentación de recursos, porque solo está previsto para las "solicitudes de inicio" de los procedimientos, tal como expresamente se señala en el párrafo primero. Cuando de inicio de un procedimiento se trata, resulta lógico que la falta de presentación telemática de instancias, por parte de aquellas personas que tengan la obligación de ello, pueda ser subsanada, sin sujeción a plazo alguno; pues, siendo la regla la de considerar como fecha de presentación la de su presentación telemática, no producirá más efectos que los de retrasar el inicio del procedimiento que se interesa. Aplicar esa norma a la presentación de recursos (mediante una interpretación que, en todo caso, sería analógica y amplia) iría en contra del principio de tutela judicial efectiva. Para la presentación de recursos, debe entenderse que sigue aplicable la normativa vigente 2007, según la cual la fecha de presentación del primer escrito es la que ha de tenerse en cuenta como fecha de presentación, independientemente de que exista ese defecto de presentación presencial, en lugar de presentación telemática...».

²⁵³⁶ Vide Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de la Administraciones Públicas, artículo 68.4.

²⁵³⁷ Vide Eduardo GAMERO CASADO, "Panorámica de la Administración electrónica en la nueva legislación administrativa básica", *Revista española de Derecho Administrativo*, 175, (2016), edición electrónica sin numerar.

de información utilizados garanticen el control de los tiempos y plazos, así como también, la identificación de los responsables, la tramitación ordenada del procedimiento, y faciliten la simplificación y publicidad del procedimiento²⁵³⁸. Si bien, se debe partir de la base de que las Administraciones Públicas deben emitir los documentos administrativos, en el que se incluyen sus propios informes²⁵³⁹, a través de medios electrónicos de forma general. Para que estos documentos se consideren válidos deben incorporar una serie de requisitos: información sobre la naturaleza del procedimiento, según formato susceptible de identificación y tratamiento diferenciado; disponer de los datos que permita su individualización, incorporar la referencia temporal de cuando se produce su emisión; incluir los metadatos mínimos exigidos e incorporar las firmas electrónicas que corresponda del personal que la emite, en los términos que exija la normativa²⁵⁴⁰.

C. Las copias electrónicas de documentos en papel.

La validez y eficacia de las copias realizadas por las Administraciones Públicas recogidas en el artículo 27 de la LPAC, viene a suplir el régimen jurídico de las copias compulsadas. El precepto prevé la posibilidad de hacer copias auténticas mediante funcionario habilitado o actuación administrativa automatizada, precisando los requisitos técnicos necesarios para que las copias sean auténticas. La Administración tiene un plazo de quince días, desde la recepción de la solicitud, para emitir las copias.

En igual sentido, se ha pronunciado el Reglamento de actuación y funcionamiento del Sector Público por medios electrónicos, señalando que una vez que se realiza una copia de un documento en papel en formato electrónico, este adquiere plena validez dentro del procedimiento administrativo²⁵⁴¹. No obstante, esta copia debe quedar garantizada la identidad del órgano que ha realizado el trámite y el contenido de la misma²⁵⁴². Asimismo, sólo están habilitados para la emisión de copias auténticas los órganos a quienes les corresponda la emisión de los documentos, su custodia y archivo,

²⁵³⁸ *Vide* Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, artículo 75.2.

²⁵³⁹ *Ibidem* Artículo 80.2.

²⁵⁴⁰ *Ibidem* Artículo 26.2.

²⁵⁴¹ *Vide* Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del Sector Público por medios electrónicos, artículo 39. 3.

²⁵⁴² *Ibidem* Artículo 47.2.

a los que competencialmente se les atribuya, y las oficinas en materia de asistencia de registros. Y, serán los empleados públicos habilitados en el Registro de Funcionarios Habilitados de la Administración los encargados de proceder a su copia²⁵⁴³.

En este sentido, las copias auténticas pueden realizarse tanto en papel como en formato electrónico. La doctrina entiende que esta precisión no era necesaria, en tanto que una copia de documento electrónico es siempre original²⁵⁴⁴. Sin embargo, hay que matizar esta apreciación, en tanto que, la validez de los documentos electrónicos se verifica por cumplir una serie de requisitos que, una vez que son trasladados al papel, no se pueden constatar. Es, por ejemplo, el supuesto de los metadatos o la verificación de la firma electrónica. De este modo, los documentos electrónicos tienen validez siempre que se transmitan dentro de este medio. Una vez que éstos son impresos, ya no puede asegurarse que estos cumplan con las garantías necesarias. Para ello, habrá que recurrir a los requisitos de los actos administrativos en papel.

Además, la ley reitera el derecho de los interesados a no presentar documentos que se hayan elaborado, o se encuentre en poder de una Administración, aunque no en todos los casos, tal y como señala la jurisprudencia, pues se excluyen los procedimientos de concurrencia competitiva²⁵⁴⁵. Y, siempre y cuando medie consentimiento del titular para proceder a su verificación²⁵⁴⁶. A la par, tampoco las Administraciones exigirán la

²⁵⁴³ Vide Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del Sector Público por medios electrónicos, artículo 48.

²⁵⁴⁴ Vide Eva M^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN, “La implementación de la Administración electrónica en las nuevas leyes”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 63, (2016), p. 36.

²⁵⁴⁵ Vide STSJ de Madrid, 769/2020, de 17 de abril, FJ2: «A este respecto, no conviene olvidar que no se trata de un supuesto en que los datos resulten de un expediente personal sino de méritos cuya alegación corresponde al aspirante y cuya acreditación en los términos exigidos en la convocatoria comporta aportar una certificación. De esta forma, se trata de un documento que ha de confeccionarse a instancia del recurrente, y con la observación de que el concepto de "documento" no equivale al de información que pueda estar registrada por la Administración. Y junto a lo anterior, resultaría completamente inexigible en casos como este, de convocatorias a las que concurren miles de aspirantes (más de 26.000 en este caso para cubrir 1400 plazas) que la Administración desarrolle de oficio una actividad para averiguar qué méritos para cada aspirante pueden resultar de sus archivos y registros para ser valorados, y sobre los cuales ninguna alusión se hace por el interesado».

²⁵⁴⁶ Vide STSJ de Galicia, 16/2020, de 22 de enero, FJ4: «Si el órgano encargado de conceder o denegar la ayuda postulada entiende, después de la consulta realizada en otras administraciones, que el interesado no cumple las exigencias normativas para ser beneficiario de la subvención, en casos como el que nos ocupa en que, como ha quedado demostrado, sí cumplía los requisitos, no puede tomar la vía fácil de denegar su pretensión, en lugar de ponerlo en conocimiento de la actora y darle la oportunidad de acreditarlo en forma. Para eso se contempla el cauce de la subsanación. Y no vale argumentar que a la Administración no le corresponde la labor investigadora acerca del cumplimiento o no de unos requisitos que sólo a la parte postulante le corresponde justificar, toda vez que no solo estaba autorizada previa y expresamente para ello por la demandante, sino también que ésta no tenía posibilidad de acceso a la citada documentación por impedírsele la confidencialidad y la protección de los datos a recabar, sin olvidar, en

presentación de documentos originales, salvo que con carácter excepcional así se recoja en la normativa reguladora²⁵⁴⁷.

En este sentido, el Reglamento de actuación y funcionamiento del Sector Público por medios electrónicos establece que, cuando los interesados no aporten datos o documentos que ya obren en poder de la Administración, se deberá actuar de la siguiente manera: bien, si el órgano encargado de la tramitación del procedimiento puede acceder a esos documentos o datos mediante la consulta a las plataformas de intermediación, los incorporará al procedimiento correspondiente, dejando constancia de tal acceso; o bien, excepcionalmente, cuando no tenga acceso electrónico a estos datos podrá solicitarlo por otros medios habilitados, pero deberá dejarse constancia de la circunstancia que imposibilitó dicho acceso electrónico, incorporándolo al expediente. Además, continuando con las indicaciones del art. 155 de la LRJSP, el órgano cesionario será el responsable de la solicitud del consentimiento al interesado para el acceso electrónico de esa información, y la verificación de su utilización responsable²⁵⁴⁸. Las plataformas de intermediación de datos dejarán constancia de la fecha y hora en la que se produjo la transmisión de los datos, y el procedimiento o actuación que se consultó. Asimismo, en el ámbito de la AGE será la plataforma de intermediación de la AGE, gestionada por la Secretaría General de Administración Digital, la que actuará como un punto de acceso universal entre el resto de las Administraciones²⁵⁴⁹.

D. El archivo electrónico

La LPAC en el artículo 17 reconoce la obligación de que cada Administración disponga de un archivo electrónico único en el que se recojan los procedimientos finalizados. El Reglamento de actuación y funcionamiento del Sector Público por medios electrónicos ha definido el archivo electrónico como *«conjunto de sistemas y servicios que sustenta la gestión, custodia y recuperación de los documentos y expedientes*

todo caso, que la buena fe y la confianza legítima, en ausencia de una concreta indicación acerca del requisito que se entendía incumplido, determinó que la demandante se mantuviese en la creencia de la prosperabilidad de su pretensión hasta que recayó la resolución denegatoria y su confirmación en vía administrativa».

²⁵⁴⁷ Vide Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, artículo 28.

²⁵⁴⁸ Vide Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del Sector Público por medios electrónicos, artículo 61.

²⁵⁴⁹ *Ibidem* Artículo 62.

electrónicos, así como otras agrupaciones documentales o de información una vez finalizados los procedimientos administrativos o actuaciones correspondientes»²⁵⁵⁰.

De este modo, los documentos electrónicos deberán conservarse en formatos que permitan garantizar la autenticidad e integridad del documento “sine die”. Hasta el punto de que, si la Administración necesita eliminar dichos documentos deberá estar autorizado para ello. Al respecto, los soportes en los que se almacenen estos documentos deben contar con las medidas de seguridad propias del Esquema Nacional de Seguridad, y, en particular, deberán asegurar la identificación y control de los accesos a estos documentos, así como las garantías previstas en la legislación de protección de datos. En términos similares se expresa el artículo 46 de la LRJSP, pues establece que los sistemas de información y comunicación, almacenamiento, procesamiento, así como otros registros que contengan datos personales, deben ubicarse dentro del territorio de la Unión Europea. Estas medidas son muy importantes, en materia del régimen jurídico aplicable en la protección de datos personales, así como también, en las garantías adicionales de ciberseguridad que se deben establecer a estas herramientas.

El régimen jurídico del archivo electrónico cuenta con algunas problemáticas. En primer lugar, el hecho de generar una obligación de conservación de la información no es una tarea sencilla, en tanto que, son millones de yottabits el objeto de conservación. En consecuencia, llegará un momento en el que las Administraciones Públicas no podrán hacerse cargo de su conservación, por no disponer de los medios necesarios. Así, tal y como advierte la doctrina, es vital comprender que las tres etapas del ciclo de vida de los documentos que dan lugar a categorías distintas de archivo: archivo de gestión donde la documentación está aún vigente; archivo administrativo o intermedio, en el que se guardan los documentos que requieren una consulta ocasional; y archivo histórico donde se guardan los documentos inactivos²⁵⁵¹.

De este modo, el legislador debería prever el establecimiento de unos plazos de conservación, y a la par, unos sistemas informáticos que eliminaran esa documentación de forma inmediata pasado este plazo. El Reglamento de actuación y funcionamiento del

²⁵⁵⁰ Vide Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del Sector Público por medios electrónicos, artículo 55.

²⁵⁵¹ Vide Agustí CERRILLO I MARTÍNEZ, “El procedimiento administrativo electrónico”, *A las puertas de la Administración Digital: una guía detallada para la aplicación de las Leyes 39/2015 y 40/2015*, INAP, Madrid, 2016, p. 241.

Sector Público por medios electrónicos ha intentado remediar esta situación, estableciendo un tiempo de conservación y de destrucción de documentos. En este sentido distingue entre los documentos presentados por el interesado y los propios de la Administración.

En lo que se refiere al primer supuesto, los documentos presentados por el interesado en soporte papel, o en formato electrónico dentro de un dispositivo que no le puedan ser devueltos en el momento de su prestación, una vez que son incorporados al expediente administrativo, serán conservados durante un plazo de seis meses para que pueda recogerlos, salvo que reglamentariamente se establezca un plazo mayor. Una vez que transcurre este plazo, los documentos podrán ser destruidos por el órgano competente²⁵⁵².

Mientras que, en el caso de los documentos propiedad de las Administraciones Públicas, estas deberán conservar en soporte electrónicos todos los documentos que formante parte de un expediente administrativo, y una vez que éste haya concluido cada Administración deberá recular los períodos mínimos de conservación de estos documentos. Asimismo, si la Administración tuviera constancia de la existencia de procedimientos judiciales que pudieran afectar a documentos electrónicos, estos deberán conservarse a disposición de los órganos jurisdiccionales. La conservación de estos documentos deberá permitir en todo caso el acceso a la identificación, contenido, metadatos, firma, estructura y formato de los mismos²⁵⁵³.

No obstante, el Reglamento de actuación y funcionamiento del Sector Público por medios electrónicos también ha previsto en la Disposición transitoria primera que, transcurridos dos años desde la entrada en vigor de la norma, los documentos en papel que se encuentren en las oficinas de la Administración, una vez que hayan sido digitalizados, podrán ser eliminados. Para ello, previamente será necesaria comunicación previa a la autoridad calificadora correspondiente, acompañada de un análisis de riesgos y las garantías de conservación que se establezcan de las copias electrónicas. En mi opinión, esta medida llega tarde, y el régimen transitorio que se concede es excesivo, en tanto que

²⁵⁵² *Vide* Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del Sector Público por medios electrónicos, artículo 53.

²⁵⁵³ *Ibidem* Artículo 54.

ya deberían haberse digitalizado los documentos en papel que formen parte de expediente administrativos aún vivos.

Por otro lado, la norma habla de garantizar la autenticidad del documento, y ello implica también la firma del documento, la cual tiene un plazo de vigencia, lo que impedirá que en el futuro ésta se pueda constar. Para ello, el legislador debería de establecer las consideraciones necesarias para que, por lo menos, se pueda verificar que en el momento de su emisión esa identificación era válida.

2.3.7. La automatización del procedimiento.

La automatización del procedimiento administrativo, en sentido estricto, no es una novedad dentro del régimen jurídico de la Administración Pública. En este sentido, a medida que la doctrina vislumbra las posibilidades que las nuevas tecnologías podían traer al régimen jurídico de la Administración Pública, realizaban sus propias consideraciones sobre la naturaleza y posición jurídica que debían tener dentro de ésta. Así, por ejemplo, se encuentra Parada Vázquez que, en referencia a la posibilidad de que las máquinas adopten resoluciones, manifestaba lo siguiente:

«los actos administrativos son manifestaciones de voluntad y las máquinas, al no tenerla, carecen de posibilidad de producir actos jurídicos y lo que reflejan no es más que el resultado de los datos y programas que se producen en ellas, por lo que producción jurídica sigue estando referido a los funcionarios y autoridades que se sirven de ellas»²⁵⁵⁴.

En este sentido, cuando se aprueba la primera ley que reconoce la automatización²⁵⁵⁵, la doctrina ataca la validez de los actos administrativos que surjan a partir de esa técnica, al entender que las máquinas carecen de voluntad y, por tanto, no pueden producir actos jurídicos. No obstante, hay quien defiende esa validez, en tanto que, entiende que las nuevas tecnologías se convierten en la herramienta que facilita la

²⁵⁵⁴ Vide José Ramón PARADA VÁZQUEZ, *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Marcial Pons, Madrid, 1999, edición electrónica sin numerar.

²⁵⁵⁵ Vide Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, artículo 96. 3: «Además, cuando la Administración tributaria actúe de forma automatizada se garantizará la identificación de los órganos competentes para la programación y supervisión del sistema de información y de los órganos competentes para resolver los recursos que puedan interponerse».

labor, pero sigue siendo el órgano competente quién firma el acto y verifica su contenido. En este sentido, se expresa, por ejemplo, Martín Delgado:

«toda persona jurídica (también la Administración) necesita con carácter general de personas físicas que realicen materialmente las actuaciones que pueden llevar a cabo. Esa actividad material, y aquí radica la novedad, puede ser actualmente desarrollada por un ordenador en ejecución de una aplicación informática específicamente creada y configurada para ello. Pero esto es irrelevante para la teoría del órgano, pues la actuación se sigue imputando al órgano que tiene encomendada la competencia, que es además quien firma el acto; y también lo es para la concepción del acto administrativo, pues su contenido puede ser el mismo. La única diferencia radica que la conexión no tiene lugar a través de la intervención directa del titular del órgano, sino mediante el empleo de un sistema»²⁵⁵⁶.

También lo hace Alamillo y Urios:

«Aunque la automatización supone la desaparición de la voluntad humana stricto sensu, no plantea problemas por una razón doble: en primer lugar, por la habilitación legal existente para esta sustitución, y, en segundo lugar, por el hecho de que la desaparición de la voluntad humana es meramente aparente, ya que ésta se manifiesta mediante la programación que se debe confeccionar y aprobar con carácter previo a la automatización del acto de que se trate. (...) Por esta razón, la desaparición de la voluntad humana es meramente aparente, ya que la conjunción del análisis, evidentemente humano, de los aspectos jurídicos y técnicos por parte de personas habilitadas o capacitadas legalmente a este efecto (es decir, competentes) hacen que, en última instancia, la actuación administrativa automatizada se pueda considerar la exteriorización de una voluntad humana, de un órgano administrativo competente a estos efectos»²⁵⁵⁷.

²⁵⁵⁶ Vide Isaac MARTÍN DELGADO, “La Administración electrónica como problema actual para la investigación y la docencia en el Derecho Administrativo”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 11, (2009), p. 371.

²⁵⁵⁷ Vide Ignacio ALAMILLO DOMINGO y Xavier URIOS APARISI, *La actuación administrativa automatizada en el ámbito de las Administraciones Públicas: análisis jurídico y metodológico para la construcción y la explotación de trámites automáticos*, Escuela de Administración Pública de Catalunya, Barcelona, 2011, p. 16.

El problema que plantea la doctrina es el miedo (racional) que se viene advirtiendo al proceso de digitalización e introducción de sistemas informáticos que suplan la capacidad de actuación de las personas. Para ello, se aferran a la necesidad de que sin la intervención humana no puede existir un procedimiento administrativo válido a efectos de derecho, puesto que en la norma se reitera esa necesidad de presencia y responsabilidad, en este caso, de los empleados públicos. Asimismo, cuando la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, contempla el tratamiento automatizado²⁵⁵⁸, la doctrina empieza a entrar en razón, no sólo de la legitimidad dentro del régimen jurídico de las Administraciones (al ser aprobado por una norma con rango de ley), sino de su irremediable extensión a todas las actuaciones administrativas que sea posible.

Sin embargo, el problema que se presenta es mayor de lo que a priori pudiera parecer. Si bien, en el caso de que la inteligencia artificial adquiriera autonomía y se le considere sujeto de derecho, el régimen jurídico de las Administraciones Públicas se verá obligado irremediablemente a cambiar. En primer lugar, porque habrá que reconocerle la capacidad de realizar actos administrativos que, hasta el momento, sólo se reconocen a los seres humanos. En este sentido, las actuaciones administrativas no se conciben sin que haya una persona detrás, hasta el punto de que se considera un vicio invalidante del procedimiento. Aquí es donde cabe plantearse el lugar que ocupara la inteligencia artificial dentro del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, puesto que, ya no podrán considerarse como meras herramientas que exteriorizan la voluntad humana.

Lo que lleva a plantear, en segundo lugar, si es necesario reconocer en el futuro un derecho a la intervención humana dentro de las actuaciones administrativas. En este sentido, si se le reconoce a los robots o la inteligencia artificial capacidad jurídica de obrar, siempre y cuando se respeten los límites que la normativa reguladora les imponga, estos podrán operar y tomar decisiones dentro de la Administración. No olvidemos que, por ejemplo, en este sentido, el Reglamento General de Protección de Datos, en el artículo 22 garantiza que *«todo interesado tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que*

²⁵⁵⁸ Vide Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, artículo 39: *«En caso de actuación automatizada deberá establecerse previamente el órgano u órganos competentes, según los casos, para la definición de las especificaciones, programación, mantenimiento, supervisión y control de calidad y, en su caso, auditoría del sistema de información y de su código fuente. Asimismo, se indicará el órgano que debe ser considerado responsable a efectos de impugnación».*

produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar». Por ello, aunque de la legislación actual se desprende, efectivamente, que siempre tiene que haber detrás un órgano responsable de esa actuación, ya no tiene porqué ser un ser humano, pudiendo ser otro sujeto de derecho.

La actuación automatizada se ha convertido en el caballo de Troya que permite automatizar, utilizando algoritmos e inteligencia artificial, la actividad de la Administración Pública. Si bien, este es un fenómeno transversal que se puede implantar en multitud de procedimientos y actuaciones, siempre y cuando, se cumplan previamente con una serie de requisitos técnicos y jurídicos. Por ello, tal y como advierte la doctrina, esta ni es una tarea sencilla, ni tampoco económica²⁵⁵⁹. En este sentido, tal y como se viene defendiendo desde el inicio de esta tesis, la utilización de los algoritmos avanzados y de la inteligencia artificial supone un reto al que debe enfrentarse la sociedad en general, y la Administración en particular, en tanto que, previamente, debe respetar los derechos y garantías necesarios. La LPAC define la actuación automatizada de la siguiente forma:

*«cualquier acto o actuación realizada íntegramente a través de medios electrónicos por una Administración Pública en el marco de un procedimiento administrativo y en la que no haya intervenido de forma directa un empleado público»*²⁵⁶⁰.

Además, la norma complementa el régimen jurídico de la actuación automatizada añadiendo dos requisitos para su utilización:

«en caso de actuación administrativa automatizada deberá establecerse previamente el órgano u órganos competentes, según los casos, para la definición de las especificaciones, programación, mantenimiento, supervisión y control de calidad y, en su caso, auditoría del sistema de información y de su código fuente. Asimismo, se indicará el órgano que debe ser considerado responsable a efectos de impugnación».

²⁵⁵⁹ Vide Agustí CERRILLO I MARTÍNEZ, “El procedimiento administrativo electrónico”, *A las puertas de la Administración Digital: una guía detallada para la aplicación de las Leyes 39/2015 y 40/2015*, INAP, Madrid, 2016, p. 25.

²⁵⁶⁰ Vide Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, artículo 41.

En consecuencia, la norma prevé que específicamente se debe establecer quién es el órgano competente que se encarga de definir las especificidades, programación, mantenimiento, supervisión, control de calidad, auditoría del sistema de información y el código fuente del sistema o actuación administrativa que se haya automatizado. Y, además, quién es el órgano responsable a efectos de impugnación de la resolución adoptada. De este modo, ambos elementos se convierten en garantías formales de la actuación administrativa que se efectúa por este medio, puesto que, ésta debe incorporar medios que aseguren su correcto funcionamiento, que las decisiones adoptadas se realizan con las máximas garantías, y en el ejercicio de una competencia que tiene previamente atribuida un órgano²⁵⁶¹.

Además, añade el artículo 42 de la LRJSP que, en el ejercicio de la competencia de una actuación automatizada, la Administración Pública competente podrá utilizar, bien sello electrónico basado en certificado electrónico reconocido o cualificado; o bien código seguro de verificación que permita la verificación e integridad de los documentos mediante acceso a la sede electrónica correspondiente²⁵⁶². En lo que se refiere a los presupuestos habilitantes se necesita resolución de la persona titular de la Subsecretaría del Ministerio o de la persona titular de la Presidencia o de la Dirección del organismo público o entidad de derecho público, vinculada o dependiente, previo informe del Centro Criptológico Nacional y de la Secretaría General de Administración Digital. Además, entre el contenido de esta orden se deberá incluir: las actuaciones a las que le resulta de aplicación el sistema; los órganos responsables de la aplicación del sistema; las

²⁵⁶¹ Vide Ignacio ALAMILLO DOMINGO y Xavier URIOS APARISI, *La actuación administrativa automatizada en el ámbito de las Administraciones Públicas: análisis jurídico y metodológico para la construcción y la explotación de trámites automáticos*, Escuela de Administración Pública de Catalunya, Barcelona, 2011, pp. 17 y ss.

²⁵⁶² Vide Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del Sector Público por medios electrónicos, artículo 21: «El sistema de código seguro de verificación deberá garantizar, en todo caso: a) El origen e integridad de los documentos mediante el acceso a la sede electrónica o sede electrónica asociada correspondiente. b) El carácter único del código generado para cada documento. c) Su vinculación con el documento generado y, en su caso, con el firmante. El código seguro de verificación y la dirección electrónica de acceso a la sede electrónica o sede electrónica asociada deberán integrarse preferentemente en todas las páginas del documento firmado con dicho código. Cualquier modificación del documento generado dará lugar a un nuevo documento con un código seguro de verificación diferente. d) La posibilidad de verificar el documento en la sede electrónica o sede electrónica asociada, como mínimo, por el tiempo que se establezca en la resolución que autorice la utilización de este procedimiento. Una vez que el documento deje de estar disponible en la sede electrónica o sede electrónica asociada, su disponibilidad por otros cauces se regirá por lo dispuesto en la estrategia de conservación implantada por cada Administración Pública a través de su política de gestión documental. e) Un acceso restringido al documento a quien disponga del código seguro de verificación, sin perjuicio de las garantías adicionales que se puedan establecer».

disposiciones que resulta de aplicación a la actuación; la sede electrónica que permita acceder a la verificación del contenido; y el plazo de disponibilidad para la verificación del código seguro de verificación aplicado al documento que, al menos, deberá ser de cinco años, salvo que se acuerde por la normativa un plazo superior²⁵⁶³.

En este sentido, el Reglamento de actuación y funcionamiento del Sector Público por medios electrónicos concreta que en el ámbito de la AGE la actuación administrativa automatizada se autorizará por resolución del órgano administrativo correspondiente, y será publicado en la sede electrónica, o sede asociada²⁵⁶⁴. Además, esta resolución deberá expresar los recursos que proceda contra la actuación, el órgano administrativo o judicial al que hubiere que presentarse, y los plazos para interponerlos²⁵⁶⁵. Hasta aquí, nada distinto de los preceptos generales sobre el contenido que deben tener las resoluciones administrativas (art. 40.2 y 45 LPAC). Sin embargo, se añade que:

«sin perjuicio de que las personas interesadas puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno y establecerá medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades legítimos de las personas interesadas»²⁵⁶⁶.

Este párrafo tiene dos partes que, en mi opinión, deben de analizarse por separado. En primer lugar, se habla de posibilitar el ejercicio de otros recursos contra la actuación administrativa, lo que continua la línea doctrinal y jurisprudencial. Sin embargo, lo que, sin duda sorprende, es el hecho de que no se reconocen derechos adicionales para conocer el sistema de funcionamiento, los datos que se han tratado para adoptar esa resolución, o el acceso al código fuente del sistema automatizado. En este sentido, la Administración debería haber incluido en este precepto la posibilidad de ejercitar otros derechos, como el derecho de acceso a la información pública, en este caso sobre la información relativa y el sistema de funcionamiento a este algoritmo [art. 13 d) LPAC]; o a la verificación de que se cumplen con las garantías de protección de datos y de su régimen de tratamiento [art. 13 h) LPAC]; o cualesquiera otros que reconozca la Constitución y las leyes, como

²⁵⁶³ Vide Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del Sector Público por medios electrónicos, artículo 22.4.

²⁵⁶⁴ *Ibidem* Artículo 12.2.

²⁵⁶⁵ *Ibidem* Artículo 12.2.

²⁵⁶⁶ *Ibidem* Artículo 12.3.

el derecho a la igualdad y a la no discriminación de las resoluciones automatizadas (art. 14 CE).

Y, en segundo lugar, añade el Reglamento que *“establecerá medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos de las personas interesadas”*. Se entiende que es la Administración responsable de las actuaciones automatizadas la que debe adoptar estas medidas de protección adicional para salvaguardar los intereses de los interesados en el procedimiento administrativo. Sin embargo, no se especifica qué medidas concretas son las que se deben adoptar, por ejemplo, en materia de protección de los datos objeto de tratamiento (especial referencia a las medidas en materia de ciberseguridad), o del sistema de funcionamiento del sistema; la duración de las mismas, es decir, durante todo el procedimiento, o sólo respecto de las decisiones automatizadas; la comprobación adicional de estas resoluciones por persona física; o el derecho de verificación de los motivos de la resolución de los administrados.

En este sentido, ni la LPAC, ni el LRJSP, ni tampoco el Reglamento de actuación y funcionamiento del Sector Público por medios electrónicos han establecido las garantías suficientes para que la Administración pueda dar el paso siguiente en su evolución, introduciendo algoritmos más complicados y la inteligencia artificial, en lo que se refiere a las garantías y derechos de los administrados. Pero, es que, de igual manera, ha sido una oportunidad perdida que las nuevas leyes autonómicas para la digitalización de la Administración, tanto de Galicia como de Cataluña, no hagan previsiones que mejoren el régimen jurídico de la automatización dentro de la Administración Pública. Especialmente, concretando los procedimientos en que pueden utilizarse, y los derechos de los ciudadanos.

No obstante, la norma no entra en qué supuestos se puede utilizar la automatización del procedimiento administrativo, sino que exclusivamente habla de sus garantías, lo que permite aseverar que, a priori, todas las actuaciones administrativas son susceptibles de automatización. Si bien, este criterio es contrario a lo que advierte la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las Administraciones Públicas de Cataluña, cuando señala en el artículo 43.2 que: *«sólo son susceptibles de actuación administrativa automatizada los actos que puedan adoptarse con una programación basada en criterios y parámetros objetivos»*.

La afirmación de que todas las actuaciones administrativas son susceptibles de automatización es necesario matizarla. Si bien, esta parte no niega que, en un futuro,

cuando la técnica y los avances de la ciencia lo posibiliten, es probable que las actuaciones administrativas en su totalidad sean automatizadas o dirigidas por algoritmos avanzados o inclusive, inteligencia artificial. Así, habrá que distinguir entre los algoritmos automáticos, analíticos y el deep learning, para establecer unas garantías acordes con el riesgo que asume la Administración²⁵⁶⁷. Tal y como se desprende del análisis realizado en el capítulo anterior, el desarrollo de esta materia tendrá consecuencias jurídicas aún inexploradas, y que ni siquiera somos capaces de prever hasta donde pueden llegar.

Por ello, no puede ser rechazable nunca esa afirmación, eso si, a largo plazo y cuando se establezcan las garantías necesarias para que se pueda materializar. Ahora bien, hoy en día, contando con el estado en el que se encuentra la tecnología y las garantías que poseen estos sistemas, aún por regular, no se puede defender esa postura, puesto que, no todas las actuaciones administrativas pueden ser objeto de automatización integral.

En este mismo sentido se expresa Ponce Solé, aunque en términos más proteccionistas:

«Abogamos, pues, por una regulación legal que prohíba, cuanto menos por el momento en espera de contar con más datos futuros, las decisiones totalmente automatizadas si existe discrecionalidad administrativa a ejercer, sin perjuicio de que la IA pueda emplearse desde ahora como mero apoyo en la instrucción del procedimiento antes de la decisión humana final»²⁵⁶⁸.

Por ello, la automatización de los procedimientos administrativos se recomienda para las situaciones en la que la expresión de la voluntad humana es reducida o prácticamente inexistente. De manera que, éste sólo se limita a comprobar los elementos reglados, y no entre en valoraciones subjetivas. En este sentido, habrá que realizar un examen caso por caso para verificar que supuestos son los idóneos, atendiendo a la finalidad de hacer más eficaz la actuación administrativa, y siempre respetando los derechos de los ciudadanos. La jurisprudencia avala, también, esta posición, en tanto que,

²⁵⁶⁷ Vide Gabriele VESTRI, “La inteligencia artificial ante el desafío de la transparencia algorítmica. Una aproximación desde la perspectiva jurídico-administrativa”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 56, (2021), pp. 375 y ss.

²⁵⁶⁸ Vide Juli PONCE SOLÉ, “Inteligencia artificial, derecho administrativo y reserva de humanidad: algoritmos y procedimiento administrativo debido tecnológico”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 50, (2019), p. 32.

defiende la necesidad de establecer el principio de precaución social, junto con el derecho a la buena administración²⁵⁶⁹. De manera que, como advierte la doctrina:

«únicamente una norma con rango de ley podría alterar este estatuto de los derechos de la ciudadanía como consecuencia del principio de legalidad y la reserva que existe en la materia»²⁵⁷⁰.

La automatización de los procedimientos mediante algoritmos simples ya se utiliza en nuestro ordenamiento jurídico como es el caso de la expedición del recibo de registro electrónico, la comprobación automática de los datos de la solicitud, la expedición automática de copia auténtica, la foliación del expediente, o la remisión de comunicaciones electrónicas al ciudadano. Tal y como se evidencia, estos son actos simples, mecánicos y que no necesitan a un ser humano detrás para realizarlos. El problema se presenta cuando la automatización se utilice para actuaciones administrativas que, si conllevan cierta motivación, y cuya carencia puede derivar en la invalidez del acto²⁵⁷¹. No obstante, la crisis del Covid-19 ha acelerado el proceso de automatización e implantación de inteligencia artificial y robot, básicamente porque estos no se pueden contagiar. Asimismo, advierte la doctrina que, una vez que finalice la crisis sanitaria el trabajo del ser humano difícilmente volverá a la posición en la que estaba²⁵⁷².

²⁵⁶⁹ Vide STS 5451/2016, de 5 de diciembre, FJ4: *«como consecuencia a su vez del principio de la sostenibilidad ambiental, no parece que el principio de precaución social pueda comportar menores exigencias; con el derecho a la buena administración, contemplado en el artículo 41 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, que en su germen lleva también la procedencia de observar un deber de cuidado en la adopción de las decisiones con la debida ponderación de todos los intereses y hechos relevantes; y ello ha de encontrar adecuado reflejo en la memoria del análisis de impacto normativo».*

²⁵⁷⁰ Vide Agustí CERRILLO I MARTÍNEZ, “El procedimiento administrativo electrónico”, *A las puertas de la Administración Digital: una guía detallada para la aplicación de las Leyes 39/2015 y 40/2015*, INAP, Madrid, 2016, p. 260.

²⁵⁷¹ Vide Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, artículo 47.

²⁵⁷² Vide Moisés BARRIOS ANDRÉS, “La crisis del Covid-19 está acelerando la automatización y la implementación de robots e inteligencia artificial, los robots no se pueden contagiar”, *Diario LA LEY CIBERDERECHO*, 40, (2020), p. 2.

2.3.8. El régimen de las comunicaciones a los interesados: las notificaciones electrónicas.

Los actos de la Administración Pública se presumen válidos y eficaces desde su emisión, salvo que se disponga otra cosa²⁵⁷³. De este modo, la eficacia del acto administrativo puede quedar demorada hasta que se produzca la notificación, publicación o aprobación posterior del mismo. Los actos administrativos serán objeto de publicación cuando así lo establezcan las normas reguladoras o lo aconseje el interés público, y en todo caso en los siguientes supuestos: cuando tengan como destinatarios a una pluralidad indeterminada de personas, o que la Administración estime que la notificación a un solo interesado es insuficiente para garantizar el conocimiento de todos los sujetos afectados; o cuando se trate de actos integrantes de un procedimiento selectivo o de concurrencia competitiva. La publicación de los actos administrativos²⁵⁷⁴ deberá efectuarse en el diario oficial que corresponda, según la Administración de la que proceda²⁵⁷⁵.

Mientras que, las Administraciones Públicas tienen la obligación de notificar a los interesados las resoluciones y actos administrativos cuyos derechos sean afectados²⁵⁷⁶. En este sentido, apunta la doctrina que la obligación de notificar se refiere a las resoluciones que pongan fin a un procedimiento que son las que afectan directamente contra los derechos e intereses de sus destinatarios, y también a los actos de trámite que si quiera indirectamente puedan provocar una afección semejante. Por ello, la doctrina apunta que el derecho a la notificación se constituye como una manifestación del derecho

²⁵⁷³ Vide Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de la Administraciones Públicas, artículo 39.1.

²⁵⁷⁴ En este sentido, García de Enterría y Tomás Ramón Fernández señalan que la publicación de los actos administrativos no tiene nada en común con la publicación de las disposiciones generales. Para ellos, es un puro sucedáneo de la notificación, de idéntica trascendencia. Vide Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA Y MARTÍNEZ-CARANDE y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, Aranzadi, Navarra, 2011, p. 611: «La indeterminación previa de los destinatarios del acto y la ausencia de interesados en sentido propio son, pues, los supuestos determinantes de la procedencia de la publicación, que no excusa en ningún caso el deber de la Administración de notificar el acuerdo publicado respecto de quienes al comparecer en el procedimiento han salido del anonimato para mostrarse, en definitiva, parte interesada en el expediente».

²⁵⁷⁵ Vide Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de la Administraciones Públicas, artículo 45.

²⁵⁷⁶ Vide Ángel Manuel MORENO MOLINA, “La motivación y la notificación de los actos administrativos”, *Documentación administrativa*, 254, (1999), pp. 166 y ss.

a defensa que, a su vez, integra el derecho a la tutela judicial efectiva²⁵⁷⁷. Tal y como advierte la González Navarro:

«El fundamento de la notificación de los actos administrativos es el mismo que el fundamento de la publicación de las disposiciones generales. Si una Ley ha de tenerse por no existente en tanto no esté publicada, un acto administrativo no puede producir efectos en tanto no ha sido notificado. Precisamente el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva impone que la notificación no se limite a poner en conocimiento del destinatario el contenido íntegro del acto -a fin de que pueda realizar la conducta que le imponga o ejercer adecuadamente los derechos que le reconoce-, sino que indique además los medios que el Ordenamiento reconoce para poder reaccionar contra el acto en el supuesto de que se estime que contraviene la normativa aplicable. De aquí que el enjuiciamiento de la normativa reguladora de las notificaciones deba hacerse en función de que cumpla las exigencias de una tutela jurisdiccional efectiva»²⁵⁷⁸.

Y, de igual manera, el ámbito subjetivo de la obligación se ciñe al concepto de interesado enmarcado en el artículo 4 de la LPAC. En consecuencia, la obligación de notificar se configura como una obligación formal, de modo que sólo podrá producirse en los términos que se determinen por ley. De este modo, tal y como señala la doctrina:

«El carácter estrictamente formal de la notificación comporta una consecuencia capital: una notificación que no haya sido hecha en debida forma no produce efectos, de lo cual sigue que la propia resolución notificada tampoco podrá producirlos en contra del interesado, ya que la notificación demora el comienzo de la eficacia del acto administrativo»²⁵⁷⁹.

²⁵⁷⁷ Vide Santiago MUÑOZ MACHADO, “Los principios generales del procedimiento administrativo comunitario y la reforma de la legislación básica española”, *Revista española de Derecho Administrativo*, 75, (1992), pp. 331 y ss.

²⁵⁷⁸ Vide Francisco GONZÁLEZ NAVARRO y Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo*, Aranzadi, Navarra, 2012, edición electrónica sin numerar.

²⁵⁷⁹ Vide Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA Y MARTÍNEZ-CARANDE y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, Aranzadi, Navarra, 2011, p. 10.

Al respecto, la LPAC fija una serie de requisitos que condicionan la eficacia de la notificación²⁵⁸⁰: temporales, como darle curso dentro de diez días a partir de la fecha en que el acto haya sido dictado; objetivos, incluyendo el texto íntegro de la resolución; si pone fin a la vía administrativa; y, la posibilidad de recurso en caso de que procedan²⁵⁸¹. Asimismo, las Administraciones, con independencia de la modalidad que el interesado haya decidido para recibirlas, tienen la obligación de cursarla en formato electrónico, poniéndolas a disposición del interesado en la sede electrónica para que pueda acceder a ésta²⁵⁸².

En este sentido, en lo que respecta a los sujetos obligados, la norma recoge dos excepciones, ante las que las Administraciones pueden notificar por medios no electrónicos: bien, por comparecencia espontánea del interesado en las oficinas de asistencia, y solicite la comunicación; o bien, para asegurar la eficacia de la actuación administrativa, y por lo tanto requiera la entrega directa por un empleado público²⁵⁸³. Además, la norma recoge una prohibición general de realizar las notificaciones por medios electrónicos en estos casos: en los supuestos en los que el acto administrativo que se vaya a notificar vaya acompañado de elementos que no sean susceptibles de conversión en formato electrónico; y aquellos que contengan medios de pago a favor de los obligados, como es el caso de los cheques o pagarés²⁵⁸⁴.

Las notificaciones cumplen dos efectos primordiales dentro del procedimiento administrativo: por un lado, es una condición para la eficacia de los actos administrativos; y, por otro lado, es el requisito para que transcurran los plazos de impugnación del acto notificado. En este sentido, las notificaciones electrónicas se han convertido en una herramienta que contribuye a garantizar la eficacia y eficiencia administrativa,

²⁵⁸⁰ Vide STS 3022/1999, de 22 de marzo, FJ 5: «La finalidad básica de toda notificación va enderezada a lograr que el contenido del acto llegue realmente al conocimiento de su destinatario, en cuanto a su integridad sustancial y formal y los posibles defectos de la notificación no afectan a la validez del acto, como ha declarado la jurisprudencia de esta Sala»

²⁵⁸¹ Vide Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, artículo 40.

²⁵⁸² *Ibidem* Artículo 42.

²⁵⁸³ *Ibidem* Artículo 41.1.

²⁵⁸⁴ *Ibidem* Artículo 41.2.

reduciendo una parte importante del gasto que implicaban las notificaciones en papel, a la par que reducen los plazos de tramitación de los expedientes²⁵⁸⁵.

Las notificaciones electrónicas se practicarán mediante comparecencia en la sede de la Administración o órgano actuante que la dicte, lo que implica el acceso del interesado (o su representante en su caso) debidamente identificado (a través de alguno de los sistemas cualificados de identificación que recoge la norma) al contenido de la notificación²⁵⁸⁶. Asimismo, en el caso de que se notifique por ambos sistemas, se tomará la fecha y hora de acceso al contenido que se haya producido en primer lugar, lo que, en sentido contrario, obliga a establecer los medios técnicos necesarios para sincronizar de forma automática el estado de la notificación, con el objeto de garantizar la eficacia y seguridad jurídica del procedimiento administrativo²⁵⁸⁷.

En la práctica, el acceso a las notificaciones a través de medios electrónicos se traduce en: entrar en la sede electrónica; identificarse a través de certificado digital, el sistema Cl@ve, o el DNI electrónico (por regla general; acceder a la pestaña de notificaciones; pinchar sobre el enlace de la notificación pendiente, y validar el consentimiento para poder abrirla.

Lo normal es que la notificación no tarde demasiado en cargar en el servidor y se descargue en segundos en el ordenador. Aunque, también puede suceder que, por problemas del servidor, fallos del sistema operativo, o falta de actualización, la notificación tarde en descargarse, o que ni siquiera llegue a ello. En este sentido, hay determinados buscadores que parecen ser más problemáticos en esta materia, por lo que las Administraciones no los recomiendan para relacionarse electrónicamente con éstas. Si bien, hay que reflexionar sobre que el sistema que utilizan las Administraciones Públicas incrementa la seguridad respecto de las plataformas con las que están acostumbradas a relacionarse los ciudadanos, y eso es lo que impide muchas veces descargar con facilidad la documentación. Así, por ejemplo, Google Chrome compromete

²⁵⁸⁵ Vide Agustí CERRILLO I MARTÍNEZ, “El procedimiento administrativo electrónico”, *A las puertas de la Administración Digital: una guía detallada para la aplicación de las Leyes 39/2015 y 40/2015*, INAP, Madrid, 2016, p. 230 y ss.

²⁵⁸⁶ Vide Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, artículo 43.1.

²⁵⁸⁷ Vide Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del Sector Público por medios electrónicos, artículo 42. 1 párrafo 1º.

más nuestra seguridad, que otros buscadores como Mozilla Firefox o Internet Explorer, a pesar de que su uso esté menos extendido.

Sin embargo, puede suceder que, sin haber podido acceder a la notificación por problema técnico, la Administración de por notificado al interesado, con los efectos jurídicos correspondientes²⁵⁸⁸. Para intentar dar respuesta a esta laguna jurídica en la norma de cabecera, el Reglamento de actuación y funcionamiento del Sector Público por medios electrónicos, ha dispuesto que es necesario que se ponga a disposición del interesado, bien un acuse de recibo que permita justificar el acceso al contenido de la notificación, o bien su rechazo a recibirla. Este acuse de recibo deberá contener al menos la identificación del acto notificado, el destinatario, la fecha y hora de su puesta a disposición, y del acceso al contenido o del rechazo²⁵⁸⁹.

La doctrina ha expresado su disconformidad respecto del régimen establecido, especialmente con el hecho de que no haga falta firmar la recepción de la notificación para que ésta se considere eficaz. Hasta el punto de que, llega a plantear que, sin la firma, es sencillo que otra persona, con tus claves y sin tu consentimiento acceda al contenido de la notificación²⁵⁹⁰.

En mi opinión, esta hipótesis está alejada de lo que sucede en la realidad. Huelga decir que lo normal es que el mismo sistema por el que se accede a la plataforma electrónica de notificaciones permite firmar también. Por ello, no se incrementan las garantías “ad personam” en el procedimiento obligando a firmar la notificación, ante el supuesto de que alguien se haga pasar por ti digitalmente. De hecho, *«una notificación en papel practica no garantiza que el interesado haya abierto el sobre, ni mucho menos que haya leído la notificación»*²⁵⁹¹. En este caso, la simplificación del procedimiento por la que opta el legislador es acertada, en aras de conseguir esa eficiencia que persigue la norma.

²⁵⁸⁸ Vide Eva M^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN, “La implementación de la Administración electrónica en las nuevas leyes”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 63, (2016), p. 34.

²⁵⁸⁹ Vide Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del Sector Público por medios electrónicos, artículo 42.3.

²⁵⁹⁰ Vide Eva M^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN, “La implementación de la Administración electrónica en las nuevas leyes”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 63, (2016), p. 33.

²⁵⁹¹ Vide Agustí CERRILLO I MARTÍNEZ, “El procedimiento administrativo electrónico”, *A las puertas de la Administración Digital: una guía detallada para la aplicación de las Leyes 39/2015 y 40/2015*, INAP, Madrid, 2016, p. 238.

Además, la norma tampoco especifica cuánto tiempo tiene que durar la notificación dentro del buzón virtual, es decir, si debe dejarse allí de forma permanente, mientras dure la tramitación del procedimiento, o sólo durante unos días²⁵⁹². No obstante, en la práctica, las notificaciones están disponibles en la sede electrónica de forma permanente, no se eliminan por regla general, permitiendo que puedan consultarse aún cuando el procedimiento administrativo ha finalizado.

Asimismo, la ley añade que, en el momento con independencia de la modalidad de la notificación (en papel o por medios electrónicos), las Administraciones Públicas enviarán un aviso, bien al dispositivo electrónico (a través de SMS) y/o a la dirección de correo electrónico que éste haya comunicado (un e-mail), informándole de la puesta a disposición de una notificación en la sede electrónica de la Administración que corresponda. En otras palabras, se entiende que cuando existe una notificación pendiente, la Administración debe enviar un aviso comunicándole al administrado su existencia.

La primera consideración al respecto es que la norma no define que debe entenderse por dirección electrónica habilitada única (DEHu)²⁵⁹³, sino que es la Orden PRE/878/2010, de 5 de abril, por la que se establece el régimen del sistema de dirección electrónica habilitada previsto en el artículo 38.2 del Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, la que se encarga de regularla. La DEHu se ha configurado como una especie de dirección de correo electrónico, pero gestionado de forma pública, en lugar de privado como estamos acostumbrados. En este sentido, en esta dirección se reciben los avisos de puesta a disposición de las notificaciones del interesado de cualquier Administración Pública en las distintas sedes electrónicas, así como también, facilita la comparecencia y consulta de los actos²⁵⁹⁴. Además, el Reglamento de actuación y funcionamiento del Sector Público por medios electrónicos genera la obligación a las distintas Administraciones de la configuración de sistemas interoperables que permitan a las personas acceder a todas sus notificaciones a partir de la DEHu²⁵⁹⁵.

²⁵⁹² Vide Eduardo GAMERO CASADO, “Panorámica de la Administración electrónica en la nueva legislación administrativa básica”, *Revista española de Derecho Administrativo*, 175, (2016), edición electrónica sin numerar.

²⁵⁹³ Vide Luis MIGUEZ MACHO, “Las notificaciones electrónicas”, en Marcos ALMEIDA CERREDA, *La actualización de la Administración electrónica*, Andavira, Santiago de Compostela, 2018, p. 259.

²⁵⁹⁴ Vide <https://dehu.redsara.es/>

²⁵⁹⁵ Vide Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del Sector Público por medios electrónicos, artículo 44.3.

Y, también, el Reglamento prevé que, en el caso que el sistema de DEHu sufra una incidencia técnica que imposibilite su funcionamiento ordinario, los órganos y organismos públicos que la utilicen podrán determinar una ampliación de los plazos no vencidos para comparecer y acceder a las notificaciones emitidas. En lo que se refiere a los requisitos formales para dar por notificado al interesado son idénticos al supuesto de acceso mediante sede electrónica²⁵⁹⁶.

La segunda consideración es que tampoco se establecen indicaciones sobre los plazos en los que debe hacerse esa comunicación, puesto que, no existe una previsión legal de si debe realizarse de forma concurrente a la puesta a disposición de la notificación, lo más pronto posible, o en un plazo determinado. No obstante, lo normal es que las plataformas estén configuradas para mandar el aviso en el mismo momento en el que se pone a disposición del interesado la notificación, ya que es un proceso automatizado.

No obstante, en el supuesto de aquellos obligados a relacionarse electrónicamente con la Administración Pública, cuando ésta no disponga de datos de contacto electrónico para practicar este tipo de avisos, en los procedimientos iniciados de oficio, la primera notificación de la Administración se realizará en formato papel, advirtiendo al interesado de que las posteriores notificaciones se producirán en formato electrónico, y dándole la posibilidad de identificar un dispositivo electrónico, una dirección de correo electrónico o ambos, para el aviso de puesta a disposición de las notificaciones²⁵⁹⁷.

Asimismo, el Reglamento de actuación y funcionamiento del Sector Público por medios electrónicos, posibilita la creación de una base de datos de contacto electrónico para la práctica de los avisos de puesta a disposición de notificaciones, en su respectivo ámbito de actuación²⁵⁹⁸. Sin duda, lo que más llama es que no se prevean medidas adicionales para obtener el consentimiento del interesado para utilizar esa información con otros fines distintos a los previamente otorgados, lo que iría en contra de la normativa general de protección de datos sobre el tratamiento de la información. Y, de igual manera, tampoco se prevén medidas adicionales en materia de protección de datos, designado quién será el responsable de protección de esos datos que, en cuyo caso no dependerá ya

²⁵⁹⁶ *Vide* Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del Sector Público por medios electrónicos, artículo 44. 4, 5, y 6.

²⁵⁹⁷ *Ibidem* Artículo 43.2.

²⁵⁹⁸ *Ibidem* Artículo 43.3.

solo de un sólo órgano administrativo, y de las medidas de verificación y control de acceso a los mismo, para salvaguardar el derecho a la privacidad de los interesados.

Sin embargo, lo más grave es que, la falta de práctica de este aviso no impedirá que la notificación sea considerada válida²⁵⁹⁹. Es evidente que el régimen jurídico de las notificaciones electrónicas²⁶⁰⁰ supone una merma de los derechos de los interesados, y que está en contra de la jurisprudencia dictada hasta ese momento sobre lo que debía entenderse por intento de notificación debidamente acreditado²⁶⁰¹. Huelga decir que, la relación electrónica con la Administración es un derecho para algunos ciudadanos, pero una obligación para otros muchos²⁶⁰². Además, no sólo se genera esta obligación, sino que el Reglamento general de actuación y funcionamiento del Sector Público por medios electrónicos crea una obligación adicional para los administrados, haciéndolos responsables de disponer de acceso al dispositivo o dirección de correo electrónicos designados. Hasta el punto de que, si alguno de estos deja de estar operativo debe comunicarlo a la Administración, de manera, se exime a la Administración de cualquier responsabilidad en caso de comunicación en estos medios, cuando ya no obren a disposición del interesado²⁶⁰³.

Seguramente, Fernández Rodríguez ha sido el autor que con mayor contundencia ha criticado el régimen de las notificaciones electrónicas, calificándola de inaceptable:

«Esta regulación es inaceptable absolutamente. Hasta ahora, la notificación estaba configurada como una carga que la Administración autora del acto tenía que levantar si quería que éste pudiera desplegar sus efectos propios. Para ello tenía que acudir al domicilio del interesado, que, en

²⁵⁹⁹ Vide Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de la Administraciones Públicas, artículo 41.6.

²⁶⁰⁰ Vide Ramón TEROL GÓMEZ, “El riesgo cierto de prescripción de la infracción administrativa. Sábado inhábil, notificación electrónica y plazos máximos de resolución de los procedimientos sancionadores”, en Enrique ORTEGA BURGOS, *Derecho Administrativo 2020*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 346 y ss.

²⁶⁰¹ Vide STSJ de Castilla-la Mancha 499/2014, de 1 de septiembre, FJ2: *«En cuanto a cómo debe entenderse la expresión intento de notificación debidamente acreditado que emplea el precepto legal, es claro que con tal expresión la Ley se refiere al intento de notificación personal por cualquier procedimiento con las exigencias contempladas en el artículo 59.1 de la Ley 30/1992 pero que resulte infructuoso por cualquier circunstancia y que quede debidamente acreditado. Intento tras el cual habrá de procederse en la forma prevista en el apartado 4 del artículo 59 de la citada Ley»*

²⁶⁰² Vide Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de la Administraciones Públicas, artículo 41.1.

²⁶⁰³ Vide Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del Sector Público por medios electrónicos, artículo 43.1.

consecuencia, podía permanecer tranquilo en su casa sabiendo que, en tanto la Administración no viniera a ella para comunicarle el contenido íntegro del acto y los medios a su disposición para combatirlo, ningún perjuicio podía sufrir a consecuencia del acto en cuestión. Con la nueva Ley de Procedimiento Administrativo Común, en cambio, la carga ha cambiado radicalmente de sentido, ya que ahora es el interesado el que tiene que acudir al domicilio electrónico de la Administración para recibir las notificaciones, so pena de caer en una situación de irremediable indefensión»²⁶⁰⁴.

El autor no escatima al clamar la falta de garantías y la indefensión que se genera para los administrados, al reducir la carga de la Administración de notificar al interesado prácticamente a la nada en determinadas situaciones. Si bien es cierto que para los obligados a relacionarse por medios electrónicos con la Administración, se genera una incertidumbre constante sobre si habrá o no una notificación pendiente, en alguna de todas las sedes electrónicas de todas las Administraciones que pueden notificarle²⁶⁰⁵. El interesado puede vivir totalmente ajeno a que se ha abierto un procedimiento frente al mismo, por ejemplo, de naturaleza sancionador, vulnerando su derecho a poder defenderse y alegar lo que estime conveniente durante su tramitación. Lo que, en sentido contrario, puede llegar a cuestionar la validez de los actos emitidos. La Administración vincula la inactividad del administrado dentro del ámbito digital a determinadas consecuencias jurídicas que, sin embargo, no se aplica a ella misma.

En este sentido, la Administración pretende aplicar a la ausencia de comportamiento del administrado (entrando en la plataforma virtual acreditada al respecto) unas consecuencias jurídicas, sin existir una obligación, en sentido estricto, de conectarse a la misma²⁶⁰⁶. Las redes sociales, el correo electrónico, o la web, son servicios

²⁶⁰⁴ Vide Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Una llamada de atención sobre las notificaciones electrónicas en la novísima Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”, *Revista de Administración Pública*, 198, (2015), p. 365.

²⁶⁰⁵ *Ídem* p. 366: «¿Qué quiere decir esto, que cada mañana, al levantarse, habrá que abrir el ordenador para visitar las sedes electrónicas de las Administraciones Públicas de las que uno podría recibir una notificación, esto es, del Ayuntamiento de la población donde uno vive, de la Agencia Tributaria, de la Hacienda autonómica, de la Universidad, de Tráfico, etc., etc.? ¡Pues vaya panorama nos espera!».

²⁶⁰⁶ Vide Isaac MARTÍN DELGADO, “El acceso electrónico a los servicios públicos: hacia un modelo de Administración digital auténticamente innovador”, en Tomás DE LA QUADRA en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO y José Luis PIÑAR MAÑAS, *Sociedad digital y derecho*, o.c., p. 196.

que se utilizan a diario, y de los que se puede desprender ese carácter de frecuencia en la conducta de los ciudadanos. Pero, esta condición no se da en las relaciones del ciudadano con las Administraciones Públicas en el medio digital, básicamente porque no existe un deber de los ciudadanos por interesarse por el estado del procedimiento, o una obligación de conectarse a las plataformas habilitadas una vez iniciado un trámite ante la Administración. En consecuencia, la Ley aplica unos efectos jurídicos desproporcionados, como es dar por notificado a una persona, restringiendo de este modo sus posibilidades de defensa y legítimo ejercicio de derechos dentro del procedimiento administrativo. Lo que, en sentido opuesto, es contrario al fundamento que motiva la notificación en el procedimiento administrativo y tal y como señalaba la doctrina.

La Ley no puede reducir las obligaciones de la Administración a cero, sólo en pro de agilizar el procedimiento administrativo. ¿Dónde quedan entonces los derechos de los administrados? El legislador ha previsto un régimen demasiado proteccionista de la actuación administrativa que asegura la eficacia de sus actos, aún no garantizado que se intente otra forma de comunicación con el administrado que su mera puesta en disposición en la plataforma habilitada. En este sentido, el legislador debería haber recogido alguna obligación de comunicarse con el administrado por otro medio (teléfono móvil o correo electrónico), que no sea la sede electrónica, como un respaldo hacia la propia Administración, de que ha intentado ponerse en contacto con él en un medio al que éste accede de manera habitual. Y, sin embargo, no existe una obligación para las Administraciones de proceder de esa manera, puesto que, no se ha configurado una imposición legal de esta actividad, de forma que, la falta de este mensaje no invalida el procedimiento administrativo, y así lo avala la jurisprudencia²⁶⁰⁷.

En consecuencia, cuando la Administración no realiza la acción que se regula en el artículo 41.6 de la LPAC, se produce un silencio digital por su parte. El artículo explica claramente que las Administraciones *enviarán un aviso* al administrado comunicándole

²⁶⁰⁷ Vide SAN, 377/2016, de 19 de julio FJ 6: «Por último, la entidad recurrente sostiene que la Administración infringió el deber de buena fe, pues no debió de considerar rechazada la notificación, sin más, debiendo intentar la notificación por otro medio. En el fondo lo que está sosteniendo es la aplicación de una solución análoga a la establecida para otras notificaciones, exigiendo un segundo intento de comunicación. Se trae a colación jurisprudencia que reprocha al notificador haber acudido por edictos, sin intentar la notificación personal antes de acudir a la notificación personal. Ahora bien, la Sala no puede enjuiciar la idoneidad de la regulación legislativa. Lo que corresponde al Tribunal es analizar si, en efecto, procede la aplicación de la técnica de la analogía y, asimismo, analizar si la actuación de la Administración garantizó en forma suficiente la efectividad de la notificación. Y la opinión de la Sala es que dados los hechos acreditados por la Administración la notificación estuvo suficientemente garantizada y, además, no procede aplicar el instituto de la analogía al no existir identidad de razón».

que tiene una notificación pendiente en la plataforma habilitada para ello. Sin embargo, pese a lo que sucede con los administrados (que no tienen obligación legal de conectarse a las plataformas habilitadas), las Administraciones están obligadas al uso de los medios electrónicos para relacionarse, de dónde se puede extraer el carácter habitual de ese comportamiento²⁶⁰⁸. Por tanto, la LPAC recoge una actividad que es ordinaria dentro de la Administración, y que, “*a sensu contrario*”, no actuar en conformidad sí que supondría una alteración o desviación de su conducta habitual. En consecuencia, el silencio digital de la Administración se produce cuando ésta se escuda en la falta de obligación de enviar estos avisos al administrados (en un medio habitual para éstos), en lugar de servirse de los medios (electrónicos o no) para garantizar que se produce una efectiva notificación a los interesados.

Sin embargo, si hay algo que termina de clamar del régimen jurídico no es que este silencio digital no produzca efectos desfavorables para la Administración, es el hecho de generar una penalidad para los derechos del interesado²⁶⁰⁹. En este sentido, el acto administrativo se da por notificado, si el interesado no accede en el plazo previsto a la plataforma, al entender que ha rechazado la notificación.

«Cuando la notificación por medios electrónicos sea de carácter obligatorio, o haya sido expresamente elegida por el interesado, se entenderá rechazada cuando hayan transcurrido diez días naturales desde la puesta a disposición de la notificación sin que se acceda a su contenido»²⁶¹⁰.

Para la jurisprudencia, el plazo de diez días que concede la LPAC parece ajustado, siempre y cuando, esta modalidad haya sido elegida por el administrado, en tanto que, es

²⁶⁰⁸ Vide Ley 40/2015, de 1 de octubre, Régimen Jurídico del Sector Público, Preámbulo, «*Se establece asimismo la obligación de que las Administraciones Públicas se relacionen entre sí por medios electrónicos, previsión que se desarrolla posteriormente en el título referente a la cooperación interadministrativa mediante una regulación específica de las relaciones electrónicas entre las Administraciones*».

²⁶⁰⁹ Vide Luis MIGUEZ MACHO, “Las notificaciones electrónicas”, en Marcos ALMEIDA CERREDA, *La actualización de la Administración electrónica*, Andavira, Santiago de Compostela, 2018, p. 265: «*Con esta desafortunada frase, todo el esfuerzo del legislador por dotar de más garantías a la notificación electrónica queda neutralizado; si no se prevé sanción jurídica alguna para el incumplimiento por la Administración de la teórica obligación de mandar el aviso de notificación siempre que el interesado haya identificado el medio de comunicación correspondiente, mal puede hablarse de verdadera obligación para la Administración y por lo tanto, el envío del aviso de notificación se deja a la buena voluntad de ésta*»

²⁶¹⁰ Vide Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, artículo 43.2 páf. 2º.

el quién acepta estas condiciones²⁶¹¹. Sin embargo, esta jurisprudencia puede ser rebatida, en tanto que, la norma regula una serie de sujetos obligados a relacionarse por este medio, donde ya no existe ese carácter voluntario en la relación. Así, a quién la ley impone la obligación de relacionarse por medios electrónicos (pero no de conectarse habitualmente a sus plataformas) acaba siendo una víctima, desprovista de su derecho a la defensa²⁶¹². Por ello, hay un sector de la doctrina que llama a regular los plazos en los que la Administración no podrá poner notificaciones a disposición del administrado, de forma similar a como ocurre en la Agencia Estatal de la Administración Tributaria. De esta forma, se garantiza que la celeridad de los plazos que instaura la norma no repercute sobre la seguridad jurídica del administrado²⁶¹³.

En consecuencia, se establece una presunción *iure et de iure* de rechazo de la notificación por parte del administrado que no admite prueba en contrario, lo que para la doctrina:

«esto resulta inaudito porque si, después de producida la puesta a disposición de la notificación en la sede electrónica o en la dirección electrónica habilitada, se produjese un fallo técnico en el sistema informático correspondiente que impidiese el acceso al contenido de aquella, el plazo correría igualmente y la notificación se entendería rechazada con independencia de cuando se produjese el restablecimiento del servicio, con evidente y grave perjuicio para el interesado»²⁶¹⁴.

Por tanto, los derechos del administrado son mermados desde dos perspectivas. En primer lugar, porque se genera una obligación de actividad de conectarse a

²⁶¹¹ Vide CONSEJO DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO, Resolución de 9 de febrero de 2017, «El plazo de diez días previsto en la legislación básica de procedimiento administrativo parece un plazo razonable, teniendo en cuenta que el medio de notificación electrónica ha sido elegido por el interesado y que su consentimiento supone, tal y como ha destacado la literatura especializada en la materia, la aceptación voluntaria de la carga de estar pendiente del sistema de notificación y de acceder a él con la suficiente frecuencia».

²⁶¹² Vide Eva M^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN, “La implementación de la Administración electrónica en las nuevas leyes”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 63, (2016), p. 32.

²⁶¹³ Vide Julián VALERO TORRIJOS, “La necesaria reconfiguración de las garantías jurídicas en el contexto de la transformación digital del Sector Público”, en Tomás DE LA QUADRA SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, *Sociedad Digital y Derecho*, Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, Madrid, 2018, p. 383.

²⁶¹⁴ Vide Luis MIGUEZ MACHO, “Las notificaciones electrónicas”, en Marcos ALMEIDA CERREDA, *La actualización de la Administración electrónica*, Andavira, Santiago de Compostela, 2018, p. 268.

determinadas plataformas que no existe en la norma. Al final el presupuesto de la Administración es que debemos tener un hábito de relacionarnos con ella, cuando esa nota de asiduidad no está contemplada, y por ello, no hallando una obligación en la ley, no puede aplicarse ese carácter. Y, en segundo lugar, se produce una disminución de los derechos de los ciudadanos si se opta por la tramitación electrónica del procedimiento con respecto a la convencional. El régimen de la práctica de las notificaciones es muy claro al respecto: son necesarios al menos dos intentos de notificación y en franjas de horario distintas²⁶¹⁵, y cuando no se ha podido realizar, puesto que la Administración no le consta su recepción se califica de notificación infructuosa, pero no se da por notificado al administrado²⁶¹⁶.

Todo esto lleva a la doctrina a afirmar que resulta difícilmente comprensible que la validez de la notificación por medios electrónicos no se condicione al envío previo o simultáneo de un aviso de notificación. Y, más aún, como la falta de acceso al contenido de la notificación implique su consideración como rechazada, cuando no existe motivo alguno que justifique esa presunción referida a la falta de voluntad del interesado de obstaculizar la práctica de la notificación²⁶¹⁷. Sin lugar a duda, el régimen de las notificaciones electrónicas debe ser mejorado, estableciendo una obligación legal para las Administraciones de procurar al menos dos intentos de notificación al administrado, siguiendo las mismas pautas que el régimen común.

²⁶¹⁵ *Vide* Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, Artículo 42.2: «Cuando la notificación se practique en el domicilio del interesado, de no hallarse presente éste en el momento de entregarse la notificación, podrá hacerse cargo de la misma cualquier persona mayor de catorce años que se encuentre en el domicilio y haga constar su identidad. Si nadie se hiciera cargo de la notificación, se hará constar esta circunstancia en el expediente, junto con el día y la hora en que se intentó la notificación, intento que se repetirá por una sola vez y en una hora distinta dentro de los tres días siguientes. En caso de que el primer intento de notificación se haya realizado antes de las quince horas, el segundo intento deberá realizarse después de las quince horas y viceversa, dejando en todo caso al menos un margen de diferencia de tres horas entre ambos intentos de notificación. Si el segundo intento también resultara infructuoso, se procederá en la forma prevista en el artículo 44».

²⁶¹⁶ *Ibidem* Artículo 44: «Cuando los interesados en un procedimiento sean desconocidos, se ignore el lugar de la notificación o bien, intentada ésta, no se hubiese podido practicar, la notificación se hará por medio de un anuncio publicado en el «Boletín Oficial del Estado». Asimismo, previamente y con carácter facultativo, las Administraciones podrán publicar un anuncio en el boletín oficial de la Comunidad Autónoma o de la Provincia, en el tablón de edictos del Ayuntamiento del último domicilio del interesado o del Consulado o Sección Consular de la Embajada correspondiente. Las Administraciones Públicas podrán establecer otras formas de notificación complementarias a través de los restantes medios de difusión, que no excluirán la obligación de publicar el correspondiente anuncio en el Boletín Oficial del Estado».

²⁶¹⁷ *Vide* Luis MIGUEZ MACHO, “Las notificaciones electrónicas”, en Marcos ALMEIDA CERREDA, *La actualización de la Administración electrónica*, Andavira, Santiago de Compostela, 2018, p. 269.

3. La Administración Digital.

3.1. Consideraciones previas.

El nuevo régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Sector Público unifica los preceptos referidos a la organización y funcionamiento con las disposiciones referidas a los medios tecnológicos, de los que ya venía sirviéndose el sistema. Sin embargo, no existe una innovación propiamente dicha sobre los nuevos recursos y herramientas de los que la Administración puede servirse para el desarrollo de su actividad, ni tampoco un cambio significativo en el desarrollo del procedimiento administrativo general. Sin contar las críticas merecidas que recibe la norma sobre la regulación de la obligación de relacionarse por medios electrónicos, o el régimen de las notificaciones por este medio.

En consecuencia, esto lleva a afirmar que la modificación se ha producido mediante las leyes de cabecera es insuficiente, primero para considerarlo como una auténtica innovación del régimen anterior, y, en segundo lugar, por ser insuficientes para construir una Administración a la altura de las expectativas del S. XXI. No es concebible que pretenda implantar la transparencia y la participación ciudadana como principios estructurales del sistema de funcionamiento de los poderes del Estado, y que la Administraciones sigan ancladas en los principios propios del S. XIX.

Asimismo, reitero la afirmación de que la evolución que ha experimentado la Administración Pública se ha centrado en introducir los medios tecnológicos, pero no en la innovación y adaptación de su sistema de funcionamiento de forma sinérgica con la transformación que está experimentando el resto de la sociedad. De manera que, el régimen jurídico de la Administración está desfasado, antes de entrar si quiera en vigor de forma completa, puesto que, el legislador se ha limitado a incorporar las nuevas tecnologías al sistema de la normativa básica, pero no ha establecido una base jurídica que permitiera el desarrollo de otras tecnologías que ya vislumbraban. Esto es uno de los fallos más graves que comete el legislador, detallar de forma minuciosa el funcionamiento de estas tecnologías dentro de la Administración, cuando debía haberse ceñido al funcionamiento básico, y haber concretado en una normativa de desarrollo las especificidades del funcionamiento de ésta. Esto permitiría que el régimen se adapte a las innovaciones, sin necesidad de cambiar la norma de cabecera.

La misión del legislador era dotar de una base jurídica sólida que permitiese utilizar las nuevas tecnologías con las garantías suficientes²⁶¹⁸. No se trata de detallar al mínimo cómo funcionan los sistemas de identificación, si son cualificados o avanzados, de sello o certificado. Esto es innecesario en una norma general. Ahora bien, si hubiera sido interesante valorar los límites que deben respetarse dentro de la automatización del procedimiento, preservar los derechos de los ciudadanos los cuáles se ven despreciados en pro de las nuevas tecnologías, o reconducir el procedimiento administrativo hacia la digitalización, y no su mera tramitación electrónica.

La Administración del futuro debe estar basada en los datos, pensada para responder a las necesidades de los ciudadanos, prestando servicios más eficientes y prácticamente individualizados, o destinados a grupos concretos. Si bien, la digitalización supone cambiar los principios que regían hasta el momento, dejando de lado el formalismo y procedimiento burocrático, para configurar procedimientos neutrales, sencillos y dúctiles. Así, para culminar el proceso es imprescindible incorporar las facultades y posibilidades que otorgan estas nuevas tecnologías dentro del sistema organizativo y funcional que les rige. Pero, sin olvidar los problemas que éstas evidencian, y evitar gran parte de los riesgos que éstas implican. Además, para ello, es necesario crear un Derecho a la altura de las necesidades digitales de la población, por lo que no basta con reproducir o utilizar el principio de equivalencia funcional para todas las disyuntivas que se plantean.

El proceso de transformación de la Administración no puede calificarse como una tarea simple, sino que, responde a los efectos de un procedimiento dilatado y paulatino en el tiempo. La Administración necesita que estas tecnologías adquieran la madurez suficiente para comprender los riesgos a los que se expone con su implementación, y tomar medidas para enfrentarse a estos retos. Por ello, es imprescindible comenzar el proceso de cambio cuanto antes, si no queremos que, el resto de los pilares de la sociedad nos superen por el ritmo al que avanzan, y se convierta en objetivo inalcanzable. Así, por

²⁶¹⁸ Vide Xavier MARCET GISBERT, “Los retos de las Administraciones Públicas como garantes de igualdad y servicio público ante los retos de las innovaciones disruptivas que vienen”, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, 3, (2019), p. 103: «el potencial de las tecnologías que ya tenemos y de las que vienen es tan asombroso que a menuda perdemos el criterio de la utilidad. Hay muchas tecnologías que sabemos que tendrán gran impacto, pero no sabemos exactamente que cambiarán. Los presuponemos con fundamento. Pero, hoy vemos muchas tecnologías que parecen grandes abanicos de soluciones en busca de problema. Y, a veces, simplemente olvidamos que las personas no siempre queremos hacer todo lo que la tecnología nos permitir».

ejemplo, hay Comunidades Autónomas que ya han iniciado la transformación como es el caso de Galicia que ha aprobado la Ley de Administración Digital²⁶¹⁹, o de Cataluña que ha aprobado recientemente, por decreto, el régimen jurídico para el desarrollo de la Administración Digital²⁶²⁰. Si bien, la sinergia entre todos los sectores es imprescindible para culminar esta metamorfosis con éxito.

3.2. Concepto y caracteres.

La novedad de la Administración Digital dentro del panorama jurídico imposibilita tener un concepto de ésta como ocurría con la Administración electrónica. No obstante, encontramos que las novísimas normas autonómicas que la regulan dan algunas pinceladas sobre lo que debemos entender por Administración Digital. Así, por ejemplo, el Decreto 76/2020, de 4 de agosto, de Administración digital avanza en la Exposición de Motivos que:

«(La Administración digital) un concepto emergente que comporta la digitalización de los procesos y servicios y que se refiere, además, a generar valor público mediante el uso de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC). Las nuevas tecnologías se unen a los instrumentos propios de la Administración electrónica para construir administraciones públicas abiertas y eficientes que prestan servicios personalizados y accesibles a las personas. Esta nueva dimensión supone repensar el funcionamiento y la organización de las administraciones públicas y la necesaria innovación para ofrecer nuevos servicios personalizados y proactivos».

En consecuencia, la Administración deja de incorporar simplemente las nuevas tecnologías de la información y la comunicación en el sistema organizativo y funcional que ya le precedía, para repensar los principios que rigen, reformular su estructura, e innovar en los servicios que presta atendiendo a las necesidades y nuevas características de esta sociedad. De este modo, las TICs y otros avances dejan de ser meras herramientas para el ejercicio de su actividad, para reformar la Administración hacia una auténtica

²⁶¹⁹ Vide Ley 4/2019, de 17 de julio, de Administración digital de Galicia.

²⁶²⁰ Vide Decreto 76/2020, de 4 de agosto, de Administración digital.

digitalización. Si bien, la finalidad que persigue dicha transformación es construir una Administración «*que permita el empoderamiento de las personas, la democratización de las soluciones tecnológicas y la atención más adecuada de las legítimas demandas sociales*»²⁶²¹.

En este sentido, la evolución de la Administración Digital se basa en cuatro ámbitos distintos. En primer lugar, el establecimiento de una base normativa que instaure los principios básicos que deben dirigir este proceso: colocar al ciudadano, tanto perteneciente a la sociedad civil como de las empresas, en el epicentro del desarrollo de las políticas y prestación de servicios públicos; la transparencia y apertura de las instituciones; la obligación de reutilizar los datos; el control de las instituciones; la participación ciudadana en el desarrollo de las actuaciones administrativas, especialmente, su incremento a través de los canales digitales; y la colaboración y coordinación transversal de las instituciones para el desarrollo de este fin.

Una vez sentados estos principios, habrá que diseñar las infraestructuras y sistemas de funcionamiento que posibiliten el tratamiento digital de las actuaciones de las distintas Administraciones. No se puede pensar en un sistema único al que todas se acojan, sino en una base común, estandarizada e interoperable, a partir de la cual cada Administración pueda desarrollar mejor la prestación de sus servicios y el ejercicio de las competencias que tiene atribuidas. De este modo, habrá que redirigir las actuaciones administrativas, y especialmente, el procedimiento administrativo, hacia la simplificación en su máximo esplendor.

Y, para realizar este cometido, las Administraciones deben disponer de las herramientas tecnológicas necesarias, es decir, las sedes, las plataformas web y los portales deben estar diseñados en origen para la digitalización. Dentro de este aspecto, es imprescindible dotar al Sector Público y las Administraciones de instrumentos de coordinación y colaboración, de forma que, sean plenamente interoperables, con independencia del nivel organizativo.

En tercer lugar, la capacitación y formación de los empleados públicos en el uso de estas nuevas tecnologías, pero también sobre los principios que rigen en esta transformación de la Administración Públicas. La transparencia por defecto y la participación ciudadana deben ser los nuevos ejes de actuación de los empleados. Y, en

²⁶²¹ Vide Decreto 76/2020, de 4 de agosto, de Administración digital, Exposición de motivos.

cuarto lugar, capacitar a los ciudadanos para relacionarse digitalmente con las Administraciones, complementando sus derechos y los defectos que presenta el régimen jurídico actual. Además, debe analizar las necesidades de la ciudadanía, a través del nuevo sistema de funcionamiento, para implementar nuevos servicios públicos y mejorar los que ya venían prestándose. Y, finalmente, el establecimiento de una institución de control y seguimiento que verifique que la Administración Digital se establece de forma homogénea.

En consecuencia, se puede definir la Administración Digital como la evolución natural de la Administración que, de forma sinérgica con el resto de los pilares de la sociedad, redirige su estructuras, organización y sistema de funcionamiento hacia la digitalización. De este modo, ya no se trata de incorporar las nuevas tecnologías como meras herramientas para el ejercicio de su actividad, sino que, son los principios de transparencia, rendición de cuentas, colaboración interadministrativa, participación ciudadana, reutilización de los datos, y simplificación, en los que se basan sus actuaciones. Por tanto, las nuevas tecnologías se convierten en facilitadores del nuevo régimen jurídico que se instaura, pero no son la base que inspira la nueva Administración.

3.3. Propuesta de regulación.

La evolución de la Administración se encuentra en la misma materia prima y sistema de funcionamiento de las que se sirve el resto de los sectores de la sociedad²⁶²². Los datos se han convertido en el petróleo del S. XXI, puesto que, son la fuente que permite la incorporación, utilización y sacar el máximo rendimiento a las posibilidades que las nuevas tecnologías ofrecen. Por ello, las Administraciones Públicas deben iniciar una metamorfosis completa, tal y como señala la doctrina, desde la base hasta la cúspide, olvidando todo lo aprendido hasta ahora que resulte inútil o ralentice el procedimiento, pero siempre que no suponga el menoscabo de los derechos de los ciudadanos²⁶²³.

²⁶²² Vide Óscar CAPDEFERRO VILLAGRASA, “La inteligencia artificial del sector público: desarrollo y regulación de la actuación administrativa inteligente en la cuarta revolución industrial”, *Revista de Internet, Derecho y Política*, (2020), p. 4.

²⁶²³ Vide Isaac MARTÍN DELGADO, “El acceso electrónico a los servicios públicos: hacia un modelo de Administración digital auténticamente innovador”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO y José Luis PIÑAR MAÑAS, *Sociedad digital y derecho*, Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, Madrid, 2018, pp. 181 y ss.

La remodelación de las Administraciones Públicas debe virar ya obligatoriamente hacia la digitalización²⁶²⁴, puesto que, hasta ahora, el camino andado está en una línea paralela al objetivo que se pretende conseguir. Si bien, la sinergia Administración y sociedad es indispensable para que culmine el proceso de digitalización, y posibilite la llegada de la Era Digital.

La clave del éxito para construir una Administración adecuada a las necesidades de la sociedad, presente y futura, se encuentra en los datos. Y, para ello, la Administración debe reformular los principios, sistemas y métodos de funcionamiento que ha aprendido hasta el momento, para incorporar los valores y técnicas del S. XXI. Así, a modo de propuesta para iniciar la reconstrucción de la Administración, podrían tenerse en consideración las siguientes pautas.

3.3.1. La datificación de la actividad.

La Administración debe iniciar el proceso de cambio asumiendo que los datos son sus nuevos aliados para la prestación de los servicios y el desarrollo de las políticas públicas²⁶²⁵. En consecuencia, el primer paso de este proceso es continuar con la actividad de datificación iniciada a partir de los años 60, construyendo grandes bases de datos automatizadas de titularidad estatal. En este sentido, la Administración debe valerse de dos categorías distintas de datos para auspiciar esa evolución: por un lado, los datos que ella misma produce y almacena; y, por otro lado, aquellos que le proporcionan los ciudadanos.

En lo que se refiere a los datos propios de las Administraciones (ad intra) las políticas de transparencia, acceso a la información pública y open data y reutilización de éstos, son la base normativa sobre la disposición y utilidad que se podrá dar a esos datos. Hasta el momento, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (y las autonómicas en esta materia), junto con la

²⁶²⁴ Vide Jaime Orlando SANTOFIMIO GAMBOA, “Tecnología e inteligencia artificial: incidencias en el derecho aplicable a la Administración Pública”, en Diego ZEGARRA VALDIVIA, *La proyección del Derecho Administrativo peruano: estudios por el centenario de la facultad de Derecho de la PUCP*, Palestra Editores, Perú, 2019, pp. 25 y ss.

²⁶²⁵ Vide Julián VALERO TORRIJOS, “La necesaria reconfiguración de las garantías jurídicas en el contexto de la transformación digital del Sector Público”, en Tomás DE LA QUADRA SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, *Sociedad Digital y Derecho*, Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, Madrid, 2018, p. 389.

Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del Sector Público, están siendo la base de desarrollo. Si bien, es la propia doctrina la que ha calificado ésta como un buen punto de partida para iniciar la reconversión y la apertura de la Administración, pero que necesita ser mejorada y ampliada²⁶²⁶. En consecuencia, hay que pasar de la transparencia y apertura formal, para conseguir que estos valores se integren en el funcionamiento de las actuaciones como intrínsecos y propios, tal como los que se recogen en el artículo 103 CE²⁶²⁷.

Además, es imprescindible superar la carencia de sinergias legislativas, estableciendo un marco jurídico claro de obligaciones para la Administración y derechos para los ciudadanos, puesto que, se convierte en uno de los mayores obstáculos para implantar la transparencia y la reutilización de la información en nuestro ordenamiento jurídico. En este sentido, la Directiva (UE) 2019/1024, de 20 de junio, relativa a los datos abiertos y la reutilización de la información del Sector Público, que debe contextualizarse dentro de la estrategia con la estrategia Europea de Datos²⁶²⁸, no remedia las deficiencias del régimen, hace falta el establecimiento de un compromiso en un texto legal de cambio del sistema de funcionamiento.

En este sentido, la Carta de los Derechos Digitales, reconoce en el artículo 19, el derecho de uso de los datos del sector público y privado para el bien común, considerado como un bien de interés general. De manera que, en el marco definido por las leyes, se promoverán las garantías para que se fomente la reutilización de la información y el uso de los datos, en pro de la investigación, la innovación y el desarrollo de la sociedad en su conjunto. Si bien, el artículo complementa el régimen jurídico de este derecho haciendo remisión a las especificidades recogidas en la normativa de protección de datos personales, y las categorías especiales de los mismos.

Por otro lado, estarían los datos pertenecientes a los ciudadanos (ad extra), si bien estos dependen en su mayoría de las políticas que se desarrollan de participación y

²⁶²⁶ Vide Isabel GIMÉNEZ SÁNCHEZ, “La Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno en el marco del Estado autonómico”, en Isabel WENCES, Mario KÖLLING y Sabrina RAGONE, *La Ley de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno: una perspectiva académica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, p. 168.

²⁶²⁷ Vide Joaquín MESEGUER YEBRA, “What’s next?”, *Revista Española de Transparencia*, 8, (2019), p. 20.

²⁶²⁸ Vide COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación (2020) 66, de 19 de febrero, al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las regiones: una estrategia europea de datos*, Bruselas, pp. 15 y ss.

colaboración de los ciudadanos con los asuntos públicos. Hasta el momento, esta cuestión ha sido uno de los caballos de batalla del Gobierno, en tanto que, no ha llevado a cabo ningún proyecto significativo para su consecución²⁶²⁹. La evolución de la Administración debe tener como base al ciudadano, para prestar servicios públicos de calidad que se adapten y garanticen la cobertura de sus necesidades. Sin embargo, el hecho de situar al ciudadano como referente de sus decisiones implica cambiar el funcionamiento de la Administración²⁶³⁰. Además, esta realidad queda perfectamente enmarcada dentro de la construcción de las Smart Cities²⁶³¹ que pueden prestar servicios más eficientes, relacionados con la movilidad urbana, la protección de la seguridad ciudadana, la consecución de servicios más sostenibles, como el alumbrado o la gestión del agua, o sobre los propios edificios e infraestructuras de titularidad pública²⁶³².

Al respecto, la Carta de los Derechos Digitales reconoce en el artículo 14 el derecho a la participación ciudadana por medios digitales, concretándolo de la siguiente forma:

«1. De acuerdo con las leyes, se impulsarán procedimientos de participación de las personas en la vida pública. Para ello, se promoverán entornos digitales que contribuyan a un derecho de acceso efectivo a la información pública, la transparencia, la rendición de cuentas, así como a la propuesta, e implicación de las personas en las actuaciones de las Administraciones públicas en sus respectivos ámbitos competenciales, de acuerdo con la Constitución.

2. Los procedimientos de participación ciudadana garantizaran condiciones de igualdad sin discriminaciones ni exclusión de personas, con sujeción al ordenamiento jurídico».

²⁶²⁹ El Plan IV de Gobierno Abierto ha asumido este reto, manifestando su compromiso de elaboración de un plan de participación ciudadana en los asuntos públicos que, además, de mejorar las condiciones de esta actividad, promueva la evaluación de planes y programas públicos en órgano consultivos y medios electrónicos.

²⁶³⁰ Vide Julián VALERO TORRIJOS, “La necesaria reconfiguración de las garantías jurídicas en el contexto de la transformación digital del Sector Público”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO y José Luis PIÑAR MAÑAS, *Sociedad digital y derecho*, Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, Madrid, 2018, pp. 389 y ss.

²⁶³¹ Vide Vicenç AGUADO I CUDOLÀ, Vera PARISIO, Óscar CASANOVAS I IBÀÑEZ, *El derecho a la ciudad: el reto de las Smart Cities*, Atelier, Barcelona, 2018, in totum.

²⁶³² Vide Clara I. VELASCO RICO, “La ciudad inteligente: entre la transparencia y el control”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 50, (2019), pp. 4 y ss.

Esta manera de participación ciudadana encaja perfectamente con las previsiones sobre la construcción del “Open Government”, sólo a la espera de concretar y procedimentar ese derecho a través de un desarrollo legislativo.

De forma concomitante a convertir los datos en su materia prima, hay que solucionar los problemas de interoperabilidad y opacidad de funcionamiento como norma general de las distintas Administraciones. Tal y como ha sido señalado por la doctrina, sin un cambio en la normativa general que permita salvar la tradicional concepción de la información del Sector Público, como un recurso para mantener las estructuras burocráticas, y orientado a custodiar la opacidad de las instituciones, no se puede abarcar un cambio de la organización democrática²⁶³³. No obstante, de nada sirve agrupar macrodatos de forma generalizada, si no se cuenta con los mecanismos necesarios para analizarlos y extraer conclusiones relevantes²⁶³⁴.

De ahí se advierte la importancia de que las Administraciones incorporen las técnicas de Big Data (Data Warehouse, Data Mining, y Data Analytics) para el análisis de la información que recogen, en tanto que es necesario realizar las técnicas de minería, agregación y actuación sobre esos datos para dotarlos de valor. Los datos, por sí solos, aislados, mal estructurados o sesgados de forma errónea no implican nada, es un recurso insuficiente para tomar decisiones. Y, en idéntico sentido, se convierte en un reto en sí mismo, conciliar el principio de transparencia y publicidad con los derechos de protección de datos personales y la privacidad de acuerdo con la normativa aplicable²⁶³⁵.

Por ello, deben utilizarse las técnicas de Blockchain, o similares, para crear las cadenas de bloques en el sistema (técnica prohibida en la actualidad en el ordenamiento)²⁶³⁶, y que éstos cuenten con las garantías suficientes de seguridad de la

²⁶³³ Vide J. Ignacio CRIADO GRANDE, “Crowdsourcing y plataformas colaborativas en las Administraciones públicas”, en *Nuevas tendencias en la gestión pública. Innovación abierta, gobernanza inteligente y tecnologías sociales en unas Administraciones públicas colaborativas*, INAP, Madrid, 2016, p. 99.

²⁶³⁴ Vide Agustí CERRILLO I MARTÍNEZ, “Los fundamentos jurídicos de la Administración digital”, en *A las puertas de la Administración digital: una guía detallada para la aplicación de las leyes 39/2015 y 40/2015*, INAP, Madrid, 2016, pp. 306 y ss.

²⁶³⁵ Vide Emilio GUICHOT REINA, “Los límites de la transparencia y el derecho de acceso a la información”, en Isaac MARTÍN DELGADO, *Transparencia y acceso a la información pública: de la teoría a la práctica*, Iustel, Madrid, 2019, pp. 285 y ss.

²⁶³⁶ El Real Decreto-ley 14/2019, de 31 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes por razones de seguridad pública en materia de administración digital, contratación del sector público y telecomunicaciones, ha modificado Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, Disposición adicional sexta, prohibiendo el uso de esta técnica hasta que no sea objeto de regulación por la Unión Europea. No obstante, el Gobierno autonómico de

información que obra en su poder y proveer de servicios públicos auténticamente digitales²⁶³⁷. Por ejemplo, las técnicas de Blockchain son muy útiles como sistema de identificación digital, para preservar la inmutabilidad de los documentos registrados, como sistema de funcionamiento y organización del procedimiento administrativo para garantizar la transparencia y trazabilidad, o para facilitar el intercambio de documentos y comunicaciones entre Administraciones. Pero, sin duda si hay un sector al que está llamado a cambiar el Blockchain, son los procedimientos de concurrencia competitiva, en especial, la contratación pública, las concesiones y ayudas, y los procesos selectivos²⁶³⁸.

3.3.2. Los principios y valores de funcionamiento del sistema.

Los valores de esta nueva Administración serán la igualdad (especialmente, centrado para garantizar el acceso de estos dispositivos); la simplificación del procedimiento administrativo; la transparencia pública, con especial énfasis sobre la configuración del Gobierno Abierto; la calidad de los servicios que se presten; la accesibilidad y usabilidad por parte de los ciudadanos; la interoperabilidad entre los sistemas de las distintas Administraciones; la seguridad sobre la integridad, disponibilidad, o confidencialidad de los datos; y el principio de neutralidad tecnológica²⁶³⁹. Aunque, hay otro sector de la doctrina que añade los valores de inteligencia, innovación, adaptabilidad al cambio y capacidad de aprendizaje²⁶⁴⁰. Todas ellas características de la sociedad que conforman la nueva Era.

La reforma de la Administración debe tener como principio básico de funcionamiento de su sistema la interoperabilidad desde el diseño, así como también la

Aragón ha resuelto en fechas recientes el primer contrato basado en esta tecnología, pero bajo el marco de un proyecto piloto supervisado por el Gobierno central.

²⁶³⁷ Vide Ignacio ALAMILLO DOMINGO, “El régimen jurídico de la Administración digital: aspectos tecnológicos, plataformas y servicios de intermediación”, en Isaac MARTÍN DELGADO, *El procedimiento administrativo y el régimen jurídico de la Administración pública desde la perspectiva de la innovación tecnológica*, Iustel, Madrid, 2020, pp. 252 y ss.

²⁶³⁸ Vide Manuel PEREIRO CÁRCELES, “La utilización del Blockchain en los procedimientos de concurrencia competitiva”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 50, (2019), pp. 8 y ss.

²⁶³⁹ Vide Agustí CERRILLO I MARTÍNEZ, “Los fundamentos jurídicos de la Administración digital”, en *A las puertas de la Administración digital: una guía detallada para la aplicación de las leyes 39/2015 y 40/2015*, INAP, Madrid, 2016, pp. 62 y ss.

²⁶⁴⁰ Vide Carles RAMIÓ MATAS, *La Administración Pública del futuro (Horizonte 2050). Instituciones, política, mercado y sociedad de la innovación*, Tecnos, Madrid, 2017, p. 141.

neutralidad tecnológica. No se trata tanto de garantizar el principio de neutralidad propio de la red, ya que éste se entiende intrínseco al funcionamiento de esta y es el Estado el que debe garantizar su respeto, sino la imparcialidad y accesibilidad de la tecnología. Los puntos de acceso configurados para las relaciones, así como también los programas y plataformas que se impongan (art. 36 y 38 LRJSP) deben favorecer la funcionalidad del sistema, y la simplificación del procedimiento administrativo, incluso acudiendo al sector privado para configurarla si fuese necesario²⁶⁴¹.

A todas luces es incomprensible que los ciudadanos no se relacionen con las Administraciones con la misma facilidad que lo hacen entre ellos y las empresas. Éstas parece que se esfuerzan en diseñar instrumentos o plataformas poco o nada afables, así como nada intuitivas para los ciudadanos. Y, a mayor complejidad y carencia de sentido en el diseño, más se alejan las Administraciones del sentir general de la población.

En este aspecto, cobra especial relevancia el “Plan España Digital 2025”, en tanto que, promueve la creación de una aplicación móvil para la solicitud y gestión de citas previas con la AGE. Y, además, se contempla simplificar los procedimientos de identificación y reconocimiento de los ciudadanos (art. 9 y 10 LPAC) para que puedan utilizarse con facilidad mediante los dispositivos móviles. Esto era impensable hace muy pocos años. Pero, la extensión generalizada de los teléfonos con conexión a Internet, y el hecho incuestionable de que estos son el instrumento más utilizado de comunicación entre los ciudadanos, hace más que nunca necesario que la Administración se relacione con los ciudadanos a través de este medio.

Sin embargo, a modo de queja, el Gobierno se olvida de acercar estas posibilidades al resto de relaciones que se pueden establecer con otras Administraciones jerárquicamente inferiores a la estatal. ¿Qué pasa con las Administraciones locales que son las más cercanas a los ciudadanos y, por tanto, las que mejor pueden conocer sus necesidades? No se puede perpetuar un proceso de digitalización a distintas velocidades, atendiendo a la naturaleza de la Administración, el entorno rural o urbano al que se refiere, o las posibilidades económicas de éste. La transformación no puede llevar distintas velocidades de forma constante en el tiempo, porque la única consecuencia será el aumento de la brecha digital entre la población.

²⁶⁴¹ Vide Xavier MARCET GISBERT, “Los retos de las Administraciones Públicas como garantes de igualdad y servicio público ante los retos de las innovaciones disruptivas que vienen”, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, 3, (2019), p. 98.

3.3.3. La adecuación del procedimiento administrativo.

En tercer lugar, se debe afrontar la tarea de diseñar un procedimiento administrativo completamente nuevo, pensado para las necesidades del S. XXI, y que obvie los formalismos innecesarios por los que se caracteriza en la actualidad²⁶⁴². Un procedimiento ágil, sin burocracia, ni rigideces del sistema que rompa con las formalidades y la construcción paquidérmica de la Administración²⁶⁴³. Por ejemplo, habría que dejar de incluir elementos obligatorios como la firma dentro del formulario de iniciación del procedimiento administrativo (art. 66.1 LPAC), en tanto que, con la mera identificación por certificado digital es suficiente.

Además, de repensar la ordenación del procedimiento, a través de un sistema de extracción de los datos que puedan ser objeto de análisis (mediante Big Data) para su posterior reutilización en la actividad y servicios que prestan las Administraciones; y la conservación del procedimiento a través de la técnica de Blockchain, garantizado la integridad, seguridad y custodia de la información. En consecuencia, lo que se promueve es la elaboración de un procedimiento íntegramente digital desde la base, obviando todo aquello que no sea imprescindible.

Si bien, el hecho de tener un único perfil del ciudadano facilitará en gran medida la simplificación del procedimiento, así como también, la eliminación de duplicidades y la presentación de documentos que ya obran en poder de la Administración (art. 28 LPAC). Una crítica reiterada a la Administración, y que no ha sido capaz de solventar en todas las reformas legislativas que ha abordado²⁶⁴⁴. En este mismo sentido, destaca la intención del Gobierno de crear un sistema centralizado de notificaciones. Hasta el momento, esta había sido uno de los mayores reproches que había recibido la Administración electrónica. El hecho de generar una obligación de conectarse en los

²⁶⁴² Vide Isaac MARTÍN DELGADO, “El derecho de acceso a la información pública”, en *Transparencia y acceso a la información pública: de la teoría a la práctica*, Iustel, Madrid, 2019, p. 117.

²⁶⁴³ Vide Julián VALERO TORRIJOS, “La necesaria reconfiguración de las garantías jurídicas en el contexto de la transformación digital del Sector Público”, en Tomás DE LA QUADRA SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, *Sociedad Digital y Derecho*, Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, Madrid, 2018, p. 389.

²⁶⁴⁴ Vide Miguel SÁNCHEZ MORÓN, “Una reforma precipitada o la desarticulación gratuita del régimen jurídico de las Administraciones Públicas”, *El Cronista del Estado y Democrático de Derecho*, 56, (2015), p. 27, «Lo deseable sería que, cualquiera que sea el Gobierno que se forme, replantee el asunto y aborde una reforma legal que recupere la arquitectura tradicional y lógica del régimen jurídico general de las Administraciones públicas, con las modificaciones que sean necesarias o convenientes, incluyendo algunas de las incluidas en las dos Leyes que comento».

distintos portales de las distintas Administraciones para conocer si había alguna notificación puesta a nuestra disposición, frenaba la tramitación electrónica del procedimiento, de motu proprio, por aquellos que no estaban obligados.

Si bien, la Ley genera una obligación a los administrados que no existe en la norma. Al final el presupuesto de la Administración es que debemos tener un hábito de relacionarnos con ella, cuando esa nota de asiduidad no existe, y por ello, no encontrándose regulada una obligación en la ley, no puede aplicarse ese carácter. Sin contar que la Ley establece unos efectos jurídicos desproporcionados²⁶⁴⁵, entre las notificaciones en papel²⁶⁴⁶ y electrónica, lo que restringe las posibilidades de defensa y el legítimo ejercicio de derechos del procedimiento administrativo.

De este modo, propongo que el régimen de notificaciones en el procedimiento digital se impulse desde una perspectiva garantista de los derechos de los ciudadanos y no en su detrimento. Así, aunque aún no se puede imponer una tramitación digital obligatoria de todos los procedimientos, porque la evidente brecha digital lo impide, si que deseo que los ciudadanos se decidan de motu proprio, con el paso del tiempo, por esta forma de tramitación, al encontrar algún beneficio significativo en esta nueva modalidad, relacionados con la celeridad y eficacia, o alguna otra ventaja que pueda introducir el legislador.

3.3.4. La inclusión de las tecnologías propias de la sociedad digital en la Administración.

La necesidad de incorporar las tecnologías que configuran la Revolución Digital al funcionamiento e instrumentos de desarrollo de las actuaciones y servicios públicos es un hecho incuestionable. El Sector Público en general, pero, especialmente, las Administraciones Públicas en particular, tienen que asumir como propias las técnicas y métodos de la sociedad digital, sirviéndose de todas aquellas herramientas que impliquen un potencial beneficio para los ciudadanos. La Administración debe promover la automatización, el uso de la inteligencia artificial y la robotización de todos aquellos

²⁶⁴⁵ Vide Luis MIGUEZ MACHO, “Las notificaciones electrónicas”, en Marcos ALMEIDA CERREDA Y Luis MIGUEZ MACHO, *Actualización de la Administración electrónica*, Andavira, Santiago de Compostela, 2016, p. 269.

²⁶⁴⁶ Vide Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, artículo 42.2.

trámites dentro de su sistema de funcionamiento y en el desarrollo del procedimiento administrativo para alcanzar una mayor eficiencia y eficacia. Si bien, gran parte de la actividad que realizan los funcionarios podría llevarse a cabo, bien por sistemas automáticos simples, o bien por otro con capacidad autónoma para adoptar decisiones. Más aún, en aras de prevenir la corrupción, el ejercicio de una buena administración y de rendición de cuentas²⁶⁴⁷. Así, tal y como señala la doctrina:

*«urge disponer de una interpretación auténtica y precisa del significado de estas normas. Porque, de lo contrario, estamos abocados a ejercicios especulativos y peligrosos (...)»*²⁶⁴⁸.

Hasta el momento, la automatización del procedimiento se ha incorporado de forma pacífica en nuestro ordenamiento, puesto que, beneficia a los ciudadanos al simplificar la tramitación del procedimiento, y a los funcionarios en el desempeño de sus funciones (pese a las desconfianzas generales al principio). En consecuencia, el auténtico problema se encuentra en la incorporación de las innovaciones con cierto grado de autonomía en las decisiones, en este caso me refiere al uso del IoT, la inteligencia artificial y la robótica más avanzada. Así, es necesario resolver los problemas que, desde el punto de vista jurídico generan los algoritmos (es la base de funcionamiento de estos sistemas), antes de integrarse.

Por ello, en todo momento se debe garantizar el sometimiento pleno de su actuación a la Constitución, a la ley y al derecho, asegurando la protección del derecho a los datos personales y la privacidad. Pero, también, se debe asegurar la transparencia y motivación de las decisiones que se adopten, evitando que los ciudadanos sean objeto de actuaciones arbitrarias²⁶⁴⁹. Estas tecnologías desde el diseño deben estar destinadas a defender los valores sociales y los derechos fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico. El hecho de que éstas tengan autonomía propia para tomar decisiones implica el

²⁶⁴⁷ Vide Manuel PEREIRO CÁRCELES, “La utilización del blockchain en los procedimientos de concurrencia competitiva”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 50, (2019), p. 8.

²⁶⁴⁸ Vide Ricard MARTÍNEZ MARTÍNEZ, “El laberinto de la contratación pública en protección de datos”, *en La Ley Ciberderecho*, 35, (2020), p. 10.

²⁶⁴⁹ Vide Agustí CERRILLO I MARTÍNEZ, “El impacto de la inteligencia artificial en el Derecho Administrativo ¿nuevos conceptos para nuevas realidades técnicas?”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 50, (2019), pp. 13 y ss.

establecimiento de garantías adicionales para que, en todo momento, se respeten los principios, valores y derechos por los que se constituye el Estado social.

La inteligencia artificial funciona a través de diversidad de algoritmos que le permiten el aprendizaje automático a través de un complejo proceso de análisis, que se conoce como machine learning. Si bien, todos estos algoritmos configuran la red neural profunda (ANN) que, imitando el cerebro humano, cada red está diseñada para dar una respuesta lógica a una pregunta. Y, de igual manera, el Big Data se sirve de los datos para extraer su análisis. El problema que presenta esta tecnología es que, si los datos están minados o sesgados atendiendo a criterios que no respetan los derechos fundamentales, todo proceso posterior estará contaminado.

En otras palabras, los algoritmos deben cumplir con los principios de responsabilidad y transparencia, de manera que, puedan ser constatables las reglas que han motivado una determinada resolución²⁶⁵⁰. En este caso, hay que tener en cuenta la reciente jurisprudencia holandesa que, interpretando el alcance del respeto a la vida privada de los ciudadanos en relación con el Convenio Europeo de Derechos Humanos y el Reglamento de Protección de Datos, declara ilegal un algoritmo de evaluación de características personales de los ciudadanos por su falta de transparencia²⁶⁵¹.

La transparencia algorítmica es uno de los elementos base que permitirá el diseño de la Administración Digital. Si bien, los ciudadanos deben de poder acceder a la regulación del código fuente, a través de repositorios oficiales, sin perjuicio de la limitación del derecho de acceso al mismo, para evitar que los posibles destinatarios de la norma eludan su aplicación, y la confidencialidad o el secreto del proceso en la toma de decisiones²⁶⁵².

En este sentido, la consideración de la fuente algorítmica como información pública se encuadraría perfectamente en el ámbito objetivo del derecho de acceso a la información que se regula en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. No tiene demasiado sentido que sea parte de la

²⁶⁵⁰ Vide Lorenzo COTINO HUESO, “Big Data e inteligencia artificial: una aproximación a su tratamiento jurídico desde los derechos fundamentales”, *Dilemata*, 24, (2017), p. 136.

²⁶⁵¹ Vide Sentencia de la Corte de la Haya, de 5 de febrero de 2020, caso 09/550982 / HA ZA 18-388, FJ 6.

²⁶⁵² Vide Juli PONCE SOLÉ, “Inteligencia artificial, derecho administrativo y reserva de humanidad: algoritmos y procedimiento administrativo debido tecnológico”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 50, (2019), p. 36.

publicidad activa que realiza la Administración, (especialmente para evitar que los ciudadanos encuentren la manera de que la norma no les resulte aplicable) sino un derecho más limitado, pero que sigue siendo accesible a todos. Así, por ejemplo, Ponce Solé, distingue entre la publicidad activa, cuando los algoritmos y códigos fuentes se utilicen para actividad automatizada o semiautomatizada, y derecho de acceso, en el caso de que el sujeto adquiera la condición de interesado²⁶⁵³.

El derecho de acceso a la fuente algorítmica sería una parte del derecho a la buena Administración en tanto que, los ciudadanos deben comprender los actos que realizan las Administración y la motivación que subyace al respecto. El problema evidente es que estas nuevas tecnologías se expresan en lenguaje matemático complejo, de manera que, habría que convertirlo a lenguaje comprensible para el ciudadano (artículo 15 de la LPAC). Al ciudadano no le sirve de nada el código fuente algorítmico porque no sabrá interpretarlo, máxime hasta que no este transcrito a su lenguaje habitual. En consecuencia, estamos hablando de una doble labor que tiene que realizar la Administración, y que ya no estaría recogida en el supuesto del derecho de acceso, puesto que, implican una acción previa de reelaboración²⁶⁵⁴.

No obstante, hay que realizar una matización, difícilmente un ciudadano medio pueda comprender el sistema de funcionamiento algorítmico, aún una vez transcrito. Por ello hay que avalar la postura de que en esta materia será imprescindible que sea un experto en la materia el que se pronuncia acerca de su legalidad. Si bien, desde el inicio de la tesis lo he advertido, la inteligencia artificial se convierte en un problema para los juristas, puesto que, a partir de este momento necesitamos actuar de forma conjunta con expertos informáticos o matemáticos. Nuestro trabajo es interpretar la norma, pero primero tendremos que transcribir ésta a un lenguaje comprensible.

Así, por ejemplo, se puede traer a colación la resolución de la Comissió de Garantia del Dret d'Accés a la Informació Pública, que remite al administrado el algoritmo matemático en formato PDF y por correo electrónico, aún a sabiendas de que

²⁶⁵³ Vide Juli PONCE SOLÉ, “Inteligencia artificial, derecho administrativo y reserva de humanidad: algoritmos y procedimiento administrativo debido tecnológico”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 50, (2019), p. 43.

²⁶⁵⁴ Vide Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y el buen gobierno, artículo 18. 1. «*Se inadmitirán a trámite, mediante resolución motivada, las solicitudes: d) Relativas a información para cuya divulgación sea necesaria una acción previa de reelaboración*».

no cree que pueda llegar a comprenderlo²⁶⁵⁵. Sin embargo, no se puede obviar que la falta de comprensión de los interesados en los actos administrativo provoca vicios invalidantes en el procedimiento, tal y como defiende la jurisprudencia italiana²⁶⁵⁶.

Además, los problemas se incrementan con la utilización de sistemas de almacenamiento de estos datos, o computación en la nube. En España los servidores que almacenan esta información se encuentran ubicadas en territorio de la UE, lo que permite un tratamiento homogéneo, tanto por el marco jurídico aplicable, como la jurisdicción competente en la materia (art. 46 bis LRJSP). No obstante, hay que tener especial consideración respecto de la seguridad y mecanismos de protección de estos servidores, impidiendo que los datos puedan ser alterados, manipulados o eliminados. Por ello, se debe garantizar la seguridad de estos sistemas, tanto la estructura física, como el funcionamiento logístico de los mismos. De este modo, la ciberseguridad se ha convertido en un elemento transversal para garantizar el crecimiento y evolución de esta sociedad, convirtiéndose en una obligación que debe ser asumida por el Estado²⁶⁵⁷. Prueba de ello, es el proyecto de prestar como servicio público un sistema que garantice la seguridad de los ciudadanos dentro del ciberespacio.

En consecuencia, esto implica el reconocimiento y procesamiento del lenguaje natural, la implantación de la informática afectiva, la capacidad de trabajar con grandes volúmenes de datos, y el análisis predictivo²⁶⁵⁸. En consecuencia, una vez que se superen estas trabas será más fácil incorporarlos al procedimiento administrativo. La inteligencia artificial y la robótica avanzada debe usarse para agilizar la tramitación del procedimiento administrativo, especialmente, para el análisis de datos, la resolución de actos reglados, y decisiones basadas en la evidencia. Ahora bien, no es tan recomendable su uso cuando se trate de actos que requieran una valoración o ponderación de distintos derechos, o intereses de las partes y, en todo caso, esa actuación deberá ser siempre supervisada por

²⁶⁵⁵ Vide COMISSIÓ DE GARANTIA DEL DRET D'ACCÉS A LA INFORMACIÓ PÚBLICA, Resolució de 21 de setembre de 2016, d'estimació de les Reclamacions 123/2016 i 124/2016 (acumulades), FJ 3.

²⁶⁵⁶ Vide CONSIGLIO DI STATO, Sentencia 2270 de 2019: «entienda por qué motivo las expectativas legítimas de los sujetos (...) se han frustrado, de hecho, la imposibilidad de comprender la regla algorítmica constituye de por sí un vicio que invalida el procedimiento»

²⁶⁵⁷ Vide STC 142/2018, de 20 de diciembre, FJ 4: «la ciberseguridad se incluye en materias de competencia estatal en cuanto, al referirse a las necesarias acciones de prevención, detección y respuesta frente a las ciberamenazas, afecta a cuestiones relacionadas con la seguridad pública y la defensa, las infraestructuras, redes y sistemas y el régimen general de telecomunicaciones».

²⁶⁵⁸ Vide Carles RAMIÓ MATAS, *Inteligencia artificial y Administración Pública: robots y humanos compartiendo el servicio Público*, Catarata, Madrid, 2019, p. 75.

una persona. Huelga decir que, las cuestiones de seguridad y protección de los datos adquieren mayor importancia dentro del procedimiento administrativo, dado que, la falta de motivación puede llevar a provocar vicios invalidantes en el acto administrativo que se dicte²⁶⁵⁹.

Tal y como advierte la doctrina, el encargado de supervisar los actos automatizados o basado en el análisis de los datos, debe tener la capacidad efectiva de supervisar el funcionamiento de los algoritmos. No obstante, se habla de incorporar nuevos mecanismos que faciliten esta labor, como el control de esta actividad mediante una agencia independiente²⁶⁶⁰. Sin embargo, en mi opinión, sería recomendable incorporar ambos controles. Un doble control que garantizara la legitimidad y seguridad de las decisiones: (ad intra) tanto por parte de los empleados públicos con conocimiento del funcionamiento del algoritmo, pero también de las normas que resultan aplicables; y (ad extra) por una agencia independiente, encargada de certificar que los procesos automatizados o ejecutados por sistemas con cierta autonomía, cumplen con las garantías legales.

Y, en consecuencia, esto lleva a afirmar la necesidad de formar a los empleados y reorganizar las funciones que llevan a cabo, promoviendo la reasignación de puestos de trabajo, y creando un clima de progreso digital general. En este sentido, se recoge dentro del Plan de España Digital 2025 una parte destinada a cumplir este objetivo, como es el proyecto de capacitación de los empleados públicos para adaptarse a la implementación de las nuevas tecnologías. Sin embargo, su integración dentro del aparato gubernamental supondrá un proceso más lento y paulatino, además de la obligatoriedad de adoptar acuerdos con los funcionarios, cuyos empleos se van a ver afectados.

En mi opinión, hasta el momento, el ejecutivo parece estar obviando la inminente necesidad de encontrar soluciones para todos los empleos públicos que sean destruidos por la llegada del progreso, o que sean incapaces de adaptarse a la nueva realidad social como consecuencia de la brecha digital. Así, aunque el proceso de sustitución no sea de

²⁶⁵⁹ Vide Juli PONCE SOLÉ, “El derecho Administrativo del S. XXI”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 52, (2019), pp. 35 y ss.

²⁶⁶⁰ Vide Agustí CERRILLO I MARTÍNEZ, “El impacto de la inteligencia artificial en el Derecho Administrativo ¿nuevos conceptos para nuevas realidades técnicas”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 50, (2019), pp. 20 y ss.; Vide Juan VALERO TORRIJOS, “Las garantías jurídicas de la inteligencia artificial en la actividad administrativa desde la perspectiva de la buena Administración”, *Revista catalana de Derecho Público*, 58, (2019), pp. 91 y ss.

carácter inmediato²⁶⁶¹, los planes y ayudas para superar los problemas sociales que va a generar la implantación de estas tecnologías deben comenzar a abordarse desde este mismo momento. Asimismo, mayor consideración debe tenerse, si se atiende a los argumentos vertidos en la reciente sentencia del Juzgado Social de las Palmas, de cuya interpretación se desprende que el relevo entre humanos y robots no será nada pacífico²⁶⁶².

Reflexionemos que se prevé que para el año 2030 el 35% de los puestos de trabajo están en riesgo de desaparecer por la llegada de los robots, o la automatización avanzada²⁶⁶³. Y los empleados públicos, y otros puestos de trabajos vinculados a la actividad pública (como transporte, salud o servicios sociales) no quedarán indemnes a la llegada de la ola del progreso.

Por último, habrá que plantearse que naturaleza jurídica tendrán los algoritmos dentro de las actuaciones administrativas, puesto que, hay quienes avalan que deben considerarse como nueva fuente del Derecho. En este sentido, por ejemplo, De la Cueva, señala la necesidad de regularlo, puesto que deben exigírsele los mismos requisitos que para las fuentes del Derecho:

«Si antes la costumbre podía ser secundum, praeter o contra legem, hoy es la aplicación informática quien puede ocupar estas tres posturas en relación con la norma jurídica. Si en aquella ocasión se resolvió el problema mediante una intervención que señaló claramente la jerarquía de las normas jurídicas, igual solución debe proponerse en la actualidad ante la aparición de estas normas secretas e indiscutibles. Los principios de legalidad y de publicidad normativa siguen vigentes y no pueden verse derogados legal o consuetudinariamente por el uso de tecnología alguna. Existen pues poderosas pero sencillas razones tanto para iusprivatistas (arts. 1.3 y 2.2 CC), como para

²⁶⁶¹ Vide José Luis MONEREO PÉREZ, M^a Nieves MORENO VIDA, Belén del Mar LÓPEZ INSUA, “Reorganización y modernización de las Administraciones públicas: sucesión laboral y despidos colectivos”, *Gestión y análisis de políticas públicas*, 22, (2019), p. 51.

²⁶⁶² Vide Sentencia del Juzgado de lo Social nº 10 de las Palmas de Gran Canaria, de 23 de septiembre de 2019, por la que se declara improcedente un despido justificado por razones objetivas al sustituir a una trabajadora por un proceso de automatización, FJ 6: «En definitiva, la automatización mediante “bots” o “robots” con la única excusa de reducir costes para aumentar la competitividad, viene a significar lo mismos que reducir el Derecho al Trabajo para aumentar la Libertad de Empresa. Siendo así por tanto que no puede tenerse por procedente un despido en estos términos, en atención a la interpretación (que expuesta ut supra) ha de darse del despido objetivo por causas técnicas».

²⁶⁶³ Vide OCDE, *Informe sobre los progresos de digitalización*, París, 29 de enero de 2019.

iuspublicistas (art. 9.3 CE), para argumentar en favor de esta regulación del código fuente y de los algoritmos. Se trata de algo tan elemental como seguir reivindicando el imperio de la ley»²⁶⁶⁴.

No obstante, no toda la doctrina esta de acuerdo con esta afirmación, si bien, aunque avalan la transparencia del algoritmo para permitir constatar la motivación que lleva a dictar a un determinado acto administrativo, no están de acuerdo con su naturaleza como fuente del Derecho. Así, por ejemplo, Ponce Solé afirma que:

«Pero no creemos que todo algoritmo sea siempre fuente del derecho. En el caso de ejercicio de potestades administrativo, se puede decir que se delega en la IA tal ejercicio y el autómata toma el sitio en función de las instrucciones que ha recibido. La fuente del Derecho, en nuestra opinión, sigue siendo la norma jurídica que es ejecutando mediante el algoritmo y el código fuente. Ahora bien, que ambos no sean fuente del Derecho no supone que no requieran de un procedimiento debido administrativo para su adopción, del que se carece hasta el momento, de una motivación comprensible, cuya exigencia no existe, y de una transparencia adecuada, que incluya la posibilidad de participación ciudadana en su elaboración, su publicación y el derecho de acceso»²⁶⁶⁵.

3.3.5. La responsabilidad patrimonial en el caso del uso de la inteligencia artificial.

La incorporación de la inteligencia artificial y su personificación en la robótica dentro de la Administración Pública no extraña ya a nadie. No es una cuestión de ciencia ficción, o un supuesto que nos quede mucho tiempo para verlo. Si bien, ya existen programas de asistencia virtual o con funciones concretas dentro del poder judicial, como el programa COMPAS. Así, tal y como se aprecia del supuesto del programa SiRY su utilización dentro de la Administración ni va a estar exenta de polémica, ni tampoco de producir daños en los bienes o derechos de los ciudadanos. Por ello, el tratamiento de una

²⁶⁶⁴ Vide Javier DE LA CUEVA, “Código fuente, algoritmos y fuentes del derecho”, *El notario del S. XXI*, 77, (2018), pp. 24 y ss.

²⁶⁶⁵ Vide Juli PONCE SOLÉ, “Inteligencia artificial, derecho administrativo y reserva de humanidad: algoritmos y procedimiento administrativo debido tecnológico”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 50, (2019), p. 34.

hipotética responsabilidad patrimonial derivada de la producción de una lesión en los bienes o derechos de los administrados por el uso de la inteligencia artificial, o la robótica, será diferente atendiendo al hecho que motivó el daño y el bien jurídico que se lesionó. Las consideraciones que se deben hacer en esta materia son abundantes, en tanto que son muchas las incógnitas que subyacen alrededor de esta figura, consecuencia de que aún no existe un marco jurídico idóneo que regule su actividad²⁶⁶⁶. En consecuencia, voy a desgranar cada uno de los interrogantes que pueden surgir en relación con la responsabilidad de estas nuevas tecnologías.

En mi opinión, la primera cuestión que se debe determinar es si la inteligencia artificial adquiere o no una personalidad jurídica específica. Si se convierte en un sujeto de derecho (con derechos y obligaciones) éstos serán responsables de las actuaciones que desarrollen cuando sea motivada por su sistema de aprendizaje y toma de decisiones. En otras palabras, cuando su actividad se deba a una decisión que ella misma ha adoptado y provoquen una lesión en las personas o en sus derechos serán éstas las responsables del daño provocado.

La diferencia en el tratamiento de la cuestión vendrá cuando estos daños no sean causa de esta toma de decisiones por su capacidad de raciocinio, sino impuestas o tomadas por terceros. O, aquellas que se deban a la falta de diligencia debida de sus responsables, como, por ejemplo, el mantenimiento necesario, la actualización del software o el incumplimiento de los mecanismos para protegerlo de ciberataques. En este sentido, sería similar a la postura que se adopta respecto al administrador de una sociedad, a quien se le responsabiliza de las actuaciones que dependen de su diligencia y decisiones.

De manera que, la Administración podrá ser responsable de los daños que causen estas tecnologías en el ejercicio de su actividad, siempre que se deba a un comportamiento que ésta realiza o debería de realizar. Como ejemplo, sería el caso de una orden equívoca que reciben estos instrumentos, una base de datos que no está actualizada, o su inactividad en el mantenimiento de los servidores o de gestión y configuración del sistema de ciberseguridad. En este último caso, se puede traer a colación lo dispuesto en el apartado de la responsabilidad patrimonial por falta de adopción de un sistema de protección de sus equipos suficiente y eficiente.

²⁶⁶⁶ *Vide* Agustí CERRILLO I MARTÍNEZ, “El derecho para una inteligencia artificial centrada en el ser humano y al servicio de las instituciones”, *Revista de Internet, Derecho y Política*, 30, (2020), p. 3.

No obstante, si estas tecnologías tienen personalidad jurídica propia y se incorporan dentro del funcionamiento normal de la Administración, actuando en nombre de esta, ¿no debería ésta responder de los daños ocasionados en el ejercicio de su actividad como ocurre con los funcionarios? Si bien, al igual que sucede con las personas que configura la Administración, son éstas las que cometen errores que pueden llegar a provocar lesiones en los derechos de los administrados. De este modo, el régimen jurídico podría considerar si estas tecnologías (con capacidad de toma de decisiones propia) pueden llegar a adquirir una condición no estrictamente idéntica, pero si parecida, a la de un funcionario y la responsabilidad que adquiere la Administración por el desarrollo de sus funciones.

Esta pregunta puede ser respondida por el legislador desde dos perspectivas, a la par que defendidas de igual manera por la doctrina. En primer lugar, de forma negativa, entendiendo que las decisiones que adopta un robot o la inteligencia artificial al final se deben a una innovación tecnológica, y de cuyo excesivo riesgo e imprecisión no se puede hacer cargo la Administración. Asimismo, se podría motivar este argumentado afirmando que la Ley expresamente excluye del derecho de indemnización los daños «*que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos*»²⁶⁶⁷. Y, de igual manera, atendiendo a lo dispuesto en el Reglamento General de Protección, sobre prohibición de que los interesados sean objeto de decisiones exclusivamente basadas en el tratamiento automatizado de datos²⁶⁶⁸.

Además, en este mismo sentido, pero por Tribunales extranjeros, se ha pronunciado el Tribunal Administrativo Regional Lacio, sentencia 9227, de 20 de septiembre de 2018, en el que se afirma la imposibilidad de prescindir de la intervención del funcionario en el procedimiento administrativo, derivado del principio de instrumentalidad de los recursos informáticos. Pero es que, además, este mismo Tribunal en una sentencia posterior ha profundizado en la materia afirmando que:

²⁶⁶⁷ Vide Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, artículo 34.1.

²⁶⁶⁸ Vide PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, *Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril, 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)*, Estrasburgo, artículo 22.

«los procedimientos informáticos, aun cuando lleguen a su mayor grado de precisión y perfección, jamás podrán reemplazar, sustituyéndola enteramente, la actividad cognitiva, adquisitiva y de juicio que solo una instrucción confiada a un funcionario persona física puede desarrollar»²⁶⁶⁹.

De esta forma, la Administración nunca podría ser responsable de las decisiones que adopten estos instrumentos, puesto que, tienen la consideración de herramienta tecnológica, y siempre habría una persona encargada de vigilar y controlar su actividad. Y, de igual modo, no se responsabilizaría de los efectos que no fueran previsibles o evitables. Asimismo, no cabría hablar de existencia de responsabilidad patrimonial por la toma de decisiones autónomas de estos sujetos de derecho y la lesión de bienes o derechos que puedan provocar dentro del marco del Sector Público. La Administración sólo respondería de los daños ocasionados que respondan a una actividad controlada o dirigida por las personas responsables del funcionamiento de éstos, pero no de sus decisiones.

En consecuencia, si la Administración es conocedora de que el funcionamiento de una determinada máquina que utiliza inteligencia artificial no está siendo el que debiere, y sigue prestando servicios y adopta decisiones, en base a lo que ésta le proporciona, pues obviamente incurrirá en responsabilidad. Si bien, si el problema es del diseño, de la programación o el ajuste de esa inteligencia artificial, habrá que demostrar la responsabilidad de los agentes participantes, incluso pudiendo hablarse de corresponsabilidad en algunos supuestos²⁶⁷⁰.

Ahora bien, si el daño provocado proviene del sistema de autoaprendizaje y los algoritmos que permiten la adopción de determinados comportamientos, la Administración responderá de éstos, dado que, según el estado de la ciencia y la técnica²⁶⁷¹ son riesgos inasumibles en la actualidad. En cada caso y circunstancias se debe valorar la participación y, sobre todo, la autonomía que el robot ha tenido para tomar las decisiones. Si bien, esto no impide que puedan ser indemnizados de otra manera, como

²⁶⁶⁹ Vide Tribunal Administrativo Regional de Lacio, Sentencia 10964/2019.

²⁶⁷⁰ Para comprobar los supuestos de corresponsabilidad Vide Julián VALERO TORRIJOS, “Las garantías jurídicas de la inteligencia artificial en la actividad administrativa desde la perspectiva de la buena Administración”, o.c., p. 93.

²⁶⁷¹ Vide Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “Responsabilidad por acto sanitario y progreso de la ciencia o de la técnica”, *Revista española de Derecho Administrativo*, 104, (1999), pp. 658 y ss.

prestaciones asistenciales o económicas, pero no a través de la responsabilidad patrimonial.

O, en segundo lugar, de manera positiva. Si bien, la Administración se hace responsable de los errores humanos por decisiones propias que cometen sus funcionarios o personal laboral, en el ejercicio y desarrollo de los servicios públicos. En consecuencia, si estos adquieren la condición de sujeto de derecho, de manera que, ya no son meros instrumentos o facilitadores de la actividad, la Administración debería hacerse responsable de las decisiones que adopten en el ejercicio de su actividad. Al final, la autonomía que tienen estos sistemas puede llegar a compararse con la de su personal (salvando las distancias obviamente). Si bien, ésta puede incluso constatar los argumentos que le ha llevado a adoptar una determinada resolución (siempre basada en funciones matemáticas).

Mientras que, aquellas producidas por su propio personal (de carne y hueso) muchas veces influenciadas por la pasión, la subjetividad y no tanto por la lógica. De este modo, la Administración respondería de los actos realizados, en el caso de que se lesionen bienes o derechos, por este nuevo sujeto dentro del ejercicio de sus funciones, con independencia de si la actividad es consecuencia o no de su capacidad resolutoria. No es descabellada ninguna de las dos ideas, pero de esta apreciación dependerá el régimen de obligaciones y por tanto de responsabilidad que adquiere la Administración.

Una vez resuelta esta cuestión, y dependiendo de la decisión adoptada, es necesario centrar la atención en la causa o el hecho que motivó ese hipotético daño. Los requisitos para que exista responsabilidad patrimonial los determina el artículo 106.2 CE, de este modo: *«Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos»*. Además, el régimen de responsabilidad patrimonial es completado mediante la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que añade en el artículo 34.1: *«Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley (...)»*.

En consecuencia, debe existir un daño o lesión de los derechos provocado por estas tecnologías en el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, y que no exista el deber de soportarlo. Además, el daño que habrá de ser *«efectivo, evaluable*

económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas»²⁶⁷².

Si bien dentro de los daños que pueden provocar estos instrumentos distinguimos entre los convencionales u ordinarios, y los derivados de las decisiones autónomas.

Los daños convencionales o riesgos normales son aquellos que se asumen con su utilización, es decir, aquellos que puedan provenir de un normal funcionamiento de éstas. Por ejemplo, sería el caso del robot titularidad de la Administración que, en el ejercicio de una función de inspección, produce daños materiales en bienes de los ciudadanos. Estos serían riesgos convencionales²⁶⁷³, cuya responsabilidad ya ha sido asumida por la Administración, en situaciones similares por otros aparatos electromecánicos. En consecuencia, basta con constatar que existe una relación de causalidad entre la actividad de la Administración y el daño provocado, en la que no medien otros factores, o concurrencia de culpas, ni tampoco causas de fuerza mayor²⁶⁷⁴, para determinar si existe o no responsabilidad patrimonial.

No obstante, al igual que ocurría con el Internet de las Cosas, la Administración podrá repercutir esa responsabilidad sobre el interviniente de la producción que hubiera ocasionado el daño. En este caso me refiero, al fabricante del software de inteligencia artificial, y el del dispositivo físico; los proveedores de plataformas web 2.0; los desarrolladores del tratamiento de los datos; o los integradores o empresa que comercialice el producto²⁶⁷⁵.

Mientras que, por otro lado, se distinguiría la responsabilidad de los robots o de la inteligencia artificial en la toma de decisiones autónomas. Si bien, los daños en bienes provocados por sus decisiones responden a los criterios expuestos con anterioridad, derivados de aquellos riesgos que asume la Administración por el ejercicio de su actividad. Este tipo de daños deben comprenderse como intrínsecos al propio sujeto, al igual que ocurre con cualquier aparato electromecánico.

²⁶⁷² Vide Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, artículo 32.2.

²⁶⁷³ Vide Eduardo GAMERO CASADO y Severiano FERNÁNDEZ RAMOS, *Manual básico de Derecho Administrativo*, Tecnos, Madrid, 2017, pp. 721 y ss.

²⁶⁷⁴ Vide Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, La fuerza mayor como causa de exención de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria cuando la ciencia o la técnica no ha evolucionado lo suficiente”, en Jorge FERNÁNDEZ RUIZ (Coord.), *Estudios jurídicos sobre Administración pública*, Universidad Nacional Autónoma de México-Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México D.F., 2012, pp. 327 y ss.

²⁶⁷⁵ Vide Moisés ANDRÉS BARRIOS, *Internet de las Cosas, o.c.*, pp. 57-58.

No obstante, debemos recapacitar de que éstos van a estar diseñados para proteger a las personas y sus bienes, de manera, cuando se adopte una decisión que perjudique a alguno de los dos, es porque había unos criterios o bases jurídicas que le han entrenado previamente a comportarse de una determinada forma. Por ejemplo, si el transporte autónomo de ferrocarril con sistema de inteligencia artificial decide frenar de forma sorpresiva, provocando lesiones en los pasajeros, seguramente esta actuación estará destinada a evitar otro daño superior, como puede ser el descarrilamiento del tren. En consecuencia, hay una proporcionalidad entre la decisión adoptada y el daño que se pretende evitar.

En el supuesto de lesión de derechos fundamentales para que pueda existir responsabilidad patrimonial, es imprescindible que se dicte un acto administrativo con consecuencias jurídicas. A partir de ahí, la responsabilidad de la Administración puede venir derivada de distintas situaciones, bien por la lesión de derechos fundamentales por adoptar la resolución de unos datos tratados que no respetan las garantías legales, o bien, por la falta de motivación del acto administrativo.

En primer lugar, por una lesión del derecho a la protección de la intimidad y la protección de datos, cuando la información que se adopta para tomar una determinada resolución vulnere las garantías y los límites legales impuestos. Si bien, atendiendo al régimen actual, reitero mis consideraciones sobre la necesidad de actuar bajo el principio de minimización del dato²⁶⁷⁶, y de proporcionalidad en las medidas adoptadas para extraer esa información dentro del Estado democrático social y de derecho²⁶⁷⁷. En caso contrario, será necesario el consentimiento, previamente informado, de los sujetos afectados para el tratamiento con una finalidad determinada de esos datos. De forma que, si no se respetan esas garantías cualquier acto que derive de esa información, podrá conllevar la invalidez del acto administrativo acordado, por vulneración de derechos fundamentales. En mi opinión, la consecuencia jurídica de ese vicio es la nulidad de pleno derecho, no siendo subsanable el defecto.

²⁶⁷⁶ Vide PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, *Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril, 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)*, Estrasburgo, artículo 5.1: «Los datos personales serán: c) adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados (“minimización de datos”)».

²⁶⁷⁷ *Ibidem* Artículo 23.1 e).

En segundo lugar, la invalidez de los actos administrativos puede estar derivada por la falta de motivación de los mismos, como consecuencia de que la inteligencia artificial promueva una determinada actuación que no esté lo suficientemente fundamentada, o se trate de una resolución irracional²⁶⁷⁸. En este caso se trataría de una exigencia formal que podría subsanarse, y que no implica la nulidad radical del procedimiento, como si entiende otro sector de la doctrina²⁶⁷⁹. No obstante, la invalidez del acto administrativo también podría estar motivada en la vulneración del derecho fundamental a la protección de datos, cuando se trate de una obtención ilícita de la información que promovió el acto.

En cada caso, habrá que determinar la importancia de esos datos para la formación de la resolución, pudiendo llegar a implicar la nulidad del procedimiento cuando sean la base argumental del acto administrativo²⁶⁸⁰. Ahora bien, debe quedar claro que por el mero hecho de utilizar un procedimiento automatizado no se puede cuestionar constantemente la actuación de la Administración y utilizarla como base para la nulidad del procedimiento. Sino que, por el contrario, respetándose los derechos y garantías del procedimiento, especialmente, el derecho de defensa y de los intereses legítimos, y generando estas resoluciones correspondientemente motivadas y fundamentadas deben presumirse conformes a Derecho.

No obstante, lo primero que tiene que determinarse es para qué actuaciones y trámites se va a utilizar la inteligencia artificial, y los criterios generales y principios básicos que configuran los algoritmos de su funcionamiento. De forma que, los ciudadanos pueden en todo momento verificar cuáles son los datos, bases jurídicas y razones que le llevan a adoptar una u otra decisión. En consecuencia, estableciendo un régimen claro de la finalidad con la que se adoptan, cuáles son los servicios que se prestan y las características que éstos deben presentar, se podrá determinar que se considera como funcionamiento “*normal o anormal de los servicios públicos*”, así como también, el daño

²⁶⁷⁸ Vide CONSIGLIO DI STATO, Sentencia 2270 de 2019: «entienda por qué motivo las expectativas legítimas de los sujetos (...) se han frustrado, de hecho, la imposibilidad de comprender la regla algorítmica constituye de por sí un vicio que invalida el procedimiento»

²⁶⁷⁹ Vide Juli PONCE SOLÉ, “Inteligencia artificial, Derecho Administrativo y reserva de la humanidad: algoritmos y procedimiento debido tecnológico”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 50, (2019), pp. 35 y ss.

²⁶⁸⁰ Vide Julián VALERO TORRIJOS, “Las garantías jurídicas de la inteligencia artificial en la actividad administrativa desde la perspectiva de la buena Administración”, *Revista catalana de Derecho Público*, 58, (2019), pp. 91-92.

que tenga el deber jurídico de soportar el administrado²⁶⁸¹. Este es el punto de partida imprescindible para evaluar si existe una lesión o no de los derechos o bienes de los administrados.

3.3.6. La modificación e incorporación de derechos (digitales) al ordenamiento jurídico.

Y, por último, el proceso de cambio debe realizarse bajo la creación de un Derecho destinado a resolver los problemas y necesidades de esta sociedad que se está construyendo: un derecho digital que faculte a los ciudadanos y garantice sus relaciones²⁶⁸². No obstante, ya existen en nuestro ordenamiento unos derechos con el calificativo de digitales²⁶⁸³. Si bien, éstos tienen carácter novedoso como consecuencia de que es la primera vez que se desarrollan un conjunto de derechos específicos y propios del mundo digital con un tratamiento tan homogéneo, estableciendo límites y garantías propias para las relaciones que se producen dentro del ciberespacio. Sin embargo, en cuanto a su contenido, en su mayoría, es reiterativo a lo que se dispone en otras normas y la jurisprudencia emitida por los Tribunales, tanto europeos, como españoles²⁶⁸⁴. Además, necesitan una norma de desarrollo y concreción de los límites para su correcto ejercicio.

Sin embargo, es necesario adelantar que los derechos digitales que regula la norma están muy alejados de poder describir todas las necesidades que se engloban y resultan imprescindibles dentro del mundo digital. Así, por el momento, la regulación jurídica se ciñe básicamente a establecer una equivalencia entre los derechos del mundo físico y

²⁶⁸¹ Vide Julián VALERO TORRIJOS, “Las garantías jurídicas de la inteligencia artificial en la actividad administrativa desde la perspectiva de la buena Administración”, *Revista catalana de Derecho Público*, 58, (2019), p. 92.

²⁶⁸² Vide Xavier MARCET GISBERT, “Los retos de las Administraciones Públicas como garantes de igualdad y servicio público ante los retos de las innovaciones disruptivas que vienen”, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, 3, (2019), p. 97: «Las Administraciones deben velar por adaptarse a las necesidades de los ciudadanos. Se acabó el tiempo en que los ciudadanos peregrinan para amoldarse a las necesidades de las Administraciones. Y esto requiere mucha flexibilidad organizativa y cultural»

²⁶⁸³ Vide Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, Preámbulo V: «El Título X de esta ley acomete la tarea de reconocer y garantizar un elenco de derechos digitales de los ciudadanos conforme al mandato establecido en la Constitución».

²⁶⁸⁴ Vide Artemi RALLO LOMBARTE, “Del derecho a la protección de datos a la garantía de los nuevos derechos digitales”, en *Tratado de Protección de Datos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 3.

aquellos que deben respetarse dentro del ciberespacio²⁶⁸⁵. Pero, el principio de equivalencia funcional no sirve para todos los problemas que el mundo digital plantea. Si bien, no se pueden tratar de resolver los problemas (nuevos) de nuestro ordenamiento jurídico, con un derecho anticuado y que no está pensado para ese medio.

No obstante, lo que sí se puede advertir es que se configuran en su mayoría como prestacionales, en tanto que, implican el desarrollo de una concreta actividad. Es el caso, por ejemplo, del derecho de acceso a Internet, de la neutralidad de la red, la seguridad o la educación digital. Si bien, todos estos derechos conllevan una obligación cuyo cumplimiento necesita un desarrollo legislativo y una actividad prestacional concreta por parte del ejecutivo. Por ello, junto al elemento formal que es cuanto menos mejorable, se debe incorporar un elemento material, o presupuesto económico de conformidad con las expectativas marcadas. No se puede iniciar este proceso sin un compromiso firme de invertir una parte suficiente del presupuesto público en su configuración. La Administración tiene un papel principal en este proceso, siendo el reflejo de la intencionalidad del Gobierno no para adaptarla simplemente al nuevo medio, sino para innovar desde su origen y sentar las bases del futuro: el diseño de la e-Administración o Administración Digital.

El régimen jurídico de la Administración Pública debe recoger un conjunto de derechos específicos de la ciudadanía en sus relaciones con éstas. En este sentido, el proyecto de Carta de los Derechos Digitales de España recoge una serie de derechos concretos en esta materia en el artículo 16.

En primer lugar, *«se reconoce el derecho de igualdad en el acceso a los servicios públicos y en las relaciones digitales con las Administraciones públicas. A tal fin se promoverán políticas públicas activas que garanticen el acceso a los sistemas y los procedimientos»*. De este modo, se garantiza que los ciudadanos tengan acceso a los servicios públicos, no distinguiendo entre si se prestan en la modalidad presencial digital, así como también, en las relaciones digitales con las Administraciones. Para el cumplimiento efectivo de este derecho, las Administraciones Públicas deben proveer del acceso a los sistemas y procedimientos administrativos. En consecuencia, no aporta nada

²⁶⁸⁵ Vide Moisés BARRIO ANDRÉS, “La nueva estrategia digital de la Comisión Europea: primeras impresiones”, *Diario la LEY CIBERDERECHO*, 34, (2019), p. 3.

nuevo al régimen establecido ya, en tanto que, la Administración tiene la obligación de proveer los sistemas y aplicaciones en cada caso (artículo 12 LPAC).

En segundo lugar, se reconoce que *«el poder público autor de una actividad en el entorno digital deberá identificar a los órganos responsables de la misma»*. Si bien, esto ya estaba reconocido en el ordenamiento jurídico puesto que, el sistema de identificación de las Administraciones Públicas obliga a que se incluya la identidad del personal que realiza la actuación (artículo 40 LRJSP).

En tercer lugar, se manifiesta que: *«el principio de transparencia y de reutilización de datos de las Administraciones públicas guiará la actuación de la Administración digital, de conformidad con la normativa sectorial. En particular, se garantizará el derecho de acceso a la información pública, se promoverá la publicidad activa y la rendición de cuentas y se velará por la portabilidad de los datos y la interoperabilidad de los formatos, sistemas y aplicaciones»*.

Ninguna de estas afirmaciones presenta una novedad dentro del régimen jurídico de la Administración Pública: el principio de transparencia ya forma parte de su sistema de organización y funcionamiento (artículo 3.1. LRJSP); la reutilización de datos y su portabilidad también está contemplada en el artículo 155 de LRJSP; y el derecho a la información pública y la publicidad activa lo recoge el artículo 13 de la LPAC, el artículo 5 y 12 de la LTAPBG; y la interoperabilidad es uno de los principios de funcionamiento de la Administración (artículo 3.2 LRJSP). Si bien, podría significar una novedad por ejemplo que se obligara a la Administración a reutilizar esos datos, pero ni siquiera la Carta opta por esa posibilidad, en tanto que sólo se afirma que *“guiará la actuación administrativa”*, no siendo por tanto un deber al que deba someterse la Administración.

En cuarto lugar, recoge que: *«siempre que sea posible se promoverá la universalidad y la neutralidad de las tecnologías usadas por las Administraciones públicas, así como su diseño y uso conforme a los principios éticos que acompañan a esta Carta. Así mismo se adoptarán las medidas precisas para garantizar que la prestación de los proveedores de servicios que colaboren con ellas por medios digitales se realicen conforme a las disposiciones de esta Carta»*.

En este sentido, el principio de universalidad y neutralidad tecnológica no se desprende de la Administración, sino de las tecnologías que esta utilice. Si bien, esto ya está recogido en el artículo 38.3 de la LRJSP, por lo que tampoco es una novedad.

En quinto lugar, se reconoce que *«se ofrecerán alternativas en el mundo físico que garanticen los derechos de aquellas personas que opten por no utilizar recursos digitales»*.

En este sentido, se plantea un derecho a que las personas puedan elegir si se relacionan o no por medios electrónicos o recursos digitales con la Administración. Si bien, al respecto este es un derecho para algunos sujetos, y un deber para otros muchos. De manera que, si la norma lo contempla como una obligación general, no puede concederse esa potestad de elegir a aquellos sujetos que efectivamente están obligados.

Ahora bien, respecto de para quienes es un derecho, estos pueden elegir la modalidad de relacionarse con las Administraciones y a la par, se reconoce en el artículo 12.2 párrafo segundo de la LPAC, en tanto que afirma que: *«Asimismo, si alguno de estos interesados no dispone de los medios electrónicos necesarios, su identificación o firma electrónica en el procedimiento administrativo podrá ser válidamente realizada por un funcionario público mediante el uso del sistema de firma electrónica del que esté dotado para ello. En este caso, será necesario que el interesado que carezca de los medios electrónicos necesarios se identifique ante el funcionario y preste su consentimiento expreso para esta actuación, de lo que deberá quedar constancia para los casos de discrepancia o litigio»*. En consecuencia, tampoco representa una novedad en sentido estricto.

En sexto lugar, se afirma que: *«los daños causados por actividades o decisiones digitales podrán dar lugar a un derecho a la indemnización por toda lesión que las personas físicas o jurídicas sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, de acuerdo con las leyes»*.

Los supuestos de responsabilidad patrimonial, por este tipo de actuaciones, se han analizado con anterioridad. Si bien, hay que advertir que era bastante complejo que pudiera existir ese derecho de indemnización, puesto que, el cumplimiento de todos los requisitos que exige la norma era complicado que se dieran. No obstante, siempre y cuando se constate su existencia, es natural que se reconozca el derecho a la indemnización por los daños causados.

Y, finalmente, la carta hace una serie de consideraciones específicas sobre el uso de la inteligencia artificial dentro de las Administraciones Públicas, especialmente, en materia del diseño y uso de algoritmos. De manera que, se reconoce el derecho a:

«a) Que las decisiones y actividades en el entorno digital respeten los principios de buen gobierno y el derecho a una buena Administración digital.

b) Un procedimiento de toma de decisiones con las debidas garantías.

c) Obtener una motivación comprensible en lenguaje natural de las decisiones que se adopten en el entorno digital, con justificación de las normas jurídicas relevantes al caso y de los criterios de aplicación de las mismas

d) Que la adopción de decisiones discrecionales quede reservada a personas, salvo que una norma con rango de ley permita la adopción de decisiones automatizadas en este ámbito. Será necesaria una evaluación de impacto en los derechos digitales en el diseño de los algoritmos en el caso de adopción de decisiones automatizadas o semiautomatizadas. En todo caso, serán objeto de aprobación previa de los sistemas algorítmicos que se vayan a usar para la toma de decisiones, con determinación de su ámbito concreto de aplicación y estructura de funcionamiento».

Todas estas consideraciones ya han sido advertidas previamente. Sin embargo, lo que no dice la norma es cómo se van a materializar todos estos derechos. De manera que, no establece obligaciones concretas sobre cómo debe proceder la Administración al respecto. Por ejemplo, cómo garantizar que el procedimiento algorítmico cumpla con las garantías debidas, o cómo se va a trasladar esa motivación comprensible al administrado. Por último, las consideraciones que se realizan sobre la automatización tampoco son acertadas. No todos los procedimientos discrecionales deberían quedar fuera de la automatización, sino únicamente aquellos supuestos en los que haya que ponderar derechos. Por ejemplo, la concesión de una subvención es un procedimiento discrecional, pero que tiene una base motivacional en la que la potestad discrecionalidad se ajusta a los mínimos por parte de las personas.

Además, la Carta hace una consideración especial de los derechos ante la inteligencia artificial en el artículo 23. En primer lugar, se reconoce que:

«en el desarrollo y ciclo de vida de los sistemas de Inteligencia Artificial:

a) Se deberá garantizar el derecho a la no discriminación algorítmica, cualquiera que fuera su origen, causa o naturaleza del sesgo, en relación con las decisiones y procesos basados en algoritmos; b) Se asegurarán la transparencia,

auditabilidad, explicabilidad y trazabilidad; c) Deberán garantizarse la accesibilidad, usabilidad y fiabilidad».

Todas estas son consideraciones necesarias respaldadas por las instituciones europeas, los investigadores y la doctrina española²⁶⁸⁶. Sin embargo, a mi entender, lo que le falta a ese derecho es el procedimiento que permite comprobar que se cumplen todos estos requisitos. De este modo, podría procedimentalizarse este derecho, al igual que ocurre con la información pública, para que todos los ciudadanos, aunque más bien los interesados, puedan verificar que a lo largo del procedimiento administrativo se cumplen todos requisitos. En este sentido, al igual que existe la posibilidad de revisar los cinemómetros en caso de una multa por velocidad, para ratificar que este no ha sido manipulado y que cumple con los límites legales, el legislador debería preverlo para la inteligencia artificial.

En segundo lugar, se reconoce el derecho a *«no ser objeto de una decisión basada únicamente en procesos de decisión automatizada, incluidas aquéllas que empleen procedimientos de inteligencia artificial, que produzcan efectos jurídicos o les afecten significativamente de modo similar, salvo en los supuestos previstos en las leyes. En tales casos se reconocen los derechos a: a) Solicitar una supervisión e intervención humana; b) Impugnar las decisiones automatizadas o algorítmicas».*

Si bien, este derecho ya está reconocido en el Reglamento General de Protección de Datos en el artículo 22, y de igual manera el artículo 41 de la LRJSP. Por ello la única novedad es el derecho a impugnar las decisiones, pero esto es intrínseco a cualquier actuación administrativa, en tanto que, hay un órgano administrativo que es responsable a efectos de impugnación.

Y, en tercer lugar, se reconoce que: *«se deberá informar a las personas sobre el uso de sistemas de Inteligencia Artificial que se comuniquen con seres humanos*

²⁶⁸⁶ Vide Lorenzo COTINO HUESO, “La necesaria actualización de los derechos fundamentales como derechos digitales ante el desarrollo de Internet y las nuevas tecnologías”, en Benigno PENDAS GARCÍA, *España constitucional (1078-2018) trayectorias y perspectivas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, p. 2360: *«En muchos casos los algoritmos no tienen directamente en cuenta los factores especialmente prohibidos, pero sí factores afines como los gustos, el tipo de compras, los barrios donde se mueve, etc., statistical proxies for race, que acaban implicando tener en cuenta los factores especialmente prohibidos»*

utilizando el lenguaje natural en todas sus formas. Deberá garantizarse en todo caso la asistencia por un ser humano a solicitud de la persona interesada».

Esto si se puede considerarse una novedad, el derecho a que una persona nos atienda. Si bien, es cierto que del artículo 13 y 53 de la LPAC, se desprende en todo momento, que hay una persona detrás que posibilita esa actuación, no tienen porqué ser específicamente personas. Por ejemplo, el derecho a ser asistidos en el uso de medios electrónicos con las Administraciones Públicas no implica que detrás de esta actuación tenga que haber un ser humano, puede haber un bot o inteligencia artificial. Sin embargo, cuando se reconoce el derecho a *«ser tratados con respeto y deferencia por las autoridades y empleados públicos, que habrán de facilitarles el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones»*, si que tiene que haber detrás una persona.

En consecuencia, se puede afirmar que el régimen jurídico dispuesto para la protección de los derechos de los ciudadanos es a todas luces insuficiente y muy poco innovador. La Carta podría haber profundizado mucho más en las garantías de estos derechos, determinando los procedimientos concretos que posibilitarían la materialización y su efectivo cumplimiento.

IV. El poder legislativo.

1. Consideraciones previas.

El poder legislativo se materializa en las Cortes Generales que representan al pueblo español, y está formado por el Congreso de los Diputados y el Senado. Las Cortes Generales, dentro de la potestad legislativa que tienen encomendada, se encargan de aprobar sus presupuestos, controlan al Gobierno, así como las demás competencias que la Constitución les atribuye²⁶⁸⁷.

El poder legislativo tiene un amplio potencial para transformar la sociedad, puesto que, el impulso de las leyes de nuestro país emana de sus iniciativas legislativas. Por ello, el diseño de la sociedad digital debe partir desde la actividad legislativa que realiza el Congreso, para establecer el marco jurídico adecuado que instaure el nuevo orden social.

²⁶⁸⁷ Vide CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, de 29 de diciembre de 1978, Artículo 66.

El problema es que la desafección que ha experimentado la ciudadanía por el poder ejecutivo se ha extendido en idénticos términos sobre el poder legislativo. Esta es una de las instituciones que está perdiendo consideración y valor entre los ciudadanos, puesto que, los distintos parlamentos están cada día más alejados de la realidad social y de los novedosos cauces de participación²⁶⁸⁸.

En este sentido, ni su estructura, sistema procedimental de aprobación de las normas, o sus propias funciones ha experimentado ninguna innovación. Más aún si traemos a colación que la experiencia práctica está haciendo que cada vez se adopten menos leyes, orgánicas u ordinarias, y la mayoría de las cuestiones se resuelvan mediante Real Decreto Ley, abusando de este instrumento²⁶⁸⁹. Lo que lleva a afirmar que éste ha sido sin duda el poder del Estado que ha experimentado menores modificaciones, o casi apenas, ha sufrido la transformación digital.

2. El Parlamento Abierto: concepto y caracteres.

Junto a la figura del “Open Government” crece con más fuerza la idea de establecer un “Open Parliament” que se fundamente en idénticos caracteres, y que refuerce, especialmente, la participación ciudadana en el desarrollo normativo. Así, en palabras de la doctrina:

«De la misma manera que el paso del Gobierno electrónico al Gobierno Abierto supone un cambio de paradigma (pues se pasa de las modificaciones en los procedimientos a implantar una nueva forma de gobernar), se trata de estudiar si sucede lo mismo con el Parlamento. Pero dando un paso más allá: se trata de abordar si las TIC pueden mejorar la negativa percepción que se tiene

²⁶⁸⁸ Vide Jacinto M. PORRO GUTIÉRREZ, “La participación ciudadana no es una opción”, en María ZAMBONINO PULITO, *Buen gobierno y buena administración*, Iustel, Madrid, 2019, p. 128: «En definitiva, este modelo de democracia limita la participación de las personas en los asuntos públicos. Impone una lógica restrictiva de la participación y deja como instrumentos únicos de participación política a los partidos políticos. Unos partidos políticos que caban convertidos en los actores principales y exclusivos del modelo de democracia representativa, investidos, como garantes y depositarios de la responsabilidad en la búsqueda de soluciones a los problemas y las demandas de los ciudadanos».

²⁶⁸⁹ A modo de ejemplo, en el año 2018, se aprobaron 5 Leyes Orgánicas, 11 Leyes Ordinarias, 28 Reales Decretos Ley; y en el año 2019 se aprobaron 3 Leyes Orgánicas, 5 Leyes Ordinarias, y 19 Reales Decretos-Ley.

de los representantes mejorando la institución parlamentaria, pero sin traicionar los principios que configuran el sistema representativo»²⁶⁹⁰.

En consecuencia, el Parlamento Abierto se fundamentaría en la misma idea que se perseguía con la construcción del Gobierno Abierto: sopesar las ventajas e inconvenientes que las nuevas tecnologías ofrecen en el desarrollo de esta actividad para mejorar el poder legislativo de nuestro país. Por tanto, no se trata de diseñar un Parlamento electrónico, es decir, de introducir sin finalidad o motivación específica las nuevas tecnologías, simplemente como una herramienta del ejercicio de sus funciones. La idea que se persigue es analizar aquello que necesita cambiar para adaptarse a las necesidades de la sociedad digital, y cuánto pueden aportar la implantación de las nuevas tecnologías para afrontar ese reto. El Parlamento Abierto no es un Parlamento altamente tecnológico o dependiente de las nuevas tecnologías²⁶⁹¹, sino que, es un poder legislativo con un sistema de adopción de normas transparente, que escucha activamente las peticiones de los ciudadanos, y que aprueba normas en consecuencia.

En este sentido ha sido definido por la doctrina, por ejemplo, para Vaquero Pulido, el Parlamento Abierto es:

«aquel que reconoce el derecho de acceso a los ciudadanos a la información parlamentaria, por lo que informe sobre su actividad de forma transparente, en formatos abiertos y entendibles por la ciudadanía, así como escucha activamente lo que la ciudadanía demanda desde distintos canales»²⁶⁹².

Mientras que, para Angulo Parra se identifica con:

«aquel en donde los procesos parlamentarios se pueden seguir, trazar y medir fácilmente porque se apean a los tiempos de los ciudadanos porque aun cuando la obligación de informar es un tema de todos los días, para cumplir con

²⁶⁹⁰ Vide Rafael RUBIO NÚÑEZ y RICARDO VELA NAVARRO-RUBIO, *Parlamento Abierto: el parlamento en el S. XXI*, UOC, Barcelona, 2017, p. 63.

²⁶⁹¹ Vide Elviro ARANDA ÁLVAREZ, “Parlamento Abierto: una visión desde los principios de funcionamiento de las cámaras parlamentarias”, *Revista española de Derecho Constitucional*, 111, (2017), p. 39

²⁶⁹² Vide José Raúl VAQUERO PULIDO, “La brecha digital en la construcción de parlamentos abiertos”, *LinkedIn*, (2017), p. 1 y ss.

la obligación de votar, es necesario dotar al elector de las herramientas necesarias para llevar a cabo su selección de manera informada y racional»²⁶⁹³.

En consecuencia, el Parlamento Abierto se caracterizará por incorporar la tecnología a su funcionamiento cotidiano para adquirir una serie de caracteres nuevos: en primer lugar, deberá ser un Parlamento representativo de la voluntad popular y de la diversidad social; en segundo lugar, la transparencia será el sistema de funcionamiento del Parlamento, de forma que, permita la rendición de cuentas y también la participación y colaboración ciudadana; en tercer lugar, la accesibilidad del Parlamento, un carácter muy vinculado a la transparencia, y para ello, debe establecerse un régimen de contacto directo con los ciudadanos, así como también, el establecimiento de un régimen de participación en la actividad parlamentaria; en cuarto lugar, un parlamento responsable, tanto en el sentido de rendición de cuentas ante el Gobierno, como de los propios electores; en quinto lugar, el Parlamento visto como institución eficaz, es decir, con capacidad suficiente para cumplir con las funciones principales que tiene encomendadas, y para ello deberá contar con los recursos materiales suficientes que le permitan tener autonomía garantizada; y, finalmente, contar con un conjunto de procedimientos para el ejercicio de las funciones legislativa, financiera y de control, y participar en los asuntos internacionales²⁶⁹⁴.

3. Grupo normativo regulador.

3.1. Consideraciones previas.

La concreción del Parlamento Abierto surge a través de la Alianza internacional para el Parlamento Abierto, cuya misión es hacer más accesible la información parlamentaria, fortaleciendo la capacidad de los ciudadanos al invitarlos a participar en los procesos legislativos y fomentando la rendición de cuentas. Si bien, la declaración de parlamento abierto firmada en México el 29 de agosto de 2012, es el primer texto

²⁶⁹³ Vide Carlos Fernando ÁNGULO PARRA, “Que reforma y adiciona diversas disposiciones del Reglamento de la Cámara de los Diputados”, *Gaceta Parlamentaria*, 3979, (2014), p. 112.

²⁶⁹⁴ Vide Rafael RUBIO NÚÑEZ y RICARDO VELA NAVARRO-RUBIO, *Parlamento Abierto: el parlamento en el S. XXI*, o.c., pp. 64-83.

internacional en promover la construcción de un poder legislativo transparente (en todos los niveles). Entre los acuerdos que se adoptan se encuentra la promoción de la cultura de la transparencia, adoptar políticas más consecuentes con este fin sobre la actividad legislativa y los miembros del Parlamento, facilitar el acceso a esa información, o permitir el acceso electrónico y el análisis de la información parlamentaria. No obstante, el texto ha sido firmado por la Unión Europea, pero no por España, por lo que no resulta de aplicación en la actuación legislativa española. De forma que, ni siquiera está en proyecto implantar un parlamento abierto en nuestro país.

En consecuencia, la primera consideración al respecto que hay que realizar es que no existe ninguna norma o plan que tenga como finalidad la implantación específica del Parlamento Abierto en España. En este sentido, los textos legislativos que afectan a al desarrollo de la actividad parlamentaria son normas sectoriales destinadas a la construcción del “Open Government”, pero que, de forma indirecta, también afectan al poder legislativo. Si bien, atendiendo al concepto expuesto, se deben distinguir dos fenómenos distintos: por un lado, la transparencia del poder legislativo, en cuanto a su actuación interna, la cual se encuentra sometida al Derecho Administrativo; y, por otro lado, la participación, seguimiento y control de los ciudadanos del proceso normativo.

3.2. El control de la actividad parlamentaria.

3.2.1. La base constitucional.

La Constitución española señala que la forma de organización política del Estado es la monarquía parlamentaria (artículo 1.3). Esa afirmación lleva al Tribunal Constitucional a reconocer que el Congreso de los Diputados y el Senado son el lugar de entendimiento, en forma de debate, y participación en la cosa pública²⁶⁹⁵. Sin embargo, el acceso a la información que se debate cuenta con límites constitucionales, y no existe un principio de publicidad y transparencia absoluto. Lo que, en sentido contrario, no impide que exista un control de la actividad parlamentaria (artículo 106.1 CE). Como bien explica la doctrina, la publicidad de la actividad parlamentaria es una consecuencia del carácter representativo de las cámaras, puesto que:

²⁶⁹⁵ Vide STC 38/1999, de 22 de marzo, FJ3.

«el derecho de información parlamentaria genera un mayor control social, y, por tanto, una mayor legitimidad (...) la información que obtienen los representantes públicos no es de su propiedad, sino de los ciudadanos, pudiendo defenderse la idea de una obligación de transmitirla en aquellas materias que tienen un interés público y social»²⁶⁹⁶.

Si bien, dentro del control de la actividad parlamentaria hay que distinguir dos derechos independientes: por un lado, el derecho individual de los miembros de la Cámara a obtener información de los poderes públicos, y especialmente del ejecutivo (artículo 7 del Reglamento del Congreso de los Diputados); y, por otro lado, el derecho de los ciudadanos a conocer el desarrollo de la actividad parlamentaria (artículo 23.1 CE). Al objeto de esta tesis interesa analizar el segundo, puesto que, el control interno de la actividad parlamentaria (los límites y derechos de acceso a la información) queda fuera de las comprobaciones que pueden realizar el común de los ciudadanos.

3.2.2. El control de la actividad parlamentaria de las Cámaras: Congreso y Senado.

En materia de control de la actividad parlamentaria por parte de los ciudadanos, resulta de aplicación la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno, al menos a una parte de esa actividad. Si bien, tal y como se ha delimitado, a éstos sólo les afecta la norma en lo que se refiere a actividades sujetas a derecho administrativo, lo que, en consecuencia, restringe su ámbito objetivo (artículo 2.1). Por tanto, la aplicación de las disposiciones de publicidad activa y pasiva estará supeditadas a decisiones que afecten a contratación, personal y administración, en sentido estricto. No obstante, la norma hace un mandamiento expreso para que sean las propias Cámaras (tanto estatales como autonómicas) las que regulen en sus respectivos reglamentos, cómo deben aplicarse las disposiciones sobre publicidad activa y acceso a la información pública²⁶⁹⁷.

²⁶⁹⁶ Vide Xosé Antón SARMIENTO MÉNDEZ, “La información y transparencia en los parlamentos españoles”, *Anuario de Derecho Parlamentario*, 28, (2015). p. 108.

²⁶⁹⁷ Vide Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno, Disposición Adicional Octava.

Antes de un análisis exhaustivo de la materia, en el que se profundice sobre las conclusiones, se advierte de la falta de transparencia de estas instituciones, en tanto que, las disposiciones al respecto solo afectan a la actividad sujeta a Derecho Administrativo y no a toda la actividad parlamentaria y de los parlamentarios, por lo que, la falta de transparencia ya es previsible.

A. El Congreso.

Desde el año 1996, el Congreso de los Diputados difundía la información sobre su actividad en la página web. Sin embargo, con la aprobación la Ley de Transparencia incorpora las previsiones que corresponden en materia de transparencia, a través de la norma para la aplicación de la Ley 19/2013, de fecha 20 de enero de 2015. El ámbito objetivo queda perfectamente delimitado sobre las actividades sujetas a derecho administrativo (tal y como señalaba la legislación básica). Si bien, se reitera el cumplimiento de dos obligaciones distintas: por un lado, la publicidad activa; y, por otro lado, el derecho de acceso a la información pública. En ambos supuestos, la herramienta utilizada para conectar con los ciudadanos será el Portal de Transparencia. De igual manera, el Portal de Transparencia se adecúa a los mismos principios técnicos que se estructuran en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, sobre accesibilidad, interoperabilidad y reutilización de la información²⁶⁹⁸.

En lo que se refiere a la actividad de difusión de información pública, la norma recoge expresamente que, en todo caso, se publicará información relativa a: organización y funciones de la Cámara, actividad de los grupos parlamentarios y de éstos individualmente; información con relevancia jurídica, económica, presupuestaria o contractual; relación con la ciudadanía; actuaciones sobre transparencia y datos abiertos. Además, acerca de la información que se publica sólo se hacen las siguientes previsiones: que sea relevante para garantizar la transparencia; publicada y actualizada de forma periódica; expuesta de manera clara, estructurada y entendible para los interesados; y preferentemente en formato reutilizables²⁶⁹⁹.

²⁶⁹⁸ *Vide* Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno, artículo 4.

²⁶⁹⁹ *Vide* Normas de la Mesa del Congreso de los Diputados, de 20 de enero de 2015, para la aplicación de las disposiciones de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno a la Cámara, en relación con su actividad sujeta a derecho administrativo, artículo 3.

Tal y como se puede observar, las previsiones que se realizan en cuanto al desarrollo de esta obligación son idénticas, a las que se disponen en la legislación básica. De manera que, no existe una obligación en sentido estricto de que la información se encuentre en formato reutilizable, ni tampoco se hacen previsiones acerca del elemento temporal, sobre el tiempo máximo que debe tardar en subirse la información al portal, o cuanto tiempo debe durar expuesta en la plataforma. O, de igual manera, tampoco se indican las medidas que se van a adoptar para que la información se encuentre de forma comprensible, clara y estructurada.

En este sentido, no se contempla ningún límite al ejercicio del derecho de publicidad activa, aunque no caben dudas de que se aplicarán los dispuestos en la normativa básica, en lo que se refiere a los señalados en el artículo 14 y 15 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. De este modo, como advierte la doctrina, es necesario el desarrollo reglamentario de las previsiones legales, de forma suficientemente rigurosa y concienciada con la transparencia²⁷⁰⁰.

Y, por otro lado, en lo que se refiere al derecho de acceso a la información pública, se diferencian dos sujetos encargados de resolver las necesidades de los ciudadanos: por un lado, la Dirección de Comunicación de la Secretaría General que se encargará de las consultas de información que susciten dudas, pero sin que pueda considerarse como parte del procedimiento del derecho de acceso; y, por otro lado, corresponde al Secretario General, resolver las solicitudes de acceso a la información pública que se presenten²⁷⁰¹. Por otro lado, en lo que se refiere al derecho de acceso los límites aplicables son idénticos a los dispuestos en la normativa básica, al igual que las previsiones en materia de acceso parcial a la información pública.

Y, de igual manera se reiteran las previsiones generales de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, en lo que se refiere al procedimiento administrativo, en sentido estricto, de acceso a la información pública, tanto en lo que respecta a la solicitud, tramitación, resolución del procedimiento, sentido negativo del silencio y formalización del acceso.

²⁷⁰⁰ *Vide* Ángel COBACHO LÓPEZ, “Transparencia y poder legislativo”, en Julián VALERO TORRIJOS y Manuel FERNÁNDEZ SALMERÓN, *Régimen jurídico de la transparencia en el Sector Público: del derecho de acceso a la reutilización de la información*, Aranzadi, Navarra, 2014, p. 153.

²⁷⁰¹ *Vide* Normas de la Mesa del Congreso de los Diputados, de 20 de enero de 2015, para la aplicación de las disposiciones de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno a la Cámara, en relación con su actividad sujeta a derecho administrativo, artículo 5.

La única diferencia es que cabe interponer recurso de alzada ante la Mesa del Congreso de los Diputados, tanto en caso de resolución expresa como presunta²⁷⁰², antes de acudir a la vía contenciosa administrativa.

B. El Senado.

El Senado adecúa su régimen de funcionamiento a las previsiones del derecho de acceso a la información a través de la norma reguladora del derecho de acceso a la información pública del Senado de 2 de diciembre de 2014. Pero, no hace ninguna previsión acerca del régimen de publicidad activa, por lo que se entiende que resulta de aplicación lo dispuesto en la normativa básica. No obstante, el Reglamento del Senado hace previsiones acerca de la información que debe publicarse, tanto:

«Se publicarán, en la forma que disponga la Mesa del Senado, todos los anuncios y convocatorias, las altas y bajas en las listas de Senadores, la composición de los Grupos parlamentarios que se constituyan, así como las variaciones que sufran, los proyectos y proposiciones de ley, las enmiendas, los informes de Ponencias, los dictámenes de las Comisiones y votos particulares, las mociones, las interpelaciones, las preguntas, los mensajes motivados que deben acompañar los textos remitidos al Congreso de los Diputados con las enmiendas aprobadas por el Senado, y cualesquiera otros textos cuya publicación sea exigida por el presente Reglamento»²⁷⁰³.

En consecuencia, se entiende que el Senado tiene la obligación de publicar toda la información que se recoge en el artículo 191.1, así como toda aquella que dispone la normativa básica, en materia de actuaciones administrativas. La publicidad de la información, por decisión de la mesa, se agrupó en el Portal Transparencia, siguiendo el ejemplo del Congreso²⁷⁰⁴. De igual manera, resultarán de aplicación los límites al

²⁷⁰² Vide Normas de la Mesa del Congreso de los Diputados, de 20 de enero de 2015, para la aplicación de las disposiciones de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno a la Cámara, en relación con su actividad sujeta a derecho administrativo, artículo 17.

²⁷⁰³ Vide Texto refundido del Reglamento del Senado aprobado por la Mesa del Senado, oída la Junta de Portavoces, en su reunión del día 3 de mayo de 1994, artículo 191.1.

²⁷⁰⁴ <https://www.senado.es/web/relacionesciudadanos/transparencia/index.html>

ejercicio de esta actividad que se imponen en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, en los artículos 14 y 15.

En lo que se refiere, al derecho de acceso a la información pública, el ámbito objetivo se extiende a toda la actividad parlamentaria y aquella sujeta a derecho administrativo²⁷⁰⁵. Si bien, alguna de las características más importantes que se regulan, es que se reconoce el derecho de acceso desde una perspectiva amplia, sin necesidad de identificarse electrónicamente; y existe una preferencia clara de tramitación electrónica del procedimiento. En el resto de las consideraciones, el procedimiento de acceso, tanto iniciación, tramitación y resolución sigue los parámetros de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre. Como singularidad, se reconoce el derecho de recurso potestativo de reposición a toda resolución expresa o presunta ante la Mesa del Senado²⁷⁰⁶, previa a la interposición del recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo²⁷⁰⁷.

3.2.3. La situación de las Cortes autonómicas y las entidades locales.

Y, de igual manera, las Comunidades Autónomas y las entidades locales también debían adaptar su régimen a las disposiciones y obligaciones contenidas en la ley, en un plazo máximo de dos años²⁷⁰⁸. Tal y como advierte la doctrina, esta es:

*«una buena práctica para la implementación de una política de transparencia que las principales normas de aplicación estén incorporadas en la regulación reglamentaria en lugar de normas de segundo nivel»*²⁷⁰⁹.

De esto modo, todos los parlamentos autonómicos y entidades locales han incorporado, de forma paulatina, las previsiones en materia de transparencia y derecho de

²⁷⁰⁵ Vide Norma reguladora del derecho de acceso a la información pública del Senado, aprobada por la Mesa del Senado en su reunión del día 2 de diciembre de 2014, artículo 2.

²⁷⁰⁶ *Ibidem* Artículo 13

²⁷⁰⁷ *Ibidem* Artículo 12.

²⁷⁰⁸ Vide Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno, Disposición Final novena.

²⁷⁰⁹ Vide Miguel Ángel GONZALO ROZAS, “Parlamento Abierto en las Cortes de Aragón”, *Revista de las Cortes Generales*, 105, (2018), p. 225.

acceso a la información pública, en su mayoría, incorporando estas previsiones en el portal de transparencia.

El problema es que, tal y como advierte la doctrina, no se trata de que cada uno de los parlamentos tenga una web dedicada a la transparencia, puesto que se corre el riesgo de confundir la transparencia de las instituciones con la herramienta con la que se lleva a cabo²⁷¹⁰. Si bien, hasta la fecha, el Índice de Transparencia Parlamentaria es el que se encarga de medir, a través de diferentes indicadores, el nivel de transparencia de los parlamentos. Sin embargo, no se evalúa la calidad de la información ni tampoco la calidad de la gestión de las instituciones, sino únicamente, si la información está o no disponible, lo que podría ser muy útil para el diseño del nuevo Parlamento²⁷¹¹.

3.3.La participación ciudadana en los procedimientos normativos.

3.3.1. Consideraciones previas.

La participación ciudadana en el proceso legislativo se torna vital para establecer el Gobierno del S.XXI. Sin embargo, las medidas adoptadas hasta el momento, tal y como se expondrá, son escasas e ineficientes. En este sentido, la doctrina diferencia entre las herramientas de participación ciudadana generales (como la audiencia pública, las peticiones, quejas o denuncias), de aquellas que utilizan las TIC, como por ejemplo los encuentros digitales en abierto, las plataformas digitales de participación o los proyectos de e-democracia (un ejemplo es la Cámara de los diputados de Brasil)²⁷¹².

Sin embargo, el uso de las nuevas tecnologías en la participación ciudadana no viene a suplantar o sustituir a las formas convencionales, sino a mejorar el proceso normativo con los instrumentos que el resto de la sociedad tiene a su disposición. Así, como ha señalado la doctrina:

²⁷¹⁰ Vide David CABO, “Cívica y el Open Data”, Irene RAMOS VIELBA, Miguel Ángel GONZALO ROZAS, Eva CAMPOS DOMÍNGUEZ, *Parlamentos abiertos a la sociedad: participación y monitorización*, Fundación Ideas, Madrid, 2013, p. 62.

²⁷¹¹ Vide Rafael RUBIO NÚÑEZ y RICARDO VELA NAVARRO-RUBIO, “Parlamento Abierto en España”, *Revista General de Derecho Constitucional*, 27, (2018), p. 24.

²⁷¹² Vide Rafael RUBIO NÚÑEZ y Ricardo VELA NAVARRO-RUBIO, *El Parlamento Abierto: el parlamento del S. XXI*, Editorial UOC, Barcelona, 2017, pp. 19 y ss.

«(...) no se trata de generar apariencia de participación, ni de prometer a los ciudadanos un papel decisorio que no les corresponde en el diseño actual de la democracia, se trata implementar procedimientos ofreciendo espacios de deliberación democrática de carácter público y abiertos»²⁷¹³.

No obstante, al objeto de esta tesis la participación ciudadana en el proceso normativo no tiene un medio más idóneo de canalizarse que a través de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación. Por ello, me centraré en el análisis de estas vías de participación con una herramienta tecnológica en nuestro ordenamiento jurídico.

3.3.2. El Parlamento Europeo: las posibilidades de participación.

La democracia representativa²⁷¹⁴ dentro de la Unión Europea goza de menor aceptación social, en tanto que, no es un Estado con un pueblo, en sentido estricto, el que adoptan las decisiones, sino que, es la agrupación de distintos Estados, por lo que no existe un sentimiento de identidad. Por ello, la Unión Europea encuentra a través de los mecanismos de participación²⁷¹⁵ la legitimación de la democracia.

El artículo 11.1 del Tratado de la Unión Europea reconoce que: *«Las instituciones darán a los ciudadanos y a las asociaciones representativas, por los cauces apropiados, la posibilidad de expresar e intercambiar públicamente sus opiniones en todos los ámbitos de actuación de la Unión»*. Para el ejercicio de esa participación ciudadana se recogen tres mecanismos de la democracia participativa, como son la iniciativa ciudadana, la consulta pública, y el derecho de petición.

La iniciativa ciudadana supone una actuación de la ciudadanía que precede a los poderes públicos, al instar a la Comisión la elaboración de un procedimiento normativo, siempre y cuando esté dentro de sus competencias. De este modo, las iniciativas

²⁷¹³ Vide Rafael RUBIO NÚÑEZ, *Parlamentos Abiertos. Tecnología y redes para la democracia*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2014, p. 413

²⁷¹⁴ Vide TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA, Lisboa, artículo 10.1: *«El funcionamiento de la Unión se basa en la democracia representativa»*.

²⁷¹⁵ *Ibidem* Artículo 10.3: *«Todo ciudadano tiene derecho a participar en la vida democrática de la Unión. Las decisiones serán tomadas de la forma más abierta y próxima posible a los ciudadanos»*.

ciudadanas se convierten en un indicador de las necesidades sociales, lo que viene a dotar al proceso legislativo de mayor legitimidad democrática. La iniciativa ciudadana cuenta con el respaldo legal del artículo 11.4 en el Tratado de la Unión Europea:

«Un grupo de al menos un millón de ciudadanos de la Unión, que sean nacionales de un número significativo de Estados miembros, podrá tomar la iniciativa de invitar a la Comisión Europea, en el marco de sus atribuciones, a que presente una propuesta adecuada sobre cuestiones que estos ciudadanos estimen que requieren un acto jurídico de la Unión para los fines de la aplicación de los Tratados».

El procedimiento y condición para su ejercicio se encuentra recogido en el artículo 24 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, cuyo desarrollo se regula en el Reglamento (UE) 2019/788 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019 sobre la iniciativa ciudadana europea. El ejercicio de este derecho es procedimental en dos fases: en primer lugar, de verificación por parte de la Comisión de que la propuesta legislativa cumple con los requisitos necesarios; y superada ésta, se pasa a la segunda fase que consiste en acreditar el número de firmas necesarias y reunir el resto de los requisitos formales y materiales que solicita la norma. Si bien, en cuanto a su procedimiento destaca la creación de un sistema central (artículo 10) e individual (artículo 11) de recogida en línea de las declaraciones de apoyo al grupo de organizadores.

Una vez que se ha superado la fase de registro, la petición no tiene una auténtica fuerza vinculante para las instituciones, en tanto que, sólo supone una invitación o sugerencia para que la Comisión valore la posibilidad de emprender la acción legislativa, puesto que, no tiene la obligación de someterla a los órganos legislativos de la Unión²⁷¹⁶. De este modo, tal y como advierte la doctrina, la discrecionalidad política de la Comisión para decidir si la somete a propuesta de desarrollo legal es amplísima, lo que viene a contrastar con la estructura procedimental del derecho. Asimismo, la Comisión sólo tiene que motivar porqué no somete la propuesta al Parlamento²⁷¹⁷. En consecuencia, la iniciativa legislativa, tal y como se encuentra reglada está lejos de convertirse en una

²⁷¹⁶ Aunque el Parlamento y el Consejo tienen capacidad para solicitar la adopción de propuestas normativas, la iniciativa legislativa reside exclusivamente en la Comisión.

²⁷¹⁷ Vide María Jesús GARCÍA GARCÍA, “Participación ciudadana y normas europeas: un potencial por explotar”, *Revista Vasca de Administración Pública*, 117, (2020), pp. 118 y ss.

auténtica herramienta de participación ciudadana, puesto que, el derecho subjetivo está reducid al mínimo, dado que, ni siquiera se detallan los motivos por los que la Comisión puede negarse a tramitarla.

Sin embargo, las consultas públicas ni siquiera cuentan con un régimen normativo en sentido estricto. En el ámbito comunitario, éstas se desarrollan en la fase previa al desarrollo normativo, lo que permite que, los ciudadanos potencialmente afectados por éstas puedan dar su opinión sobre el asunto a la Comisión²⁷¹⁸. Si bien, el Protocolo 2, sobre los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, de 17 de diciembre de 2007, establece en el artículo 2 que:

«Antes de proponer un acto legislativo, la Comisión procederá a amplias consultas. Estas consultas deberán tener en cuenta, cuando proceda, la dimensión regional y local de las acciones previstas. En casos de urgencia excepcional, la Comisión no procederá a estas consultas. Motivará su decisión en su propuesta».

En este sentido el Acuerdo institucional de 13 de abril de 2016, sobre la mejora de la legislación, manifiesta en el artículo 19 que:

«(...) la Comisión, antes de la adopción de su propuesta, efectuará consultas públicas de forma abierta y transparente, garantizando que las modalidades y plazos de dichas consultas públicas, permitan una participación lo más amplia posible. En particular, la Comisión impulsará la participación directa de las pymes y otros usuarios finales en las consultas, incluidas las consultas públicas por internet. Los resultados de dichas consultas públicas y consultas a los interesados se comunicarán sin dilación a ambos colegisladores y se harán públicos».

Mientras que, la posibilidad de realizar nuevas consultas en fase legislativa al Parlamento y al Consejo se encuentra recogido en el Acuerdo institucional de 13 de abril de 2016, sobre la mejora de la legislación, contempla la posibilidad de hacer consultas durante todo el proceso normativo, en el artículo 22:

²⁷¹⁸ Vide Víctor CUESTA LÓPEZ, “The Lisbon treaty’s provisions on Democratic Principles: a legal framework for participatory democracy”, *European Public Law*, 16, (2010), pp. 123 y ss.

«En el contexto del ciclo legislativo, las evaluaciones de la legislación y las políticas vigentes, basadas en la eficiencia, la eficacia, la pertinencia, la coherencia y el valor añadido, deben servir de base para la evaluación de impacto de otras opciones de actuación. Para apoyar esos procesos, las tres Instituciones conviene en establecer en la legislación, en su caso, requisitos de información, seguimiento y evaluación, evitando al mismo tiempo un exceso de regulación y de cargas administrativas, en particular para los Estados miembros. Cuando proceda, esos requisitos podrán incluir indicadores mensurables que sirvan para recopilar datos sobre los efectos de la legislación en la práctica».

Sin embargo, la práctica demuestra que las consultas públicas quedan limitadas a la fase prelegislativa y al control posterior de éstas. Si bien, estas son las previsiones que se hacen acerca de la participación ciudadana en el proceso normativo, por lo que, es fácilmente constatable que no existe un desarrollo legal de estos preceptos que permita comprobar su ejercicio²⁷¹⁹. No obstante, si que existen algunas previsiones en esta materia, aunque sin fuerza jurídica como es el caso de la Comunicación de la Comisión (2002) 704, de 11 de diciembre, *“Hacia una cultura reforzada de consulta y diálogo - Principios generales y normas mínimas para la consulta de la Comisión a las partes interesadas”*. De este modo, la falta de instrumentos normativos vinculantes constituye el principal obstáculo a salvar para implantar una auténtica cultura de la participación ciudadana.

Por último, estaría el derecho de petición. El problema es que este derecho permite la petición ante las instituciones de la Unión de sobre temas individuales o que afectan a una colectividad concreta, por lo que su éxito no repercute sobre la globalidad. De este modo, al objeto de esta tesis, no tiene tanta importancia como lo que representan los anteriores. No obstante, el derecho de petición se encuentra reconocido en el Tratado de la Unión Europea en el artículo 24, y concretado en el 227:

«Cualquier ciudadano de la Unión, así como cualquier persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, tendrá derecho a presentar al Parlamento Europeo, individualmente o asociado con

²⁷¹⁹ Vide Francisco CABALLERO SANZ, “La evaluación en la Unión Europea”, en Francesc PAU I VALL y Javier PARDO FALCÓN, *La evaluación de las leyes*, Tecnos, Madrid, 2006, pp. 149 y ss.

otros ciudadanos o personas, una petición sobre un asunto propio de los ámbitos de actuación de la Unión que le afecte directamente».

El régimen jurídico del ejercicio del derecho se complementa en el Reglamento del Parlamento Europeo en los artículos 215 y siguientes. Si bien, como datos destacables en cuanto a su tramitación, destaca la presentación de las peticiones a través del correo electrónico o en el Portal de peticiones (artículo 215.7). El problema es que, al igual que ocurre en los supuestos anteriores, el éxito de la petición depende de la aprobación de la Comisión, y aunque, en este caso si que se manifiesta la necesidad de que al menos sea aprobada por 1/3 de la Cámara, continúa estando bajo su poder la continuación de su tramitación. Tal y como se puede observar, la participación ciudadana en la elaboración de las normas comunitarias, en general, es mejorable en el aspecto, formal y material, puesto que, las previsiones no son suficientes. Más aún, si se quiere optar por un Parlamento Abierto.

3.3.3. El ordenamiento jurídico español: la base legal.

La participación ciudadana en los asuntos públicos es una exigencia propia de la democracia²⁷²⁰, cuyo contenido se reafirma según lo dispuesto en el artículo 9.2 CE, en tanto que, corresponde a los poderes públicos *«facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social»*. Si bien, la democracia participativa tiene como finalidad consensuar las acciones del poder legislativo, a la par que, se institucionaliza su coordinación en el proceso normativo. El objetivo es producir una legislación de calidad, es decir, que sea eficiente, eficaz y proporcionada, y no resulte gravosa para los destinatarios²⁷²¹.

A nivel nacional la participación ciudadana se sustenta en la iniciativa legislativa popular (artículo 67.3 CE)²⁷²² y el derecho de petición a las Cortes (artículo 29 y 77

²⁷²⁰ Vide Leopoldo TOLIVAR ALAS, “Principio de participación”, en Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, *Los principios jurídicos del derecho administrativo*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 946 y ss.

²⁷²¹ Vide Javier GUILLEM CARRAU, “La mejora de los entornos normativos y la competitividad económica el ajuste regulatorio (REFIT) de la Unión Europea”, *Anuario de derecho parlamentario*, 28, (2015), p. 204.

²⁷²² Vide Ley Orgánica 3/1984, de 26 de marzo, reguladora de la iniciativa legislativa popular; Vide Reglamento del Congreso de los Diputados, 24 de febrero de 1982, artículo 127: *«Las proposiciones de ley de las Comunidades Autónomas y las de iniciativa popular serán examinadas por la Mesa del Congreso a*

CE)²⁷²³. Mientras que, en las Comunidades Autónomas, hay algunas referencias a la iniciativa legislativa popular autonómica, las comparecencias parlamentarias, las preguntas y las enmiendas ciudadanas²⁷²⁴.

Y, en el ámbito local, es la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, en el artículo 70 bis y 71, que recogen la consulta popular y el referéndum respectivamente. Además, los ciudadanos no tienen sólo el derecho de participar, sino también, de ser oídos tanto en el procedimiento de elaboración de disposiciones, como de los actos administrativos [artículo 105 a) y c) CE]. Si bien, éste ha sido incluido como uno de los principios de funcionamiento de las Administraciones Pública, en tanto que se advierte que la actuación y relaciones se regirán por la participación, objetividad y transparencia de la actuación administrativa (art. 3.1 LRJSP).

Sin embargo, durante años, la doctrina ha manifestado la insuficiencia de participación ciudadana en el desarrollo del procedimiento de elaboración de normas. Si bien, para Melero, la regulación actual es deudora de la que existía con anterioridad a la Constitución y pensada para una democracia orgánica²⁷²⁵. O, Ponce Solé quién ha advertido la necesidad de reorientar el procedimiento de elaboración de normas hacia perspectivas de mejora de la calidad y del resultado final, lo que pasa,

efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos. Si los cumplen, su tramitación se ajustará a lo previsto en el artículo anterior, con la única especialidad de que en las de iniciativa de una Asamblea de la Comunidad Autónoma la defensa de la proposición en el trámite de toma en consideración corresponderá a la Delegación de aquella».

²⁷²³ Vide Ley Orgánica 4/2011, de 12 de noviembre, reguladora del Derecho de Petición; Vide Reglamento del Congreso de los Diputados, 24 de febrero de 1982, artículo 49.2: «La Comisión examinará cada petición, individual o colectiva, que reciba el Congreso de los Diputados y podrá acordar su remisión, según proceda, por conducto del Presidente de la Cámara: 1º. Al Defensor del Pueblo. 2º. A la Comisión del Congreso que estuviere conociendo del asunto de que se trate. 3º. Al Senado, al Gobierno, a los Tribunales, al Ministerio Fiscal o a la Comunidad Autónoma, Diputación, Cabildo o Ayuntamiento a quien corresponda»; Vide Texto refundido del Reglamento del Senado aprobado por la Mesa del Senado, oída la Junta de Portavoces, en su reunión del día 3 de mayo de 1994, artículo 194: «Siempre que sean admitidas a trámite las peticiones, los dictámenes correspondientes de la Comisión se incluirán en alguna de las publicaciones oficiales de la Cámara. En todo caso, la Comisión acusará recibo de la petición y comunicará al peticionario el acuerdo adoptado».

²⁷²⁴ Vide Reglamento de las Cortes Generales de Aragón, 28 de junio de 2017, Título XVIII; Vide Reglamento del Parlamento de Cataluña, aprobado por el Pleno del Parlamento, en sesión celebrada el día 22 de diciembre de 2005, Título VI, Capítulo V; Vide Acuerdo de 25 de marzo de 2015, del Pleno de Les Corts, por el que se aprueba la reforma del Reglamento de Les Corts, Título XV BIS; Vide Resolución de 22 de noviembre de 2007, de la Presidencia del Parlamento de Andalucía, por la que se da publicidad a la reforma del Reglamento del Parlamento de Andalucía, Título V, Capítulo II.

²⁷²⁵ Vide Eduardo MELERO ALONSO, «La democracia orgánica y el trámite de audiencia en la elaboración de reglamentos», *Revista de Estudios Políticos*, 2004, pp. 237 y ss.

irremediablemente, por un proceso de participación ciudadana “lo más amplio y profundo” que pueda conseguirse²⁷²⁶. Mientras que, Alonso Timón advierte que:

«La necesidad de una exigencia social de participación ciudadana a través de los cauces institucionales habilitados para ella es palpable en nuestro país y deseable en el corto, el medio y el largo plazo. La participación ciudadana fuera de los cauces institucionales acarrea descrédito, desconfianza, inseguridad jurídica y social y sacude la paz social»²⁷²⁷.

3.3.4. La reforma del régimen jurídico: better and Smart.

A. La motivación que subyace.

Tal y como afirma la doctrina, la importancia de una buena o mala regulación es esencial para un país, puesto que, impone cargas innecesarias a los ciudadanos y empresas, quebrantando el principio de seguridad jurídica²⁷²⁸. Si bien, la fundamentación del régimen jurídico del proceso de elaboración de las normas se fundamenta en la mejora de la producción normativa, basada en el “Better and Smart Regulation”, para simplificar el proceso normativo y reducir las cargas administrativas²⁷²⁹.

Para ello, se promueve un control de las normas, ex ante, durante y ex post, así como la participación de los ciudadanos y las empresas en los procesos de elaboración normativa. Si bien, el concepto de legislación inteligente tiene un trasfondo económico que defiende la idea de que no se trata de regular más, sino de hacerlo de una forma más efectiva, considerando la importancia de mantener un entorno económico atractivo y flexible para el sector privado²⁷³⁰. De esta forma, se pretende establecer unas bases

²⁷²⁶ Vide Juli PONCE SOLÉ, “La calidad en el desarrollo de la discrecionalidad reglamentaria: teorías sobre la regulación y adopción de buenas decisiones normativas por los Gobiernos y Administraciones”, *Revista de Administración Pública*, 163, (2003), pp. 90 y ss.

²⁷²⁷ Vide Antonio Jesús ALONSO TIMÓN, “La participación ciudadana, transparencia y técnica normativa en las Leyes 39 y 40 de 2015. Los principios de buena regulación”, *Asamblea*, 34, (2016), p. 83.

²⁷²⁸ *Ídem* p. 100.

²⁷²⁹ Vide COMISIÓN EUROPEA, Comunicación (2010) 543, de 8 de octubre, al Parlamento Europeo al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las regiones: *normativa inteligente en la UE*, Bruselas, p. 3.

²⁷³⁰ Vide PARLAMENTO EUROPEO, CONSEJO DE LA UNIÓN Y LA COMISIÓN EUROPEA, *Acuerdo de 13 de abril de 2016, interinstitucional sobre la mejora de la legislación*, Estrasburgo, Considerando segundo.

comunes de iniciativa legislativa y potestad reglamentaria, en todos los niveles de actuación territorial, para:

«asegurar su ejercicio de acuerdo con los principios de buena regulación, garantizar de modo adecuado la audiencia y participación de los ciudadanos en la elaboración de las normas y lograr la predictibilidad y evaluación pública del ordenamiento, como corolario imprescindible del derecho constitucional a la seguridad jurídica»²⁷³¹.

La finalidad intrínseca que se persigue con esta modificación es conseguir la participación ciudadana en el procedimiento previo a la elaboración de la norma, o pre-normativo, siguiendo con las pautas marcadas para la consecución del Parlamento Abierto. Si bien, copiando el modelo norteamericano, la técnica que se pretende incorporar en nuestro ordenamiento es la denominada como *eRulemaking*, la cual, incorpora el elemento tecnológico o digital en la elaboración de los procedimientos normativos. La doctrina la define como:

«es un modo de gestión de los procedimientos dirigidos a la producción de normas que se caracteriza por la utilización de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación más allá de los sitios web, porque posibilita la incorporación a este procedimiento de herramientas tales como la posibilidad de formular alegaciones por vía electrónica o la celebración de reuniones abiertas al público, así como el empleo de redes sociales, blogs u otras aplicaciones con la finalidad de aumentar la transparencia y participación de los ciudadanos»²⁷³².

En adición, mediante el uso de esta técnica se persigue la consecución de una serie de propósitos como: dar legitimidad democrática a las leyes acordadas, como una representación de la voz del pueblo; mejorar la calidad de la regulación, ya que se obtiene información previa adicional que permite conocer mejor la situación en la que se encuentra la cuestión; normalmente tiene mayor eficiencia, puesto que, reduce los costes

²⁷³¹ Vide Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, Exposición de Motivos, IV.

²⁷³² Vide Luis ARROYO JIMÉNEZ, “Participación electrónica y elaboración de normas administrativas en España y en los Estados Unidos de América”, en Isaac Martín delgado, *La reforma de la Administración electrónica: una oportunidad para la innovación desde el derecho*, o.c., 233.

de funcionamiento; y existe un hipotético mayor grado de cumplimiento de la norma, al haber sido acordada por sus destinatarios²⁷³³.

B. Las modificaciones que se incorporan.

En este sentido, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, en la Disposición Adicional segunda, determina que la AGE debe acometer una revisión y simplificación de la normativa de su ordenamiento jurídico, derogando aquellas normas que estén obsoletas o modificando aquellas que lo necesiten. Para ello, la Secretaría de Estado de las Relaciones con las Cortes elaborará un Plan de Calidad y Simplificación Normativa. Si bien, se ha creado un órgano concreto (la Oficina de Coordinación y Calidad Normativa) que se encarga de realizar esta función²⁷³⁴.

Si bien es cierto, con la reforma de la ley de procedimiento administrativo, se incluye una modificación sobre el procedimiento de elaboración de normas con rango de Ley y reglamentos. La Ley 39/2015, de 1 de octubre, incluye novedades en la evaluación del proceso normativo y reglamentario durante todo el proceso de la norma²⁷³⁵: incorporando los principios de buena regulación [necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, y eficiencia (artículo 129)]; la revisión periódica de la normativa vigente, y su adaptación a los principios de buena regulación (artículo 130); la planificación normativa (artículo 132), y la participación de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de las normas (artículo 133).

Y, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, modifica en algunos aspectos importantes la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, donde se incluye el artículo 26.9, indicando que el Ministerio de la Presidencia se encargará de la coordinación y calidad normativa; y se crea el artículo 28, a partir del cual se genera la obligación de que el Consejo de Ministros debe aprobar un informe anual donde se refleje el grado de cumplimiento del Plan Anual Normativo del año anterior. A pesar de las previsiones

²⁷³³ *idem* pp. 234-235.

²⁷³⁴ *Vide* Real Decreto 1081/2017, de 29 de diciembre, por el que se establece el régimen de funcionamiento de la Oficina de Coordinación y Calidad Normativa.

²⁷³⁵ *Vide* Dolors CANALS AMETLLER, “El proceso normativo ante el avance tecnológico y la transformación digital (inteligencia artificial, redes sociales y datos masivos)”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 50, (2019), p. 5: «el conjunto de acciones y fases sucesivas tendentes a la toma de una decisión pública de carácter normativa que constituye un ciclo de vida o de vigencia de una norma jurídica hasta el momento final en el que deja de formar parte del ordenamiento jurídico».

legales la práctica administrativa sigue encontrándose con problemas para encajar la evaluación del impacto normativo, tanto en su versión analítica, como en la documentada²⁷³⁶.

Mientras que, en lo que se refiere a la participación ciudadana de manera digital en las cámaras legislativas españolas, encontramos parlamentos autonómicos que sí regulan de manera específica esta figura. En un nivel alto de participación se encuentran los parlamentos de Cataluña, Navarra, Castilla y León, la Rioja, Galicia, Aragón y País Vasco; en un nivel medio o participación moderada se encuentra Asturias, Extremadura, Madrid y Murcia; y con escasa o nula incidencia Baleares, Castilla La Mancha, Andalucía y Valencia²⁷³⁷. Según advierte la doctrina, en la mayoría de los casos se trata de plataformas online de participación cuyo acceso es sencillo, el usuario debe identificarse, la participación está moderada, hay plena libertad sobre los temas, se resumen las aportaciones realizadas o todo el proceso de participación digital es accesibles a través de la web²⁷³⁸.

3.3.5. Las modalidades de participación ciudadana en la elaboración de normas y el uso de nuevas tecnologías.

Al objeto de esta tesis, interesa especialmente la incorporación de la participación ciudadana previa a elaboración de las normas y que fomente el uso de las nuevas tecnologías, en tanto que, se convierte en un carácter necesario para construir el “Open Government y Parliament”. El artículo 133 de la Ley del Procedimiento Administrativo Común articula tres vías de participación distintas de los ciudadanos: una a través de consultas públicas generales (artículo 133.1); otra mediante un trámite de audiencia personalizada (artículo 133.2); y otra cuando ya está elaborado el texto (artículo 133.2).

²⁷³⁶ Vide Dolors CANALS AMETLLER, “Transparencia y nuevos cauces de participación de la sociedad civil en el proceso normativo”, *ICE*, 907, (2019), P. 94.

²⁷³⁷ Vide Rafael RUBIO NÚÑEZ y RICARDO VELA NAVARRO-RUBIO, “Parlamento Abierto en España”, *Revista General de Derecho Constitucional*, 27, (2018), pp. 40 y ss.

²⁷³⁸ Vide José Ignacio NAVARRO MÉNDEZ, y Vicente NAVARRO MARCHANTE, “La participación ciudadana en los procedimientos parlamentarios de las Comunidades Autónomas: una vía eficaz para combatir la fatiga del Parlamento”, *Asamblea*, 35, (2016), pp. 149 y ss.

A. La consulta pública.

En primer lugar, la participación en forma de consulta pública se efectuará con carácter previo a la elaboración del texto, a través de la web de la Administración competente, señalando los problemas que se pretenden solucionar, la necesidad de su aprobación, los objetivos de la norma y las posibles alternativas a la problemática. Sin embargo, el ámbito subjetivo se limita a «*los sujetos y de las organizaciones más representativas potencialmente afectados por la futura norma*»²⁷³⁹. En consecuencia, la finalidad de la norma no es conseguir la “opinión pública” de forma general, sino que, llama a participar en la elaboración a los sectores más representativos, o que puedan ser potenciales destinatarios del texto a aprobar. De tal modo, éste se limita a aquellos que puedan verse afectados, tanto de forma negativa como positiva, por el texto a desarrollar.

La doctrina entiende que, esto es un error del legislador que, en palabras de Arroyo Jiménez, intenta corregir haciendo una interpretación extensiva del precepto, en atención a la finalidad que persigue la norma según lo expuesto en el preámbulo:

*«En virtud de una interpretación teleológica del precepto que atienda a la voluntad del legislador de ampliar la participación de los ciudadanos en el momento de impulsar la actividad normativa de la Administración, la práctica administrativa y los órganos jurisdiccionales deben entender estas disposiciones en el sentido de que permiten participar en la consulta a cualquier persona que lo desee, pero una cuestión tan relevante como ésta hubiera debido quedar resuelta más limpiamente por el legislador»*²⁷⁴⁰.

La norma recoge de forma explícita que la consulta pública deberá celebrarse a través del portal web de la Administración competente. Sin embargo, el Tribunal Constitucional mediante sentencia 55/2018, ha declarado que esta previsión legal es de carácter básico, puesto que, parece ser el instrumento vehicular más adecuado en la toma de decisiones públicas, atendiendo al escenario futuro de transformación digital (FJ 7). Pero, no se convierte en un instrumento obligatorio, puesto que, entiende el TC que:

²⁷³⁹ Vide Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, artículo 133.1.

²⁷⁴⁰ Vide Luis ARROYO JIMÉNEZ, “Participación electrónica y elaboración de normas administrativas en España y en los Estados Unidos de América”, en Isaac Martín delgado, *La reforma de la Administración electrónica: una oportunidad para la innovación desde el derecho*, o.c., p. 248.

«descienden a cuestiones procedimentales de detalles desbordando el ámbito de lo básico: vulneran por ello las competencias estatutarias de las Comunidades Autónomas en relación con la elaboración de sus propias disposiciones administrativas (FJ 7)».

En consecuencia, la novedad que presentaba este artículo queda relegada, a convertirse en un instrumento más de participación posible, junto con los convencionales o los ya reconocidos. De este modo, las Comunidades Autónomas tienen libertad absoluta para realizar esa actividad por cualquiera de los medios reconocidos en derecho, y esta disposición es únicamente aplicable a las normas que provengan de la AGE²⁷⁴¹.

B. La audiencia.

El segundo mecanismo de participación previsto es el denominado como convencional por su consideración en la normativa anterior, que consiste en la audiencia personalizada previa tramitación parlamentaria de aquellas personas directamente afectadas:

«Sin perjuicio de la consulta previa a la redacción del texto de la iniciativa, cuando la norma afecte a los derechos e intereses legítimos de las personas, el centro directivo competente publicará el texto en el portal web correspondiente, con el objeto de dar audiencia a los ciudadanos afectados y recabar cuantas aportaciones adicionales puedan hacerse por otras personas o entidades»²⁷⁴².

Este mecanismo es lo que se ha denominado por la doctrina como audiencia directa²⁷⁴³. Sin embargo, la norma genera la obligación de publicar el texto en el portal web corresponde, con la finalidad de dar audiencia pública a los posibles interesados, y

²⁷⁴¹ Vide [https://portal.mineco.gob.es/es-es/ministerio/participacionpublica/Paginas/Participacion_publica_\(presentacion\).aspx](https://portal.mineco.gob.es/es-es/ministerio/participacionpublica/Paginas/Participacion_publica_(presentacion).aspx)

²⁷⁴² Vide Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, artículo 133.2.

²⁷⁴³ Vide Manuel FERNÁNDEZ SALMERÓN, “La potestad reglamentaria. El procedimiento de elaboración de los reglamentos”, en Eduardo GAMERO CASADO, *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, Tirant, Valencia, 2017, p. 2457.

de recabar cuantas aportaciones adicionales puedan hacerse. Sin embargo, este trámite de recopilar información tampoco tiene que darse utilizando el medio digital, en tanto que, la norma no establece ninguna consideración al respecto, por lo que, se entiende que, en cada caso, el legislador decidirá el mecanismo más adecuado. De este modo, la doctrina refiere que la única novedad introducida es que el trámite de audiencia pública se ha configurado como una modalidad dentro de las disposiciones administrativas de la que sólo puede prescindirse en supuestos tasados por la norma²⁷⁴⁴.

Pero, sobre las que también se señalan insuficiente del tipo formal, relacionadas con la obligatoriedad o voluntariedad del régimen de audiencia, y material, sobre la conveniencia de abrir a más colectivos la necesidad de audiencia pública de carácter reglado y obligatorio²⁷⁴⁵. Si bien, debe observarse que únicamente se trata de “obtener su opinión”, pero que, en la práctica el participante no tiene derecho a la consideración de sus aportaciones²⁷⁴⁶ o una respuesta de la Administración, aunque sí deberían constatar los resultados obtenidos en la memoria²⁷⁴⁷.

²⁷⁴⁴ Vide Luis ARROYO JIMÉNEZ, “Participación electrónica y elaboración de normas administrativas en España y en los Estados Unidos de América”, en Isaac Martín delgado, *La reforma de la Administración electrónica: una oportunidad para la innovación desde el derecho*, o.c., 249.

²⁷⁴⁵ Vide Andrés BOIX PALOP, “Transparencia, participación y procedimiento de elaboración de disposiciones reglamentarias para un modelo de Open Government”, en Lorenzo COTINO HUESO, *El paradigma del gobierno abierto: retos y oportunidades de la participación, transparencia y colaboración*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2015, p. 252.

²⁷⁴⁶ Vide STS 241/2004, de 9 de junio de 2004: «*resulta innegable que, tras la Constitución, art. 105 a) CE, el trámite de audiencia esta consagrado como una de las garantías básicas en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que afecten a los ciudadanos a través de las organizaciones reconocidas por la Ley. Constituye por tanto un requisito esencial para la validez del resultado del procedimiento que tiene por objeto que los interesados hagan valer la defensa de los derechos e intereses que corresponda sino también facilitar el acierto en la elaboración de la disposición que concierna a la vista de las propuestas de modificación del texto inicialmente propuesto. Justamente tal obligatoriedad en el trámite de audiencia conlleva que su incumplimiento acarree la nulidad de la disposición en cuestión. Audiencia cuyo significado es que las organizaciones representativas, a que se refiere el art. 105 CE, sean escuchadas en el correspondiente trámite de alegaciones mas, como reiteradamente declara la jurisprudencia, en modo alguno puede comportar que los citados alegatos o sugerencias deban ser asumidos en todo o en parte.*».

²⁷⁴⁷ Vide Cayetano PRIETO ROMERO, “El nuevo procedimiento para la iniciativa legislativa y el ejercicio de la potestad reglamentaria”, *Revista de Administración Pública*, 201, (2016), p. 366.

C. El trámite de información pública.

Y, en casi en idéntico supuesto, se encuentra el trámite de información pública²⁷⁴⁸ del articulado pero que, en este caso, está destinado a recabar:

«la opinión de las organizaciones o asociaciones reconocidas por ley que agrupen o representen a las personas cuyos derechos o intereses legítimos se vieren afectados por la norma y cuyos fines guarden relación directa con su objeto»²⁷⁴⁹.

En este sentido, se personifica en organizaciones o asociaciones reconocidas por ley que agrupen o representen a las personas cuyos derechos o intereses legítimos se vieren afectados. Si bien, ésta se convierte en una facultad del poder legislativo (*podrá*), pero no en un auténtico deber, y de igual manera, existe total disponibilidad sobre el instrumento que puede utilizarse para acometer esta actuación. Lo que, en consecuencia, no obliga a utilizar los medios electrónicos.

No obstante, esta disposición ya estaba contemplada en la normativa anterior (Ley 30/1992, de 27 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, artículo 86). Además de los sujetos dispuestos en la norma, otras Administraciones en las que sus competencias pueda verse afectadas, son llamadas a la participación legal, pero mediante el trámite de consultas o informe, cuya remisión es obligada a los correspondientes regímenes²⁷⁵⁰.

²⁷⁴⁸ Vide Manuel FERNÁNDEZ SALMERÓN, *El control jurisdiccional de los reglamentos. Procedimiento administrativo, proceso judicial y potestad reglamentaria*, Atelier, Barcelona, 2002, p. 283: «A pesar de que su diferencia con la audiencia reside, precisamente, en que se trata de un trámite esencialmente abierto a toda la ciudadanía y ajeno por completo a la noción de derecho o interés legítimo, una de sus potencialidades ha sido siempre la de ser instrumento para la localización y atracción al procedimiento de eventuales interesados»

²⁷⁴⁹ Vide Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, artículo 133.2.

²⁷⁵⁰ Vide David BLANQUER CRIADO, “Discrecionalidad y responsabilidad en el ejercicio de la potestad reglamentaria”, en Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARRANDE, y Ricardo ALONSO GARCÍA, *Administración y justicia un análisis jurisprudencial: Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Civitas, Madrid, 2012, pp. 368-370.

3.3.6. El ejercicio de la participación ciudadana.

En lo que se refiere al ámbito objetivo de desarrollo de la actividad, la norma prevé que este debe realizarse de manera que los destinatarios puedan emitir su opinión, por lo que, es imprescindible que se pongan a su disposición los documentos necesarios (de forma clara, concisa y reuniendo toda la información) para pronunciarse. En este sentido, desde una perspectiva interpretativa no deberían ser únicamente los documentos en sentido estricto, sino que, habría que hacer una interpretación extensiva atendiendo al concepto de “información pública” que articula la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, en el artículo 13. En consecuencia, se debe incluir cualquier contenido con independencia de su formato o soporte, elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones.

En este sentido, sería muy interesante que se pusiera a disposición de la ciudadanía, en este trámite previo de elaboración normativa, los datos que llevan al Gobierno a promover una regulación o cambio normativo concreto. Por ejemplo, en el caso de que se pretenda regular el uso de la inteligencia artificial en el Sector Público, cuáles son los índices de utilización previa, los resultados que está dando, o la motivación que subyace en las restricciones que se incorporen. Ahora bien, nada se dice en la norma sobre los efectos que estas aportaciones deben tener en el desarrollo normativo, es decir, no se dice en ningún sitio que debe ponderarse o tenerse en cuenta, o simplemente, basta con recabar la información. Si bien, la doctrina, entiende que éstas deben ser evaluadas, salvo por su manifiesta falta de fundamento²⁷⁵¹.

No obstante, el desarrollo de las modalidades de participación ciudadana en el procedimiento de elaboración de las normas (trámite, audiencia o información pública) no es absoluto, sino que puede prescindirse de él, en los supuestos que contempla la norma. Si bien, se recogen cinco excepciones: en primer lugar, en el caso de las normas presupuestarias u organizativas de la Administración (general, autonómica, local u otras dependientes o vinculadas); en segundo lugar, por razones graves de interés público; en tercer lugar, cuando la norma no tenga un impacto significativo en la actividad

²⁷⁵¹ Vide Manuel FERNÁNDEZ SALMERÓN, “La potestad reglamentaria. El procedimiento de elaboración de los reglamentos”, en Eduardo GAMERO CASADO, *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, Tirant, Valencia, 2017, p. 2461.

económica; en cuarto lugar, cuando no imponga obligaciones relevantes o regule aspectos parciales; y, en quinto lugar, en caso de tramitación urgente²⁷⁵².

En este sentido, la doctrina es rehacia a aceptar todas estas excepciones. Si bien, acepta con resignación el primero de los supuestos, dado que, el poder de dirección que les asiste para aprobar su presupuesto o sistemas de organización²⁷⁵³. Pero, la incorporación de la segunda limitación no tiene demasiado sentido, en tanto que, ¿que razón de interés público puede llevar a que no se de publicidad previa a una norma que se va a debatir en el foro público?²⁷⁵⁴.

Y, lo que termina de clamar es la retahíla de excepciones que se recogen con posterioridad, puesto que, el legislador tendrá que delimitar que es impacto significativo, porque dependiendo del prisma que se utilice (especialmente del ámbito objetivo y subjetivo) éstas tienen distintos efectos; y, también que son obligaciones relevantes, porque todos los deberes tienen importancia, especialmente, para quién las asume. La única que tiene cierta lógica es la tramitación urgente de una norma que, en todo caso, se entiende que es factible que se pueda prescindir de ese trámite de audiencia.

Sin embargo, el problema es que el abuso del Real Decreto-Ley, “en caso de extraordinaria y urgente necesidad”, ha quedado relegado a cualquier cuestión que el ejecutivo motive de forma suficiente para su utilización. La doctrina manifiesta su opinión, con una crítica merecida a las excepciones que realiza el legislador:

«Como puede deducirse fácilmente de la lectura de este extracto, la posibilidad de excluir la consulta pública de fácil acceso desde el ordenador de mi casa o de la oficina que, a modo de caramelo, nos ha ofrecido el legislador en el apartado primero es una bomba atómica en manos de desaprensivos, quienes no encontrarán grandes dificultades para no utilizar una herramienta de

²⁷⁵² Vide Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, artículo 133.4.

²⁷⁵³ Vide Antonio Jesús ALONSO TIMÓN, “La participación ciudadana, transparencia y técnica normativa en las Leyes 39 y 40 de 2015. Los principios de buena regulación”, *Asamblea*, 34, (2016), p. 82.

²⁷⁵⁴ Vide Manuel FERNÁNDEZ SALMERÓN, “La potestad reglamentaria. El procedimiento de elaboración de los reglamentos”, en Eduardo GAMERO CASADO, *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, Tirant, Valencia, 2017, p. 2449.

participación que puede convertirse tan tediosa para espíritus libres, opacos o, simplemente, caciquiles»²⁷⁵⁵.

En consecuencia, aunque la participación ciudadana en el proceso normativo ha mejorado, no llega a ser todo lo enriquecedora que debería, puesto que, las excepciones de la norma permiten una discrecionalidad amplia en su uso. Sin contar que, a esta norma le falta un desarrollo legal, en el que se concreten los medios que se contemplan para su ejercicio, dado que, el formato electrónico es sólo una opción²⁷⁵⁶, quién es el encargado de analizar esa información que, en todo caso, debería ser pública; y que fuerza tienen las aportaciones realizadas, es decir, hasta qué punto deben tenerse en cuenta en el desarrollo normativo, y en qué supuestos no se considerarán apropiadas. Además, la doctrina señala que hubiera sido interesante crear un Comité de Evaluación de Impacto normativo, para analizar el impacto económico, social y medio ambiental, tanto en las normas que van a aprobarse como las que están ya en funcionamiento²⁷⁵⁷.

4. Hacia un Parlamento Abierto: el reto español.

De lo anteriormente expuesto, se observa que el Parlamento español y los autonómicos, aunque éstos en menor medida, se encuentran alejados de las principios y previsiones por los que se caracteriza el “Open Parliament”. Por ello, es necesario que se adopten medidas para revertir esa situación, ya que no se han dado pasos firmes para su diseño. Así, en puridad, la única innovación existente parece ser que el Congreso, en cada nueva legislatura, da a cada uno de los parlamentarios un ordenador y un teléfono móvil de última generación para el ejercicio de sus funciones. Pero, realmente no ha existido otra variación del poder, ni en la forma de elegirlo, ni en cómo ejerce sus funciones. La elección de los parlamentarios y diputados continúa siguiendo la senda de la democracia representativa directa.

²⁷⁵⁵ Vide Antonio Jesús ALONSO TIMÓN, “La participación ciudadana, transparencia y técnica normativa en las Leyes 39 y 40 de 2015. Los principios de buena regulación”, *Asamblea*, 34, (2016), p. 82.

²⁷⁵⁶ Vide Dolors CANALS AMETLLER, “Transparencia y nuevos cauces de participación de la sociedad civil en el proceso normativo”, *ICE*, 907, (2019), p. 98: «España no está usando la potencialidad de las herramientas que proporciona Internet en la tramitación de las iniciativas normativas. Falta también una previsión legal al respecto».

²⁷⁵⁷ Vide Antonio Jesús ALONSO TIMÓN, “La participación ciudadana, transparencia y técnica normativa en las Leyes 39 y 40 de 2015. Los principios de buena regulación”, *Asamblea*, 34, (2016), p. 85.

Y, de igual manera, tampoco se permite el uso de las nuevas tecnologías para mejorar el desempeño de su actividad, como, por ejemplo, el uso del voto telemático, la asistencia a las sesiones por videoconferencia, o la intervención telemática en el Pleno del Parlamento, de forma habitual.

Menos mal que la crisis sanitaria del Covid-19 ha permitido que se realicen algunas variaciones en esta materia²⁷⁵⁸. En este sentido, la actividad presencial dentro del Congreso tuvo que ser suspendida por el positivo en Covid-19 de uno de los parlamentarios, ante el riesgo de contagio de todo el hemiciclo. La suspensión de la actividad parlamentaria ponía en riesgo el correcto ejercicio de las funciones que tiene encomendadas, en este caso, aún más necesarias que en cualquier otro momento. Para intentar solventarlo, se permitió de manera excepcional la aplicación del artículo 82.2 del Reglamento del Congreso de los Diputados, que posibilita el seguimiento de la sesión parlamentaria y el voto telemático²⁷⁵⁹. Pero, inexplicablemente, se niega la participación de los portavoces parlamentarios por este medio, siendo necesaria su presencia en el hemiciclo para poder manifestar sus opiniones y recomendaciones al ejecutivo²⁷⁶⁰.

De tal manera que, se produce una disparidad o discrecionalidad injustificada entre ambas resoluciones. En ninguno de los dos supuestos, el derecho contempla la posibilidad telemática de participación en el Congreso por parte de los parlamentarios, por muy increíble que pueda parecer en pleno S. XXI. Sin embargo, en un supuesto se realiza una extensión de la norma, atendiendo al derecho de necesidad y excepcional que regía, en favor de la protección de la salud y el derecho a la vida de las personas, y en el otro no se contempla esa posibilidad, haciendo una interpretación restrictiva de la norma. Así, tal y como manifiesta la doctrina:

²⁷⁵⁸ Vide Rafael RUBIO NÚÑEZ, “La tecnología en el Parlamento durante la crisis del Covid-19”, *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, 8, (2020), p. 234.

²⁷⁵⁹ Vide Reglamento del Congreso de los Diputados, de 10 de febrero de 1982, artículo 82.2: «*En los casos de embarazo, maternidad, paternidad o enfermedad grave en que, por impedir el desempeño de la función parlamentaria y atendidas las especiales circunstancias se considere suficientemente justificado, la Mesa de la Cámara podrá autorizar en escrito motivado que los Diputados emitan su voto por procedimiento telemático con comprobación personal, en las sesiones plenarias en aquellas votaciones que, por no ser susceptibles de fragmentación o modificación, sea previsible el modo y el momento en que se llevarán a cabo. A tal efecto, el Diputado cursará la oportuna solicitud mediante escrito dirigido a la Mesa de la Cámara, quien le comunicará su decisión, precisando, en su caso, las votaciones y el periodo de tiempo en el que podrá emitir el voto mediante dicho procedimiento. El voto emitido por este procedimiento deberá ser verificado personalmente mediante el sistema que, a tal efecto, establezca la Mesa y obrará en poder de la Presidencia de la Cámara con carácter previo al inicio de la votación correspondiente.*».

²⁷⁶⁰ *Ibidem* Artículo 70.2: «*Los discursos se pronunciarán personalmente y de viva voz. El orador podrá hacer uso de la palabra desde la tribuna o desde el escaño.*».

«No es admisible, desde nuestra óptica jurídica, que de una parte se hiciese una interpretación flexible del Reglamento y, de otra parte, se hiciese una interpretación restrictiva. Así, la solución a uno y otro supuesto tendría que haber sido la misma»²⁷⁶¹.

No obstante, España se enfrenta al reto de construir un Parlamento Abierto, que no sólo integre las nuevas tecnologías como herramientas en su actuación, sino para legitimar aún más la democracia. La doctrina señala de forma muy acertada cuál debe ser el itinerario a seguir para conseguir el establecimiento de un Parlamento Abierto: en primer lugar, unirse a la Alianza para el Parlamento Abierto, firmando y comprometiéndose con la Declaración de Transparencia Parlamentaria; en segundo lugar, reforzar la atención al ciudadano del Congreso de los Diputados; en tercer lugar, reformar la página web institucional, en tanto que, es mejorable el contenido y la forma en la que se recoge; en cuarto lugar, la adopción de un plan de apertura de los datos parlamentarios²⁷⁶²; en quinto lugar, la creación de la Biblioteca Digital de las Cortes; en sexto lugar, la publicidad de la agenda de los parlamentarios; y, séptimo lugar, el establecimiento de la huella digital legislativa²⁷⁶³.

Si bien, es cierto que el IV Plan de Gobierno Abierto, al menos hace una consideración al respecto, incluyendo el compromiso de establecer un sistema de huella normativa y el registro de los lobbies que intervienen en el proceso normativo. Y, aunque, aún hay que comprobar el desarrollo legislativo que van a experimentar estas figuras, al menos parece un acercamiento apropiado a la materia. Si bien, hay que corregir la falta de reutilización de los datos que presenta en la actualidad el sistema parlamentario español²⁷⁶⁴. Sin embargo, en materia de participación ciudadana, al igual que ocurre con

²⁷⁶¹ Vide Víctor E. ALONSO PRADA, “El control del Congreso de los Diputados y la actividad parlamentaria durante el estado de alarma”, *Galilex*, 21, (2020), p. 104.

²⁷⁶² Vide Alberto ORTIZ DE ZARATE, “Diseño de una iniciativa de apertura de datos públicos”, en César CALDERÓN, *Guía práctica para abrir gobierno: manual de “Open Government” para gobernante y ciudadanos*, Instituto Universitario Ortega y Gasset, Madrid, 2014, p. 70.

²⁷⁶³ Vide Rafael RUBIO NÚÑEZ y RICARDO VELA NAVARRO-RUBIO, “Parlamento Abierto en España”, *Revista General de Derecho Constitucional*, 27, (2018), pp. 46-52.

²⁷⁶⁴ Vide Ángel CORBACHO LÓPEZ, “Transparencia y poder legislativo”, en Julián VALERO TORRIJOS y Manuel FERNÁNDEZ SALMERÓN, *Régimen jurídico de la transparencia en el Sector Público: del derecho de acceso a la reutilización de la información*, Aranzadi, Navarra, 2014, p. 157.

la figura del “Open Government”, en los procedimientos normativos sigue siendo insuficiente.

Por ello, la doctrina sugiere la creación de un espacio de participación y preguntas con los órganos de gobiernos de las Cámaras; la convocatoria de un encuentro sobre transparencia con expertos y organizaciones de la sociedad civil; la implantación dentro de las páginas web institucionales de espacio y foros de participación y colaboración en la tramitación de las iniciativas legislativas; la utilización de preguntas y peticiones ciudadanas en la función de control; mejoras en las audiencias y comparecencias ciudadanas; la colaboración con la organizaciones ciudadanas de motorización; el establecimiento de códigos de conducta para los parlamentarios; y la regulación de los grupos de interés (los lobbies)²⁷⁶⁵.

5. ¿El Parlamento Digital?

Tal y como se ha expuesto, son muchas las medidas que hay que adoptar con carácter inmediato para proveer de una estructura legislativa sólida donde asentar las bases de este nuevo Parlamento. Por lo que, espero que se comiencen a establecer las decisiones necesarias para diseñar un Parlamento a la altura de las expectativas que los ciudadanos esperaban del desarrollo de las actuaciones de las instituciones públicas. No obstante, aunque precipitado por esa falta de requisitos formales y materiales, hay que pensar en el tercer nivel: el Parlamento Digital.

En este sentido, se trata de combinar los datos obtenidos, ad intra y ad extra, con las herramientas de Big Data, algoritmos, o la propia inteligencia artificial²⁷⁶⁶, para transformarlos y convertirlos en información con valor o más sofisticada. En este sentido, hay una importante labor administrativa de recolección de datos previa, para su posterior estructuración y procesamiento, lo que permitiría mejorar el proceso normativo; ofrecer mayor transparencia; facilitar la evaluación normativa; mejorar la aplicación de las normas de las instancias públicas, así como el cumplimiento por parte de los ciudadanos; y la aplicación del derecho a los operadores jurídicos. De este modo, mediante la

²⁷⁶⁵ Vide Rafael RUBIO NÚÑEZ y RICARDO VELA NAVARRO-RUBIO, “Parlamento Abierto en España”, *Revista General de Derecho Constitucional*, 27, (2018), pp. 52-57.

²⁷⁶⁶ Vide Pedro MERCADO PACHECO, “Experimentalismo democrático, nuevas formas de regulación y legitimación del derecho”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 46, (2012), p. 44.

aplicación de la inteligencia artificial o el estudio analítico de esos datos, se adelantarían los riesgos y los aciertos de una determinada regulación normativa²⁷⁶⁷. Siempre y cuando los algoritmos cuenten con las garantías legales que se vienen defendiendo, y los datos con los requisitos propicios para su análisis (sin sesgar, manipular, o sean falsos).

El problema es que, previa a toda esa actividad, es necesario que se diseñen los canales de participación, los instrumentos de transparencia necesarios y una infraestructura legal sólida sobre la participación y las consecuencias que tienen en el ordenamiento jurídico. De este modo, sin el establecimiento de una política legislativa clara, sobre las obligaciones de las instituciones en materia de transparencia, política de open data, y reutilización de la información, y muy especialmente, sin crear las plataformas adecuadas para la obtención de esos datos externos (provenientes de la ciudadanía) no es aconsejable pensar en el siguiente nivel. Y, de igual manera, ¿qué sentido tiene hablar de la utilización del Blockchain en materia de trazabilidad normativa, cuando no está aún regulada la “huella normativa”?

Para quién escribe es obvio que estos instrumentos van a cambiar el funcionamiento del poder legislativo. Sólo hay que pensar en parlamentarios que tienen información sobre las necesidades de los ciudadanos, la aceptación o no determinadas políticas, o las apreciaciones propias de las normas que ya se están ejecutando. Y, si a esto le sumamos el uso de algoritmos analíticos y predictivos, legislar mal es complicado. No obstante, tampoco es necesario poner ese reto al legislador español. De esta forma, se consigue una democracia más solvente, donde hay, al menos, una mayoría que reprueba las decisiones que se adopten, y entiendo que en un régimen jurídico mejor regulado y más inteligente. Sin embargo, la idea que persigue la doctrina es que la incorporación de estas tecnologías al procedimiento normativo incentive la participación de los ciudadanos.

Por tanto, su uso debe orientarse a incrementar la participación ciudadana, pero que mejore el producto final, puesto que, no toda participación es efectiva y mejora la regulación normativa (imaginemos, por ejemplo, una norma muy técnica en materia de tributación o fiscal), y también que se concrete el proceso en las herramientas más

²⁷⁶⁷ *Vide* Dolors CANALS AMETLLER, “Transparencia y nuevos cauces de participación de la sociedad civil en el proceso normativo”, *ICE*, 907, (2019), p. 103.

adecuadas para la finalidad que se persigue (no son lo mismo las redes sociales que las plataformas colaborativas)²⁷⁶⁸. Si bien, tal y como advierte la doctrina:

«La innovación tecnológica puede ofrecer nuevas soluciones que ayuden a superar los problemas de veracidad y de densidad de los comentarios en los procesos participativos, identificando aquello de mayor calidad, dado que han detectado una relevante profesionalización y perfeccionamiento de los comentarios, que, sin duda puede comportar beneficios por la información, incluso científico-técnica o especializado, pero asimismo riesgos por potenciales capturas reguladoras y desigualdades en las capacidades de participación de los ciudadanos»²⁷⁶⁹.

Tal y como se advierte, es cierto que la utilización de estas nuevas tecnologías implica riesgos, pero son los propios del progreso. Si bien, se viene advirtiendo a lo largo de esta tesis de la necesidad de invertir para superar la brecha digital, porque cualquier persona que queda fuera de este proceso, apenas va a poder encontrar voz en las instituciones. No en un tiempo inmediato, pero sí, a largo plazo.

Y, por supuesto, también existe un riesgo evidente de manipulación de las instituciones a través de estos datos. La construcción de un Gobierno basado en la evidencia datista es algo que se debe evitar, en tanto que, los datos sólo aportan información, y con las herramientas adecuadas, ciertas previsiones, pero no son la verdad absoluta, ni tampoco van a llevar siempre razón. Sin contar por supuesto que la manipulación de las instituciones, tal y como se hace de la población, es muy sencilla a través de los datos. Más aún, cuando éstos pueden ser la herramienta por excelencia de los lobbies para influir en el ordenamiento con el respaldo “social” necesario. Como todo avance de la ciencia, tiene sus riesgos, a los cuáles habrá que intentar poner remedio antes de que se instauren, y frenarlos cuando no se hayan previsto.

²⁷⁶⁸ Vide Luis ARROYO JIMÉNEZ, “Participación electrónica y elaboración de normas administrativas en España y en los Estados Unidos de América”, en Isaac Martín delgado, *La reforma de la Administración electrónica: una oportunidad para la innovación desde el derecho*, o.c., p. 239.

²⁷⁶⁹ Vide Dolors CANALS AMETLLER, “Transparencia y nuevos cauces de participación de la sociedad civil en el proceso normativo”, *ICE*, 907, (2019), p. 101.

V. El poder judicial.

1. La evolución digital del poder judicial en España.

1.1. Consideraciones previas: concepto y caracteres.

Los encargados de administrar la justicia y, por ende, del ejercicio de la potestad judicial en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde a los Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial. Estos tienen los caracteres de *«independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley»*²⁷⁷⁰.

La Administración de Justicia se encuentra integrada dentro del conjunto general de las Administraciones por ser parte integrante del Sector Público, aunque con ciertas peculiaridades que la definen. Sin embargo, el funcionamiento de la Administración de Justicia adquiere una mayor relevancia dentro del conjunto de las instituciones, puesto que, a partir de ésta se visibiliza cómo se imparte justicia en España. De tal forma que, un país cuya Administración de Justicia funcione de forma lenta, oscura, y que no permite la comprensión por parte de los ciudadanos de cómo se realiza esta actividad, genera desconfianza hacia el sistema judicial.

Por ello, la evolución natural o razonable que debiera experimentar esta institución debe ser hacia la apertura, la agilización y la adaptación de los procedimientos a las nuevas inquietudes de la población. En consecuencia, es necesario iniciar la conversión hacia una Administración de Justicia adaptada a la realidad social en la que vivimos, y que utilice las nuevas tecnologías como un mecanismo o instrumento más, para facilitar la labor de todos los profesionales del sector.

La e-justicia vendría a representar la figura a través de la cual se materializa la evolución natural (o digital) de la Administración de Justicia. Aunque también ha sido definida como ciberjusticia por la doctrina quién la identifica como:

²⁷⁷⁰ Vide CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, de 29 de diciembre de 1978, Artículo 117.

«el uso y la integración de las tecnologías de la información y de la comunicación en los procesos de resolución de conflictos de forma judicial o extrajudicial»²⁷⁷¹.

No obstante, la Comisión define la e-justicia como:

«el recurso a las tecnologías de la información y la comunicación para mejorar el acceso de los ciudadanos a la justicia y para la eficacia de la acción judicial entendida como toda actividad consistente en resolver un litigio o sancionar penalmente una conducta»²⁷⁷².

En definitiva, como puede observarse, la e-justicia consiste en aplicar los conocimientos sobre nuevas tecnologías para mejorar las funciones y finalidades que acomete el poder judicial, dentro de la Administración de Justicia.

1.2. La evolución regulatoria de la e-justicia.

A nivel europeo, para la consecución de este objetivo, se han llevado a cabo dos planes de Acción para fijar los principios y objetivos de la justicia en red europea: por un lado, el Plan de Acción Plurianual de 2014-2018²⁷⁷³; y, por otro lado, el Plan de Acción 2019-2023²⁷⁷⁴. De forma resumida, lo que pretendían estos planes era mejorar la eficacia

²⁷⁷¹ Vide Karim BENYEKHEF y Rosario DUASO CALÉS, “Ciberjusticia, métodos alternativos de resolución de controversias y tecnología”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO y José Luis PIÑAR MAÑAS, *Sociedad digital y derecho*, o.c., p. 795.

²⁷⁷² Vide COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación (2008) 329, 30 de mayo al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo: Hacia una estrategia europea en materia de e-Justicia (Justicia en línea)*, p. 3.

²⁷⁷³ Vide CONSEJO EUROPEO, *C182/02, Plan de Acción plurianual 2014-2018 relativo a la justicia en red Europa*, Bruselas, 16 de junio de 2014, p. 2: «El desarrollo de la Justicia en red europea debe incluir acciones en el plano tanto europeo como nacional en el ámbito de la Justicia en red. Con respecto a todos los proyectos de Justicia en red, tanto nuevos como ya existentes, habrá de dedicarse especial atención al logro de la más amplia participación posible, a fin de garantizar la satisfacción de las expectativas de los usuarios, la viabilidad a largo plazo y la rentabilidad de esos proyectos en relación con sus costes».

²⁷⁷⁴ Vide CONSEJO EUROPEO, *C96/05, Plan de Acción 2019-2023 relativo a la Justicia en Red Europea*, Bruselas, 13 de marzo de 2019, p. 2: «La Estrategia ofrece una perspectiva de lo que es necesario incluir en el Plan de acción y de cómo aplicarlo, y justifica los tres objetivos de acceso a la información, comunicación electrónica en el ámbito de la justicia e interoperabilidad. Sin embargo, no proporciona ninguna indicación acerca de los proyectos concretos para su aplicación. Estos se detallan en el Plan de acción, que persigue la consecución de los objetivos presentados en la Estrategia y cuya estructura refleja los tres objetivos».

de los sistemas judiciales, mediante la aplicación de las tecnologías de la información, en la gestión de los procesos judiciales, así como, de la cooperación entre las autoridades judiciales, ante la posibilidad de adoptar medidas coordinadas a nivel nacional y europeo²⁷⁷⁵.

Sin embargo, en España, las primeras reformas del poder judicial para adaptarse a la realidad digital comienzan con el nuevo milenio, aprobando el Pacto de Estado para la reforma de la justicia el 28 de mayo de 2001, auspiciado por los partidos políticos con mayoría en el Congreso, (el partido popular y el partido socialista), en el que concretamente se manifiesta que:

«Se elaborará un Plan Estratégico de las Nuevas Tecnologías que se implantará de manera integral. Este Plan contribuirá a modernizar las técnicas de funcionamiento de las Oficinas Judiciales, agilizar los procedimientos y abaratar los costes en las comunicaciones y notificaciones. La informatización de la Administración de Justicia se llevará a cabo en estrecha colaboración con el Consejo General del Poder Judicial y las Comunidades Autónomas»²⁷⁷⁶.

Con posterioridad, se aprueba la Carta de los Derechos de los ciudadanos ante la Justicia, donde se explica el compromiso y necesidad de construir un sistema judicial moderno y abierto, con una justicia comprensible, atenta y responsable con el ciudadano y, ágil y tecnológicamente avanzada. Al respecto se indica que:

«El ciudadano tiene derecho a una tramitación ágil de los asuntos que le afecten, que deberán resolverse dentro del plazo legal, y a conocer, en su caso, el motivo concreto del retraso. El Ministerio de Justicia y el Consejo General del Poder Judicial elaborarán un programa de previsiones con la duración debida de los distintos procedimientos en todos los órdenes jurisdiccionales, al cual se dará una amplia difusión pública.

²⁷⁷⁵ Vide José Antonio COLMENERO GUERRA, “El Ministerio de Justicia ante la modernización tecnológica de la Administración de Justicia, en Eduardo GAMERO CASADO y Julián VALERO TORRIJOS, *Las tecnologías de la información y la Comunicación en la Administración de justicia. Análisis sistemático de la Ley 18/2011*, de 5 de julio, Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 739-743.

²⁷⁷⁶ Vide PP y PSOE, *Pacto de Estado para la reforma de la justicia*, de 28 de mayo de 2001, p. 5.

El ciudadano tiene derecho a que no se le exija la aportación de documentos que obren en poder de las Administraciones Públicas, salvo que las leyes procesales expresamente lo requieran.

El ciudadano tiene derecho a comunicarse con la Administración de Justicia a través del correo electrónico, videoconferencia y otros medios telemáticos con arreglo a lo dispuesto en las leyes procesales. Los poderes públicos impulsarán el empleo y aplicación de estos medios en el desarrollo de la actividad de la Administración de Justicia, así como en las relaciones de ésta con los ciudadanos. Los documentos emitidos por los órganos de la Administración de Justicia y por los particulares a través de medios electrónicos y telemáticos, en soportes de cualquier naturaleza, tendrán plena validez y eficacia siempre que quede acreditada su integridad y autenticidad de conformidad con los requisitos exigidos en las leyes»²⁷⁷⁷.

Con el objetivo de intentar dar cumplimiento a lo manifestado en el párrafo precedente, se aprueba la modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial²⁷⁷⁸. Y años después, se promueve el Plan Estratégico de modernización de la justicia que, en materia de avance tecnológico, señala los siguientes objetivos: primero, facilitar el acceso a la información judicial a ciudadanos y profesionales, completando el desarrollo de los programas de prestación de servicios, seguridad y calidad; segundo, mejorar la calidad del servicio en los Registros Civiles, a través de la culminación del Proyecto de Registro Civil de Servicios; tercero, potenciar el funcionamiento del Ministerio Fiscal y su coordinación con los órganos judiciales complementando el desarrollo de su sistema de información; cuarto, incrementar la eficacia y eficiencia de la Administración de Justicia

²⁷⁷⁷ Vide MINISTERIO DE JUSTICIA, *Carta de derechos de los ciudadanos ante la Justicia*, 16 de abril de 2002, p. 9.

²⁷⁷⁸ Vide Ley Orgánica 19/2003, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial, de 23 de diciembre de 2003, Exposición de Motivos: «*El Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia suscrito por los principales partidos políticos de nuestro país el 28 de mayo de 2001 fija entre sus objetivos que «la Justicia actúe con rapidez, eficacia, y calidad, con métodos más modernos y procedimientos menos complicados. Que cumpla satisfactoriamente su función constitucional de garantizar en tiempo razonable los derechos de los ciudadanos y de proporcionar seguridad jurídica, al actuar con pautas de comportamiento y decisión previsibles. Que actúe como poder independiente, unitario e integrado, con una estructura vertebrada, regida por una coherencia institucional que le permita desarrollar más eficazmente sus funciones constitucionales».* Para conseguir estos ambiciosos objetivos se hace preciso abordar una profunda reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, norma reguladora de los aspectos fundamentales del poder judicial y de la propia Administración de Justicia».

mediante el despliegue de los sistemas de gestión procesal de la Administración de Justicia; y quinto, favorecer la comunicación entre las distintas instancias y operadores jurídicos garantizando la interoperabilidad de los sistemas de información de la comunicación²⁷⁷⁹.

El poder gubernamental encuentra en estos impulsos de digitalización de la justicia una herramienta que ayudaría a solventar los problemas instalados y perpetuos de nuestro sistema como la corrupción de las instituciones, y que favorecerían el cambio de visión de los ciudadanos. En palabras de la doctrina:

«Las tecnologías de la información y la comunicación en el tratamiento de la información incrementan la transparencia de la Justicia, alejando así la corrupción de las oficinas judiciales. Además, constituye un instrumento necesario para mejorar la eficacia de la Justicia al agilizar la transmisión de información entre los operadores jurídicos y de éstos con los ciudadanos. Finalmente, todo ello contribuye a mejorar la calidad de la justicia»²⁷⁸⁰.

Sin embargo, el mayor salto normativo para la construcción de la e-justicia se produce a través de la Ley 18/2011, reguladora de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia. La Ley viene a diferenciar entre el conjunto general de las Administraciones Públicas, y la Administración de Justicia, donde se estaba aplicando la normativa 11/2007, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos. De forma que esta se centra en regular las especialidades propias del ámbito procesal²⁷⁸¹, y en la necesidad de cooperación de las distintas Administraciones

²⁷⁷⁹ Vide MINISTERIO DE JUSTICIA, *Plan estratégico de modernización de la justicia 2009-2012*, 2008, pp. 16-17.

²⁷⁸⁰ Vide Agustí CERRILLO I MARTÍNEZ, “E-justicia: las tecnologías de la información y el conocimiento al servicio de la Justicia Iberoamericana del S.XXI”, *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC*, 4, (2007), P. 5.

²⁷⁸¹ Vide Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia, Exposición de Motivos III: *«Así, se ha tenido en cuenta la diferencia entre el procedimiento administrativo y las normas procesales. La presente Ley regula únicamente los aspectos necesarios para dar cumplimiento a la legislación procesal en lo relativo al uso de las nuevas tecnologías. Así, por ejemplo, no se ha buscado establecer plazos o términos distintos de los señalados en las leyes de enjuiciamiento, sino que la norma se limita a establecer los criterios que deben ser considerados para efectuar el cómputo de los mismos si los actos procesales que determinan su comienzo o fin se efectúan a través de medios electrónicos».*

en materia de tramitación electrónica del procedimiento²⁷⁸². Con esta ley se establece «un marco estable y vinculante de colaboración, cooperación y coordinación entre las distintas Administraciones en materia de Justicia en el territorio español»²⁷⁸³. Así, la gran aportación de la Ley radica en que:

*«sienta las bases para la plena incorporación de la Administración de Justicia a las TIC, de tal forma que una de las principales actuaciones que se derivan de la misma es la implantación de la firma electrónica de forma definitiva y del expediente judicial electrónico; se regula la transmisión electrónica de datos, todo el procedimiento se gestiona y tramita de forma virtual sin el tradicional expediente físico en papel, la conservación de expedientes, documentos, archivos digitalizados, etc. en bases de datos electrónicas, nuevas formas de practicar actos de comunicación y notificaciones, emplazamientos, señalamientos, creación de sedes judiciales electrónicas, videoconferencias...»*²⁷⁸⁴.

Sin embargo, el proceso transformador del poder judicial está basado en la necesidad de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos ante los Tribunales de Justicia. Por ello, los objetivos principales se resumen en:

«primero, actualizar el contenido del derecho fundamental a un proceso público sin dilaciones indebidas, gracias a la agilización que permite el uso de las tecnologías en las comunicaciones; segundo, generalizar el uso de las nuevas tecnologías para los profesionales de la justicia; tercero, definir en una norma

²⁷⁸² Vide Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia, Exposición de Motivos, «También tiene una gran importancia la cooperación entre Administraciones en materia de administración electrónica. Para ello se establecen marcos estables y vinculantes de colaboración, cooperación y coordinación. En este capítulo cobra especial importancia la consolidación como norma legal de algunas de las previsiones contenidas en el Convenio de Colaboración entre el Ministerio de Justicia, el Consejo General del Poder Judicial y la Fiscalía General del Estado para el establecimiento del Esquema judicial de interoperabilidad y seguridad en el ámbito de la Administración de Justicia (EJIS). Asimismo, la Ley crea el Comité técnico estatal de la Administración judicial electrónica, que ostentará competencias en orden a la interoperabilidad de las distintas aplicaciones que se utilizan en la Administración de Justicia, sin perjuicio de las previstas para el Consejo General del Poder Judicial».

²⁷⁸³ Vide Federico BUENO DE MATA, “Comentarios al proyecto de Ley 18/2011, de 5 julio, Reguladora del Uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación en la Administración de Justicia”, *Diario La Ley*, (2011), pp. 3 y ss.

²⁷⁸⁴ Vide Juan Ignacio CERDÁ MESEGUER, *El uso de medios electrónicos en la Administración justicia. Del expediente en papel al expediente electrónico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 55-58.

con rango de ley el conjunto de requisitos mínimos de interconexión, interoperabilidad y seguridad necesarios en el desarrollo de los diferentes aplicativos utilizados por los actores del mundo judicial, a fin de garantizar la seguridad en la transmisión de los datos y cuantas otras exigencias se contengan en las leyes procesales»²⁷⁸⁵.

No obstante, a través de esta norma, se regula la utilización de los medios electrónicos, informáticos y telemáticos en el proceso judicial, sobre todo, destaca por auspiciar la constitución de un expediente judicial electrónico. La ley daba un plazo transitorio de cinco años para que las Administraciones Públicas competentes dotaran de los medios económicos²⁷⁸⁶ y formativos para el personal de la Administración de Justicia²⁷⁸⁷. Además, se establecía un plazo de cuatro años para que éstas pudieran garantizar la interoperabilidad de todos los sistemas de las Administraciones implicadas²⁷⁸⁸. La inversión inicial que había que realizar para el proceso de conversión era importante, pero, sumado a los problemas de fragmentación competencial, dificultaba el proceso de que todas contaran con la dotación presupuestaria para llevar a cabo el mandato legal²⁷⁸⁹.

Sin embargo, en el momento en el que se pretendían hacer grandes inversiones de digitalización, España se encuentra sumida en una profunda crisis económica, de la que no ve salida hasta hace pocos años. Por ello, el ejecutivo no ha visto como prioritario

²⁷⁸⁵ *Vide* Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia, Preámbulo.

²⁷⁸⁶ *Ibidem* Disposición adicional segunda: «*Para garantizar la efectividad del derecho a la tutela judicial reconocida en el artículo 24 de la Constitución, en el plazo de cinco años desde la entrada en vigor de esta Ley las Administraciones con competencia en materia de Administración de Justicia dotarán a las oficinas judiciales y fiscalías de sistemas de gestión procesal que permitan la tramitación electrónica de los procedimientos*».

²⁷⁸⁷ *Ibidem* Disposición Adicional Quinta: «*Las Administraciones competentes en materia de justicia dotarán a todos los órganos, oficinas judiciales y fiscalías, de los medios e instrumentos electrónicos necesarios y suficientes para poder desarrollar su función eficientemente. Asimismo, formarán a los integrantes de los mismos en el uso y utilización de dichos medios e instrumentos*».

²⁷⁸⁸ *Ibidem* Disposición Adicional Tercera: «*En el plazo de cuatro años desde la entrada en vigor de la presente Ley, las Administraciones con competencia en materia de Administración de Justicia garantizarán la interoperabilidad entre los sistemas al servicio de la Administración de Justicia, de acuerdo con las especificaciones establecidas por el Comité técnico estatal de Administración judicial electrónica en el marco institucional de cooperación en materia de administración electrónica*».

²⁷⁸⁹ *Vide* Ana María DELGADO GARCÍA y Rafael OLIVER CUELLO, “Administración de Justicia y tecnologías de la información y la comunicación: aspectos jurídicos”, *Revista Aranzadi y Nuevas Tecnologías*, 19, (2007), p. 3.

invertir en la digitalización del poder judicial²⁷⁹⁰. No obstante, esta es una tendencia clara y, tal y como afirma un sector mayoritario de la doctrina, existe una constante histórica de desinterés del poder ejecutivo por reformar y actualizar el funcionamiento del poder judicial:

«En el ámbito de la justicia nada impide que se incurra en similares riesgos de inadecuación entre prescripciones normativas y medidas efectivas; o, dicho de otro modo, entre los deseos del legislador y la realidad de los derechos del ciudadano. En este sentido y valorando ambos vectores (deseo y realidad), comprobamos que es cierto que nuestro país emprendió con entusiasmo, a finales de la primera década de los 2000, la senda de la transformación tecnológica de la Justicia, que culminó con la célebre 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información. Pero es asimismo cierto que, con el transcurso del tiempo, ni su funcionamiento e interoperabilidad están siendo todo lo efectivos que cabría de esperar, ni la incorporación de soluciones tecnológicas parece que éste teniendo un impacto tan considerable sobre los parámetros fundamentales de satisfacción de los usuarios (justiciables, abogados, procuradores)»²⁷⁹¹.

La realidad es que, mientras la Administración Pública de forma generalizada se ha modernizado, la Administración de Justicia ha seguido una dinámica de reformas parciales e insuficientes que sólo han remendado estructuras arcaicas e inapropiadas para la sociedad del S. XXI. Sólo hace falta comparar como funcionan otros organismos de las Administraciones Públicas, como la Agencia Tributaria o la Tesorería General de la Seguridad Social. Y no sólo eso, sino que, las reformas que se han promovido son de carácter normativo sin ir acompañadas de las suficientes dotaciones presupuestarias para

²⁷⁹⁰ Vide Lorenzo COTINO HUESO, “Los derechos de la ciudadanía ante la Administración electrónica en la legislación española”, *Revista de Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 26, (2011), p. 26.

²⁷⁹¹ Vide Manuel FERNÁNDEZ SALMERÓN, “Innovación y tecnología en la Administración de Justicia. Elementos para un paradigma de los derechos judiciales digitales”, en Tomás DE LA QUADRASALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO y José Luis PIÑAR MAÑAS, *Sociedad digital y derecho*, o.c., pp. 837-838.

poder ponerlas en funcionamiento, con la intención real de modernizar la institución judicial²⁷⁹². De forma resumida la doctrina lo califica del siguiente modo:

*«Ninguna excusa, por consiguiente, puede neutralizar tamaña decepción consistente en que la Administración de Justicia se haya quedado, digámoslo así, descontextualizada; es decir, alejada de unos mínimos estándares de calidad que permitan al justiciable exigir y obtener, desde el prisma de la tan cacareada tutela judicial efectiva (y no meramente retórica), un funcionamiento sencillamente normal»*²⁷⁹³.

2. Los problemas de la Administración de Justicia ante la digitalización.

Las nuevas tecnologías nos pueden aportar mayor eficacia y celeridad a los procedimientos celebrados dentro de la Administración de Justicia, ayudando a que se consiga esa ansiada tutela judicial efectiva, y que no se dilaten los procedimientos, durante años en los Juzgados cogiendo polvo en estanterías o en el propio suelo. Si bien, al igual que en el resto de los poderes, éstas son una herramienta más que debemos utilizar para encontrar soluciones a los problemas que se nos plantean. No todas las disyuntivas de la Administración de Justicia se van a solucionar con la implementación de la e-justicia y, seguramente, tras su implantación surjan otros múltiples que ahora mismo no somos capaces de imaginar. Pero, ésta puede servir para encontrar soluciones razonables, y conseguir un sistema más justo.

La implementación de las TIC en el funcionamiento normal de la Administración de Justicia se compone de varias partes:

«por un lado, la implementación de las TIC en el funcionamiento de la estructura de soporte de la actividad judicial, incluyendo los canales de interacción con las partes y la gestión del expediente judicial; por otra, debe atenderse asimismo al empleo de medios tecnológicos en la actividad propiamente jurisdiccional, destacando su aplicación al proceso y sus aledaños.

²⁷⁹² Vide Pascual ORTUÑO MUÑOZ, “Del arancel al expediente electrónico. Notas históricas sobre el modelo de oficina judicial español”, *Revista Jurídica Fundación Marino Ruíz-Funes*, 45, (2011), p. 105.

²⁷⁹³ Vide Luis BUENO OCHOA, “La e-justicia ante la e-Administración”, en Ana Isabel HERRÁN ORTIZ, Aitziber EMALDI CIRIÓN, Marta ENCISO SANTOCILDES, *Derecho y nuevas tecnologías: Segunda parte. Nuevas tecnologías: un reto para el derecho en la sociedad de la información*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2011, p. 140.

Dentro de este segundo enfoque, conviene, a su vez, subdistinguir la modernización de la actividad jurisdiccional enderezada más directamente al incremento de la celeridad y de la eficiencia de la Administración de Justicia, de aquella otra que trata de ordenar el proceso, haciéndolo más eficaz, en orden a una averiguación más certera y precisa de la verdad, en consonancia con el avance tecnológico general de la sociedad»²⁷⁹⁴.

El principal reto al que se enfrentan las autoridades gubernamentales es cómo realizar la transición tecnológica, sin que, ésta pierda el carácter jurídico. En otras palabras, qué lugar debe ocupar la parte digital del procedimiento, así como también, el papel que ostentará la inteligencia artificial en la toma de decisiones. Si bien, para algunos autores, el proceso de tecnificación digital del procedimiento tiene que ir de la mano de los actores partícipes del sistema. Ellos, mejor que ningún otro, conocen sus déficits y fortalezas. Porque, en caso contrario, se corre el riesgo de deshumanizar la justicia, y convertirla en completamente robotizada, o controlada por el sistema digital, y de lo que se trata es de *“rehumanizarla”*²⁷⁹⁵. Por ello, es necesario centrarse en los problemas actuales para intentar dar soluciones reales, atendiendo a las necesidades existentes.

En consecuencia, los problemas de la justicia española pueden quedar enumerados de la siguiente forma. En primer lugar, la falta de Jueces y Juzgados para responder a la cantidad de litigios que se presentan impide poder conocer de los procedimientos con la profundidad que algunos de ellos requieren, así como también, poder resolverlos en los plazos estipulados por la Ley²⁷⁹⁶. Las actuaciones en esta materia no han sido precisamente las de aumentar el número de Juzgados, ni tampoco de jueces, es más la tasa de reposición apenas se cubre. Por ello, seguramente, las futuras previsiones en esta materia no serán

²⁷⁹⁴ Vide Manuel FERNÁNDEZ SALMERÓN, “Innovación y tecnología en la Administración de justicia. Elementos para un paradigma de los derechos digitales”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO y José Luis PIÑAR MAÑAS, *Sociedad digital y derecho*, o.c., pp. 841.

²⁷⁹⁵ Vide Karim BENYKHELEF y Rosario DUASO CALÉS, “Ciberjusticia, métodos alternativos de resolución de controversias y tecnología”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO y José Luis PIÑAR MAÑAS, *Sociedad digital y derecho*, o.c., pp. 795-796.

²⁷⁹⁶ Vide Aurora INTXAUSTI, “La revolución digital no llega a la Justicia”, *El País digital*, 24 de julio de 2019, «El número de jueces asignados por cada 10.000 habitantes en 1988 era prácticamente el mismo que en la actualidad, si hace 30 años era de un juez, ahora es de 1,1 para los mismos habitantes y con problemas diferentes de los que tenían los españoles hace tres décadas. No había cláusulas suelo, preferentes, hipotecas en diferentes monedas o viajes que no se cumplen por tierra, mar o aire. "Esto no es de recibo", ha asegurado Rodríguez, que considera que la primera causa de la lentitud de la Justicia deriva de contar con "una planta judicial radicalmente insuficiente y absolutamente desfasada"».

umentar estos ratios. En consecuencia, desde hace años se buscan fórmulas que rebajen el nivel de litigiosidad en los Juzgados, a través de los métodos alternativos de resolución de conflictos (ADR). Sin contar que, estos nuevos profesionales deben estar formados en la utilización de estas nuevas tecnologías, y conocer cuál es su valor dentro del proceso judicial.

Si bien, parece que el hecho de apartarse de la estructura burocrática de la Administración de Justicia les ha permitido utilizar mecanismos de resolución de conflictos a través del uso de la inteligencia artificial o de algoritmos predictivos. De este modo, los ADR y los ODR (Online Dispute Resolution) han sido los primeros en “deshumanizar” la justicia utilizando a la máquina. Los mecanismos para su utilización son bastante sencillos, puesto que, en su mayoría se trata de reclamaciones simples o de pequeñas cuantías²⁷⁹⁷. Por ello lo que se ha tratado es de modelizar los conflictos o automatizarlos.

Realmente, este no es un procedimiento que tenga que realizar directamente la máquina, puesto que, rellenar el formulario o modelo debiera ser una actividad realizada por los abogados que son quienes tienen los conocimientos necesarios para ello. No obstante, tampoco deben olvidarse los innumerables beneficios que estos instrumentos presentan reduciendo las barreras tradicionales que dificultan el acceso a la justicia, como la comodidad y la celeridad para resolver los procedimientos con sólo presentar un papel. Además, se superan las cuestiones geográficas de personas que viven aisladas de los centros o partidos judiciales, o la barrera idiomática²⁷⁹⁸.

Si bien, la utilización de mecanismos como la automatización de los procedimientos podría introducirse como una primera etapa del procedimiento judicial, o como una vía previa antes de acudir a los Tribunales, pero también dentro del procedimiento. Con posterioridad, existiría una segunda fase de revisión o recurso, de las resoluciones frente a las que no exista conformidad en las que, si serán los jueces los únicos que analicen el fondo del asunto, y si la sentencia o acuerdo propuesto es conforme o no al derecho aplicable.

²⁷⁹⁷ *Vide* Vicente PÉREZ DAUDÍ, “La aplicación de las nuevas tecnologías al proceso: ¿realidad o ciencia ficción?”, en Olga FUENTES SORIANO, *Era digital, sociedad y derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 392.

²⁷⁹⁸ *Vide* Karim BENYEKHEF y Rosario DUASO CALÉS, “Ciberjusticia, métodos alternativos de resolución de controversias y tecnología”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO y José Luis PIÑAR MAÑAS, *Sociedad digital y derecho*, o.c., pp. 801-802.

En segundo lugar, la Administración de Justicia sigue sin contar con los medios materiales, técnicos y tecnológicos que garanticen la consecución de la Justicia digital. No hay equipos y programas informáticos actualizados que les permitan realizar sus funciones con garantías, así como también, la formación del personal es insuficiente. Por ello, no vale de nada imponer marcos legislativos de obligado cumplimiento, cuando no disponen de los medios económicos y materiales para llevarlo a cabo²⁷⁹⁹. Por ejemplo, a efectos de tramitación electrónica, tal y como señala la doctrina:

«es sorprendente la escasez de medios con la que se ha pretendido implantar la tramitación electrónica del procedimiento, lo que lleva a situaciones tan absurdas como que el Juzgado debe requerir la aportación de las copias de los escritos a las partes o imprimir los documentos esenciales del pleito. La situación es tan surrealista que en muchos partidos judiciales no puede acceder desde la Sala de Vistas al expediente judicial electrónico porque no tiene un punto de acceso, lo que provoca continuos recesos para que lo pueda consultar desde su despacho»²⁸⁰⁰.

Los problemas de compatibilidad e interoperabilidad en materia de justicia se suceden, debido a la transferencia de las competencias, en lo que se refiere al sostenimiento de los medios personales y materiales, por las Comunidades Autónomas. De tal forma que, la estructura judicial ha derivado en un aparato donde conviven diversos sistemas de comunicación, lo que entorpece, en términos técnicos, la garantía de la tutela judicial efectiva. A través del programa *Minerva* se pretendió solventar esta problemática, implantando un sistema informático judicial para todo el territorio nacional. Pero, únicamente se ha conseguido una expansión parcial del mismo, puesto que existen Comunidades Autónomas que se resisten a abandonar sus redes domésticas, lo que genera mayor confusión. Sin contar que, el Ministerio Fiscal utiliza su propio programa, denominado como *Fortuny*²⁸⁰¹.

²⁷⁹⁹ Vide María José CATALÁN CHAMORRO, “El proceso judicial electrónico y su encaje en el ordenamiento jurídico español: estudio comparado con el proceso electrónico británico”, *Revista de Internet, Derecho y Política*, 31, (2020), p. 6.

²⁸⁰⁰ Vide Vicente PÉREZ DAUDÍ, “La aplicación de las nuevas tecnologías al proceso: ¿realidad o ciencia ficción?”, en Olga FUENTES SORIANO, *Era digital, sociedad y derecho*, o.c., p. 384.

²⁸⁰¹ Vide Manuel FERNÁNDEZ SALMERÓN, “Innovación y tecnología en la Administración de justicia. Elementos para un paradigma de los derechos digitales”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO

En el caso de los operadores jurídicos, se les impuso el sistema operativo de LexNet²⁸⁰², como la herramienta a través de la cual debían comunicarse con la Administración de Justicia. Este programa presenta la disyuntiva de que no es intuitivo, de forma que, no puede manejarlo cualquier persona con conocimientos básicos de informática, sino que éste requiere de formación específica. Además, la mayoría de las veces exige la presentación de documentación que la ley no establece como obligatoria, sin contar con los innumerables problemas de conectividad y los fallos en la seguridad²⁸⁰³. Así, como otros, relacionados con las limitaciones del programa en sí mismo, puesto que como afirma la doctrina:

«también sería deseable actualizar los sistemas para permitir que los documentos que se puedan acompañar tengan un límite de tamaño que posibilite acompañar el mayor número de ellos y no sólo aquellos que tengan un formato escrito»²⁸⁰⁴.

Sin entrar, por supuesto, en los problemas derivados de la brecha digital en la que se encuentran inmersos determinados profesionales del sector. Hay abogados que se resignan a la conversión hacia la digitalización, y algunos han preferido jubilarse anticipadamente, antes que reconvertir su actividad hacia la tecnología. En consecuencia, no se ha desarrollado un sistema atractivo que sea capaz de captar la atención y el interés de los operadores de la justicia, de forma que, se sumen a su promoción y consolidación dentro del sistema.

FERNÁNDEZ DEL CASTILLO y José Luis PIÑAR MAÑAS, *Sociedad digital y derecho*, o.c., pp. 843-844.

²⁸⁰² Vide Real Decreto 1065/2015, sobre comunicaciones electrónicas en la Administración de Justicia en el ámbito territorial del Ministerio de Justicia y por el que se regula el sistema LexNet, de 27 de noviembre de 2015, Artículo 13: «1. El sistema LexNet es un medio de transmisión seguro de información que mediante el uso de técnicas criptográficas garantiza la presentación de escritos y documentos y la recepción de actos de comunicación, sus fechas de emisión, puesta a disposición y recepción o acceso al contenido de los mismos».

²⁸⁰³ Vide REDACCIÓN EL PAÍS, “Una ola de ciberataques bloquea LexNet, el sistema de notificaciones judiciales”, *El País Digital*, 4 de septiembre de 2017, pp. 1 y ss.: «La intranet de comunicaciones judiciales LexNet, el sistema que usan los letrados para consultar y enviar documentos ha sufrido una oleada de ciberataques que ha dificultado el acceso al sistema durante toda la mañana de este viernes, según ha informado el Ministerio de Justicia. Los ataques, cinco en total, han consistido en el envío de cientos de miles de peticiones simultáneas de usuarios no registrados. El objetivo del ataque, según ha explicado Justicia, era “intentar colapsar y hacer inaccesible LexNet a los usuarios legítimos del mismo».

²⁸⁰⁴ Vide Vicente PÉREZ DAUDÍ, “La aplicación de las nuevas tecnologías al proceso: ¿realidad o ciencia ficción?, en Olga FUENTES SORIANO, *Era digital, sociedad y derecho*, o.c., p. 384.

Y, en tercer lugar, el poder ejecutivo se ha olvidado que para una Administración de Justicia digital es necesario el establecimiento de un procedimiento adecuado a las exigencias actuales. Los procedimientos, en el sentido más estricto, no se han revisado desde la promulgación de los primeros textos regulatorios, desde la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 1881; la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882; o la Ley para el ejercicio de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1888. Si bien, a lo largo del transcurso del tiempo han sido objeto de numerosas reformas, pero en éstas se ha obviado el sentido de algunas de las disposiciones que se configuran en los textos²⁸⁰⁵, y que pueden superarse fácilmente con la utilización de los medios tecnológicos. En otras palabras, «una nueva Administración judicial electrónica precisa de un nuevo Derecho procesal»²⁸⁰⁶.

3. La crisis de la Covid-19 y sus efectos en el poder judicial.

El Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al Covid-19, en el ámbito de la Administración de Justicia, posibilita que, durante la vigencia del estado de alarma y hasta tres meses después de su finalización, «los actos de juicio, comparecencias, declaraciones y vistas y, en general, todos los actos procesales, se realizarán preferentemente mediante presencia telemática, siempre que los Juzgados, Tribunales y Fiscalías tengan a su disposición los medios técnicos necesarios para ello»²⁸⁰⁷.

Junto a esta se ha aprobado por la Comisión Permanente del Consejo del Poder Judicial una Guía para la celebración de actuaciones judiciales telemáticas de fecha 27 de mayo 2020, para complementar o guiar a las partes intervinientes en el proceso sobre cómo deben actuar. Y, posteriormente, el Ministerio de Justicia ha publicado otra guía

²⁸⁰⁵ Vide Karim BENYEKHFLEF y Rosario DUASO CALÉS, “Ciberjusticia, métodos alternativos de resolución de controversias y tecnología”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO y José Luis PIÑAR MAÑAS, *Sociedad digital y derecho*, o.c., p. 802: «Sin embargo, éste no debería ser el único beneficio derivado de la virtualización del ámbito judicial, puesto que la llamada revolución digital puede suponer una oportunidad única para reflexionar sobre la verdadera adecuación del procedimiento judicial a los objetivos que se persiguen, así como para revisar la pertinencia de ciertos usos y costumbre en un campo claramente caracterizado por el apego a formalismos y tradiciones»

²⁸⁰⁶ Vide Francisco de Asís GONZÁLEZ CAMPO, “Configuración procesal del Expediente Judicial electrónico: Hacia un derecho procesal electrónico” en Federico BUENO DE MATA, *Estudios sobre Derecho y Nuevas tecnologías*, Andavira Editora, Santiago de Compostela, 2012, p. 203.

²⁸⁰⁷ Vide Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al Covid-19, en el ámbito de la Administración de Justicia, artículo 19.1.

con las directrices para la celebración de juicios telemáticos en fecha de 19 de junio de 2020.

En este sentido, la preferencia por los medios electrónicos dentro de la celebración del proceso judicial representa una novedad en el sistema organizativo de la Administración de Justicia. No obstante, el uso de estos medios telemáticos para la celebración de los distintos juicios no es una obligación, sino una mera preferencia que, además, queda sujeta a disponer de los medios necesarios para su celebración por este medio.

El problema es que, el artículo señala la necesidad de que la Administración de Justicia cuente con los medios, pero se olvida de si los profesionales cuentan con las herramientas, y más controvertido aún, de la capacitación suficiente para el uso de los mismos. Los jueces han sido una de las partes que ha presentado una postura más rígida a los cambios, aunque es evidente que supone la agilización del proceso y el ahorro de recursos, no están en su mayoría de acuerdo con la celebración de actos judiciales de forma telemática. Los magistrados consideran necesarias una serie de mejoras legislativas y tecnológicas, puesto que, en su mayoría carecen de los medios formales y materiales para celebrar vistas telemáticas.

Y, de igual manera, reflexionemos sobre que, si la implantación de LexNet ya había sido controvertida para los abogados, peor ha sido la situación para aquellos que se han visto obligados a celebrar juicios por videoconferencia. De este modo, la experiencia ha sido desigual, para algunos esto ha supuesto una oportunidad histórica de revolucionar la Administración de Justicia, implantando las tecnologías de las que ya se sirven el resto de los sectores; y en otros casos, un caos debido a la falta de organización y de medios de las instituciones, así como también, de la disminución de garantías judiciales. En este sentido, hay que reflexionar que no todos los partidos judiciales cuentan con los mismos recursos, especialmente, en lo relativo a la banda de conexión a Internet o los medios digitales para realizar su labor.

Si bien, uno de los problemas más repetidos ha sido la identificación de los profesionales, que se han visto obligados a identificarse de viva voz mediante la grabación del procedimiento, cuando los sistemas de identificación y firma digital hubieran sido más recomendables en este caso, para preservar las garantías del proceso. Otra peculiaridad ha sido los medios de prueba, o el interrogatorio de los testigos, donde en algunos supuestos pierde prácticamente su finalidad. Puesto que, aportar documentos

enviados por e-mail a las partes para su constatación, no es lo mismo que presentarlos en sala y poder visualizarlos mejor.

De igual manera ha ocurrido con los testigos, el interrogatorio no tiene los mismos efectos en sala, en el que se pueden observar determinados matices o comportamientos físicos que corroboran o no lo que está diciendo. En consecuencia, se puede advertir que la implantación de los juicios no presenciales ha sido aceptada de forma desigual, a consecuencia de la falta de preparación y medios de los Juzgados y los operadores jurídicos.

4. La aplicación de algoritmos e inteligencia artificial a las resoluciones judiciales.

La Administración de Justicia se va a enfrentar, más pronto que tarde, con la implantación de otras tecnologías que se están desarrollando en nuestra sociedad, como es el caso de las técnicas del Big Data y de la IA. Así, en países como EE. UU. ya se está utilizando el programa COMPASS en el proceso penal para calcular el riesgo de reincidencia delictiva de los reos²⁸⁰⁸. Mientras que, en otros países como China y Estonia se utilizan jueces robots, donde no hay una intervención humana en todo el proceso; o en Argentina, donde determinadas causas se resuelven en cuestión de minutos gracias a la Inteligencia Artificial²⁸⁰⁹.

No obstante, ante la posibilidad de auge de estas tecnologías, el Consejo de Europa se ha pronunciado al respecto en la Carta ética europea de utilización de la inteligencia artificial en los sistemas judiciales en el año 2018. La Carta está destinada a que, tanto los poderes públicos como privados que se encargan de crear e introducir estas herramientas en los sistemas judiciales, actúen de forme responsable, respetando los derechos fundamentales de las personas, así como también, el Convenio Europeo de

²⁸⁰⁸ Vide Javier SALAS, “El algoritmo que adivina los delitos futuros falla tanto como un humano”, *El País digital*, 19 de enero de 2018, p. 2: «Visto este resultado, un equipo de investigadores de la Universidad de Dartmouth decidió analizar su acierto: no tanto si se desvía contra determinados colectivos, sino su eficacia real en general. Se trata de una herramienta extendida en numerosos juzgados de EE. UU., pero los investigadores querían comprobar su eficacia. Para ello, establecieron una base de datos de un millar de convictos para comparar la capacidad predictiva de la máquina frente a la de los humanos. Algo así como Gari Kaspárov contra Deep Blue, pero con el futuro judicial de la gente en juego. Afortunadamente solo era un experimento, vistos los resultados».

²⁸⁰⁹ Vide Mauro BERCHI, “La inteligencia artificial se asoma a la justicia, pero despierta dudas éticas”, *El País digital: retina*, 4 de marzo de 2020, p. 1.

Derechos Humanos. Si bien, las posibilidades que ofrecen estas nuevas tecnologías son muy ambiciosas en lo que respecta a poder garantizar un poder judicial más ágil y, en consecuencia, más eficiente en sus funciones.

Sin embargo, hasta el momento se han criticado los errores o técnicas discriminatorias que algunos de estos programas utilizan, tratando de forma desigual a algunos sectores de la población. Por ello, se insta a que en todo caso deben respetarse cinco principios: respeto de los Derechos Fundamentales; no discriminación; calidad y seguridad; transparencia, imparcialidad y equidad; y, principio de “bajo control del usuario”, es decir, excluir un enfoque únicamente normativo de la cuestión, y asegurar que los distintos actores sean informados y tengan el control de las decisiones adoptadas²⁸¹⁰.

A pesar de que, en el año 2017 se firmó un convenio entre el Consejo General del Poder Judicial y la Secretaría de Estado para la sociedad de la información y la Agenda Digital para permitir el uso de la inteligencia artificial en la resolución de litigios judiciales, este no se ha puesto en marcha. El sistema que se iba a utilizar ya está patentado hace años por Microsoft. Este programa permite analizar cientos o miles de documentos, encontrar los elementos relevantes del caso y, a partir de éstos, dictar una sentencia, atendiendo a la información que previamente ha recogido en su base de datos. Una especie de aplicación del Big Data, pero que se encargaría de encontrar los puntos trascendentales del supuesto, y aplicar una determinada resolución jurídica al caso concreto, teniendo en cuenta los precedentes dictados. La denominada como “justicia predictiva” consiste en:

«gracias a herramientas basadas en la inteligencia artificial (...) permite identificar potenciales resultados o soluciones derivadas de un procedimiento o controversia gracias al uso de medios matemáticos, predictivos y analíticos en el ámbito del derecho. Es decir, produciendo estadísticas y probabilidades en lo relativo a la solución que se puede dar a diferentes cuestiones jurídicas que se planteen en el contexto de un conflicto»²⁸¹¹.

²⁸¹⁰ Vide CONSEJO EUROPEO, *Carta ética europea sobre la utilización de la inteligencia artificial en el sistema judicial*, Bruselas, 2018, pp. 7 y ss.

²⁸¹¹ Vide Karim BENYEKHLEF y Rosario DUASO CALÉS, “Ciberjusticia, métodos alternativos de resolución de controversias y tecnología”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO y José Luis PIÑAR MAÑAS, *Sociedad digital y derecho*, o.c., p. 805.

Además, esta tecnología permite aprender a la máquina de sus errores, sin que se haya programado específicamente para ello. Si bien, en la opinión de quién escribe, la inteligencia artificial, no es en sentido estricto eso. La inteligencia artificial tiene que estar programada para ir un paso más allá que la aplicación del uso del Big Data, por lo que no sólo debe ser capaz de aprender de sus errores. Esta debe estar diseñada para introducir cambios en la jurisprudencia, aprendiendo de si misma y de las necesidades de la población, cuando se den los requisitos para ello. De otra forma, lo que tendríamos sería un sistema matemático que, ante los mismos supuestos aplica idénticas consecuencias, pero que, no es capaz de evolucionar, y que por tanto quedaría para siempre estancado. Y eso nunca podría considerarse como impartir justicia.

A nivel internacional se han identificado ciertos temores relativos a la seguridad jurídica y la protección de la vida privada y los datos que obran en poder de la Administración de Justicia. En este ámbito, deben establecerse medidas especiales de garantía para proteger los datos que forman parte del sistema. Por ejemplo, mediante los mecanismos de anonimización de sentencias, y programas que concedan mayor seguridad de protección de los datos del sistema, ante cualquier ataque cibernético. No obstante, creo que, dentro del poder judicial, los datos aún siendo anónimos, deben permitir que los jueces puedan identificar a las personas autoras de unos mismos hechos. Así, se facilitaría su trabajo para poder corroborar si tiene antecedentes, por las mismas causas, en otros partidos judiciales.

Y, por último, sigue siendo latente la necesidad de que los algoritmos que se utilicen sean neutrales y no discriminen a la población por sesgos racistas, aporófobos o machistas²⁸¹². El poder judicial tiene que seguir acometiendo la misma función que le tiene encomendada la Constitución, sin que nunca quepa escudarse en el uso de las tecnologías para tapan otros problemas de la sociedad. Por ello, tiene que promoverse un proceso transparente para los ciudadanos, y que la base en la que se funden sus razonamientos sea comprensible para la sociedad en su conjunto. En idénticos términos se ha pronunciado el Parlamento Europeo, en su último proyecto de informe sobre la utilización de la inteligencia artificial en el derecho penal, y su utilización por la policía y las autoridades judiciales, de fecha 8 de junio de 2020.

²⁸¹² *Vide* Alba SORIANO ARNANZ, “Decisiones automatizadas y discriminación: aproximación y propuestas generales”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 56, (2021), pp. 40 y ss.

No obstante, como otro ejemplo de robotización del sector, existen en el mercado productos basados en inteligencia artificial de análisis jurisprudencial y predictivo, en materia de abogacía. Este ámbito es lo que se ha denominado como LegalTech. En materia contractual, destacan programas como Rocket Lawyer, Biggle Legal o Wonder Legal que se dedican a la creación de documentos legales o formularios convencionales. Por otro lado, en la gestión y administración de despachos, destacan programas como Legal Innovation, Infolex o Kleos, que se dedican a calcular los plazos para la interposición de escritos, o de subsanación de documentos, así como también, el cálculo de igualas o minutas, o el almacenamiento de información en la nube. Y, en materia de análisis jurisprudencial y predictivo, donde destacan plataformas como Vlex Analytic, Jurimetría, Tirant Analytic o Legal Analytic, que permiten comprobar la probabilidad de éxito de un determinado argumento, o la búsqueda de la jurisprudencia más acertada para el caso. En el futuro, lo más seguro es que tengamos un sistema inteligente, basado en el vector intangible de la IV Revolución Industrial que actúa como nexo entre las personas y la traducción de sus problemas a lenguaje jurídico. De este modo, se buscaría la solución más acertada, de acuerdo con la normativa y jurisprudencia aplicable al caso²⁸¹³.

V. El Derecho Digital: régimen jurídico de los derechos digitales en España.

1. Consideraciones previas.

Tal y como se extrae de los párrafos precedentes, la sociedad y las distintas relaciones y vínculos jurídicos que en ella se producen han cambiado para adecuarse al entorno digital. De manera que, el Derecho, de forma paulatina, se ha adaptado a las necesidades inéditas que instaba la sociedad lo que, para un sector de la doctrina, ha supuesto la creación de un derecho específico dentro de nuestro ordenamiento: el Derecho Digital. Y, puede definirse como:

²⁸¹³ Vide Darío LÓPEZ RINCÓN, “Robots y abogacía”, en Moisés BARRIO ANDRÉS, *Derecho de los Robots*, o.c., pp. 193-195.

«una rama del ordenamiento jurídico de carácter interdisciplinar que pretende complementar la dirección jurídica tradicional, pero con perspectivas desde el campo de lo digital»²⁸¹⁴.

Sin embargo, el Derecho Digital tiene que comprender algo más que adaptar las normas que rigen en nuestro ordenamiento jurídico al entorno digital. El Derecho Digital debe englobar, además, el Derecho de nueva creación para resolver problemas intrínsecos al funcionamiento de la red. Por ello, dentro del Derecho Digital se incluye la parte que se encarga de regular las relaciones en la red, ya sean personales o laborales, así como también, todas las modificaciones que ha conllevado dentro de las instituciones del Estado para adaptar sus relaciones al medio digital.

No obstante, hay que añadir al ámbito material del Derecho Digital los efectos transversales que los cambios que la IV Revolución Industrial va a introducir en el conjunto global de la ciudadanía. Si bien, la IV Revolución Industrial basa gran parte de su desarrollo en el elemento consolidado de la conectividad, es decir, en Internet y todos los servicios y posibilidades que éste nos aporta. En consecuencia, aunque este proceso transformador aún esté en vías de desarrollo, ya se puede advertir que tendrá gran repercusión en la conformación del Derecho Digital, al menos por vía indirecta.

A modo de resumen, el Derecho Digital se encarga de regular las relaciones que se producen dentro del entorno digital, tanto entre las personas, el comercio electrónico, en el marco del mercado digital, la regulación de los contenidos y servicios digitales, la protección de los consumidores y usuarios, la propiedad intelectual, la ciberseguridad, la adaptación de los poderes del Estado, y la configuración de la e-Administración. Y, además, incluiría la robótica y la inteligencia artificial, y todas las técnicas relacionadas con éstas que impliquen conexión a la red, por ser núcleo esencial para el funcionamiento de todos estos sectores.

En consecuencia, el Derecho Digital cumple con la función de adaptar el Derecho ordinario al medio virtual, así como legislar en aquellos supuestos que impliquen una novedad dentro de nuestro ordenamiento, para garantizar que se cumplen con los principios, derechos, libertades y obligaciones dentro del Estado. Como se observa, esto

²⁸¹⁴ Vide Moisés BARRIO ANDRÉS, *Manual de Derecho digital*, o.c., pp. 31-34.

supone el tratamiento de una amplitud de materias, todas ellas con naturalezas jurídicas y caracteres diversos, pero que no es una lista cerrada: a medida que se consoliden las innovaciones de la IV Revolución Industrial habrá nuevos sectores que podrán verse afectados y que, por tanto, habrá que reformar su regulación.

No obstante, el Derecho Digital se consolidará en nuestro ordenamiento jurídico por la necesidad de dar respuesta a problemas inéditos en este momento, pero será provisional, en tanto que, la Era Digital se consolide. Así, las relaciones del futuro serán digitales o no serán, puesto que la mayoría de los vínculos y relaciones se producirán en el ciberespacio. De este modo, el derecho convencional se utilizará de forma residual para aquellos que se resistan a la transformación del proceso disruptivo. En consecuencia, las regulaciones tradicionales supondrán la excepción a la regla, y el Derecho Digital representará la convencionalidad en el tratamiento de las cuestiones.

A pesar de la juventud de esta rama del ordenamiento jurídico, la doctrina ya distingue algunos de los caracteres que la definen. En primer lugar, se debe destacar el carácter multidisciplinar, puesto que engloba todas las ramas del ordenamiento jurídico que se puedan ver afectadas por el proceso de digitalización, como puede ser el derecho de la informática o de las telecomunicaciones, pero también de la propiedad intelectual e industrial. En segundo lugar, esta rama del conocimiento tiene en su génesis el procesamiento de los datos e información que se recogen a través del entorno digital, ya sea provenientes de la actividad del mundo real o del ciberespacio. En tercer lugar, la interconexión de las comunicaciones o relaciones que se entablan, tanto de los seres humanos entre sí, como de éstos con las máquinas a través de las TIC. En cuarto lugar, el carácter universal de esta rama del ordenamiento, puesto que se extiende, sin precedentes en nuestra historia, sobre todos los estratos que conforman la sociedad: personas civiles, empresas y poderes públicos. Y, en quinto lugar, la neutralidad que es un carácter que se defiende y protege dentro del Derecho de Internet, y que debe perpetuarse en esta rama del ordenamiento, para garantizar una estructura básica de servicios y prestaciones, tal y como los conocemos²⁸¹⁵.

El Derecho Digital tiene una importancia transversal para la configuración del Estado de Bienestar, puesto que, va a determinar el grado o nivel de adaptación de la sociedad al progreso. Así, a medida que el proceso de digitalización social sea más intenso

²⁸¹⁵ Vide Moisés BARRIO ANDRÉS, *Manual de Derecho digital*, o.c., p. 32.

servirá de indicador para verificar el advenimiento de esta nueva etapa de la humanidad. Por ello, la construcción del Estado de Bienestar 4.0. debe iniciarse, no desde la adaptación de la actividad que se realiza al medio digital, sino desde el diseño digital de ésta. Es decir, la transformación del Estado del Bienestar no se puede producir desde el mero arreglo de las estructuras que lo configuran al medio digital como, por ejemplo, la tramitación electrónica de los procedimientos de la seguridad social, o la matrícula on-line en los centros educativos. Ese no es el camino a seguir. El objetivo es reconstruir el Estado de Bienestar con la materia prima del S. XXI: los datos. Si bien, nuestro sistema de bienestar tiene suficientes datos almacenados, de sus ciudadanos y de sus actividades, como para proporcionar servicios específicos adaptados a las necesidades de la población.

Reflexionemos sobre el principio de igualdad de tratamiento por el que se diseña el sistema educativo español. Si bien, éste es a priori “igual” para todos los estudiantes, de manera que, se siguen los mismos criterios de formación y evaluación, cuando cada niño cuenta con capacidades distintas. En este sentido, el sistema mide a los partícipes de sus instituciones con la misma regla, sin contar con sus singularidades, y aquello que los identifica. Sin embargo, el sistema educativo podría utilizar los datos que posee para formar y educar a los niños, atendiendo a sus cualidades y condiciones específicas. Así, construir un sistema educativo que permita formar a los alumnos para desarrollar sus habilidades, atendiendo a los datos que posee, nos permitirá tener profesionales más preparados, a la par que especializados dentro del sistema productivo y satisfechos con ellos mismos.

Ocurre igual con el Sistema Nacional de Salud. Un sistema sanitario que haga estudios pormenorizados de sus potenciales enfermos, atendiendo a las pruebas genéticas y las patologías que muy probablemente sufrirán en el futuro, permite utilizar la medicina preventiva mucho antes de que lleguen a enfermar. El principio base de este nuevo Estado de Bienestar debe ser la prevención, la anticipación a que las circunstancias adversas se produzcan, y tomar medidas de contención.

A modo de conclusión parcial, el Derecho Digital tiene un papel protagonista en la configuración de nuestro modelo de Estado de Bienestar, en tanto que, será determinante para constatar el grado de desarrollo de la sociedad hasta que se constituya la Era Digital. Pero también, para inspirar el diseño de las estructuras que deben constituirse y el modelo de relaciones entre los distintos pilares que lo configuran. El Derecho Digital en España sólo ha comenzado a dar los primeros pasos dentro del

ordenamiento jurídico. Las modificaciones dentro de los distintos sectores suponen una primera etapa de desarrollo, que busca encontrar el equilibrio entre la regulación convencional y especificidades que supone el medio virtual.

Sin embargo, este acercamiento ha estado más auspiciado por el derecho comunitario que por la voluntad del legislador español de preocuparse para que el Derecho recogiera todas las necesidades y respuestas a las problemáticas que los ciudadanos experimentan en el ámbito digital. De ahí, la reflexión de que el Derecho Digital debe encuadrarse dentro del Derecho Administrativo, pero desde la perspectiva transversal y general de la cuestión que nos afecta. En mi opinión, el legislador español no está cualificado, ni capacitado para emprender una revolución normativa de estas características. La brecha digital se agudiza dentro de los representantes legislativos y políticos que, en su mayoría, responden y se han formado en el pensamiento de una sociedad que no se parece en nada a la actual, y ni mucho menos a la que se pretende construir. Por ello, ni siquiera llegan a comprender el fenómeno disruptivo que se avecina. No se dan cuenta de la necesidad inminente, no de hacer planes para reformar, sino de diseñar el sistema desde cero. Así, aunque sus propuestas son un punto de partida aceptable para iniciar la transformación, no son ni mucho menos el mejor o más innovador para replantear el Derecho Digital y los derechos de los ciudadanos dentro del mundo digital.

2. El régimen jurídico de los derechos digitales: concepto, naturaleza jurídica, caracteres y modalidades.

Tal y como se adelantaba en el estudio de la Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, ésta incluye un catálogo de derechos con el calificativo de digitales. Estos derechos no estaban contemplados en el anteproyecto de ley orgánica de protección de datos de carácter personal que se presenta el 23 de junio de 2017.

Si bien, estos son el fruto de las enmiendas realizadas por el grupo parlamentario socialista²⁸¹⁶ que, de forma similar, aunque con algunas excepciones, recogen un catálogo de derechos digitales propios de las necesidades de los ciudadanos del S. XXI. Así, tras

²⁸¹⁶ Vide CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, Enmiendas e índice de enmiendas al articulado, 121/000013 proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, 18 de abril de 2018.

la discusión de las enmiendas y aprobado el Dictamen, el Congreso dio el visto bueno al proyecto de Ley orgánica, lo que mejoró de forma evidente el contenido de la norma. En este sentido, en el Senado se acordó aceptar como Dictamen el texto propuesto por la Ponencia que no introducía modificaciones respecto al remitido por el Congreso de los Diputados. Estos tienen carácter novedoso dentro de nuestro ordenamiento jurídico como consecuencia de que es la primera vez que se desarrollan un conjunto de derechos específicos y propios del mundo digital con un tratamiento tan homogéneo, estableciendo límites y garantías propias para las relaciones que se producen dentro del ciberespacio²⁸¹⁷. Sin embargo, en cuanto a su contenido, en su mayoría, es reiterativo respecto de lo que se dispone en otras normas y la jurisprudencia emitida por los Tribunales, tanto europeos, como españoles.

La primera característica que llama especialmente la atención es la intencionalidad del legislador español de reformar (en un futuro) la Constitución para incluirlos dentro de su articulado, como unos derechos específicos del ciudadano²⁸¹⁸. Sin duda, el legislador, consciente de la importancia que tiene construir un sistema de garantías sólido para el desarrollo de la sociedad digital, sabe que el marco jurídico que se está configurando es insuficiente para alcanzar los objetivos que se han proyectado. Aun así, intenta buscar respaldo en la norma suprema enlazando estos derechos con el contenido y protección que se brinda a los ciudadanos en el artículo 18 CE²⁸¹⁹.

²⁸¹⁷ *Vide Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, Preámbulo V: «El Título X de esta ley acomete la tarea de reconocer y garantizar un elenco de derechos digitales de los ciudadanos conforme al mandato establecido en la Constitución. En particular, son objeto de regulación los derechos y libertades predicables al entorno de Internet como la neutralidad de la Red y el acceso universal o los derechos a la seguridad y educación digital, así como los derechos al olvido, a la portabilidad y al testamento digital. Ocupa un lugar relevante el reconocimiento del derecho a la desconexión digital en el marco del derecho a la intimidad en el uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral y la protección de los menores en Internet. Finalmente, resulta destacable la garantía de la libertad de expresión y el derecho a la aclaración de informaciones en medios de comunicación digitales»*

²⁸¹⁸ *Ibidem «Los constituyentes de 1978 ya intuyeron el enorme impacto que los avances tecnológicos provocarían en nuestra sociedad y, en particular, en el disfrute de los derechos fundamentales. Una deseable futura reforma de la Constitución debería incluir entre sus prioridades la actualización de la Constitución a la era digital y, específicamente, elevar a rango constitucional una nueva generación de derechos digitales. Pero, en tanto no se acometa este reto, el legislador debe abordar el reconocimiento de un sistema de garantía de los derechos digitales que, inequívocamente, encuentra su anclaje en el mandato impuesto por el apartado cuarto del artículo 18 de la Constitución Española y que, en algunos casos, ya han sido perfilados por la jurisprudencia ordinaria, constitucional y europea».*

²⁸¹⁹ *Vide CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, de 29 de diciembre de 1978, artículo 18: «1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. 2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito. 3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial. 4. La ley limitará el uso de la informática para*

El problema es que conectan estos derechos con el artículo en general y de forma abstracta, y no en un apartado concreto del mismo. Esto sin duda representa una disyuntiva, puesto que éste protege distintos bienes jurídicos, y dependiendo de dónde deriven los derechos digitales se pueden extraer conclusiones diferentes sobre lo que el legislador intenta proteger, los límites, y las garantías que se imponen a su ejercicio. Pero, sin duda lo que sorprende aún más, es que se pretendan derivar del artículo 18 CE, pero se especifique en la norma que los derechos digitales no están regulados por ley orgánica, sino que corresponden a una ley ordinaria²⁸²⁰.

Esto es realmente contradictorio entre lo que se dice en la norma y lo que se hace, puesto que, si el legislador pretende elevar estos derechos a constitucionales ¿por qué no los recoge dentro de la ley orgánica derivados del artículo 18.4 CE? Si bien, es necesario manifestar que este artículo no estaba inicialmente previsto para ampliar el régimen de los derechos fundamentales relacionados con los medios informáticos, sino más bien, para limitar su impacto negativo²⁸²¹.

No obstante, lo que sí se puede advertir respecto de estos derechos es que se configuran en su mayoría como prestacionales, en tanto que, implican el desarrollo de una concreta actividad ya sea bien por los prestadores de servicios de la sociedad de la información, bien por el Estado. Es el caso, por ejemplo, del derecho de acceso a Internet, de la neutralidad de la red, la seguridad o la educación digital. Si bien, todos estos derechos conllevan una obligación cuyo cumplimiento se materializa a través del desarrollo de una actividad concreta por parte del ejecutivo.

Sin embargo, es necesario adelantar que los derechos digitales que regula la norma están muy alejados de poder describir todas las necesidades que se engloban y resultan imprescindibles dentro del mundo digital. Así, por el momento, la regulación jurídica se ciñe básicamente a establecer una equivalencia entre los derechos del mundo físico y aquellos que deben respetarse dentro del ciberespacio. El principio de equivalencia funcional ya se advirtió como insuficiente para tratar los problemas de Internet: éste sirve para dotar de protección algunas materias, pero no para la totalidad de las disyuntivas que

garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos».

²⁸²⁰ Vide Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, Disposición Adicional Primera.

²⁸²¹ Vide Artemi RALLO LOMBARTE, “Del derecho a la protección de datos a la garantía de los nuevos derechos digitales”, en *Tratado de Protección de Datos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 3.

plantea. Si bien, no se puede tratar de resolver los problemas (nuevos) que genera Internet en nuestro ordenamiento jurídico, con un derecho anticuado y que no está pensado para resolver esas controversias.

En consecuencia, cuando el legislador afirma que *«los derechos y libertades consagrados en la Constitución y en los Tratados y Convenios Internacionales en que España sea parte son plenamente aplicables en Internet. Los prestadores de servicios de la sociedad de la información y los proveedores de servicios de Internet contribuirán a garantizar su aplicación»*²⁸²², no está sino complicando aún más el problema.

Más aun cuando este derecho se corrobora mediante la Carta de los Derechos Digitales, en el artículo 1, en idénticos términos:

«Los derechos fundamentales y libertades reconocidos en nuestra Constitución, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Union Europea y en los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España están garantizados en el entorno o espacio digital».

Si todos los derechos de la Constitución, así como de los Tratados y Acuerdos Internacionales de los que forme parte España, son plenamente aplicables dentro del ciberespacio ¿cuáles son las medidas que el legislador va a adoptar para garantizar su cumplimiento? Si bien, la Carta de los Derechos Digitales, únicamente prevé la concreción de los límites y garantías de estos derechos a través del desarrollo legislativo (artículo 1.3), pero sin establecer una obligación específica, ni tampoco las garantías de mínimos necesarias para ello.

En este sentido, no se puede reconocer un derecho genérico de invocar la protección de los poderes públicos ante la lesión de los derechos digitales, sin determinar las autoridades competentes para velar por sus garantías, o reconocer los cauces o vías procedimentales para preservar su correcto ejercicio (artículo 25 de la Carta de los Derechos Digitales). No se puede realizar una afirmación tan genérica, sin contar con medios suficientes para asegurar el cumplimiento de estos derechos. Si bien, a lo largo del régimen jurídico de Internet se han ido desvelando cuáles son las disyuntivas

²⁸²² Vide Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, artículo 79.

principales que se presentan en cada uno de los sectores que conforman el Derecho de Internet. Una problemática ya lo suficientemente extensa y agravada, como para enredar aún más la situación.

¿Cómo piensa, por ejemplo, el legislador garantizar el derecho a la igualdad dentro de la red (artículo 8 de la Carta de los Derechos Digitales)? Además, dentro de todas las desigualdades que éste puede amparar: desde el acceso a Internet, a los aparatos conectables, a superar la brecha digital entre las distintas generaciones y de género, o más importante aún, a un trato igualitario dentro del ciberespacio por los algoritmos que distribuyen nuestra información. Prácticamente ocurre igual si lo hacemos con la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad²⁸²³, influenciado por el poder que ejercen los algoritmos que limitan, diseñan y vigilan la identidad del individuo en este medio. La persona en Internet nace cautiva al modo en el que nos expresamos en la red y los datos que ella tiene de nosotros, y en virtud de lo que conoce, ofrece determinados servicios que son afines a nuestros intereses. Los algoritmos predictivos al final lo que hacen es dividirnos por gustos y mostrarnos sólo aquellos productos o servicios que encajen con los datos que tienen, por lo que no van a aparecer aquellos que, aun pudiendo resultar apetecibles, no se ajusten a nuestros caracteres en la red²⁸²⁴.

De esta forma, se limita nuestra capacidad de libre decisión, o de autonomía personal, ya que los algoritmos de Internet nos manipulan a su antojo creando necesidades que no existen, o encontrando nuevos intereses para los que previamente nos han configurado²⁸²⁵. Esto es lo que recientemente se ha denominado como tecnovirus, que afecta a la identidad digital del individuo, haciendo un uso dirigido de la información, ya sea para crear necesidades o sentimientos, como el miedo o la desesperación²⁸²⁶.

Limitar el poder de influencia de estos algoritmos es algo bastante complicado, al menos para quién como yo, no entiende el proceso matemático que llega a esas

²⁸²³ Vide CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, de 29 de diciembre de 1978, artículo 10.1: «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social».

²⁸²⁴ Vide José Luis PIÑAR MAÑAS, “Identidad y persona en la sociedad digital”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO y José Luis PIÑAR MAÑAS, *Sociedad digital y derecho*, o.c., pp. 101-103.

²⁸²⁵ Vide Juan Antonio HERNÁNDEZ CORCHETE, “Expectativas de privacidad, tutela de la intimidad y protección de datos”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO y José Luis PIÑAR MAÑAS, *Sociedad digital y derecho*, o.c., p. 282.

²⁸²⁶ Vide José Ángel PLAZA LÓPEX, “Existe un tecnovirus cuyo nivel de contaminación mental mengua la libertad de las personas”, *El País Digital*, 26 de abril de 2020, pp. 1 y ss.

conclusiones. Si bien, soy consciente de que la tecnología es el producto del ser humano, y que, en consecuencia, debe manifestar las mismas carencias o debilidades que éste. El ser humano no es perfecto y crece en un determinado entorno cultural y social, por ello, no es de extrañar que existan algoritmos machistas, xenófobos, homófonos o aporófobos. El derecho tiene que intentar frenar esa expansión de debilidades y que, al menos, no se conviertan en tendencia en la red, perpetuando este tipo de comportamientos, cada vez más, socialmente reprobables.

No obstante, pese a las críticas a la regulación jurídica de estos derechos, se debe interpretar la misma como un primer acercamiento para abordar la materia que, en todo caso, necesitará de desarrollo reglamentario para especificar y aclarar el contenido de algunos de los derechos que se recogen, así como de la interpretación de la jurisprudencia, acerca de los límites y garantías que amparan a estos derechos. Si bien, la novedad dentro de nuestro ordenamiento impide que se hayan generado controversias y éstas hayan sido resueltas por los tribunales. A lo que hay que añadir que una gran parte de la población ni siquiera tiene conocimiento de su existencia, puesto que su regulación conjunta con la protección de datos personales le ha restado protagonismo.

Los derechos digitales tienen ámbitos de aplicación material distintos, tanto por el bien jurídico que se protege, como por los sujetos o destinatarios de su regulación. No obstante, los derechos digitales se pueden clasificar en cuatro grandes grupos.

En primer lugar, los derechos referidos puramente a la actividad de Internet que incorporarían los siguientes derechos: la neutralidad de Internet, acceso universal a Internet, seguridad digital, la identidad digital y el derecho a no ser perfilado, y la portabilidad de servicios en redes sociales y servicios equivalentes.

El segundo grupo serían los derechos digitales referidos a la libertad de expresión, la protección de la intimidad y de los datos personales, el cual incluiría los siguientes derechos: libertad expresión y rectificación en la red, actualización de la información, derecho al olvido, y el testamento digital.

El tercer grupo tendría como peculiaridad la protección de los menores, así como su formación, incluyendo los siguientes derechos: a la educación digital, a la protección de los menores en Internet, y a la protección de los datos de los menores en la red.

Y, un cuarto grupo de derechos dirigidos a las relaciones laborales, que contendría el derecho a la intimidad y el uso de dispositivos digitales, al control de los trabajadores

bajo dispositivos de videovigilancia y también de los sistemas de geolocalización, a la desconexión digital y a las garantías adicionales al tratamiento de datos personales y la salvaguarda de los derechos digitales dentro de los convenios colectivos.

Por último, he de añadir que se encuentra en tramitación una Carta de los Derechos Digitales. El problema es que se desconoce su naturaleza jurídica y la fuerza vinculante que tendrá para los poderes públicos, hasta que no sea efectivamente aprobada. No obstante, los derechos que se reconocen son muy semejantes a los que se recogen en la Ley, aunque algunas parcelas son innovadoras: por ejemplo, se reconoce el derecho a la salud digital, o el derecho sobre las técnicas de neurociencia.

3. Los derechos referidos a la actividad en Internet.

3.1. El derecho a la neutralidad de Internet.

3.1.1. Concepto, caracteres y elementos.

La Ley 3/2018, de Protección de Datos Personales y de Garantía de los Derechos Digitales recoge en el artículo 80 el derecho a la neutralidad de Internet:

«Los usuarios tienen derecho a la neutralidad de Internet. Los proveedores de servicios de Internet proporcionarán una oferta transparente de servicios sin discriminación por motivos técnicos o económicos».

La primera cuestión que llama la atención es por qué el legislador inicia la regulación de los derechos digitales abordando la neutralidad de Internet. Si bien, esta controversia ha sido extensamente debatida y regulada por el derecho internacional, así como también, incorporada a nuestro ordenamiento jurídico a través de distintas normas²⁸²⁷. De manera que, ésta no se presenta como una cuestión problemática, sino que

²⁸²⁷ Vide Reglamento (UE) 2015/2120 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2015 por el que se establecen medidas en relación con el acceso a una internet abierta y se modifica la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas y el Reglamento (UE) n° 531/2012 relativo a la itinerancia en las redes públicas de comunicaciones móviles en la Unión.

es un derecho reconocido y consolidado ya dentro de nuestro sistema democrático. No obstante, analicemos en qué consiste exactamente este derecho.

La expresión de “*neutralidad de la red*” nace a principios del milenio, como una respuesta para frenar el poder de las grandes empresas tecnológicas que controlaban la forma de transmisión de ciertos datos. Estas empresas consideraban que, al tener sus servicios mayor demanda por los usuarios, el sistema debía de proveerles de un trato preferente dentro del modelo de transmisión establecido. En otras palabras, se pretendía gestar una jerarquía entre las empresas de servicios de la sociedad de la información, en base a criterios como el número de usuarios de determinados servicios o la demanda de éstos, de forma que, aquellas que fuesen más potentes adquirirían mayores beneficios. Sin embargo, la sociedad internacional frenó esa posibilidad, en tanto que, suponía seguir otorgándole mayor poder a las empresas que ya dominan el mundo.

En consecuencia, el principio de neutralidad de la red implica que la información debe tratarse en igualdad de condiciones, sin que quepa ningún tipo de discriminación. En otras palabras, que los paquetes de datos sean tratados «*con igualdad, independientemente de su naturaleza, origen, destino o cualquier otra circunstancia*»²⁸²⁸. Por tanto, todos los datos que se transmiten en la red tienen una única categoría, no existiendo jerarquías y tratándose en igualdad de condiciones, con independencia de quién sea el emisor o el receptor de la información. Si bien, esta obligación compete tanto a los prestadores de servicios de la red como al propio Estado a través de las políticas y el régimen jurídico de protección que estructura sobre el desarrollo del Derecho de Internet. Además, el legislador hace especial referencia a los motivos técnicos y económicos, como criterios que deben tenerse en cuenta para verificar el cumplimiento de esta obligación.

La Unión Europea ha determinado las obligaciones concretas que deben realizar los proveedores de servicios de la sociedad de la información para garantizar el respeto al principio de neutralidad de red, o de trato igualitario de la información, a diferencia de lo que hace la norma española²⁸²⁹. Así, se establece una obligación general de trato

²⁸²⁸ Vide Lucrecio REBOLLO DELGADO y Pilar ZAPATERO MARTÍN, *Derechos digitales*, Dykinson, Madrid, 2019, pp. 19-20.

²⁸²⁹ Vide PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, *Reglamento 2015/2120, de 25 de noviembre, por el que se establecen por el que se establecen medidas en relación con el acceso a una internet abierta y se modifica la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en*

equitativo de acceso a Internet, con independencia del emisor, el contenido al que se accede o los servicios que se utilicen. Sin embargo, no impide que por motivos de razonabilidad y de gestión del tráfico en la red se adopten medidas proporcionadas y transparentes para acceder al servicio²⁸³⁰. Además, los únicos motivos permitidos para restringir, interferir o alterar el tráfico de la red pueden ser cumplir con una norma o sentencia comunitaria o nacional; preservar la integridad y seguridad de la red; o evitar la congestión de la red y mitigar sus efectos²⁸³¹.

En consecuencia, se puede afirmar que el principio de neutralidad de la red lleva aparejado dos compromisos de no discriminación para los operadores de la red²⁸³²: por un lado, la necesidad de garantía de prestación de un servicio de carácter universal, de forma que, se debería establecer un nivel básico de servicios que todos los usuarios debieren de recibir, algo así como un mínimo necesario de calidad de la red; y por otro lado, la de servicio público de transporte, relacionada con la necesidad de que la prestación del servicio de Internet de calidad debe realizarse en condiciones justas, razonables y no discriminatorias para los interesados²⁸³³.

De manera que, esta última parte implica la aplicación de lo dispuesto en las obligaciones de servicio público que se imponen a las telecomunicaciones en nuestro

relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas y el Reglamento (UE) no 531/2012 relativo a la itinerancia en las redes públicas de comunicaciones móviles en la Unión, Estrasburgo.

²⁸³⁰ Vide José VIDA FERNÁNDEZ, “Las garantías para el acceso a una Internet abierta en el Reglamento (UE) 2015/2120: una batalla perdida para la neutralidad de la red”, *Revista General de Derecho Europeo*, 40, (2016), p. 123: «el contenido del Reglamento (UE) 2015/2120 se puede apreciar que existen tantas garantías al acceso a una Internet abierta como excepciones que, además, se encuentra formuladas de forma muy indeterminada lo que deja un amplio margen de discrecionalidad a los operadores para invocarlas (...). Se trata de excepciones lo suficientemente importantes como para dudar de que el Reglamento (UE) 2015/2120 dispense una verdadera protección del principio de neutralidad de la red. Sin duda estas excepciones se encuentran sometidas a numerosos requisitos y limitaciones en el mismo pero son claramente insuficientes dada la indefinición con que se encuentran configuradas. De hecho, su concreción se ha dejado en manos de las ANRs, en cuanto instancias técnicas nacionales, han fijado unas directrices soft law que resultan esenciales para determinar si la neutralidad de la red queda verdaderamente garantizada».

²⁸³¹ Vide PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, *Reglamento 2015/2120, de 25 de noviembre, por el que se establecen por el que se establecen medidas en relación con el acceso a una internet abierta y se modifica la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas y el Reglamento (UE) no 531/2012 relativo a la itinerancia en las redes públicas de comunicaciones móviles en la Unión, Estrasburgo, Artículo 3.3.*

²⁸³² Vide Lucrecio REBOLLO DELGADO y Pilar ZAPATERO MARTÍN, *Derechos digitales*, o.c., p. 20.

²⁸³³ Vide José VIDA FERNÁNDEZ, “Las garantías para el acceso a una Internet abierta en el Reglamento (UE) 2015/2120: una batalla perdida para la neutralidad de la red”, *Revista General de Derecho Europeo*, 40, (2016), p. 118.

ordenamiento. Si bien, en lo referente a este apartado me remito a lo dispuesto en las consideraciones generales y el tratamiento efectuado del régimen jurídico de Internet como servicio de las telecomunicaciones.

El elemento objetivo de este derecho consiste en garantizar la “*neutralidad de Internet*”. Sin embargo, el régimen general de las telecomunicaciones en nuestro país es neutral desde su configuración, puesto que, únicamente se encarga de transmitir paquetes de datos a través de las redes eléctricas²⁸³⁴. En consecuencia, por red neutral se debe entender aquella que permite el intercambio desde el emisor a su receptor sin alterar el contenido del mensaje. De esta forma, es neutral la red que no intercepta, manipula, o modifica la información que se transmite de punto a punto.

Sin embargo, el legislador parece referirse más bien al principio de neutralidad en el funcionamiento y estructura del ciberespacio que es un carácter intrínseco que debe respetarse para garantizar el buen funcionamiento de la red. Más aún, hace referencia a este principio, cuando a quién hace especialmente responsables del cumplimiento de esta obligación es a los prestadores de servicios de la sociedad de la información. De manera que, se deduce que el elemento conectivo que une a ambas partes de la relación es el contrato privado de acceso a Internet que vincula a los prestadores de la sociedad de la información con los usuarios de la red.

Por otro lado, en lo que respecta al elemento subjetivo, se identifican tres partes. El primero se corresponde con todos los usuarios del ciberespacio, por lo que, en consecuencia, recoge a todas las personas que tengan acceso a Internet y a un aparato conectable, y que utilicen los servicios de la sociedad de la información para acceder al contenido de la red.

Mientras que, en el segundo se refiere, a los prestadores de servicios de la sociedad de la información que es frente a quienes se genera la obligación, concretamente sobre aquellos que se encargan de proveer de acceso a Internet. No obstante, los proveedores de catching, así como también los proveedores de búsquedas o enlaces, deben respetar

²⁸³⁴ Vide Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, artículo 9.2.: «*La instalación y explotación de redes públicas o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas en régimen de prestación a terceros por operadores controlados directa o indirectamente por administraciones públicas se realizará dando cumplimiento al principio de inversor privado, con la debida separación de cuentas, con arreglo a los principios de neutralidad, transparencia, no distorsión de la competencia y no discriminación, y cumpliendo con la normativa sobre ayudas de Estado a que se refieren los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*».

especialmente este derecho. Y, además, el Estado se convierte también en sujeto pasivo de esta relación, en tanto que debe respetar en el desarrollo de sus políticas el principio de neutralidad de la red por el carácter de servicio universal y las obligaciones de servicio público que se le imponen prestándose en igualdad de condiciones para todos los ciudadanos.

Si bien, la interpretación que se hace del precepto es corroborada por los términos en lo que se recoge el derecho a la neutralidad de Internet, en la Carta de los Derechos Digitales, en el artículo 12:

«Los poderes públicos garantizarán el derecho de los usuarios a la neutralidad de Internet. Los proveedores de servicios de Internet proporcionarán una oferta transparente de servicios sin discriminación por motivos técnicos o económicos, en los términos previstos en el Reglamento (UE) 2015/2120 de 25 de noviembre de 2015, por el que se establecen medidas en relación con el acceso a una internet abierta, y la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales».

En este sentido, se hace expresa mención de la normativa comunitaria que se encarga de preservar la neutralidad de la red, y hace partícipe a los poderes públicos y los prestadores de servicios.

En todo caso, el Estado debe respetar los valores y principios constitucionales, especialmente aquellos en los que se constituye la democracia. Por ello, cualquier restricción que se establezca dentro de la red, debe estar lo suficientemente motivada y ser conforme a Derecho, además, de poder revisarse la idoneidad de estas medidas frente a los Tribunales. De este modo, el derecho que se garantiza a los ciudadanos consiste en la no intervención o injerencia del Estado sobre la transmisión de los datos que se producen a través de las redes electrónicas de nuestro país. O lo que es lo mismo, se generan frente al Estado dos obligaciones distintas: una actividad prestacional que consiste en la protección de las infraestructuras y regulación de los sistemas de funcionamiento para garantizar la neutralidad de la red; y un derecho a la no intervención estatal, imponiendo sus intereses frente al principio de neutralidad de la red, salvo que se pongan en riesgo otros bienes jurídicos, en cuyo caso, sea un juez quién determine el límite de la intervención.

De este modo, es dentro de este apartado, lo que suscita más dudas sobre la configuración del derecho. La norma garantiza la neutralidad de la red, pero se olvida de establecer el régimen jurídico de las limitaciones que se pueden imponer para su correcto ejercicio, así como tampoco, las garantías de respeto a los valores constitucionales. El hecho de que el legislador no establezca o diseñe un marco adecuado sobre las restricciones que se pueden establecer en el correcto ejercicio de este derecho, cuando se vulneren otros derechos de nuestro ordenamiento jurídico (como, por ejemplo, el derecho a la libertad de expresión y la protección de la seguridad de la red) no es una cuestión irrelevante. De este modo, el legislador establece un régimen jurídico incompleto (por el momento) que deberá ser suplido por la actividad interpretativa de los Tribunales de Justicia.

3.1.2. La excepción de neutralidad de Internet por el Estado: el Real Decreto-Ley 14/2019 de 31 de octubre.

Unos días antes de la celebración de las elecciones generales, se aprobó por el Gobierno el Real Decreto-Ley 14/2019, de 31 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes por razones de seguridad pública en materia de Administración digital, contratación del Sector Público y telecomunicaciones. En la propia Exposición de Motivos de la norma se explica que la causa que lleva a su promulgación se identifica en la protección de la Seguridad Nacional frente a las ciberamenazas de desinformación e interferencia en los procesos de participación política de la ciudadanía y el espionaje. Si bien, lo que no se dice en la norma, pero sí que se intuye²⁸³⁵, son los hechos de los que verdaderamente trae causa: el movimiento independentista y secesionista en Cataluña y la reciente sentencia condenatoria de sus líderes políticos²⁸³⁶.

En cualquier caso, lo que al análisis de esta tesis interesa, se centra en el estudio de la capacidad del Gobierno para intervenir y asumir la gestión de las redes, telecomunicaciones e Internet. El Real Decreto-Ley incorpora a través del artículo 6.1 la

²⁸³⁵ Vide Real Decreto-Ley 14/2019, de 31 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes por razones de seguridad pública en materia de Administración digital, contratación del sector público y telecomunicaciones, Exposición de Motivos I: «*Los recientes y graves acontecimientos acaecidos en parte del territorio español han puesto de relieve la necesidad de modificar el marco legislativo vigente para hacer frente a la situación*».

²⁸³⁶ Vide STS 459/2019, de 14 de octubre.

modificación de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de las Telecomunicaciones en su artículo 6 apartado 4, quedando redactado de la siguiente manera:

«El Gobierno, con carácter excepcional y transitorio, podrá acordar la asunción por la Administración General del Estado de la gestión directa o la intervención de las redes y servicios de comunicaciones electrónicas en determinados supuestos excepcionales que puedan afectar al orden público, la seguridad pública y la seguridad nacional. En concreto, esta facultad excepcional y transitoria de gestión directa o intervención podrá afectar a cualquier infraestructura, recurso asociado o elemento o nivel de la red o del servicio que resulte necesario para preservar o restablecer el orden público, la seguridad pública y la seguridad nacional».

Lo cierto es que, como afirma la doctrina²⁸³⁷, esta modificación no representa una novedad, puesto que, ya se incluía en otras regulaciones de las telecomunicaciones. El principal cambio que introduce la norma se encuentra en la ampliación de los motivos (concretamente la protección del orden público) que pueden llevar al Gobierno a intervenir en la gestión y control, asumiendo las telecomunicaciones como un servicio público. Sin embargo, el problema es que, se incluye una limitación sustancial a determinados derechos de nuestro ordenamiento jurídico, sin establecer mayores garantías que las ya preestablecidas para garantizar el respeto a los derechos y libertades de los ciudadanos.

No obstante, si hay que matizar ciertas consideraciones, sobre todo, en lo que respecta a la motivación que lleva al ejecutivo a aprobar esta norma. Si bien, a causa de los movimientos independentistas se habían constituido a través de los servicios de la sociedad de la información, y especialmente, mediante el uso de redes sociales (cuentas de Twitter, Telegram o una aplicación específica) el denominado como “*Tsunami democràtic*”. Este movimiento atentaba directamente contra la protección del orden y la seguridad pública, en tanto que llamaba a la manifestación y el descontrol de la población

²⁸³⁷ Vide Lorenzo COTINO HUESO, “La (in) constitucionalidad de la “intervención”, “mordaza” o “apagón” de las telecomunicaciones e Internet por el Gobierno en virtud del Real Decreto-Ley 14/2019”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 54, (2020), p. 3 y ss.

antes de la celebración de las elecciones generales²⁸³⁸. Así, para evitar que se produjera una lesión de los bienes jurídicos en juego, se amplían las facultades de control y organización del Gobierno para frenar determinadas telecomunicaciones consideradas como perjudiciales para la democracia, y la protección de la seguridad nacional de nuestro país.

En consecuencia, ante circunstancias determinadas por ley, se permite que el Gobierno pueda prestar directamente los servicios que se incorporan dentro del ámbito de aplicación de la Ley General de Telecomunicaciones (recordemos que estaba estrictamente referido a los intercambios de comunicación, excluyendo expresamente los servicios de la sociedad de la información). El problema es que la fuerte unión que existe entre Internet y los servicios de la sociedad de la información impide desvincular los efectos que se producen sobre éstos cuando se regula Internet.

Así, tal y como se ha analizado, Internet representa sólo el elemento conectivo de la relación, pero la auténtica actividad que configura el mundo digital son aquellos servicios que se proveen dentro del ciberespacio. Por tanto, el hecho de que la norma le permita dirigir, controlar o prestar por él mismo el servicio de las telecomunicaciones, abre amplitud de posibilidades de dominar de forma indirecta las actividades que se prestan y desarrollan a través del servicio de Internet.

De este modo, tal y como afirma la doctrina, con esta reforma el Gobierno puede generar un “apagón” de Internet, cortar el flujo de las comunicaciones, o controlar los datos de los usuarios en la red. Además, las medidas podrían ser globales, sectoriales o individuales, condicionando el acceso a webs, aplicaciones, o servicios, así como también reducir la velocidad de acceso a la red. Sin entrar a debatir la especial incidencia que éste

²⁸³⁸ Vide Ramón COTARELO GARCÍA, “De la democracia convencional a la Digital”, en Benigno PENDAS GARCÍA, *España constitucional (1078-2018) trayectorias y perspectivas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, p. 1696: «Pero el resumen nos permite ver un factor clave: la función de las redes sociales en la articulación del movimiento. Algo que el Estado no había previsto. De ese modo, se encontró cerrando páginas webs al estilo de la censura china, con escasa legitimación. 140 páginas relacionadas con el referéndum cerró la Guardia Civil, algunas de entidades privadas. Ya hacia años que Rivera había propuesto que durante los estados de excepción pudieran cerrarse las redes sociales. Curiosamente, las redes y el conjunto del ciberespacio (...) posibilitaron la reaparición de una forma de acción política que, desde la derrota de los totalitarismos no se había hecho necesaria: la acción política clandestina».

tiene sobre la protección del secreto de las comunicaciones, como consecuencia de la gestión directa de las Administraciones Públicas del servicio²⁸³⁹.

No obstante, la norma está siendo en la actualidad objeto de revisión, al haberse interpuesto un recurso de inconstitucionalidad por falta de la urgente y extraordinaria necesidad del Real Decreto, ya que no se especifica con demasiada claridad la motivación que lleva a aprobarla (aunque sí que se extrae por el contexto social del momento en el que se aprueba); y, porque afecta a derechos fundamentales (como es el acceso a la libertad de información y la protección a la privacidad de los datos) de forma que, cualquier restricción o limitación de los mismos, debe ser desarrollada por ley orgánica. En consecuencia, hay que esperar a que el Tribunal Constitucional se pronuncie acerca del cumplimiento o no de las previsiones de nuestra Carta Magna, para valorar si existe una auténtica vulneración a los deberes y obligaciones constitucionales en el citado Real Decreto.

Sin embargo, es necesario reflexionar sobre cómo afecta esta regulación al respecto del derecho de la neutralidad de la red, y no tanto al derecho de acceso a Internet, como pretende hacer valer la doctrina. El principio de neutralidad de Internet está destinado a los prestadores de servicios de la sociedad de la información, pero también sobre los Estados, para impedir que intercepten, manipulen o dirijan la actividad que se puede desarrollar en la red. Por ello, aunque se permiten ciertas excepciones por las que el Estado puede controlar el servicio universal de las telecomunicaciones, sólo está posibilitado ante situaciones extraordinarias que impliquen una gravedad latente para la protección de los valores y el correcto funcionamiento de las instituciones. En este caso, ante situaciones en las que se atente contra el orden público, la seguridad pública o nacional.

No obstante, en la opinión de quién escribe, con este tipo de actuaciones, lo que se denota es el respeto a los valores constitucionales y a la democracia de un determinado país. En palabras de García Mexía, los Estados pueden imponer “velos” y “vallas” dentro del ciberespacio²⁸⁴⁰. Si bien, los velos hacen referencia al bloqueo político de los

²⁸³⁹ Vide Lorenzo COTINO HUESO, “La (in) constitucionalidad de la “intervención”, “mordaza” o “apagón” de las telecomunicaciones e Internet por el Gobierno en virtud del Real Decreto-Ley 14/2019”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 54, (2020), p. 12 y ss.

²⁸⁴⁰ Vide Pablo GARCÍA MEXÍA, “El derecho de acceso a Internet”, en Tomás DE LA QUADRA SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, *Sociedad digital y Derecho*, o.c., p. 397 y ss.

contenidos de Internet directamente, prácticas de países poco democráticos; o mediante la utilización de los proveedores de servicios de la sociedad de la información que siguen las instrucciones del Estado para controlar el acceso a éstos por los usuarios. Mientras que, con el término de vallas se engloba a la fragmentación que las grandes plataformas propician sobre los datos que constan dentro de sus bases de funcionamiento, potenciando, discriminando u obviando los que a ellas interesan.

De este modo, cuando se produce una discriminación sobre la información que circula sobre la red por motivos políticos la fundamentación de esta decisión deberá estar lo suficientemente argumentada como para restringir la democracia de un país. Por ello, no basta con alegar razones supuestas para restringir los derechos de los ciudadanos, sino que debe existir un riesgo real, evidente e inmediato, así como adoptar medidas razonables para frenar o reducir sus efectos. En consecuencia, estas decisiones que restringen el sistema democrático de un país, respecto del acceso a la libertad de información y el respeto a la protección de datos, no basta con adoptarlas de forma general²⁸⁴¹, sino que, deben ser motivadas de manera específica caso por caso.

En el supuesto que estoy comentando, si el Gobierno pretendía, como así se deduce de la exposición de motivos, frenar el ascenso del movimiento separatista que se estaba desarrollando en la red, debería haberlo expresado explícitamente en las decisiones que motivaron las restricciones de acceso a estas plataformas. No basta, con referirse de forma generalizada al control del orden público, hay que determinar la razón que lleva a tomar estas determinaciones que afectan tan gravemente al principio básico de funcionamiento de nuestro país: la democracia.

Si bien, cualquier decisión que adopte el Gobierno, dentro de sus poderes de soberanía puede ser recurrida frente a los Tribunales de Justicia que son los encargados de velar por el cumplimiento de los valores y principios constitucionales²⁸⁴². De este modo, serán éstos los que decidan si la medida es arbitraria, o se encuentra lo suficientemente motivada conforme a Derecho. Lo que sí está claro es que, sin

²⁸⁴¹ Vide STJUE, Asuntos acumulados C-293/12 y C-594/12, Digital Rights Ireland, de 8 de abril de 2014.

²⁸⁴² Vide Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de las Telecomunicaciones, artículo 5.3. paf. 2º: «Cualquiera de esas medidas relativas al acceso o al uso por parte de los usuarios finales de los servicios y las aplicaciones a través de redes de comunicaciones electrónicas, que sea susceptible de restringir esos derechos y libertades fundamentales solo podrá imponerse si es adecuada, proporcionada y necesaria en una sociedad democrática, y su aplicación estará sujeta a las salvaguardias de procedimiento apropiadas de conformidad con las normas mencionadas en el párrafo anterior».

fundamentación razonable, sin un consenso mínimo para su adopción, y la utilización de un instrumento legislativo inadecuado, estaríamos hablando de una decisión inconstitucional. Así, cualquier limitación que se efectúe sobre el funcionamiento de Internet, no sólo afecta al derecho de las telecomunicaciones, sino a la organización y valores de nuestra sociedad, puesto que, como afirma la doctrina:

«éste se ha convertido en algo “esencial” para la vida, Internet no es un mero instrumento o medio de comunicación más, sino que es un nuevo paradigma cultural, político, social y económico»²⁸⁴³.

En consecuencia, cuando se adoptan decisiones que afectan claramente a los valores y derechos constitucionales, deberían establecerse medidas adicionales que garanticen el adecuado respeto a nuestra norma fundamental, de manera clara y certera. El problema es que, como advierte la doctrina, el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado acerca de las garantías de acceso, límites y restricciones a Internet²⁸⁴⁴. No obstante, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sí que se ha manifestado acerca de la necesidad de establecer una serie de parámetros esenciales, fácilmente constatables por los tribunales de justicia, en caso de que se bloqueen contenidos dentro de la red²⁸⁴⁵. Y, en este mismo sentido, se ha pronunciado la Recomendación del Consejo de Europa de 13 de abril de 2016, sobre la libertad en Internet que, para evitar bloqueos injustificados de contenido, afirma que los Estados deberán garantizar que todos los filtros sean examinados tanto antes, como durante su instalación, de tal manera que sus efectos sean proporcionales al objetivo de la restricción.

Sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico no se han impuesto mayores medidas de control a las ya configuradas por la Ley General de las Telecomunicaciones, ni se detallan mecanismos de supervisión una vez que se han adoptado, ni los períodos máximos de su vigencia, ni quién es el encargado de adoptarla, así como tampoco, el

²⁸⁴³ Vide Lorenzo COTINO HUESO, “La (in) constitucionalidad de la “intervención”, “mordaza” o “apagón” de las telecomunicaciones e Internet por el Gobierno en virtud del Real Decreto-Ley 14/2019”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 54, (2020), p. 6.

²⁸⁴⁴ *Ídem* p. 28.

²⁸⁴⁵ Vide STEDH Ahmet Yıldırım contra Turquía, de 18 de septiembre de 2012, FJ 3: «*En este sentido, no puede concebirse una revisión judicial de tales medidas, por parte del juez, basado en un equilibrio entre los intereses en conflicto y buscando su equilibrio, sin un marco en el que se establecen normas detalladas y específicas con respecto a la aplicación de restricciones preventivas sobre libertad de expresión.*»

control de la decisión de bloqueo previo al inicio de un procedimiento sancionador²⁸⁴⁶. En consecuencia, el Real Decreto-Ley 14/2019, de 31 de octubre, no representa una amenaza contra el ordenamiento jurídico y, especialmente, contra el respeto al derecho de la neutralidad de Internet por su contenido, sino por la carencia absoluta de garantías judiciales y administrativas que se pretenden imponer. Por ello, la solución al problema es dotar de contenido el derecho a la neutralidad de Internet, estableciendo un régimen jurídico claro, tanto de los ámbitos objetivos, subjetivo y procedimentales, sobre cualquier restricción o limitación que se pretenda hacer valer sobre este derecho.

3.2. El derecho de acceso universal a Internet.

3.2.1. Concepto, caracteres y elementos.

La Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y de los Derechos Digitales, regula el derecho de acceso universal a Internet en el artículo 81, de la siguiente manera:

«1. Todos tienen derecho a acceder a Internet independientemente de su condición personal, social, económica o geográfica.

2. Se garantizará un acceso universal, asequible, de calidad y no discriminatorio para toda la población.

3. El acceso a Internet de hombres y mujeres procurará la superación de la brecha de género tanto en el ámbito personal como laboral.

4. El acceso a Internet procurará la superación de la brecha generacional mediante acciones dirigidas a la formación y el acceso a las personas mayores.

²⁸⁴⁶ Vide Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de las Telecomunicaciones, artículo 81.1: «Previamente al inicio del procedimiento sancionador, podrá ordenarse por el órgano competente del Ministerio de Economía y Empresa, mediante resolución sin audiencia previa, el cese de la presunta actividad infractora cuando existan razones de imperiosa urgencia basada en alguno de los siguientes supuestos: a) Cuando exista una amenaza inmediata y grave para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional; b) Cuando exista una amenaza inmediata y grave para la salud pública; c) Cuando de la supuesta actividad infractora puedan producirse perjuicios graves al funcionamiento de los servicios de seguridad pública, protección civil y de emergencias; d) Cuando se interfiera gravemente a otros servicios o redes de comunicaciones electrónicas; e) Cuando cree graves problemas económicos u operativos a otros proveedores o usuarios de redes o servicios de comunicaciones electrónicas o demás usuarios del espectro radioeléctrico».

5. *La garantía efectiva del derecho de acceso a Internet atenderá la realidad específica de los entornos rurales.*

6. *El acceso a Internet deberá garantizar condiciones de igualdad para las personas que cuenten con necesidades especiales».*

Previo al análisis, he de advertir que no se recoge ningún derecho con características semejantes dentro de la Carta de Derechos Digitales, lo que es especialmente llamativo, puesto que garantizar la consecución de los derechos digitales es imposible sin las garantías previas de acceso Internet. En este sentido, Internet, las TIC y los servicios digitales forman un tándem indisoluble. No sé si quizá se ha pensado que el régimen jurídico establecido era suficiente (LOPD), pero esta afirmación es más que discutible, en base a los argumentos que se contemplan en las siguientes páginas.

En lo que se refiere al elemento objetivo del derecho, es decir, respecto del ámbito material o concreta prestación que se configura, se habla de “*derecho a acceder a Internet*” de forma “*universal, asequible, de calidad y no discriminatoria*”. Si bien, esta afirmación permite analizar algunos de los caracteres que constituyen la prestación de este derecho. En primer lugar, se habla de derecho de acceso a Internet, por lo que éste sólo engloba a que los posibles usuarios puedan adoptar un contrato de prestación de servicio de acceso a la red con alguno de los operadores o prestadores del servicio del mercado.

En consecuencia, lo que unirá a los elementos subjetivos de la relación será un contrato privado por el que se acuerda la transmisión de paquetes de datos a través de las redes electrónicas de nuestro país. No obstante, es necesario recordar que para acceder a Internet se debe contratar la prestación de este servicio, pero también tener a disposición un aparato conectable a la red²⁸⁴⁷. Sin embargo, sobre estos útiles o herramientas no se

²⁸⁴⁷ Vide STSJ de Madrid, 430/2020, de 12 de mayo, FJ 3: «*En el caso presente la recurrente no ha acreditado los hechos en que fundamenta su pretensión, no habiéndose acreditado que los medios informáticos que solicita sean necesarios para el desempeño de las funciones que realiza, de hecho ni siquiera ha acreditado que el ordenador que tiene asignado sea inutilizable, y que no sea suficiente para desempeñar las funciones que realiza, (...) no teniendo que buscar documentos ni tener contacto con las instituciones de la Unión Europea, por lo que no requiere conexión a internet, siendo así que según dicho informe tal conexión únicamente la tienen los empleados que por su trabajo la necesitan, debiendo de justificar el Consejero Coordinador de cada área ante el Consejo de Asuntos Económicos y Administrativos de la REPER las razones de la petición de la conexión a internet,(...).* El informe mencionado también pone de manifiesto que los ordenadores tecnológicamente más modernos se ofrecen

hace mención a lo largo del texto. El legislador ha obviado por completo que para la conexión a Internet es obligatorio tener un teléfono móvil u ordenador con capacidad para conectarse a Internet.

De este modo, el derecho de acceso a Internet implica las siguientes actividades: el derecho a la conexión a la red²⁸⁴⁸, de acceso a las infraestructuras que posibilitan el intercambio de las telecomunicaciones, a contar con los dispositivos necesarios, y el acceso a los servicios de la sociedad de la información. Así, de conformidad con lo que se viene defendiendo a lo largo de este capítulo, Internet es sólo el elemento que posibilita la prestación de otros servicios que configuran el ciberespacio. Sin embargo, esta representaría la vertiente positiva del derecho, pero el legislador se olvida de regular (aunque, sí que realiza en parte algunas matizaciones en otras disposiciones del texto legal) de la vertiente negativa como es el derecho a no utilizar Internet, a la desconexión digital, o a no usar las infraestructuras de las telecomunicaciones.

En segundo lugar, en lo que respecta a los términos y condiciones en los que debe desarrollarse la actividad principal que configura el derecho de acceso a Internet, el legislador añade una serie de caracteres que deben estar presentes en el servicio, como son las características de: universalidad, asequibilidad, de calidad y no discriminatorio. No obstante, la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de las Telecomunicaciones²⁸⁴⁹, ya incluía dentro de su articulado algunos de los caracteres que expresamente se recogen en el citado artículo 81. De este modo, el acceso a Internet es universal, en tanto que, este se configura como un servicio de carácter universal dirigido a la totalidad de la población, sin que quepa alegar ninguna causa de discriminación para la exclusión del desarrollo de esta actividad por parte de los operadores.

Siguiendo con el criterio de no discriminación, el artículo 81 señala una serie de causas, de especial interés, que pueden ser discriminatorias, como es el caso de las

a las personas que los necesitan por el trabajo que desarrollan y por la naturaleza de la mismo y que la conexión a Intranet con el Ministerio de Trabajo es una excepción en la Consejería de Trabajo».

²⁸⁴⁸ Vide STSJ de Comunidad Valenciana, 628/2014, de 15 de octubre, FJ3: «En definitiva, y para constatar si nos hallamos ante una medida arbitraria, o por el contrario, fruto del legítimo ejercicio de las potestades discrecionales autorganizativas de la Administración, el factor a tomar en consideración no es otro que el de la motivación del acto administrativo, pues sólo a través de la misma puede valorarse la razonabilidad o no de la medida adoptar. Y, en el caso que nos ocupa existe, no ya un déficit, sino una falta absoluta de motivación, tanto en sede administrativa, como jurisdiccional, que impide conocer las razones, si es que han existido, de vedar el acceso a internet desde sus puestos de trabajo al colectivo de empleados públicos afectados, a diferencia de los restantes empleados del Consell».

²⁸⁴⁹ Vide Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, 25.1. a).

condiciones personales, sociales, económicas y geográficas. Y, con posterioridad, añade otras más concretas, como es el caso del fenómeno de la brecha digital de género, la generacional, o la especial atención que debe efectuarse sobre las personas con necesidades especiales. Además, el servicio debe prestarse en condiciones de asequibilidad, por lo que se reconoce a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, la capacidad para controlar los precios y orientarlos, para garantizar que éstos sean competitivos y evitar precios excesivos, pero siempre desde la motivación y el fomento de la competencia efectiva²⁸⁵⁰.

No obstante, respecto del precio, se prevé la posibilidad de crear tarifas especiales, para que las personas en situación de vulnerabilidad puedan acceder a este servicio²⁸⁵¹. Esta obligación conlleva el desarrollo de distintas prestaciones por parte del Estado, desde dos vertientes. Por un lado, de acción frente a la actividad económica de los prestadores de estos servicios que operan en nuestro mercado, regulando los precios. Si bien, la transversalidad e importancia que ha adquirido Internet en los últimos años ha llevado a plantear si no es necesario que se preste el servicio con costes distintos atendiendo a las condiciones económicas y de vulnerabilidad de sus destinatarios, garantizando de este modo la igualdad de oportunidades entre el conjunto de la sociedad²⁸⁵². Y, por otro lado, desde la posibilidad de crear bonos sociales para los colectivos más vulnerables, o que no cuenten con los medios de acceso necesarios.

Además, el legislador español ha añadido una característica adicional al régimen de las condiciones de la prestación del servicio: el criterio de calidad. Si bien, este término sólo aparece dentro de la Ley General de las Telecomunicaciones cuando se define la universalidad del servicio. Sin embargo, la calidad de la prestación del servicio de acceso a Internet está directamente vinculada a lo que las partes hayan pactado en el contrato. De este modo, el usuario accede a una serie de condiciones generales (tales como la velocidad de la red) a cambio de un precio, y es el prestador el que se compromete a cumplirlas durante el desarrollo de su actividad. Por ello, no tiene una mayor trascendencia para la protección del derecho, ya que la calidad del servicio dependerá de lo que las partes hayan acordado.

²⁸⁵⁰ *Vide* Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, artículo 24.1. e).

²⁸⁵¹ *Ibidem* Artículo 25.1. f)

²⁸⁵² *Vide* Artemi RALLO LOMBARTE, “Del derecho a la protección de datos a la garantía de los nuevos derechos digitales”, en *Tratado de Protección de Datos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 3.5.

Sin embargo, sí que hubiera supuesto un cambio evidente referirse a la velocidad, o fijar una serie de límites cuantitativos a la prestación del servicio. Recordemos que la Ley General de las Telecomunicaciones sí que hacía referencia a la velocidad y funcionalidad, que son criterios determinantes para verificar el cumplimiento mínimo del contenido que debe englobar la prestación del servicio de acceso a Internet. De este modo, el legislador, en lugar de establecer de forma generalizada la necesidad de que el servicio se preste con una velocidad determinada, en este caso como un principio mínimo de funcionamiento para el desarrollo de Internet, se limita utilizar un término abstracto y dependiente de las partes, como es la calidad.

En el ámbito subjetivo del derecho se distinguen dos partes. En primer lugar, la totalidad de la población, haciéndolo extensivo a todos los ciudadanos que se presentan como potenciales usuarios de la red. Si bien, esto está en consonancia con los principios generales que regulan el acceso a Internet dentro del marco del Derecho de las Telecomunicaciones, en el que éste se constituye como un servicio con vocación de universalidad²⁸⁵³, y al que debe poder acceder la globalidad de la población.

Sin embargo, al igual que se hace dentro del régimen jurídico de las telecomunicaciones²⁸⁵⁴, el texto legal reconoce la imposibilidad de cumplimiento de este mandato, especialmente, en el caso de los lugares que se encuentren fuera de los núcleos urbanos. Por ello, se afirma que la efectiva garantía de acceso al derecho *«atenderá a la realidad específica de los entornos rurales»*. Por tanto, se reconoce una excepción al régimen general de la universalidad de acceso a este derecho, diferenciando la situación en la que se encuentran determinados núcleos poblacionales que por razones geográficas y de estrategia comercial (tal y como permite la Ley General de las Telecomunicaciones) se quedan sin poder disfrutarlo. En consecuencia, este derecho no se corresponde con la totalidad de la población, sino que se distingue entre zonas geográficas y posibilidades económicas del entorno para su materialización.

Y, por otro lado, se diferencia entre las obligaciones de los prestadores del servicio de acceso a Internet y, aquellas que pertenecen al Estado. Si bien, el núcleo de la relación se crea, y así se corrobora por el elemento conectivo que los une, entre los usuarios de la

²⁸⁵³ Vide Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, artículo 35: *«el conjunto definido de servicios cuya prestación se garantiza para todos los usuarios finales con independencia de su localización geográfica, con una calidad determinada y a un precio asequible»*.

²⁸⁵⁴ *Ibidem* Artículo 25.1. a).

red y los prestadores del servicio de acceso a Internet. Éstos son los que se encargan de llevar a cabo la actividad, es decir, de dotar de capacidad de conexión a Internet a los ciudadanos. Sin embargo, el artículo genera también una serie de obligaciones específicas para el Estado, aunque, se utiliza el término “procurar” por lo que no existe una obligación en sentido estricto, y ni mucho menos del todo concreta, respecto de determinados colectivos.

En primer lugar, el Estado debe dirigir sus políticas a superar las diferencias entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso a Internet, dentro de los ámbitos laborales y personales. Pero, el artículo no genera un deber concreto de actuación en esta materia, sino que deja en manos del ejecutivo el método o medidas para alcanzar este objetivo. Mientras que, en segundo lugar y lo que atiende a la superación de la brecha generacional, llama la atención que sí que se establecen obligaciones específicas como son la realización de *«acciones dirigidas a la formación y el acceso a las personas mayores»*. En otras palabras, sí que se concreta cuál es la actividad que debe desarrollar el ejecutivo, a diferencia de lo que realiza frente a la superación de la brecha de género donde sólo se crea una obligación abstracta, sin un contenido apropiado y a la altura del objetivo a conseguir.

En iguales términos se pronuncia la Carta de los Derechos Digitales, en el artículo 11, afirmando que:

«1. Se reconoce el derecho de las personas mayores al acceso a los entornos digitales.

2. Se garantizará la accesibilidad a los entornos digitales a las personas de este colectivo».

Y, en tercer lugar, se crea una obligación específica frente a las personas que cuenten con necesidades especiales. En este caso, el legislador añade una obligación de garantizar unas condiciones de igualdad, para este grupo o sector de la población, en el acceso a este derecho. Pero, no concreta el elemento objetivo en el que va a consistir esa actividad, es decir, si será desde el aspecto económico, físico o de formación de estos colectivos. Y, es que, el legislador parece haberse olvidado por completo que no se puede garantizar el acceso a Internet, si no es a través de una herramienta o instrumento de comunicación. De este modo, tal y como se defiende desde el inicio de esta tesis, Internet

es inmaterial, es un sistema de comunicación codificado en unos y ceros que el ser humano no es capaz de comprender. Por ello, necesita de las TIC como ventana de acceso, ya que están programadas para comunicarse en el mismo lenguaje, y traducirlo de forma que sea comprensible por el ser humano. Así, para las personas con necesidades especiales de carácter físico o psíquico, el problema no está en el contrato que posibilita el acceso a Internet, sino en el instrumento físico por el que se accede y que condiciona el desarrollo de su actividad en la red, así como en la necesidad de una formación específica.

No obstante, la Carta de los Derechos Digitales, hace una mención especial a este colectivo, en el artículo 10, garantizando la protección de las personas con discapacidad en el entorno digital:

«1. Se garantizará la accesibilidad de los entornos digitales a las personas con discapacidad tanto desde el punto de vista tecnológico como respecto de sus contenidos. En particular, aseguraran que la información relativa a las condiciones legales del servicio resulte accesible y comprensible.

2. Los entornos digitales, y en particular los que tengan por finalidad la participación política digital, aseguraran la participación efectiva de las personas con discapacidad o diversidad funcional.

3. Se garantizará el derecho a la educación digital de las personas con discapacidad».

Sin embargo, hay que añadir que, en el texto normativo sí que se prevé al menos el instrumento que se va a utilizar para procurar cumplir con estos objetivos: un Plan de Acceso a Internet. Si bien, a través de éste se deberán superar las brechas digitales y garantizar el acceso a Internet de los colectivos vulnerables, y de entornos familiares y sociales económicamente desfavorecidos, entre otras medidas, con un bono social de acceso a Internet; impulsar la existencia de un espacio de conexión de acceso a Internet de carácter público; y fomentar medidas educativas que promuevan la formación en competencias y habilidades digitales básicas entre la población²⁸⁵⁵.

²⁸⁵⁵ Vide Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, artículo 97.

En la actualidad, no se ha aprobado un Plan de Acceso a Internet, en sentido estricto, pero sí que está previsto en la Agenda Digital para el año 2025, el desarrollo de distintos planes con objetivos similares a los expuestos. Por ejemplo, el “*Plan de Conectividad*” que profundizará la conexión de las redes de acceso a Internet de banda ancha, en áreas rurales, centros urbanos, cascos históricos, y ámbitos industriales, y promueve medidas como los bonos sociales de conexión a Internet para los colectivos más vulnerables²⁸⁵⁶; el “*Plan Nacional de Competencias digitales*” dirigido a todos los sectores de la población (ciudadanía, ámbito educativo, FP, trabajadores) que incluye competencias digitales básicas, pero, también, desde una perspectiva más avanzada, en tratamiento de datos y uso de la Inteligencia Artificial²⁸⁵⁷; o la elaboración de una *Carta de Derechos Digitales* que tiene como objetivos superar las brechas digitales desde distintas de perspectivas (sociales, económicos, de género, generacionales o territoriales)²⁸⁵⁸, entre otras medidas.

En consecuencia, el contenido del derecho de acceso a Internet es insuficiente, inadecuado e irrelevante dentro de nuestro ordenamiento jurídico, dado que, no supone un cambio trascendental para los derechos de los ciudadanos. Prácticamente se establecen las mismas condiciones y requisitos que se regulan mediante el marco normativo de las telecomunicaciones en nuestro país, en lo referente a la prestación del servicio de Internet. Así, el régimen jurídico de los usuarios es idéntico, desprovisto de garantías y perpetuando ciertas discriminaciones para algunos sectores de la población. Este derecho está incompleto si verdaderamente se pretenden conseguir las aspiraciones que se señalan en la propia Exposición de Motivos de la norma, es decir, de construir una sociedad digital.

3.2.2. La distribución de competencias.

En lo que se refiere al régimen de competencias para el desarrollo de esta actividad existe cierta disparidad en nuestro ordenamiento jurídico, de la que pueden derivarse dudas interpretativas y colisión de competencias entre las distintas Administraciones del Estado. En primer lugar, encontramos que el sector de las telecomunicaciones es una

²⁸⁵⁶ Vide GOBIERNO DE ESPAÑA, “*Plan España Digital 2025*”, Madrid, 2020, pp. 16-18.

²⁸⁵⁷ *Ibidem* pp. 30-31.

²⁸⁵⁸ *Ibidem* pp. 75-76.

competencia exclusiva que tiene atribuida la Administración General del Estado²⁸⁵⁹. Sin embargo, como Internet no es sólo un servicio de las telecomunicaciones, sino que éste comporta diversidad de esferas, las Comunidades Autónomas también pueden asumir competencias en lo que respecta a su desarrollo y fomento, puesto que su actividad no incide sobre una competencia exclusiva del Estado²⁸⁶⁰.

Llama la atención que, en la oleada de reformas de los Estatutos de Autonomía a partir del año 2006, las Comunidades Autónomas reconocen competencias en esta materia, al entender que existe una necesidad general de asistir a los ciudadanos prestándoles determinados servicios. Las Comunidades que hacen referencia expresa en sus Estatutos de Autonomía son las siguientes:

COMUNIDAD AUTÓNOMA	NORMA Y CONTENIDO
Andalucía	Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, artículo 34: <i>«Se reconoce el derecho a acceder y usar las nuevas tecnologías y a participar activamente en la sociedad del conocimiento, la información y la comunicación, mediante los medios y recursos que la ley establezca».</i>
Aragón	Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón, artículo 28.2: <i>«Del mismo modo, promoverán las condiciones para garantizar en el territorio de Aragón el acceso sin discriminaciones a los servicios audiovisuales y a las tecnologías de la información y la comunicación»</i>

²⁸⁵⁹ Vide CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, de 29 de diciembre de 1978, artículo 149.1: *«El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 21.ª Ferrocarriles y transportes terrestres que transcurran por el territorio de más de una Comunidad Autónoma; régimen general de comunicaciones; tráfico y circulación de vehículos a motor; correos y telecomunicaciones; cables aéreos, submarinos y radiocomunicación».*

²⁸⁶⁰ *Ibidem* Artículo 149. 3: *«Las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos»*

Castilla y León	Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León, artículo 16.21: <i>«La plena incorporación de Castilla y León a la sociedad del conocimiento, velando por el desarrollo equilibrado de las infraestructuras tecnológicas en todo su territorio y garantizando la igualdad de oportunidades de todas las personas en el acceso a la formación y al uso de las tecnologías de la información y la comunicación».</i>
Cataluña	Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, artículo 53: <i>«1. Los poderes públicos deben facilitar el conocimiento de la sociedad de la información y deben impulsar el acceso a la comunicación y a las tecnologías de la información, en condiciones de igualdad, en todos los ámbitos de la vida social, incluido el laboral; deben fomentar que estas tecnologías se pongan al servicio de las personas y no afecten negativamente a sus derechos, y deben garantizar la prestación de servicios mediante dichas tecnologías, de acuerdo con los principios de universalidad, continuidad y actualización. 2. La Generalitat debe promover la formación, la investigación y la innovación tecnológicas para que las oportunidades de progreso que ofrece la sociedad del conocimiento y de la información contribuyan a la mejora del bienestar y la cohesión sociales».</i>
Comunidad Valenciana	Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de Reforma de Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio de reforma de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, artículo 19.2: <i>«Queda garantizado el derecho de acceso de los valencianos a las nuevas tecnologías y a que la Generalitat desarrolle políticas activas que impulsen la formación, las infraestructuras y su utilización».</i>

Extremadura	Ley Orgánica 1/2011, de 28 de enero, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura, artículo 7.10: <i>Consideran un objetivo irrenunciable la masiva difusión de la cultura en su sentido más amplio y un acceso igualitario de los extremeños a la información y a los bienes y servicios culturales. Para ello, Extremadura considera instrumentos particularmente útiles el dominio de otras lenguas, el manejo de las tecnologías de la información y la comunicación, la extensión de los sistemas operativos de código abierto y el uso de las licencias de libre copia y distribución. Asimismo, velarán por la conservación de los bienes del patrimonio cultural, histórico y artístico».</i>
Illes Balears	Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de las Illes Balears, artículo 29: <i>«En el ámbito de sus competencias, los poderes públicos de las Illes Balears impulsarán el acceso a las nuevas tecnologías, a la plena integración en la sociedad de la información y a la incorporación de los procesos de innovación».</i>

Tal y como puede observarse, el contenido del derecho varía de unas Comunidades Autónomas a otras, así como también, las obligaciones que asumen y las garantías de su ejercicio. Así, mientras que, en un caso la actividad se limita a crear políticas de formación y utilización de las nuevas tecnologías, en otro, se concreta la actividad en relación con los principios de universalidad, continuidad y actualización, y garantizar que no limiten los derechos ya consolidados dentro del ordenamiento jurídico. En consecuencia, lo que se genera es un derecho ambiguo, cuyo único nexo en común entre las distintas comunidades es el acceso a las nuevas tecnologías de la información y la comunicación. Si bien, esto es propio del momento histórico-cultural en el que se reforman los Estatutos de Autonomía, en tanto que, la sociedad de la información representaba la realidad del momento, y la sociedad digital no se concebía. Sin embargo, la disyuntiva que se presenta es que como derechos deben tener un régimen de protección,

así como también, unas garantías para su correcto ejercicio. Y, este no es el caso en todos los supuestos.

No obstante, la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, señala como competencias propias del municipio en el artículo 25.2. ñ): *«la promoción en su término municipal de la participación de los ciudadanos en el uso eficiente y sostenible de las tecnologías de la información y las comunicaciones»*.

Así, en base a esta competencia hay determinados municipios que prestan servicios de acceso a Internet gratis en algunos lugares públicos, así como también, pone a disposición de los usuarios los medios materiales necesarios para poder acceder a la red. En este sentido, destaca, por ejemplo, la Ley 22/1998, de 30 de diciembre, de la Carta Municipal de Barcelona, el artículo 39, o la Ordenanza para el Desarrollo de la Sociedad de la información y de las tecnologías relacionadas con la ciudad de Madrid, de fecha 29 de junio de 2010.

Por tanto, de todo lo anteriormente expuesto se extrae una consecuencia: existe una competencia compartida entre la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas, mientras que, las entidades locales se encargan de promocionar la participación de los ciudadanos en el uso de las tecnologías de la sociedad de la información dentro del ejercicio de sus competencias. Si bien, la Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, corrobora esta situación en el artículo 97, cuando afirma que *«el Gobierno, en colaboración con las comunidades autónomas, elaborará un Plan de Acceso a Internet»*.

Por tanto, la titularidad del régimen jurídico que se encarga de desarrollar el derecho de acceso a Internet es compartido entre el Estado y las Comunidades Autónomas, aunque algunas parcelas sean cedidas o gestionadas por las entidades locales, como Administración más cercana al ciudadano. Así, por ejemplo, la gestión de los bonos sociales de acceso a Internet tiene más sentido que sean los propios Ayuntamientos, y no las Comunidades Autónomas, los que se encarguen de administrarlos, puesto que conocen mejor las situaciones de vulnerabilidad.

A modo de resumen, el Estado tiene atribuidas las competencias exclusivas en materia de derecho de las telecomunicaciones. Pero, al presentar éste un ámbito de repercusión tan amplio en otros sectores de la sociedad, las Comunidades Autónomas han asumido ciertas obligaciones de garantía de acceso a las nuevas tecnologías, aunque las

competencias de promoción y participación ciudadana en las tecnologías de la información y la comunicación corresponden al municipio. De esta manera, se ha generado un entramado competencial complejo, en el que tanto el Estado, las Comunidades y las entidades locales desarrollan actividades de promoción y desarrollo.

Sin embargo, en mi opinión, este régimen jurídico debería determinarse por el legislador, y concretar las actividades que puede desarrollar cada uno de ellos. Hasta el momento, no han surgido conflictos competenciales, puesto que, tanto las Comunidades Autónomas como las entidades locales concentran su actividad en el fomento y desarrollo del uso de los servicios de la sociedad de la información. Por ello, de donde vengan los recursos (estatales, autonómicos o locales) para garantizar el correcto desarrollo del ejercicio de este derecho, resulta indiferente.

3.2.3. Hacia un derecho fundamental a Internet.

Hace tiempo que la doctrina defiende la necesidad de configurar un derecho fundamental de acceso a Internet. No obstante, en el ámbito internacional cuando se utiliza el término “fundamental” lo usa para referirse a éste como un derecho esencial o imprescindible, por la relación o conexión que tiene con el desarrollo de otros derechos, y no en los términos que lo contempla en nuestro ordenamiento jurídico. Si bien, en este mismo sentido, hay un sector de la doctrina que despliega el nacimiento de este derecho como dependiente del derecho de acceso a la información y la libertad de expresión, como es el caso de la Declaración multisectorial de Sao Paolo²⁸⁶¹, o la Declaración Conjunta de la Libertad de expresión en Internet²⁸⁶². Aunque, también existen peticiones de su inclusión desde esta perspectiva en el ordenamiento por la doctrina estatal²⁸⁶³

Si bien, mediante estas solicitudes se pretende equiparar el derecho de acceso a Internet al de un derecho humano, en este caso denominado como de cuarta generación. Así, se promueve que los Estados garanticen el efectivo ejercicio de este derecho, y también el respeto a otros derechos que se puedan ver afectados por su desarrollo, como

²⁸⁶¹ Vide NETmundial, *Declaración multisectorial de Sao Paolo*, 2012, Sao Paolo.

²⁸⁶² Vide ONU, *Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet*, 1 de junio de 2011.

²⁸⁶³ Vide Loreto CORREOIDORA Y ALFONSO, “Lectura de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 en el paradigma de la nueva sociedad de la información”, en Lorenzo COTINO HUESO, *Libertad en Internet. La red y las libertades de expresión e información*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 70.

es el caso de la educación, la salud, el trabajo o las elecciones libres. Además, se añade que el bloqueo o interrupción del acceso no puede estar justificado en ningún caso, ni siquiera por razones de orden público o de seguridad nacional, así como cualquier otra medida restrictiva que imposibilite a los usuarios servirse de las posibilidades de la red.

De este modo para la consecución de estos objetivos, se generan obligaciones positivas frente a los Estados que van desde establecer mecanismos regulatorios para fomentar un acceso más amplio de Internet, potenciar puntos de acceso público, generar conciencia del uso adecuado de Internet, o tomar medidas para asegurar un acceso equitativo para las personas vulnerables o con necesidades especiales. En referencia a los límites a este hipotético derecho fundamental, en relación con la libertad de expresión, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha manifestado que las prohibiciones de acceso a Internet deben estar bien motivadas, puesto que, si no podrían considerarse contrarias al artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos²⁸⁶⁴.

No obstante, hay otro sector que entiende que el derecho de acceso a Internet es un derecho social que debe satisfacerse a través del desarrollo de políticas públicas, al igual que el derecho a la educación, la salud o la prevención social²⁸⁶⁵. La que, en mi opinión, es la postura más acertada. Internet se ha convertido en un derecho social, de carácter instrumental, que posibilita y mejora el ejercicio de otros derechos; así sería el caso de la educación, la asistencia sanitaria o social. Esto no supone que el derecho de acceso a Internet sea reconocido como un derecho humano por la comunidad internacional, pero no implica que directamente sea reconocido como fundamental dentro de nuestro ordenamiento.

En mi opinión, el derecho de acceso a Internet no es un valor o principio básico del ser humano, pero sí que se torna imprescindible dentro de la sociedad digital para asegurar la continuidad o la prestación de otros derechos. De este modo, tal y como ocurre con otros derechos sociales de nuestro ordenamiento jurídico que, no son derechos

²⁸⁶⁴ *Vide* STEDH Ahmet Yildirim contra Turquía, de 18 de septiembre de 2012, FJ 3: «Por otra parte, el Tribunal observa que la medida en cuestión tuvo efectos arbitrarios y no puede considerarse que únicamente buscara bloquear el acceso al sitio en cuestión pues consistió en un bloqueo general de todos los sitios alojados por Google Sites. Además, la revisión judicial del bloqueo al acceso a sitios de Internet no cumplía las condiciones adecuadas para evitar el abuso: la legislación no proporciona ninguna garantía para evitar que una medida de bloqueo de un sitio específico se realice mediante un bloqueo general».

²⁸⁶⁵ *Vide* Haideer MIRANDA BONILLA, “El acceso a Internet como derecho fundamental”, *Revista Jurídica IUS Doctrina*, 15, (2016), pp. 9 y ss.

fundamentales, no es necesario recoger el acceso a Internet dentro de esa categoría de derechos, sino que, basta con que adquiera la protección y desarrollo suficiente de un derecho social. En consecuencia, el derecho de acceso a Internet debe configurarse como un derecho social, y a través de las políticas públicas, diseñar un marco legislativo coherente.

Sin embargo, el primer problema, para iniciar su conversión como derecho social que es, se encuentra en que la población todavía no ha exigido al Estado que consolide el derecho a Internet como estructural o imprescindible dentro del ordenamiento jurídico. En la actualidad, todavía estamos inmersos en una fase de expansión y consolidación del acceso a Internet, puesto que, ni siquiera la totalidad de la población puede disfrutar de este servicio. Por ello, aún no se ha creado una necesidad especial de salvaguarda o protección sobre este derecho. No obstante, la disyuntiva se incrementará dentro de pocos años, cuando la sociedad digital, la que aspiramos alcanzar, y que cuenta como elemento instrumental a Internet, comience a consolidarse, y aún no tengamos un régimen claro de acceso, prestación, y garantía de cumplimiento de este derecho.

En consecuencia, no podrá existir una reforma de la Constitución para incluirlo, ya sea como un derecho fundamental o social, hasta que la sociedad evolucione lo suficiente, como para darse cuenta de la vital importancia que supone Internet. Sin embargo, esto no impide que, hasta que ese cambio se produzca, es necesario que se complete el derecho en determinadas parcelas, por ejemplo, ante la limitación, restricción u obstrucción al correcto ejercicio. Hay que reiterar que, hasta ahora, el régimen jurídico que se atribuye al derecho no es lo suficientemente preciso, ni respecto del contenido, los límites, o el ámbito competencial o de autoridad de este.

Sin embargo, ¿realmente es necesario reformar la Constitución para incluir este derecho? El texto constitucional es tan amplio y ambiguo en sus términos que encajar el derecho de acceso a Internet no es especialmente difícil. A modo de ejemplo, el artículo 18. 4 CE (un derecho fundamental, por cierto) señala que: *«La ley limitará 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»*.

Así, en una interpretación extensiva de este derecho, se puede reconocer que existe la necesidad de concretar un derecho de acceso a Internet para un correcto ejercicio de otros derechos reconocidos constitucionalmente. Es decir, la actividad regulatoria puede ser expansiva, ampliando el marco legislativo del bien jurídico que se pretende proteger.

Reflexionemos, por ejemplo, sobre si se puede garantizar un correcto ejercicio del derecho a la salud o la educación, más aún dentro de la sociedad digital, sin tener acceso a Internet. En consecuencia, el vínculo entre Internet y otros derechos del ordenamiento no pasa desapercibido por el legislador, por ello, ha iniciado los trámites para su conversión, estableciendo las primeras concreciones del derecho. Así, tal y como afirma la doctrina:

«Hay que notar cómo Internet es una herramienta tecnológica que facilita el ejercicio de otros derechos, tales como el derecho a la libertad de expresión o el derecho a la libertad de información e, incluso, los derechos de educación, trabajo y libertad de empresa, y poco a poco va constituyéndose como un elemento esencial de la procura existencial en el espacio de necesidades que el individuo ya no tiene en la actualidad la capacidad de atender efectivamente, requiriendo por ello la asistencia del Estado»²⁸⁶⁶.

Asimismo, como todo derecho social conlleva una prestación por parte del Estado, es decir, que se produzca una materialización o desarrollo de lo que formalmente se reconoce, a través de las políticas públicas. Y, esto me lleva a plantear si el Estado, a través de los servicios públicos u otras modalidades de servicio, pudiera ser quien lo organice y preste. De este modo, la primera disyuntiva es si ¿existe un derecho de los ciudadanos a solicitar que se gestione un derecho como servicio público? Martín Rebollo afirma que no existe un derecho propiamente dicho a exigir que se cree un servicio público, puesto que, la ley se limita a implantar o posibilitar a la Administración que preste determinados servicios, pero no hay un precepto que obligue a desarrollarlos, o crearlos²⁸⁶⁷.

No obstante, él mismo señala un ejemplo de petición de servicio público por parte de los vecinos a las entidades locales. Si bien, dentro de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, en la que el artículo 18, afirma que entre los derechos de los vecinos se encuentra *«exigir la prestación y, en su caso, el*

²⁸⁶⁶ Vide Moisés BARRIO ANDRÉS, *Fundamentos del Derecho de Internet*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2017, p. 270.

²⁸⁶⁷ Vide Luis MARTÍN REBOLLO, *40 años de Derecho Administrativo postconstitucional y otros ensayos rescatados*, Aranzadi, Navarra, 2017, p. 492.

establecimiento del correspondiente servicio público, en el supuesto de constituir una competencia municipal propia de carácter obligatorio».

En consecuencia, sí que puede ser exigible la prestación de un servicio público, pero siempre que sea una competencia obligatoria, y no optativa de las entidades municipales. En el caso de Internet, tal y como hemos visto, las entidades locales sólo tienen competencias en materia de «*promoción en su término municipal de la participación de los ciudadanos en el uso eficiente y sostenible de las tecnologías de la información y las comunicaciones*»²⁸⁶⁸.

Pese a lo dispuesto con anterioridad, es obvio que este artículo no se pensó para albergar un derecho social, o de las características del acceso a Internet, sino más bien para exigir la gestión de servicios como el agua o los residuos urbanos que son obligatorios. Pero, si que es cierto, que podría suponer un resquicio legal, para intentar solicitar la prestación como un servicio público, una vez que éste se consolide dentro de las necesidades sociales.

La realidad es que hay que comenzar a plantearse, si este derecho no debería tratarse como un servicio público (clásico o impropio) para garantizar la igualdad de tratamiento y de condiciones de todos los ciudadanos. Por ello, en mi opinión, el núcleo del problema no se encuentra en convertirlo en un derecho fundamental, sino que, basta con que sea un derecho con las suficientes garantías para su desarrollo. Si bien, el derecho a la salud y la asistencia social no son derechos fundamentales (aunque, debieran por el bien jurídico que protegen) y, sin embargo, tienen una protección considerable dentro de nuestro ordenamiento, como consecuencia del Estado social en el que vivimos. Por ello, el derecho de acceso a Internet, como derecho social, necesita una materialización y extensión de su régimen de protección por parte del Estado, ¿y qué mejor evidencia de esa preocupación que el Estado asuma su titularidad y gestión para garantizarlo, y lo termine convirtiendo en un servicio público clásico o virtual?

A modo de conclusión, sí que es cierto que nuestro ordenamiento jurídico necesita concretar un derecho de acceso a Internet. Sin embargo, no creo que sea necesario incorporarlo como un derecho fundamental, aunque si establecer las garantías necesarias para su correcto desarrollo como derecho social. No pienso que el elemento de desarrollo de la sociedad se encuentre en convertir en fundamental todo aquello sobre lo que se

²⁸⁶⁸ Vide Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, artículo 25.2. ñ).

constituye, porque entonces caeríamos en el error de proteger excesivamente determinados bienes jurídicos sobre los cuales, tengo dudas que el Estado pueda garantizar. Hoy es el derecho de acceso a Internet, pero mañana podrá ser el derecho de acceso a la inteligencia artificial, la robótica o de las innovaciones en materia biológica. La Constitución española es una norma cuyo texto permite distintas interpretaciones, y cuya ambigüedad en sus términos posibilita no tener que estar continuamente adaptándola.

Si bien es cierto, la sociedad digital implica un cambio tan grande en los valores y principios establecidos hasta el momento (más aún, cuando se consoliden los efectos de la IV Revolución Industrial) y por ello, será necesario una reforma que abarque estas transformaciones. Pero, creo que no es el momento apropiado para ello. Primero, porque la sociedad en general no lo ha solicitado, debido a que Internet aún no se ha convertido para la globalidad en un instrumento imprescindible para el desarrollo de su actividad. La prueba más evidente la tenemos en las instituciones del Estado y el camino descuidado que han adoptado para afrontar la transformación digital. Así, hasta que no exista un interés general evidente, y así se pida al Estado o éste se percate, no se podrán iniciar los trámites para incluirlo dentro de la norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico.

Y, en segundo lugar, creo que los cambios y la transformación de la sociedad en menos de veinte años, van a ser tan extraordinarios e impensables que no llegamos ni siquiera a imaginar una parte de éstos. Por ello, creo que debemos esperar a que estos se produzcan y se instauren en nuestra vida, para analizar sus consecuencias y cuáles son las necesidades que presenta la sociedad.

3.3. El derecho a la seguridad digital.

3.3.1. Consideraciones previas.

El derecho a la seguridad digital se encuentra recogido en la Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y de Garantía de los Derechos Digitales, artículo 82, que establece lo siguiente:

«Los usuarios tienen derecho a la seguridad de las comunicaciones que transmitan y reciban a través de Internet. Los proveedores de servicios de Internet informarán a los usuarios de sus derechos».

El contenido de este derecho hace referencia a la *«seguridad de las comunicaciones que se transmitan y reciban a través de Internet»*. En cuanto al contenido que se pretende proteger son los intercambios de información que se realizan a través de la red de redes. Pero, es que la actividad, propiamente dicha que se realiza en la red, es un intercambio de comunicaciones, en tanto que, Internet es una modalidad de Telecomunicaciones en nuestro país. Si bien, tal y como ya se ha señalado, el funcionamiento de Internet se basa en transmitir paquetes de datos entre los distintos nodos a través de las redes electrónicas de nuestro país.

En consecuencia, todo lo que se transmite a través de la red son comunicaciones entre un emisor y un receptor. No obstante, respecto del contenido de este artículo, se pueden extraer dos interpretaciones totalmente diferentes atendiendo al bien jurídico que se intenta proteger por el derecho: por un lado, sobre la protección del secreto de las telecomunicaciones; y, por otro lado, sobre la seguridad de la red.

3.3.2. Interpretación del derecho a la luz de la protección del secreto de las telecomunicaciones.

En lo que respecta al contenido de este derecho, hay una relación directa con el derecho a la protección del secreto de las telecomunicaciones, consagrado en nuestra Constitución²⁸⁶⁹, en el que se incluyen expresamente las comunicaciones telefónicas (que es la red primigenia por la que se transmitía Internet). Este derecho se encarga de proteger la reserva de nuestras comunicaciones frente al conocimiento o interceptación de terceros. Así, en palabras de la doctrina, el artículo 18.3 CE:

²⁸⁶⁹ Vide CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, de 29 de diciembre de 1979, artículo 18.3: *«Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial».*

«protege el carácter inviolable de toda comunicación de la que pueda inferirse voluntad de reserva entre los sujetos de la relación comunicativa, excluyendo a terceros»²⁸⁷⁰.

Sin embargo, no significa, que el derecho no tenga límites negativos en cuanto a su ejercicio, puesto que, en caso de resolución judicial, estaríamos ante una interceptación legítima de las comunicaciones. En este sentido, la jurisprudencia entiende que para que esa intromisión sea conforme a Derecho es necesario que exista un mandamiento judicial autorizándola; una motivación suficiente y adecuada de la decisión judicial; la observancia del principio de proporcionalidad; limitada en el tiempo conforme a lo establecido legalmente; y cualquier injerencia en este derecho debe estar fundamentada legalmente, cumpliendo con los presupuestos y condiciones de intervención²⁸⁷¹.

En consecuencia, se extraen de esa interpretación dos elementos subjetivos distintos. Por un lado, el sujeto que se corresponde con los usuarios del ciberespacio, es decir, cualquier persona que utilice los servicios de la sociedad de la información, sin que quepa aplicar ningún tipo de criterio diferenciador, por razón de su nacionalidad o lugar geográfico, o condición social o económica. Y, por otro lado, los prestadores de servicios de la sociedad de la información, y el Estado. Ambos sujetos unidos por el contrato privado, en el que el proveedor se compromete a prestar un determinado servicio de la sociedad de la información, y el usuario cede como contraprestación sus datos.

En primer lugar, respecto de los prestadores o proveedores de servicios de la sociedad de la información se crean dos obligaciones: por un lado, de protección de esas comunicaciones y respeto al secreto de éstas; y, por otro lado, de información de sus derechos a los usuarios del ciberespacio. El primer deber está relacionado con la obligación de los proveedores de mantener la privacidad de las comunicaciones, respecto de terceros usuarios, o del propio Estado. En otras palabras, deben proteger las comunicaciones que se transmiten a través de las redes electrónicas para que no sean interceptadas, manipuladas o recibidas por un usuario distinto al emisor o el receptor. Así, si el Estado quiere conocer el contenido de los mensajes intercambiados a través de

²⁸⁷⁰ Vide Francisco BALAGUER CALLEJÓN, *Manual de Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 2019, p. 197.

²⁸⁷¹ Vide STC 85/1994, de 14 de marzo, FJ 3; STC 86/1995, de 6 de junio, FJ 3; STC 54/1996, de 26 de marzo FJ 7; STC 145/2014, de 22 de septiembre, FJ 7.

Internet tiene que acudir a los tribunales para que, legítimamente, el prestador de servicios pueda darle acceso a esa información.

No obstante, para el prestador de servicios de la sociedad de la información se generan otras obligaciones de protección, no estrictamente vinculadas al secreto de las telecomunicaciones. Si bien, los proveedores no deben garantizar el desconocimiento del contenido del mensaje en tanto que se nutren económicamente de esos datos, ya que cuentan para ello con el consentimiento previo de sus titulares para su tratamiento. Sin embargo, sí que debe cumplir, respecto de los datos que gestiona, con las obligaciones generales que impone el Reglamento General de Protección de Datos, así como también, la Ley de Protección de Datos. De manera que, debe establecer las garantías necesarias para que ningún sujeto que no esté correspondientemente autorizado pueda acceder al contenido de estos.

Directamente relacionada con ésta, se encuentra la segunda obligación, de proporción a los usuarios de la información necesaria sobre sus derechos dentro del ciberespacio. En este caso, la Ley parece hacer referencia a los recogidos dentro del mismo marco, respecto a la rectificación²⁸⁷², a obtener copia de los datos personales reportados²⁸⁷³; el derecho de bloqueo de datos²⁸⁷⁴, o el derecho de oposición para rechazar la creación de perfiles²⁸⁷⁵. No obstante, también deberían incluirse el conocimiento de algunos derechos que se recogen dentro del Título referido a los derechos digitales, como es el caso del derecho al olvido, o de la portabilidad de los datos.

Y, en segundo lugar, estarían las obligaciones que se imponen frente al Estado de deber de protección de las telecomunicaciones en nuestro país. Si bien, esta está directamente relacionada con el derecho de neutralidad de la red, y las posibilidades de intromisión legítima sobre el secreto de las comunicaciones. En este caso, me remito a lo dispuesto sobre la obligación de constituir una red neutral en la que, los mensajes se transmitan de extremo a extremo, sin posibilidad de que sean interceptados o conocer su contenido. Si bien, ahí es donde entran los límites negativos del derecho, y que, en todo

²⁸⁷² Vide PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, *Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril, 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*, Estrasburgo, artículo 16.

²⁸⁷³ *Ibidem* Artículo 15.3.

²⁸⁷⁴ *Ibidem* Artículo 19.

²⁸⁷⁵ *Ibidem* Artículo 21.

caso, necesitarán de autorización judicial para su legítimo ejercicio, siempre en los términos de motivación, razonabilidad y proporcionalidad que establece la jurisprudencia.

3.3.3. El derecho a la seguridad de las comunicaciones bajo el prisma de la ciberseguridad.

El derecho a la seguridad digital también puede analizarse desde la perspectiva de protección de las redes, no desde el sentido físico de sus infraestructuras, sino más bien, desde el estrato virtual en el que se desarrollan las relaciones entre los usuarios: el ciberespacio. Cuando el artículo 82 de la Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y de Garantía de los Derechos Digitales, hace referencia a la seguridad de las comunicaciones, no tiene porqué referirse únicamente al secreto de éstas, sino, a una protección más amplia como sería la que engloba la ciberseguridad, y que se podría enlazar con lo que se recoge en el artículo 17.1 CE²⁸⁷⁶. En este mismo sentido, se reconoce en la Carta de los Derechos Digitales en el artículo 16, que establece:

«1. Toda persona tiene derecho a la seguridad en el entorno digital.

2. Los poderes públicos adoptarán y promoverán las medidas necesarias para garantizar aquella, en colaboración siempre con las empresas tecnológicas y con los usuarios».

La seguridad de un país, tal y como se ha analizado, engloba distintos aspectos que van desde el económico financiero, el energético, el sanitario, el orden público, e inclusive, el ciberespacio. Así, dado el avance espectacular que suponen las nuevas tecnologías y la consolidación de Internet en nuestra sociedad, y ante las distintas amenazas al buen funcionamiento del Estado, han obligado a que se adopten medidas para proteger los derechos y libertades de los ciudadanos dentro del ciberespacio. Por tanto, del contenido de este artículo se puede extraer un ámbito de aplicación más amplio

²⁸⁷⁶ Vide CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, de 29 de diciembre de 1978, artículo 17.1: «Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley».

que vendría a reconocer el derecho a la protección del ciberespacio, o ciberseguridad. De este modo, como afirma la doctrina:

«La seguridad de Internet implica, sin duda, a los poderes públicos que deben actuar para preservar este derecho frente a las amenazas crecientes que operan más allá de acciones indebidas de carácter limitado, pero concierne particularmente a los proveedores de servicios a los que resultará exigible la máxima diligencia en preservar este mandato y facilitar a los usuarios la información necesaria para el ejercicio de sus derechos»²⁸⁷⁷.

En consecuencia, el elemento objetivo del derecho incluiría toda actividad que se encargue de proteger las redes y sistemas de información, pero también, a la detección de cualquier problema de seguridad, las que eviten la entrada o extensión de algún ciberriesgo, y aquellas que se encarguen de restablecer el funcionamiento a la normalidad, una vez que éste se ha dañado. Mientras que, dentro del elemento subjetivo se distingue a todos los usuarios de los servicios de la sociedad de la información, y también, a los prestadores de estos servicios y el Estado.

En primer lugar, respecto de los prestadores de servicio, las obligaciones de ciberseguridad que se les impone deben de estar dirigidas a garantizar la correcta protección de los datos de los usuarios que obran en su poder. De manera que, deben proveerse de los instrumentos necesarios para garantizar todas las obligaciones que la Ley de Protección de Datos impone para su tratamiento y gestión. En este caso, destaca especialmente la figura del responsable y el delegado de protección de datos²⁸⁷⁸. Si bien, lo que une a ambas partes es el contrato privado por el que el prestador desarrolla un concreto servicio de la sociedad de la información, a cambio de recibir como contraprestación los datos del usuario.

Y, en segundo lugar, se podría interpretar que se está generando una obligación para el Estado de proteger las redes. Si bien, las infraestructuras físicas de Internet ya

²⁸⁷⁷ Vide Artemi RALLO LOMBARTE, “Del derecho a la protección de datos a la garantía de los nuevos derechos digitales”, en *Tratado de Protección de Datos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 5.

²⁸⁷⁸ Vide Ricard MARTÍNEZ MARTÍNEZ, “El principio de responsabilidad proactiva y la protección de datos desde el diseño y por defecto”, en Rosario GARCÍA MAHAMUT y Beatriz TOMÁS MALLÉN, *El Reglamento General de Protección de Datos: Un enfoque nacional y comparado*, Tirant, Valencia, 2019, pp. 312 y ss.

cuentan con protección, pero sobre el medio digital no existe una obligación de asegurar su funcionamiento. Sin embargo, el compromiso del Estado en materia de ciberseguridad es innegable, puesto que, tanto desde el marco comunitario, como estatal se han adoptado diversas medidas para garantizar la protección de los ciudadanos en el ciberespacio. Destaca especialmente, la Estrategia Nacional de Ciberseguridad 2019.

Y, en este mismo sentido, la Agenda Digital para España 2025, propone la creación de un servicio público de ciberseguridad. Si bien, sería INCIBE la que se encargaría de desarrollar la actividad, mediante un servicio de calidad, de fácil acceso y gratuito. Pero, en todo caso, lo que a nosotros nos atañe es que se constituiría como un servicio público dentro de nuestro ordenamiento jurídico, capaz de generar responsabilidad para la Administración, cuando no cumpla con un desarrollo adecuado de la prestación.

En consecuencia, lo que uniría a ambas partes de la relación, ya no sería un contrato privado, sino un servicio público, lo que incrementa considerablemente el régimen de garantías y protección de los derechos de los ciudadanos. No obstante, habrá que esperar a conocer cómo decide gestionar el Estado la configuración de este servicio.

3.4. El derecho a la identidad y a no ser perfilado.

El derecho a la identidad digital es una novedad dentro del plano formal, en tanto que, es la primera vez que se reconoce el derecho de forma específica y determinado, pero no lo es tanto en el plano material, en tanto que las Administraciones Públicas ya viene prestando un servicio público de identificación digital (artículo 9 LPAC). En este sentido, el artículo 3 de la Carta de los Derechos Digitales señala que:

«1. Se reconoce el derecho a la propia identidad en el entorno digital, de acuerdo con el ordenamiento jurídico nacional y europeo.

2. La identidad no podrá ser alterada, controlada o manipulada por terceros contra la voluntad de la persona.

3. Se establecerán las garantías que permitan preservar y controlar la propia identidad en el entorno digital».

No obstante, no es lo mismo identidad digital que identificación digital. El derecho a la identificación digital está reconocido en la Ley 4/2015, de 30 de marzo de protección de la seguridad ciudadana, como un derecho de los usuarios, derivado del derecho a la expedición del Documento Nacional de Identidad, *«a la identificación electrónica de su titular, así como la firma electrónica de documentos, en los términos previstos en la legislación específica»*²⁸⁷⁹.

Pero, este difiere de la identidad digital que se corresponde con el derecho a ser que quien se quiera ser dentro del entorno digital, sin que exista una necesidad de que se corresponda nuestra identidad en el entorno virtual con la que representa en el mundo real. En este sentido, este derecho está relacionado con el derecho individual al libre desarrollo de la personalidad (artículo 10 CE). Si bien, el desarrollo de la libre personalidad no puede ser controlado o manipulado por terceros, contra la voluntad de las personas. El legislador está aquí muy perspicaz, puesto que, la manipulación de este derecho dentro del entorno digital está dirigida por lo que determinan los algoritmos, por lo que es conocedor de que no es un derecho absoluto.

Además, se reconoce a este derecho el establecimiento de garantías que permitan preservar y controlar la identidad digital. En este sentido, los poderes del Estado deberán desarrollar legislativamente cómo van a controlar el poder de influencia que tiene el entorno digital frente al libre desarrollo de la personalidad.

En iguales términos, se reconoce el derecho al pseudonimato, en el artículo 4 de la Carta de los Derechos Digitales:

«1. De acuerdo con las posibilidades técnicas disponibles los entornos digitales permitirán el acceso en condiciones de pseudonimidad.

2. El diseño de la pseudonimidad a la que se refiere el párrafo anterior asegurará la posibilidad de re identificar a las personas en los casos y con las garantías previstos por el ordenamiento jurídico»

Este derecho esta destinado a preservar la identidad original del sujeto, pero esta vez no tanto con el entorno digital, sino más bien con la realidad física. El derecho al pseudonimato, a la par está vinculado con el derecho a la protección de datos del

²⁸⁷⁹ Vide Ley 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, artículo 8.

individuo (artículo 18. 3 de la CE y su desarrollo legal Ley 3/2018, y el Reglamento General de Protección de Datos), de manera que, reconoce el derecho a usar los medios necesarios para evitar la reidentificación de la persona, en este caso, a través de las técnicas de anonimización o seudonimización.

Junto a este derecho, la Carta de los Derechos Digitales, reconoce el derecho a no ser localizado y perfilado, en el artículo 6:

«1. El derecho a la libre autodeterminación individual y la garantía de las libertades comporta el derecho a no ser objeto de localización, ni a ser sometido a análisis de la personalidad o conducta que impliquen el perfilado de la persona.

2. Solo serán posibles tales tratamientos de información personal con el consentimiento de la persona afectada o en los casos y con las garantías previstos en las leyes».

No obstante, este derecho no aporta ninguna novedad al ordenamiento jurídico español, en tanto que, el artículo 22 del Reglamento General de Protección de Datos, reconoce el derecho a no ser objeto de tratamiento, salvo que medie consentimiento del afectado. Aunque, existen excepciones que permite el tratamiento de los datos personales, especialmente para los poderes públicos, tal y como ha sido ya expuesto.

3.5. El derecho a la portabilidad de datos en redes sociales.

La Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y de Garantía de los Derechos Digitales recoge en el artículo 95, el derecho a la portabilidad de datos en servicios de redes sociales y otros servicios equivalentes, de la siguiente manera:

«Los usuarios de servicios de redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes tendrán derecho a recibir y transmitir los contenidos que hubieran facilitado a los prestadores de dichos servicios, así como a que los prestadores los transmitan directamente a otro prestador designado por el usuario, siempre que sea técnicamente posible. Los prestadores podrán conservar, sin difundirla a través de Internet, copia de los contenidos cuando dicha conservación sea necesaria para el cumplimiento de una obligación legal».

Este derecho está directamente relacionado con el artículo 20 del Reglamento General de Protección de Datos²⁸⁸⁰, al que resultan de aplicación las interpretaciones realizadas por la Directrices sobre el derecho a la portabilidad de datos²⁸⁸¹.

En primer lugar, en lo que se refiere al elemento objetivo de este derecho, éste implica la posibilidad de «*recibir y transmitir los contenidos que hubieran facilitado a los prestadores de dichos servicios, así como a que los prestadores los transmitan directamente a otro prestador designado por el usuario, siempre que sea técnicamente posible*».

En consecuencia, el ámbito material del derecho se identifica con la portabilidad de los datos que constan en redes sociales u otros servicios equivalentes de la sociedad de la información. La acción de portar, o portabilidad, dentro del ámbito digital está relacionada con la posibilidad de acceder, pero también de recibir la información que sea objeto de tratamiento por alguno de los proveedores de estos servicios. Así, la portabilidad de los datos posibilita la transmisión de un determinado contenido en un formato de uso común y legible, tanto al titular de estos, como a un tercero que se encargue de nuevo de su tratamiento. De este modo, este derecho facilita el intercambio de datos entre distintos proveedores de servicios de la sociedad de la información, pero siempre bajo el consentimiento de su titular.

En lo que se refiere al contenido que se exporta, en todo caso, deberán poder ser objeto de portabilidad los datos personales relativos al individuo en cuestión, aunque se excluye la posibilidad de recibir los datos que haya proporcionado el responsable del tratamiento tras su análisis²⁸⁸². Así, respecto de los primeros quedarían excluidos los datos que tengan carácter anónimo o que no conciernan al interesado. De manera que, en sentido contrario, sí que se incluyen los datos que sean pseudónimos o que estén ligados directamente al individuo.

²⁸⁸⁰ Vide PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, *Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril, 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*, Estrasburgo, artículo 20.

²⁸⁸¹ Vide GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS DEL ARTÍCULO 29, *Directrices sobre el derecho a la portabilidad de los datos*, 13 de diciembre de 2016, Bruselas.

²⁸⁸² Vide PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, *Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril, 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*, Estrasburgo, artículo 20.

No obstante, se ejercita un límite negativo sobre el desarrollo de este derecho, cuando se aplique al tratamiento que concierna a datos de interés público, el ejercicio de autoridad, el cumplimiento de una obligación legal, o cuando atenten contra los derechos de un tercero. De manera que, en estos casos, sólo se podrá ofrecer la portabilidad de los datos que no afecten o interfieran en el ejercicio de estas actividades. Y, de igual manera, quedarían excluidos del ejercicio del derecho, aquellos datos que genera el responsable del tratamiento, como pueden ser perfiles creados a partir de datos agregados o recopilados²⁸⁸³.

Sin embargo, es determinante para el ejercicio de este derecho que los datos que se extraigan puedan ser tratados, tanto por el usuario, como por otro proveedor de servicios de redes sociales u otros equivalentes. Por ello, se recomienda que los datos se transmitan en un formato estructurado, que sea de uso común, legible por una máquina, de manera que se garantice la interoperabilidad del formato de los datos entre las distintas partes²⁸⁸⁴.

En realidad, lo que el legislador configura con este derecho es un principio de equivalencia, o de aceptación de que los datos que se aportan en un determinado servicio de la sociedad de la información, y que, cuando el usuario quiera que estos sean reutilizados en otros servicios, se puedan transmitir solamente con su consentimiento. No tiene mayor trascendencia que la permisividad, siempre con la autorización de su titular, de utilizar de nuevo los datos ya aportados. La utilidad más visible que ha reportado este derecho es poder colgar fotos, vídeos o mensajes de manera simultánea en todas las redes sociales de las que una persona es usuaria. Además, de que nos hace ser conscientes de que los datos aportados en redes sociales pueden desaparecer o no estar a nuestra disposición en cualquier momento, si el proveedor o la empresa deja de prestar el servicio.

El ejemplo más claro es el de la red social Tuenti, donde gran parte de los usuarios todavía se lamentan de no haber podido rescatar sus fotos antes de la eliminación completa de la base de datos de la aplicación. Sin embargo, este principio de portabilidad sí que sería trascendental y un cambio en el tratamiento de la información si se aplicara de forma obligatoria entre los datos que obran en poder de las Administraciones Públicas. De esta forma, todos los datos que aporte el ciudadano a una determinada Administración

²⁸⁸³ *Vide* GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS DEL ARTÍCULO 29, *Directrices sobre el derecho a la portabilidad de los datos*, 13 de diciembre de 2016, Bruselas, p. 8.

²⁸⁸⁴ *Ibidem* p. 13.

podrán ser portados y tratados dentro de una misma base de datos, siempre respetando los límites legales de reutilización de la información (artículo 155 de la LRJSP).

Dentro del elemento subjetivo de la relación se distinguen dos partes. Por un lado, los usuarios de redes sociales u otros servicios equivalentes, de manera que, es imprescindible tener una cuenta y ser usuario de estos servicios para ejercitar el derecho. Si bien, el sujeto podrá ser un ciudadano, una empresa o una Administración, siendo indiferente la naturaleza del sujeto para el ejercicio del derecho. Si bien, el derecho se concreta frente a los prestadores de servicios de la sociedad de la información con el derecho a recibir los datos personales, a transmitirlos a otra red social o servicio equivalente, y también, a que se eliminen esos datos si así lo solicita.

De este modo, el elemento conectivo que unirá a ambas partes será el contrato privado de prestación de servicio de redes sociales. Además, en el caso de que los datos no se puedan borrar, por el cumplimiento de una obligación legal, se le debe exigir al responsable del tratamiento las garantías oportunas para la protección de la información que se conserva. De este modo, ante este supuesto, ambas partes continuarían vinculadas, lo que le permitiría seguir ejercitando el resto de los derechos respecto al tratamiento de sus datos, como es el caso del acceso, rectificación u oposición²⁸⁸⁵.

Mientras que, por otro lado, se encontrarían los proveedores de servicios de redes sociales, a los que se les genera la obligación de extraer y portar los contenidos o información que hubiera sido facilitada por el usuario en la red social. Y, también, a conservar copia de toda esta información, siempre que sea necesaria por obligaciones legales y sin la posibilidad de difundirla. Así, en sentido contrario, no se genera una obligación de borrar esa información de sus bases de datos, sino que incluso se les permite conservar una copia del contenido. No obstante, esta información deberá ser objeto de las obligaciones generales de tratamiento, y en cuyo caso, si es solicitado por su titular, ejercitando el derecho al olvido, podrá desaparecer. Sin embargo, la información se borra de cara al público, pero esto no garantiza que se elimine de los proveedores de almacenamiento donde se recogen y guardan estos datos.

Además, al cumplimiento de estas obligaciones rige un carácter temporal, puesto que, según el Reglamento General de Protección de Datos, la información debe ser puesta

²⁸⁸⁵ *Vide* Lucrecio REBOLLO DELGADO y Pilar ZAPATERO MARTÍN, *Derechos digitales*, Dykinson, Madrid, 2019, p. 165.

a disposición de su titular sin dilaciones indebidas, y en cualquier caso *«en el plazo de un mes desde la recepción de la solicitud»*, y si esto no fuera posible *«en el plazo de un máximo de tres meses para los casos complejos, siempre que se haya informado al interesado sobre las razones para tal retraso en el plazo de un mes desde la solicitud original»*²⁸⁸⁶.

En consecuencia, es una obligación sujeta a un requisito temporal, y que, en todo caso debe ser ejercitada en el plazo máximo de un mes por el prestador de servicios de redes sociales, aunque en supuestos excepcionales puede ampliarse a tres meses.

4. Los derechos referidos a la libertad de expresión y la protección de la intimidad del individuo.

4.1. El derecho a la libertad de expresión y a la rectificación.

4.1.1. Consideraciones previas.

La Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y de Garantía de los Derechos Digitales recoge el derecho a la rectificación en Internet, en el artículo 85, en los siguientes términos:

«1. Todos tienen derecho a la libertad de expresión en Internet.

2. Los responsables de redes sociales y servicios equivalentes adoptarán protocolos adecuados para posibilitar el ejercicio del derecho de rectificación ante los usuarios que difundan contenidos que atenten contra el derecho al honor, la intimidad personal y familiar en Internet y el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz, atendiendo a los requisitos y procedimientos previstos en la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación.

Cuando los medios de comunicación digitales deban atender la solicitud de rectificación formulada contra ellos deberán proceder a la publicación en sus

²⁸⁸⁶ Vide PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril, 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, Estrasburgo, artículo 12.3.

archivos digitales de un aviso aclaratorio que ponga de manifiesto que la noticia original no refleja la situación actual del individuo. Dicho aviso deberá aparecer en lugar visible junto con la información original».

Este artículo que lleva por nombre el derecho a la rectificación en Internet se interpreta mejor con la denominación que se le da durante la tramitación parlamentaria, como derecho a la libertad de expresión en Internet. Si bien, en éste se mezclan garantías constitucionales relacionadas con bienes jurídicos distintos: el derecho a la libertad de expresión, el derecho a la rectificación de datos personales, y el derecho a corregir informaciones.

Así, tal y como afirma la doctrina, ambos derechos tienen como bien jurídico en común la protección del derecho a la libertad de expresión, reconocido en la Constitución en el artículo 20²⁸⁸⁷, pero no sirven a los mismos fines, pues persiguen proteger al individuo frente a conductas diferentes, e incluso, a sujetos distintos²⁸⁸⁸. De esta forma, se pueden distinguir dos facultades o reconocimientos distintos dentro de este derecho: por un lado, el derecho a la libertad de expresión en Internet; y, por otro lado, el derecho a la rectificación en Internet.

4.1.2. La protección de la libertad de expresión en el medio digital.

La Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y de Garantía de los Derechos Digitales reconoce, en el artículo 85.1, que *«todos tienen*

²⁸⁸⁷ Vide CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, de 29 de diciembre de 1978, artículo 20: *«1. Se reconocen y protegen los derechos: a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción. b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica. c) A la libertad de cátedra. d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades. 2. El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa. 3. La ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España. 4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia. 5. Sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial».*

²⁸⁸⁸ Vide Ofelina TEJERINA RODRÍGUEZ, “Lo que nos falta de la LOPDGDD”, *Diario la LEY CIBERDERECHO*, 34, (2019), P. 2.

derecho a la libertad de expresión en Internet». Si bien, la parte más compleja de este artículo radica en la concreción del bien jurídico que se intenta proteger. No obstante, es evidente que el artículo hace una alusión directa al derecho a la libertad de expresión que se reconoce constitucionalmente.

Asimismo, en iguales términos se pronuncia la Carta de Derecho Digitales en el artículo 13.1 cuando afirma que: «*Todos tienen derecho a la libertad de expresión e información en entornos digitales en los términos previstos en la Constitución*».

El derecho a la libertad de expresión, desde una perspectiva amplia, reconoce la facultad que tiene el ciudadano de comunicarse de forma libre, sin que un tercero, especialmente, en el caso de los poderes públicos, imposibiliten o dificulten el ejercicio de esta actividad. Si bien, según el artículo 20.1 CE, el derecho a la libertad de expresión tiene cuatro manifestaciones distintas: en primer lugar, la libertad de expresión en sentido estricto, referida a la libertad de opinión del individuo; en segundo lugar, la libertad de producción y creación literaria, artística, científica y técnica; en tercer lugar, la libertad de cátedra; y, en cuarto lugar, la libertad de comunicar y recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión.

Sin embargo, al objeto de la interpretación del artículo 85.1, interesa especialmente la libertad de expresión en sentido estricto, o de opinión, y la libertad de información. La diferencia entre una u otra, tal y como ha manifestado el Tribunal Constitucional, se encuentra en el elemento predominante del contenido de la información expresada o emitida, es decir, si se trata de una opinión en la que predominan los elementos subjetivos; o de una noticia, cuando dominan la objetividad y los hechos²⁸⁸⁹. Si bien, la delimitación de si estamos ante un supuesto u otro (opinión o información) habrá que decidirlo caso por caso, atendiendo a cuál sea el elemento que destaca más dentro del contenido del mensaje.

En consecuencia, la libertad de opinión se puede definir como «*el derecho fundamental a emitir, expresar y difundir, juicios de valor (pensamientos, ideas u opiniones)*»²⁸⁹⁰. Si bien, el derecho de la libertad de opinión no exige que el mensaje que se emita cumpla con el requisito de la veracidad, a pesar de que su contenido deba ser

²⁸⁸⁹ Vide STC 34/1996, de 11 de marzo, FJ 4.

²⁸⁹⁰ Vide Francisco BALAGUER CALLEJÓN, *Manual de Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 2019, p. 234.

más o menos razonable en relación con los hechos. Sin embargo, es de destacar que jurisprudencialmente se ha establecido que el derecho a manifestar la opinión no ampara el insulto²⁸⁹¹, es decir, cuando la opinión incluya «*expresiones vejatorias innecesarias para la emisión del mensaje*»²⁸⁹², o cuando se aprecie «*ánimo de injuriar o vejar en su emisor*»²⁸⁹³. Además, el ejercicio de este derecho podrá realizarse mediante «*la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción*»²⁸⁹⁴.

Mientras que, por otro lado, el derecho a la libertad de información se identifica con el derecho a «*suministrar información sobre hechos ciertos y ampara tanto a su comunicación como a su receptor*»²⁸⁹⁵. A diferencia del supuesto anterior, existe la obligación de comunicar una información veraz, aunque esto no significa que sea sinónimo de exactitud, sino que «*la información difundida se adecúe a la verdad en sus aspectos relevantes y el informador haya actuado con buena fe y diligencia*»²⁸⁹⁶. De esta forma, en todo caso, habrá que atender al sentido global de la información, y la diligencia que desempeñe en el desarrollo de su trabajo por el profesional de los medios, es decir, la capacidad para contrastar la noticia, la trascendencia de ésta en la sociedad, o cuando se rectifica el contenido de motu propio, si se conoce que no es del todo fiel a la realidad²⁸⁹⁷. A sensu contrario, se genera un derecho de los ciudadanos a recibir una información veraz, es decir, que estos no sean engañados con el contenido de las comunicaciones que se difunden²⁸⁹⁸. Sin embargo, este no implica un derecho de carácter prestacional, puesto que, este derecho está limitado a la información que el emisor quiera transmitir y no a todo lo que conoce o sabe²⁸⁹⁹.

En este mismo sentido, manifiesta el artículo 13 de la Carta de los Derechos Digitales, cuando afirma que, en referencia a la libertad de información, «*se garantizarán*

²⁸⁹¹ Vide STC 105/1990, de 6 de junio, FJ 6.

²⁸⁹² *Ibidem* FJ 4.

²⁸⁹³ Vide STC 85/1994, de 14 de marzo, FJ 4.

²⁸⁹⁴ Vide CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, de 29 de diciembre de 1978, Art. 20.1. a).

²⁸⁹⁵ Vide Miguel A. APARICIO PÉREZ y Mercè BARCELÓ I SERRAMALERA, *Manual de Derecho Constitucional*, Atelier, Barcelona, 2018, p. 729.

²⁸⁹⁶ Vide Francisco BALAGUER CALLEJÓN, *Manual de Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 2019, p. 235.

²⁸⁹⁷ *Ídem* p. 236.

²⁸⁹⁸ Vide STC 6/1985, de 23 de enero, FJ 4.

²⁸⁹⁹ Vide STC 220/1991, de 25 de noviembre, FJ 4.

los principios constitucionales relativos a la veracidad, el pluralismo informativo y la diversidad de opiniones e informaciones». Además, añade que los responsables de los medios de comunicación, y de los entornos, bien en el ejercicio de sus funciones, o de provisión del servicio deben adoptar los protocolos adecuadas para que garantizar el derecho a todas las personas: «a) Conocer cuándo la información sea elaborada sin intervención humana mediante procesos automatizados; b) A conocer cuándo una información ha sido clasificada o priorizada por el proveedor mediante técnicas de perfilado o equivalentes. Cuando esta información sea patrocinada por un tercero deberá informarse de modo específico sobre la naturaleza publicitaria de la misma; c) A solicitar del prestador la no aplicación de técnicas de análisis que permitan ofrecer información que afecte a las libertades ideológica, religiosa, de pensamiento o creencias».

Si bien, todas estas técnicas están relacionadas con la protección de datos y el tratamiento automatizado de la información, derechos reconocidos por el Reglamento General de Protección de Datos (artículo 22). En consecuencia, la única novedad es la obligación de comunicar que la información ha sido elaborada sin intervención humana, mediante procesos automatizados. Esto es muy interesante para solucionar los problemas de las Fakes news, puesto que, posibilita conocer quién ha elaborado esa información, y que los usuarios conozcan si es una máquina, un proceso automatizado, o por inteligencia artificial.

Retomando la idea anterior, el artículo 20 CE no se limita a reconocer las distintas manifestaciones de la libertad de expresión, sino que determina otros aspectos: en primer lugar, crea unas garantías específicas al ejercicio del derecho, como son la prohibición de censura previa (20.2 CE), el secuestro judicial de las publicaciones (artículo 20.4CE), o la cláusula de conciencia y secreto profesional de los periodistas (artículo 20.1CE); en segundo lugar, hace referencia a los límites negativos del derecho, como es el caso del ejercicio de los derechos fundamentales contra la intimidad, el honor, la propia imagen, o la protección del menor; y, en tercer lugar, incorpora una serie de garantías ante la existencia de medios de comunicación social dependientes del Estado, como es el caso del control parlamentario, la garantía del pluralismo político y el pluralismo lingüístico (art. 20.3 CE).

De este modo, los límites al ejercicio del derecho a la libertad de expresión se encuentran expresamente recogidos en el artículo 20.4 cuando afirma que «estas

libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia». No obstante, junto a estos derechos existen otra serie de bienes jurídicos que se presentan como límites al correcto ejercicio de este derecho. Por ejemplo, la protección de la seguridad nacional, los mensajes de odio o discriminatorios, o cuando esté relacionado con procedimientos judiciales en los supuestos de secreto de sumario²⁹⁰⁰. Asimismo, manifiesta la doctrina que los límites a la libertad de expresión en Internet y redes sociales no deben ser diferentes a los que se reconocen dentro de las relaciones físicas²⁹⁰¹.

En consecuencia, analizando el artículo 85.1, cuando éste afirma que *«todos tienen derecho a la libertad de expresión en Internet»*, lo primero que se identifica es que este derecho ampara a todas las personas, sin establecer ningún tipo de discriminación o distinción. Mientras que, habrá que determinar caso por caso frente a quién se ejercita, si bien, se puede estar ante un tercero, un profesional de los medios de comunicación, o el propio Estado. En este caso, atendiendo a las modalidades del elemento objetivo que se ejercite, es decir, si se refiere a la libertad de expresión en sentido estricto, o al derecho a la información.

No obstante, lo que añade este artículo a lo dispuesto constitucionalmente, es el medio en el que también se puede ejercer este derecho, es decir, en Internet. Sin embargo, esta incorporación era a todas luces innecesaria, en tanto que, el propio artículo constitucional garantiza el ejercicio del derecho a través de *«la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción»*²⁹⁰². Así, a través de Internet lo que se hace es transmitir palabras, imágenes o vídeos, sólo que, por un canal diferente, como son las redes electrónicas de telecomunicaciones, por lo que no era necesario añadir esa parte, ya que se sobreentendía.

²⁹⁰⁰ Vide Francisco BALAGUER CALLEJÓN, *Manual de Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 2019, pp. 239 y ss.

²⁹⁰¹ Vide Andrés BOIX PALOP, “La construcción de los límites y la libertad de expresión en las redes sociales”, *Revista de Estudios políticos*, 173, (2016), pp. 61 y ss.

²⁹⁰² Vide CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, de 29 de diciembre de 1978, Art. 20.1. a).

4.1.3. El derecho de rectificación.

La Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y de Garantía de los Derechos Digitales, recoge en el artículo 85.2 una serie de obligaciones específicas para el ejercicio del derecho a la rectificación en Internet. En idénticos términos se recoge también en la Carta de los Derechos Digitales en el artículo 13.2 d) que advierte que, se debe garantizar el derecho a todas las personas:

«a posibilitar el ejercicio del derecho rectificación ya sea frente a medios de comunicación, ya sea ante aquellos usuarios que difundan contenidos que atenten contra el derecho al honor, la intimidad personal y familiar en Internet y el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz, atendiendo a los requisitos y procedimientos previstos en la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación».

Si bien, lo primero que se debe delimitar de este derecho es el ámbito subjetivo. En primer lugar, se distingue a los responsables de redes sociales y servicios equivalentes de la sociedad de la información. Y, en segundo lugar, cualquier persona, con independencia de que tenga relación o no con estos servicios, cuando se vean dañados por terceros, éstos si usuarios de estos medios, *«sus derechos al honor, la intimidad personal y familiar en Internet y el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz»*²⁹⁰³.

El contenido del derecho, o elemento objetivo de la relación, consiste en que los prestadores de los servicios de la sociedad de la información tienen el deber de *«adoptar protocolos adecuados para posibilitar el ejercicio del derecho de rectificación ante los usuarios que difundan contenidos que atenten»*²⁹⁰⁴ contra alguno de los bienes jurídicos anteriormente mencionados. Es decir, el derecho consiste en que los prestadores de servicios de redes sociales deben adoptar las medidas, en este caso protocolos necesarios, para que terceros, con indiferencia de si pertenecen al medio o no, que vean dañados sus derechos (honor, intimidad personal o información veraz) por usuarios de este servicio, puedan ejercer su derecho a la rectificación.

²⁹⁰³ Vide Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y de Garantía de los Derechos Digitales, artículo 85.2

²⁹⁰⁴ *Ibidem*

Sin embargo, a diferencia de lo que ocurría con el supuesto anterior, el derecho a la rectificación no se encuentra regulado en nuestra norma fundamental, aunque sí que éste proviene directamente del derecho a la libertad de expresión, más concretamente, con la libertad de información y la diligencia que es exigible a los profesionales. Si bien, el derecho de rectificación se encuentra recogido en el artículo 16 del Reglamento General de Protección de Datos Personales, mediante el que se reconoce a cualquier interesado la facultad *«de obtener sin dilación indebida del responsable del tratamiento la rectificación de los datos personales inexactos que le conciernan»*. Pero, además añade el artículo, que el derecho a la rectificación también implica, la inclusión de los datos personales que sean inexactos, o incompletos, inclusive mediante una declaración adicional.

En consecuencia, el elemento objetivo de este derecho consiste en corregir o modificar aquellos datos que se difundan a través de redes sociales u otros servicios equivalentes. Si bien, los datos que se difunden en este caso deben de atentar *«contra el derecho al honor, la intimidad personal y familiar en Internet y el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz»*. Por tanto, únicamente se podrá ejercitar el derecho de rectificación cuando se difunda contenido que sea contrario a los bienes jurídicos descritos, no caben otras circunstancias. El derecho de rectificación se convierte así en un instrumento para prevenir un daño o perjuicio personal, así como también, el derecho a una información veraz.

Además, este derecho tiene carácter conciliatorio, dado que busca proteger el bien jurídico en juego, pero también una responsabilidad mayor del sujeto pasivo de la relación. Si bien, el artículo 14 de Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y de Garantía de los Derechos Digitales, que recoge el derecho a la rectificación generalizada, advierte que, en la solicitud mediante la que se inste a la corrección de determinados datos, deberá especificarse concretamente a qué información se refiere y la modificación de ésta. Y, además, deberá justificarse el motivo que impulsa el ejercicio de este derecho.

No obstante, el propio artículo 85.2, de la citada norma, añade que en estos casos resultarán de aplicación los requisitos y procedimiento previstos en la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación. De este modo, siguiendo las pautas que en esta norma se recogen, el sujeto activo de la relación tiene siete días desde la publicación o difusión de la información, para remitir el escrito al director del

medio de comunicación, informando de los datos que desea rectificar²⁹⁰⁵. Con posterioridad, el director del medio de comunicación deberá publicar o difundir la rectificación, en el plazo de tres días desde su recepción, en un medio de relevancia semejante al que se difundió la noticia²⁹⁰⁶. Si bien, el artículo 85.2 apartado 2º, del mencionado texto legal, advierte de que, cuando los medios de comunicación, en este caso digitales, procedan a la rectificación de su publicación, deberán incluir en sus archivos digitales un aviso aclaratorio que ponga de manifiesto que la noticia original no refleja la situación actual del individuo. Además, éste aviso deberá aparecer en un lugar que sea visible, no vale con incluirlo a pie de página de la web o en un lugar recóndito.

Sin embargo, si en el citado plazo no se lleva a cabo la modificación de la información, el perjudicado podrá ejercitar la acción de rectificación dentro de los siete días hábiles siguientes ante el Juez de Primera Instancia de su domicilio o ante el del lugar donde radique la dirección del medio de comunicación²⁹⁰⁷. En consecuencia, el derecho de rectificación destaca por su celeridad en el tratamiento de la cuestión, puesto que, no sólo se establecen plazos breves para el cumplimiento del derecho por el sujeto pasivo de la relación, sino que judicialmente el procedimiento es reducido temporalmente. Así, el juez celebrará el juicio dentro de los siete días siguientes al de la petición por el perjudicado²⁹⁰⁸, y deberá dictar sentencia el mismo día del juicio, o al día siguiente²⁹⁰⁹.

4.1.4. Las fakes news como fenómeno global.

Los medios tradicionales de comunicación, los de soporte en papel y, a los que se unió recientemente la televisión, han sido los más damnificados por el proceso de digitalización social. La mayoría de ellos se han visto obligados a reconvertir su actividad hacia el ámbito digital, así lo normal, es que, en la actualidad, cuenten con una versión on-line y otra física de las noticias. Sin embargo, ese no es el problema más grave al que se han enfrentado. La distribución y crecimiento del uso de las TIC ha propiciado la facilidad para captar noticias entre los ciudadanos. Así, el auge, sobre todo, de las redes

²⁹⁰⁵ *Vide* Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación, artículo 2.

²⁹⁰⁶ *Ibidem* Artículo 3

²⁹⁰⁷ *Ibidem* Artículo 4.

²⁹⁰⁸ *Ibidem* Artículo 5.

²⁹⁰⁹ *Ibidem* Artículo 6.

sociales, hace que en cualquier lugar del mundo exista una persona con capacidad para fotografiar, difundir y comentar cualquier hecho controvertido o novedoso. Esto ha dado lugar, a que cualquier ciudadano represente a un reportero en potencia.

Sin embargo, esta tendencia está perjudicando a los medios de comunicación en el sentido más estricto, en tanto que, afecta al derecho a la información, sobre todo, a que ésta tenga un contenido veraz. Cuando un ciudadano comenta o comparte una noticia desconoce los criterios que rigen para los periodistas, y aporta una opinión muy subjetiva de lo que está ocurriendo, hablando la mayoría de las veces sin conocimiento de causa, y otras, con la intención clara de faltar a la verdad. Los ciudadanos no son profesionales del medio, por lo que no están obligados a ser objetivos con los hechos y, a tratarlos desde el respeto y el conocimiento, sino que se limitan a interpretarlos de acuerdo con la vivencia o padecimiento de la noticia.

La realidad descrita no debiera de suponer un problema, puesto que todos los ciudadanos gozan de la libertad de expresión para manifestar lo que a ellos convenga, en base al acceso que han tenido a esa información. Pero, esto difiere mucho de lo que ocurre en la realidad. Si bien, las personas tienen a su disposición muchos más datos y conocimientos de los que son capaces de analizar²⁹¹⁰. Y, si a esto, sumamos, la falta de criterios o principios suficientes para analizar la fiabilidad y credibilidad de la noticia termina provocando la confianza en cualquier medio de Internet. Nos da igual lo que nos digan o cuenten, porque leerlo en Internet es un criterio de fiabilidad, una presunción *iure et de iure* sobre la que debemos confiar. Sin duda, esta es una de las cuestiones más problemáticas que se genera en Internet, y que está directamente relacionada con la falta de formación de la ciudadanía en competencias digitales.

La diferencia entre dar una opinión en la red sobre un suceso, y darla en un medio tradicional es bastante evidente: la capacidad de difusión que existe entre una y otra es enorme. Cualquier noticia se difunde en el ciberespacio, con independencia de que sea verdad o mentira. Además, cuanto más escabrosa, peculiar o increíble sea, tiene mayor

²⁹¹⁰ Vide Rafael RUBIO NÚÑEZ, “El derecho a la información y el derecho al voto”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO y José Luis PIÑAR MAÑAS, *Sociedad digital y derecho*, o.c., p. 474: «Esto aumenta el número de fuentes y diluye las referencias de autoridad que son aceptadas como intérpretes de la complejidad, que pasan a ser sospechosas. Esta abundancia y diversidad hace que se produzca una generalización que atribuye a los medios una pérdida de su carácter referencial y de autoridad. A esto contribuyen también los errores en los medios tradicionales, que como consecuencia de la inmediatez del procedimiento informativo y la confusión de las fuentes han cometido errores que desgastan el prestigio menguante de los medios».

facilidad para difundirse, puesto que el morbo que subyace en la misma hace que genere un interés superior de conocimiento de ésta²⁹¹¹. Así, en cuanto una noticia se viraliza, adquiriendo millones de visualizaciones, o se hace un comentario trending topping, el efecto expansivo de lo que se pretendía transmitir no es comparable con ningún medio de comunicación.

Principalmente, los grupos afines a partidos políticos, o ideologías determinadas, utilizan este tipo de noticias falsas o manipuladas, denominadas como “*fakes news*” para calar en el pensamiento de un posible electorado. Las “*fakes news*” según la doctrina se pueden definir como:

«Se trata de información creada por alguien, o transformada desde una noticia original que se distribuye sin referencia a su origen y fundamento. Su fortaleza es ser difícilmente averiguable y es idóneo para preparar un terreno receptivo. Sin duda lo más relevante de esta nueva situación es la distribución de la misma a través de plataformas online. Las “fakes news” como reflejo del auge de la propaganda y la bajada de credibilidad de los medios de comunicación presentan ciertas peculiaridades respecto a otro contenido que circula por las redes, pero es precisamente el hecho de circular por las redes lo que convierte un contenido de propaganda tradicional en “fakes news”»²⁹¹²

De este modo, lo único que hacen las Fakes news es a través de los datos que figuran en Internet se muestran noticias o realidades que nos perturban y nos hacen tender hacia determinadas ideologías. Pero la repercusión de estas noticias falsas es mucho mayor de la que podemos pensar. Así, por ejemplo, en EE. UU. hicieron ganar las elecciones al presidente Trump, así como también, la decantación de la balanza para salir de la Unión Europea en el caso del Brexit. Y, a todo a eso hay que darle las gracias a Facebook, que fue quién cedió nuestros datos para este tipo de actividades

²⁹¹¹ Vide Rafael RUBIO NÚÑEZ, “El derecho a la información y el derecho al voto”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO y José Luis PIÑAR MAÑAS, *Sociedad digital y derecho*, o.c., p. 476: «En el ecosistema de la posverdad prima la forma sobre fondo, las imágenes sobre las ideas, la búsqueda de respuestas simples, que dividen el mundo en blanco o negro, en sí o no, y no admiten matices».

²⁹¹² Vide Rafael RUBIO NÚÑEZ, “El derecho a la información y el derecho al voto”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO y José Luis PIÑAR MAÑAS, *Sociedad digital y derecho*, o.c., p. 475.

El Estado español debe empezar a tomar medidas al respecto y garantizar que existan unos medios de comunicación, donde rija la libertad de prensa, pero que no se confundan con opiniones o verdades manipuladas. Sin duda, es una cuestión compleja, pero en la que debe de desempeñarse una ardua labor que, por supuesto, no puede depender directamente del poder ejecutivo. Debería ser una institución independiente quién se encargue de verificar las noticias que se viralizan, y dar cierta credibilidad a los datos que se leen en Internet. Un organismo de carácter administrativo, pero autónomo, que compruebe la veracidad o no de las noticias que se difunden a través de la red.

Lo que no es permisible, es que sean los propios proveedores del servicio, es decir, Facebook, Instagram o Twitter, los que se encarguen de cerciorar que el contenido de la información se corresponde con la realidad o no. Debe existir una autoridad independiente que, de conformidad con los valores democráticos, se encarguen de verificar el correcto ejercicio entre el derecho a la libertad de opinión, y el derecho a la información. Si bien, si no se adoptan las medidas pertinentes, y en sentido contrario, el derecho a la información, de los medios de comunicación tradicionales, irá desvirtuándose y permitiendo la distribución de cualquier información como noticia o suceso a través del medio digital, siendo realmente una opinión.

En este sentido, hay que traer a colación la creación de la Comisión Permanente contra la desinformación que se crea con el objetivo de coordinar entre los distintos niveles interministeriales que participan en defensa de la seguridad Nacional, y se encuadra dentro de la Secretaría de Estado de Comunicación²⁹¹³. Si bien, las críticas a esta institución ya han sido expuestas con anterioridad, especialmente por depender del Ministerio del Gobierno, y no constituirse como estructura independiente y que contara con las garantías suficientes. Sin contar con la falta de precisión de los mecanismos de actuación y la posibilidad de recurso administrativo y ante los juzgados.

4.1.5. Las deepfakes: el nuevo fenómeno que pone en riesgo la seguridad del Estado.

Las deepfakes son un nuevo fenómeno global, a través del cual se crean realidades falseadas, manipulando archivos audiovisuales que parecen extremadamente realistas. Si

²⁹¹³ *Vide* Orden PCM/1030/2020, de 30 de octubre, por la que se publica el Procedimiento de actuación contra la desinformación aprobado por el Consejo de Seguridad Nacional, Anexo II.

bien, la veracidad de estos vídeos creados mediante el uso de inteligencia artificial es extrema, creando la ficción de que sus protagonistas han dicho o realizado conductas que nunca dijeron, o situaciones en las que no participaron. Esta tecnología cuenta con pocos años de vida, pero la calidad y mejora constante, la está convirtiendo en una auténtica preocupación para el sistema. No sólo para los personajes públicos, sino también en personas anónimas. Si bien, las deepfakes están siendo llevadas a los tribunales, sobre todo, en materia penal por suplantación de identidad y vulneración del derecho al honor y la propia imagen. Pero, aún no se han resuelto los litigios planteados²⁹¹⁴. Sin embargo, tal y como afirma la doctrina, debería de crearse un tipo penal específico para estos casos, especialmente cuando atenten contra el funcionamiento de las instituciones del Estado, llegando incluso a poder considerarse como ataques terroristas. El desgaste que se puede hacer a los poderes públicos es inmenso, y sobrepasa cualquier límite comprensible, más aún, en la situación de descrédito en la que muchos están inmersos.

No obstante, el ámbito que a esta tesis interesa se centra en la utilización de estas herramientas para desacreditar a los representantes públicos, atentar contra la seguridad del Estado, o la propia veracidad de las Administraciones. El derecho a la información es, sin duda, el mayor perjudicado por este tipo de prácticas que, ponen en riesgo el funcionamiento de nuestro sistema. Si bien, en la actualidad, no existen herramientas capaces de detectar la manipulación de los archivos informáticos. Pero, por la importancia que han adquirido hay países como EE. UU o China que ya los están regulando, tras los escándalos a autoridades como Barack Obama²⁹¹⁵, o Donald Trump²⁹¹⁶, o personajes públicos como Marck Zuckerberg²⁹¹⁷.

Sin embargo, en la Unión Europea, que ya había iniciado varios proyectos para paliar los efectos de las fakes news, no existen en la actualidad iniciativas para regular de

²⁹¹⁴ Vide José Miguel BARJOLA MERINO, “¿Qué retos legales plantea los “deepfakes”, la tecnología que falsea la realidad?, *Diario la Ley Ciberderecho*, 35, (2020), p. 2 y ss.

²⁹¹⁵ En abril de 2018, se utiliza como reclamo publicitario de una película del director de cine Jordan Peele, un vídeo Barack Obama alertando de los peligros de la inteligencia artificial. Sin embargo, ese discurso nunca se había producido.

²⁹¹⁶ En mayo de 2018, se comparte en redes sociales un vídeo de Donald Trump donde se reía por la retirada del Acuerdo de París de 2016, por la lucha contra el cambio climático, cuando estos hechos no habían ocurrido nunca públicamente.

²⁹¹⁷ En junio de 2019, aparece un vídeo de Mark Zuckeberg, tras la polémica por el escándalo de la Cambridge Analytic, donde admite el control de todos los datos de lo usuarios a través de la información que éstos compartían.

forma específica este fenómeno²⁹¹⁸. En España, ni siquiera se ha planteado aún esta problemática. Pero, los problemas relacionados con el uso de las tecnologías disruptivas, como es el caso de la inteligencia artificial para comprometer la seguridad del Estado, no tardarán demasiado en presentarse.

4.2. El derecho de actualización de la información.

La Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personal y de Garantía de los Derechos Digitales, protege el derecho a la actualización de la información que se difunde por medios de comunicación digitales en el artículo 86, de la siguiente manera:

«Toda persona tiene derecho a solicitar motivadamente de los medios de comunicación digitales la inclusión de un aviso de actualización suficientemente visible junto a las noticias que le conciernan cuando la información contenida en la noticia original no refleje su situación actual como consecuencia de circunstancias que hubieran tenido lugar después de la publicación, causándole un perjuicio.

En particular, procederá la inclusión de dicho aviso cuando las informaciones originales se refieran a actuaciones policiales o judiciales que se hayan visto afectadas en beneficio del interesado como consecuencia de decisiones judiciales posteriores. En este caso, el aviso hará referencia a la decisión posterior».

Dentro del elemento subjetivo del derecho, hay que distinguir dos partes. En primer lugar, cualquier persona que pueda verse afectada por la divulgación de una noticia, y cuyo contenido no se refleje con las circunstancias actuales, como consecuencia de otros hechos posteriores. Si bien, el derecho se encuentra limitado a “solicitar”, por lo que no equivale directamente a que aquello que se pida se vaya a conceder, sino que, atendiendo a la motivación y acreditación de los hechos, así como también, del perjuicio

²⁹¹⁸ Vide José Ramón GARCÍA HERÁNDEZ, “La mala salud de hierro de la democracia representativa en la España Constitucional”, en Benigno PENDAS GARCÍA, *España constitucional (1078-2018) trayectorias y perspectivas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, p. 1508.

que se ocasione, se atenderá o no su solicitud. En consecuencia, este es un derecho que se encuentra condicionado por el elemento probatorio que desarrolle su titular.

Y, en segundo lugar, los medios de comunicación, en este caso, de modalidad digital. Si bien, el reconocimiento de este derecho implica la inclusión de un aviso de actualización, suficientemente visible, de la noticia. Así, me remito a lo que se dispone en el artículo 85.2 apartado 2º, sobre la forma en la que debe procederse a la rectificación de los medios digitales, en el que se habla de incluirlo en un lugar visible dentro del mismo medio a través del que se difundió la noticia.

En lo que respecta al elemento objetivo de esta relación, el derecho consiste en la facultad de *«solicitar motivadamente de los medios de comunicación digitales la inclusión de un aviso de actualización suficientemente visible junto a las noticias que le conciernan cuando la información contenida en la noticia original no refleje su situación actual como consecuencia de circunstancias que hubieran tenido lugar después de la publicación, causándole un perjuicio»*²⁹¹⁹.

En consecuencia, de lo que se trata, es de realizar el derecho de actualización de una información. Si bien, el contenido de este artículo está directamente relacionado con lo dispuesto en el artículo 16 del Reglamento General de Protección de Datos, donde como una variedad del derecho de rectificación también se reconoce la posibilidad de actualizar los datos, en tanto que, se afirma que *«el interesado tendrá derecho a que se completen los datos personales que sean incompletos, inclusive mediante una declaración adicional»*. Además, en relación con este artículo, el propio Reglamento reconoce que los datos deberán de ser siempre *«exactos y, si fuera necesario, actualizados; se adoptarán todas las medidas razonables para que se supriman o rectifiquen sin dilación los datos personales que sean inexactos con respecto a los fines para los que se tratan (“exactitud”)»*²⁹²⁰.

Por tanto, el derecho de actualización de los datos está relacionado con el derecho a la rectificación de la información, en tanto que, los datos no son representativos de la realidad del momento o no son todo lo exactos que debieran. No obstante, deben darse

²⁹¹⁹ Vide Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y de Garantía de los Derechos Digitales, artículo 86.

²⁹²⁰ Vide PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril, 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, Estrasburgo, artículo 5.1 d)

dos requisitos para el ejercicio de este derecho. En primer lugar, que exista una motivación suficiente, o más bien en este caso, una acreditación que demuestre que la información no se corresponde con la realidad. Y, en segundo lugar, debe existir un perjuicio, no basta con solicitar la actualización de cualquier información, sino que debe existir un daño, especialmente sobre alguno de los derechos (dignidad, intimidad, honor, protección de datos o propia imagen) que limitan el ejercicio de la libertad de expresión. Por ello, el propio artículo 86, añade como supuestos a tener en consideración aquellas informaciones que sean consecuencia de decisiones judiciales, y yo añadiría también, los supuestos derivados de actuaciones policiales, aunque sean con posterioridad al hecho en el que se basa la noticia²⁹²¹.

Además, atendiendo a que el derecho a la actualización está directamente relacionado con el derecho de rectificación (artículo 16 del Reglamento General de Protección de Datos y artículo 14 de la Ley de Protección de Datos Personales) el cumplimiento de la obligación está sujeto a los plazos generales previstos en el artículo 12.3 del Reglamento General de Protección de Datos²⁹²². En este caso, deberá producirse la actualización en el plazo de un mes a partir de la recepción de la solicitud, y como máximo podrá prorrogarse otros dos meses más, atendiendo a la complejidad del supuesto y el número de solicitudes, siempre y cuando, el titular sea informado.

4.3. El derecho al olvido en la red.

4.3.1. Concepto y caracteres.

La Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y de Garantía de los Derechos Digitales, recoge dos modalidades distintas de derecho al olvido en Internet. Si bien, antes de analizar los elementos que configuran los distintos supuestos,

²⁹²¹ *Vide* Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y de Garantía de los Derechos Digitales, artículo 86 apartado 2º: «En particular, procederá la inclusión de dicho aviso cuando las informaciones originales se refieran a actuaciones policiales o judiciales que se hayan visto afectadas en beneficio del interesado como consecuencia de decisiones judiciales posteriores. En este caso, el aviso hará referencia a la decisión posterior».

²⁹²² *Vide* PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril, 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, Estrasburgo, artículo 12.3.

es necesario sistematizar a que se refiere la normativa, la jurisprudencia y la doctrina al respecto.

Antes de la llegada de la sociedad de la información la búsqueda de datos dentro de los canales ordinarios de comunicación era bastante complicada, lo que propiciaba que gran parte de nuestra actividad quedara en el olvido. Sin embargo, en la actualidad, cualquier actividad notoria o de público conocimiento suele quedar guardada en la “memoria” de Google u otras bases de datos que se encargan de indexar esa información, y facilitar su difusión. De este modo, el derecho al olvido nace como una necesidad del ser humano de que ciertos comportamientos que realiza en la red, o fuera de ella, desaparezcan de la base de datos de los servicios de la sociedad de la información, para que deje de conocerse o utilizarse determinada información. Así, los motores de búsqueda, o las redes sociales pueden mostrar contenidos, no del todo deseados por los titulares del derecho. En consecuencia, este se convierte en uno de los retos jurídicos más trascendentales de la nueva Era²⁹²³.

Lo primero que hay que dejar claro es que el derecho al olvido no está relacionado con la protección de datos personales y el derecho a la intimidad de la persona que se recoge en el artículo 18.1 CE²⁹²⁴, sino con la protección de la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE²⁹²⁵). Si bien, lo que se pretende hacer valer mediante el derecho al olvido es la dignidad de la persona, pero que se canaliza a través de la protección del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen. En consecuencia, esto convierte la regulación jurídica de la protección de datos en un elemento instrumental para garantizar el derecho al olvido en la sociedad digital. En este mismo sentido se ha manifestado el Tribunal Constitucional, cuando afirma que el derecho al olvido es:

«una vertiente del derecho a la protección de datos personales frente al uso de la informática (art. 18.4 CE), y es también un mecanismo de garantía para

²⁹²³ Vide Pere SIMÓN CASTELLANO, *El régimen constitucional del derecho al olvido digital*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012; Vide Cécile DE TERWANGENE, “Privacidad en internet y el derecho de ser olvidado/derecho al olvido”, *Revista de Internet, Derecho y Política*, 13, (2012); Vide Miguel CASINO RUBIO, “El periódico de ayer, el derecho al olvido en Internet y otras noticias”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 156, (2012).

²⁹²⁴ Vide CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, de 29 de diciembre de 1978, artículo 18.1: «Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen».

²⁹²⁵ *Ibidem* Artículo 10.1: «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social».

la preservación de los derechos a la intimidad y al honor, con los que está íntimamente relacionado, aunque se trate de un derecho autónomo»²⁹²⁶.

No obstante, la base sobre la que se regula el derecho al olvido en nuestro ordenamiento jurídico proviene de la jurisprudencia y normativa comunitaria que ha servido para homogenizar el tratamiento de la cuestión entre los distintos Estados miembros. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, señala en la sentencia C-131/2012, caso Google vs España, de 13 de mayo de 2014, su contenido y límites. Si bien, el titular de este derecho lo que solicitaba era la eliminación de una información que aparecía en el buscador de Google, cada vez que introducía su nombre, que era errónea, según quedaba constatado por decisión judicial. Tal y como afirma la doctrina, una de las principales aportaciones de la sentencia se encuentra en garantizar el derecho a los ciudadanos del *habeas data*, o derecho a la autodeterminación informativa. Si bien, a través de ésta, se reconoce la facultad a los ciudadanos de acceder y controlar sus datos personales, incluso de aquellas empresas cuyas sedes se encuentren fuera de Europa²⁹²⁷. Además, la sentencia reconoce el derecho a solicitar la supresión de datos personales en los motores de búsqueda de este conocido prestador de servicios, cuando se den una serie de circunstancias como que los datos se extraigan de una búsqueda efectuada a partir de su nombre; los datos sean inexactos, inadecuados o no pertinentes; con finalidad distinta para la que se recogieron o trataron; por el transcurso del tiempo; y estableciendo como límite a este ejercicio el interés o naturaleza pública de la información que se divulga²⁹²⁸.

De este modo, cuando con posterioridad se aprueba el Reglamento General de Protección de Datos, se hacen como propios los argumentos vertidos en esta sentencia, al configurar el derecho al olvido. Si bien, el marco normativo del derecho al olvido se configura a partir del artículo 17 del Reglamento General de Protección de Datos, y se concreta en el derecho a ocultar, eliminar o cancelar una información que concierna a los datos personales de un individuo. Si bien, el artículo lo que hace es establecer una serie de supuestos que posibilitan a instar a algunos proveedores de servicios de la sociedad de la información a suprimir determinados datos que circulan en la red, relativos al ámbito

²⁹²⁶ Vide STC 58/2018, de 4 de junio de 2018, FJ 5.

²⁹²⁷ Vide Enrique PÉREZ-LUÑO ROBLEDO, *El procedimiento de habeas data*, Dykinson, Madrid, 2017, pp. 285-286.

²⁹²⁸ Vide STJE C-131/2012, caso Google vs España, de 13 de mayo de 2014, apartado 62 y ss.

privado de una persona. Por ello, el Reglamento General de Protección de Datos, recoge el derecho al olvido como una posibilidad de supresión de determinada información, utilizando ambos términos de manera indistinta a lo largo del texto normativo.

Por tanto, el derecho al olvido permite solicitar al responsable del tratamiento la supresión, sin dilación indebida, de sus datos personales, cuando se dé alguna de estas circunstancias: si los datos recogidos ya no son necesarios para la finalidad por la que se obtuvieron; se retire el consentimiento para su tratamiento; el interesado se oponga al tratamiento y no prevalezcan otros motivos legítimos para continuar con su gestión; los datos hayan sido tratados de forma ilícita; los datos deban suprimirse para cumplir con una obligación legal; o los datos se hayan obtenido de un menor a través de los servicios de la sociedad de la información²⁹²⁹. Asimismo, cuando los datos sean públicos (que es lo que ocurre con la mayor parte de los datos que se gestionan en Internet) la Ley prevé que, si el titular de la información ejercita su derecho a suprimirlos, el responsable del tratamiento deberá adoptar medidas razonables, atendiendo al coste y el estado de la técnica, de cualquier enlace o copia que pueda existir sobre esos datos, para que efectivamente desaparezcan²⁹³⁰.

No obstante, la propia norma establece los límites negativos al ejercicio de este derecho, es decir, en qué supuestos la petición de supresión de los datos no se llevará a cabo por colisionar con el ejercicio de otros derechos, cuya protección del bien jurídico prevalece. Así, no se podrá ejercer este derecho cuando afecte a la libertad de expresión e información; por el cumplimiento de una obligación legal, o de una misión de interés público; la salud pública; el archivo con fines de interés público o de investigaciones científicas; o la formulación y defensa de reclamaciones²⁹³¹. De este modo, existen razones lo suficientemente fundamentadas jurídicamente que justifican la injerencia en la protección del derecho al olvido, y que, en todo caso, habrá que ponderar.

Si bien, no se puede borrar la memoria colectiva, o toda la información que consta en la web sin alegar un motivo de los legalmente recogidos. No obstante, la amplitud de las situaciones que contempla la norma hace viable la cancelación de casi todo el

²⁹²⁹ Vide PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, *Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril, 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*, Estrasburgo, artículo 17.1

²⁹³⁰ *Ibidem* Artículo 17.2.

²⁹³¹ *Ibidem* Artículo 17.3.

contenido, de forma sencilla, sin necesidad de suficiente motivación por sus titulares. Así, se ejercita este derecho mediante la presentación de un formulario estandarizado, en el que se especifica el contenido y motivo de lo que se pretende eliminar. Sin embargo, es necesario reflexionar que, desde el reconocimiento del derecho al olvido, Google ha recibido más de 1 millón de solicitudes de retirada de contenido de sus buscadores. La realización de esta actividad conlleva un coste económico para la empresa, sobre todo, porque hay que contratar personal que pondere los bienes jurídicos que están en juego, (por tanto, debe ser una persona con formación específica en la materia) y decida sobre la idoneidad o no de la medida.

Con posterioridad, la Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y de Garantía de los Derechos Digitales, recoge este derecho desde dos vertientes: por un lado, remitiéndose estrictamente a lo dispuesto en el reglamento, al reconocer el derecho de supresión de los datos²⁹³²; y, por otro lado, dos modalidades específicas de derecho al olvido en los artículos 93 y 94 de la Ley, uno frente a los proveedores de búsquedas y otro frente a los proveedores de servicios de redes sociales.

En consecuencia, el derecho al olvido podría definirse como el interés legítimo, jurídicamente protegido, de los ciudadanos, a que sus datos personales o hechos que le afecten directamente no permanezcan expuestos de forma indefinida en el ciberespacio, causando daño a su privacidad²⁹³³. Y, de igual manera, estos no puedan localizarse mediante el uso de buscadores en la red, proporcionando la posibilidad a sus titulares de controlar el tratamiento que se hace sobre éstos²⁹³⁴, de modo que, puedan obtener del responsable del tratamiento la supresión de los datos que les afectan, sin dilación temporal indebida²⁹³⁵. De este modo, el derecho al olvido debe considerarse un paso más allá que

²⁹³² Vide Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y de Garantía de los Derechos Digitales, artículo 15: «1. El derecho de supresión se ejercerá de acuerdo con lo establecido en el artículo 17 del Reglamento (UE) 2016/679. 2. Cuando la supresión derive del ejercicio del derecho de oposición con arreglo al artículo 21.2 del Reglamento (UE) 2016/679, el responsable podrá conservar los datos identificativos del afectado necesarios con el fin de impedir tratamientos futuros para fines de mercadotecnia directa».

²⁹³³ Vide Diego CÓRDOBA CASTROVERDE e Ignacio DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, “Reflexiones sobre los retos a la protección de la privacidad en un entorno tecnológicos”, en ASOCIACIÓN DE LETRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *El derecho a la privacidad en un entorno tecnológico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016, p. 110.

²⁹³⁴ Vide María ÁLVAREZ CANO, *Derecho al olvido en Internet: el nuevo paradigma de la privacidad en la era digital*, Reus, Madrid, 2015, pp. 77-82.

²⁹³⁵ Vide Lucrecio REBOLLO DELGADO y Mercedes SERRANO PÉREZ, *Manual de Protección de Datos*, Dykinson, Madrid, 2017, p. 50.

una simple eliminación de la información, ya que es el instrumento para garantizar que cuando los datos ya no sean objeto de tratamiento, o innecesarios, desaparezcan²⁹³⁶.

Así, lo que viene a establecer es un derecho, pero también una obligación frente a los responsables del tratamiento de borrar todos aquellos datos que pasado cierto tiempo ya no cumplan con el objetivo para el que se obtuvieron²⁹³⁷. Por tanto, el derecho al olvido estaría relacionado también con el respeto al consentimiento de su titular, el derecho de revocación y modificación, así como también, de la calidad del dato. A modo de resumen, el derecho al olvido podría definirse como:

«un interés jurídicamente protegido de los ciudadanos que consiste en lograr efectivamente que sus datos personales, en un entorno digital, sean cancelados o no sean accesibles por el público»²⁹³⁸.

Por último, la obligación de cancelación, eliminación o supresión de los datos por parte de los sujetos obligados se encuentra sujeta a un plazo determinado que, en todo caso, no podrá exceder de tres meses. Así lo manifiesta el artículo 12.3 del Reglamento General de Protección de Datos.

4.3.2. Derecho al olvido en búsquedas de Internet.

La Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y de Garantía de los Derechos Digitales reconoce en el artículo 93, el derecho al olvido en búsquedas de Internet, en los siguientes términos:

«1. Toda persona tiene derecho a que los motores de búsqueda en Internet eliminen de las listas de resultados que se obtuvieran tras una búsqueda efectuada a partir de su nombre los enlaces publicados que contuvieran información relativa a esa persona cuando fuesen inadecuados, inexactos, no pertinentes, no actualizados o excesivos o hubieren devenido como tales por el transcurso del

²⁹³⁶ Vide Lucrecio REBOLLO DELGADO y Mercedes SERRANO PÉREZ, *Manual de Protección de Datos*, Dykinson, Madrid, 2017, p. 104.

²⁹³⁷ Vide Ana GARRIGA DOMÍNGUEZ, *Nuevos retos para la protección de los datos personales en la era del big data y la computación ubicua*, Dykinson, Madrid, 2016, p. 215.

²⁹³⁸ Vide María ÁLVAREZ CARO, “Derecho al olvido y construcción de una memoria colectiva”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO y José Luis PIÑAR MAÑAS, *Sociedad digital y derecho*, o.c., p. 306.

tiempo, teniendo en cuenta los fines para los que se recogieron o trataron, el tiempo transcurrido y la naturaleza e interés público de la información.

Del mismo modo deberá procederse cuando las circunstancias personales que en su caso invocase el afectado evidenciasen la prevalencia de sus derechos sobre el mantenimiento de los enlaces por el servicio de búsqueda en Internet.

Este derecho subsistirá aun cuando fuera lícita la conservación de la información publicada en el sitio web al que se dirigiera el enlace y no se procediese por la misma a su borrado previo o simultáneo.

2. El ejercicio del derecho al que se refiere este artículo no impedirá el acceso a la información publicada en el sitio web a través de la utilización de otros criterios de búsqueda distintos del nombre de quien ejerciera el derecho».

Este artículo viene a reiterar el contenido recogido en la Sentencia C-131/2012, caso Google vs España, del TJUE de 13 de mayo de 2014, prácticamente en su totalidad. Si bien, dentro del ámbito subjetivo se distingue dos partes. Por un lado, cualquier persona, puesto que no tiene que ser usuario del ciberespacio, dado que, en éste se pueden recoger noticias o información del mundo físico de personas que no tienen vinculación con el ciberespacio. De este modo, puede ser cualquier persona sobre la que se recoja una información, que pueda afectar por el contenido de la misma, a su derecho a la dignidad, e indirectamente a la protección de sus datos personales. Por tanto, sólo podrán ejercitar el derecho al olvido aquellas personas que vean afectados determinados derechos relativos al individuo por la visualización de determinada información en los buscadores digitales, siempre y cuando, a esta información se acceda al introducir su nombre. Y, por otro lado, los prestadores de servicios de la sociedad de la información, y un tercero que se encarga de colgar la información.

Mientras que, el ámbito objetivo de este derecho se refiere a *«eliminar de las listas de búsqueda que se obtuviera a partir de su nombre los enlaces publicados que contuvieran información relativa a esa persona»*²⁹³⁹. En consecuencia, el precepto que se refiere a ejercitar el derecho al olvido dentro de los servicios que se prestan por los

²⁹³⁹ Vide Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y de Garantía de los Derechos Digitales, artículo 93.1.

proveedores de búsquedas, cuando al introducir su nombre aparezca información relativa a esa persona, siempre y cuando se den una serie de circunstancias.

En todo caso, los datos o información que aparezca en estos portales deben ser *«inadecuados, inexactos, no pertinentes, no actualizados o excesivos o hubieren devenido como tales por el transcurso del tiempo, teniendo en cuenta los fines para los que se recogieron o trataron, el tiempo transcurrido y la naturaleza e interés público de la información»*²⁹⁴⁰. Además, añada el artículo una causa general de eliminación o supresión de estos datos, cuando de las circunstancias y motivos del titular prevalezca el ejercicio de estos derechos, frente a la conservación de la información²⁹⁴¹.

En consecuencia, en este caso el elemento conectivo que une a ambas partes es intromisión ilegítima en un derecho que termina provocando una lesión, ya sea del derecho a la dignidad o de la protección de datos del individuo, ya que, no tiene por qué existir un vínculo jurídico entre ambas partes. No hay como en otros derechos un contrato privado entre los dos sujetos, sino una lesión de derechos por parte del sujeto pasivo en el desarrollo de su actividad.

Así, a modo de resumen, la persona a la que se lesionan sus derechos se corresponde con cualquier persona que, al introducir su nombre en alguno de los proveedores de búsqueda de los servicios de la sociedad de la información, pueda acceder a enlaces cuyo contenido difunde datos relativos a su persona. En consecuencia, el derecho no impide el acceso a la información, si se introducen otros criterios de búsqueda, que no sean los referidos al nombre de quién ejercita el derecho²⁹⁴². En otras palabras, si los criterios de búsqueda atienden al lugar donde ocurrieron los hechos, o al tipo de actividad, no se atentaría contra el derecho a la intimidad o protección de datos de su titular.

Mientras que, por otro lado, la persona que infringe el derecho se corresponde con los proveedores que prestan el servicio de búsqueda o enlaces de la sociedad de la información. Si bien, es necesario recordar que los prestadores de este servicio únicamente se encargan de indexar la información que se encuentra en la red,

²⁹⁴⁰ Vide Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y de Garantía de los Derechos Digitales, artículo 93.1.

²⁹⁴¹ *Ibidem* artículo 93.1. paf. 2º.

²⁹⁴² *Ibidem* Artículo 93.2.

organizándola de forma que permite visualizar un contenido ordenado de la información. Por ello, una de las partes más importantes de este derecho, es que la obligación no se genera frente a quién publica el contenido a través de las distintas plataformas, sino sobre aquellos que se encargan de indexar o sistematizar la información que existe en la red. Si bien, el elemento objetivo supone eliminar una determinada información, ante la petición de su titular por unas causas determinadas legalmente, y aun cuando sea lícita la causa de conservación de la información de la página web a la que redirige el enlace que proporcionan los buscadores, y no se haya solicitado la eliminación o supresión del contenido²⁹⁴³.

Por tanto, se hace responsable del cumplimiento de esta obligación, a un tercero que no tiene nada que ver con la información que se publica en la web y que únicamente se encarga de proporcionar los enlaces a los usuarios, y no frente a aquellas que la publican. Así, en sentido contrario, el responsable del tratamiento de los datos de la fuente original no está vinculado a la eliminación de los contenidos que se reflejan en la página web. No obstante, esto únicamente viene a evidenciar lo trascendentes que son estos portales de acceso para el funcionamiento del ciberespacio, en tanto que, prácticamente si no aparecen en ellos (y en las primeras páginas de su catálogo) es como si no existiera dentro de Internet, ya que no cuenta con la publicidad suficiente.

Por último, en lo que se refiere a los límites negativos del ejercicio de este derecho, se encuentran establecidos por el artículo 17 del Reglamento General de Protección de Datos. Así, en tanto que el contenido que se pretenda eliminar atente contra el derecho a la libertad de expresión, suponga una obligación legal o de interés público, afecte a la salud pública, este inmersa en un archivo de interés público o de investigación científica, o pueda ser objeto de reclamaciones, no podrá ejercitarse el derecho al olvido. En todo caso, como ya se advertía serán los empleados del servicio de búsqueda o enlaces los que tendrán que ponderar si se puede o no eliminar esa determinada información. De manera que, si el titular de los derechos no está de acuerdo con la decisión que se adopte, éste podrá acudir a los tribunales para que se garantice la correcta protección de sus derechos.

²⁹⁴³ *Vide* Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y de Garantía de los Derechos Digitales, artículo 93.1. paf. 3º.

4.3.3. Derecho al olvido en servicios de redes sociales y servicios equivalentes.

La Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y de Garantía de los Derechos Digitales, reconoce en el artículo 94, el derecho al olvido en servicios de redes sociales y otros equivalentes, de la siguiente forma:

«1. Toda persona tiene derecho a que sean suprimidos, a su simple solicitud, los datos personales que hubiese facilitado para su publicación por servicios de redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes.

2. Toda persona tiene derecho a que sean suprimidos los datos personales que le conciernan y que hubiesen sido facilitados por terceros para su publicación por los servicios de redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes cuando fuesen inadecuados, inexactos, no pertinentes, no actualizados o excesivos o hubieren devenido como tales por el transcurso del tiempo, teniendo en cuenta los fines para los que se recogieron o trataron, el tiempo transcurrido y la naturaleza e interés público de la información.

Del mismo modo deberá procederse a la supresión de dichos datos cuando las circunstancias personales que en su caso invocase el afectado evidenciasen la prevalencia de sus derechos sobre el mantenimiento de los datos por el servicio.

Se exceptúan de lo dispuesto en este apartado los datos que hubiesen sido facilitados por personas físicas en el ejercicio de actividades personales o domésticas.

3. En caso de que el derecho se ejercitase por un afectado respecto de datos que hubiesen sido facilitados al servicio, por él o por terceros, durante su minoría de edad, el prestador deberá proceder sin dilación a su supresión por su simple solicitud, sin necesidad de que concurran las circunstancias mencionadas en el apartado 2».

En este derecho se distinguen tres tipos distintos de actividades prestacionales. En primer lugar, se reconoce un derecho genérico de todos los usuarios de los servicios de redes sociales o equivalentes a poder borrar, de forma sencilla, todos los datos que éstos

hubiesen facilitado para su publicación. En consecuencia, este derecho implica la capacidad de los usuarios del servicio de redes sociales, de poder eliminar de la base de datos toda la información, datos o contenidos que ellos mismos hubiesen publicado a través de su actividad. De este modo, no existe ningún tipo de límite para el ejercicio de este derecho, puesto que, no es necesario que la información que se publica cuente con determinados caracteres, sino que, únicamente basta con solicitarlo, sin alegar causa alguna. Si bien, esta actividad principal está directamente relacionada con el derecho a la supresión de datos que se reconoce en el artículo 17 del Reglamento General de Protección de Datos.

En segundo lugar, se reconoce otra relación con contenido similar pero esta vez el vínculo se genera entre un ciudadano al que se lesionan sus derechos por un tercero que cuelga en redes sociales determinada información. Si bien se distingue, entre la persona a quién se lesionan determinados derechos, al divulgar un tercero datos o contenido relativo a éste. Y, por otro lado, la obligación de los prestadores de los servicios de redes sociales, que son los encargados de eliminar esa información. No obstante, es necesario añadir que llama la atención que sólo se exija realizar la eliminación del contenido del derecho a los proveedores de redes sociales, y no también sobre aquellos que se encargan de almacenar los datos. En otras palabras, cuando yo ejerzo este derecho, el contenido de la información se borra de las redes sociales, pero no desaparece de la base de datos que lo almacena, puesto que, ésta sigue conservando la información, dado que, frente a éstas no se genera ninguna obligación específica. En este sentido, la Administración competente podría regular un régimen jurídico más proteccionista, que obligará a eliminar de todas las bases de datos esa información.

En lo que se refiere al elemento objetivo, en este caso, el derecho al olvido consiste en suprimir los datos personales de una persona, pero que fuesen facilitados o publicados por terceros. En otras palabras, ya no es el titular de los datos quién cuelga la información en la red, sino un tercero quién decide divulgar información relativa a otra persona. En este caso, el ejercicio de este derecho se condiciona a que los datos que se pretendan suprimir sean *«inadecuados, inexactos, no pertinentes, no actualizados o excesivos o hubieren devenido como tales por el transcurso del tiempo, teniendo en cuenta los fines*

para los que se recogieron o trataron, el tiempo transcurrido y la naturaleza e interés público de la información»²⁹⁴⁴.

Además, de una causa general de prevalencia entre el ejercicio de otros derechos del individuo frente al derecho de la conservación de la información que se pretende eliminar²⁹⁴⁵. De este modo, se reproducen los mismos motivos exigibles para ejercitar el derecho al olvido tanto para los proveedores de búsqueda como los prestadores de servicios de redes sociales o equivalentes.

Sin embargo, sí que establece una excepción al ejercicio del derecho, no contemplada en el supuesto anterior. Si bien, la norma exceptúa el cumplimiento de esta obligación cuando la información, los datos o el contenido de lo que se publica se hubiese obtenido o facilitado durante el desarrollo de actividades personales o domésticas. El ejemplo más claro que se puede poner de exclusión de la norma es el caso de un amigo que graba a otro realizando cualquier actividad que pueda atentar contra su dignidad, o su honor (de forma leve), y lo cuelga en redes sociales. Si bien, en este supuesto al pertenecer a la esfera privada, y al desarrollo de actividades personales, no se puede hacer valer el ejercicio de este derecho. En caso contrario, los servicios de redes sociales recibirían millones de solicitudes diarias para que se suprimieran determinados contenidos publicados en redes sociales, y por ello, se limitan las causas y los motivos que se pueden hacer valer frente al contenido publicado por terceros.

Y, en tercer lugar, se reconoce otra modalidad de ejercicio, esta vez la relación se genera entre el afectado por la distribución de la información, cuando los datos hubieran sido proporcionados por el mismo o por un tercero, durante su minoría de edad. En consecuencia, cualquier persona, con redes sociales o no, que durante su minoría hubiera facilitado o distribuido él mismo, o un tercero, contenido o información relativa a su persona a través de redes sociales, y que ahora quiere eliminar pueda solicitar que se elimine esa información. En este caso, el derecho que se ejercita es el de eliminar la información, pero con la peculiaridad de que no debe alegarse causa alguna que justifique

²⁹⁴⁴ *Vide* Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y de Garantía de los Derechos Digitales, artículo 94.2.

²⁹⁴⁵ *Ibidem* Artículo 94.2. paf. 2º.

su supresión, como si ocurría en el supuesto anterior, y, además, debe realizarse con una especial celeridad²⁹⁴⁶.

Así, al tratarse de información publicada relativa a menores, lo que denota especial sensibilidad y aumento del régimen de protección y garantías sobre la misma. Por ello, no se exige causa alguna para ejercitar el derecho, así como también, que la actividad de supresión se desarrolle lo más rápido posible. De manera que, un régimen con menores garantías iría en contra de los principios generales del Derecho.

4.4. El derecho al testamento digital.

4.4.1. Introducción.

Los servicios de la sociedad de la información recogen mayores datos de sus usuarios, a medida que se incrementa su actividad en la red. Sin embargo, no llegamos a ser conscientes de que con todos estos datos se genera una identidad digital de la persona, que tiene una huella digital dentro del ciberespacio. Si bien, mientras la persona física está viva es ella la que decide cómo quiere que se trate la información de que disponen los proveedores de servicios de la sociedad de la información; ahora bien, ¿qué ocurre cuando la persona fallece? Hasta el momento se ha defendido que dentro del mundo digital no existe una correlación exacta con la persona física, de manera que, cuando se extingue la personalidad jurídica en el mundo material, no hay un servicio equivalente gestionado por una institución pública que elimine nuestro perfil virtual. En otras palabras, si la persona física fallece, por ejemplo, su perfil en cualquier red social permanece activo, no se elimina, o borra la cuenta. El problema es que, en los servicios de la sociedad de la información, no sólo se acumulan perfiles, sino otra serie de información muy personal como fotografías, vídeos o mensajes que, al morir su titular, decae el derecho de poder recuperarlos.

Sin embargo, hay que señalar que todo este contenido que se recoge en los servicios de la sociedad de la información merece de una especial protección, como garantía del derecho a la privacidad del individuo. En la actualidad, los correos

²⁹⁴⁶ Vide Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y de Garantía de los Derechos Digitales, artículo 94.3.

electrónicos, los mensajes a través de las distintas aplicaciones, o las fotografías o vídeos que se cuelgan en redes sociales contienen mucha más información privada que en cualquier otro medio. Incluso, podría llegar a equipararse con el “domicilio”, en este caso virtual, de una persona en el ciberespacio. En las distintas cuentas de los servicios de la sociedad de la información hay más información y datos de mi vida privada de carácter valioso que la que se puede encontrar en mi casa.

Incluso, es necesario reflexionar sobre que dentro del ciberespacio se pueden encontrar cuentas bancarias digitales, o dinero virtual (como el bitcoin), o determinadas cuentas de redes sociales que tienen un precio en el mercado, por el número de seguidores e interacciones que generan en el mundo virtual. No se trata sólo de la información o respeto a la privacidad de una persona, sino que también, hay un valor económico o precio detrás de lo que generamos y poseemos en Internet. Por ello, el legislador ha decidido regular este aspecto, estableciendo un régimen jurídico sobre quién puede tener acceso a ese contenido virtual, dado que, no puede dejar que vague eternamente por el ciberespacio, pero tampoco puede permitir que cualquier persona pueda acceder a él mismo.

No obstante, reflexionemos sobre si la gran mayoría de los ciudadanos no organizan o distribuyen sus bienes antes de que se produzca su fallecimiento mediante el testamento. Por ello, como la norma general es que no haya una previsión por parte del fallecido, se prevé en el Código Civil un derecho, en algunos casos obligatorio, y en otros supletorio, cuando no existan disposiciones testamentarias sobre como administrar el caudal hereditario del fallecido entre sus causahabientes. Así, si las personas no gestionan su testamento de los bienes materiales, mucho menos hay una preocupación de administrar los bienes de contenido digital. En consecuencia, el legislador entiende que es necesario que a todo este contenido virtual que dejan las personas físicas una vez que fallecen, le sea de aplicación un derecho supletorio sobre cómo administrarlo.

Por tanto, si el causante del derecho no ha manifestado nada en su testamento, los herederos deberán de decidir qué hacer con todo el contenido digital que exista sobre el fallecido en la red. En otras palabras, deben pronunciarse sobre si quieren seguir manteniendo a la persona virtual, o eliminar los perfiles de la persona fallecida, de manera que, desaparezcan todos los datos que ésta tenía aportados dentro de los servicios de contenido digital. Realmente, se pone de relieve una cuestión interesante, y que pocos nos planteamos, pero que sí es bastante relevante. Con este tipo de reconocimientos

legales se está igualando lo que sucede en el mundo real con aquello que se proyecta en el ciberespacio. Así, el derecho al testamento digital se convierte en un reflejo más de que, dentro de la sociedad digital, se están configurando, prácticamente, las mismas instituciones, y con ellas derechos, que en el mundo material.

En este sentido, se reconoce en la Carta de los Derechos Digitales, en el artículo 7, el derecho a la herencia digital, es decir a recibir esa información que el testador lega:

«1. Se reconoce el derecho a la herencia digital de todos los bienes y derechos de los que sea titular la persona fallecida en el entorno digital.

2. El acceso a contenidos y servicios digitales de los que fuera titular la persona fallecida se hará conforme a las reglas generales del Código Civil, las leyes de las Comunidades autónomas con derecho civil, foral o especial, propio y el Título X de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales».

No obstante, el derecho no incorporar una novedad sustancial, porque se entiende que del derecho al testamento digital subyace intrínseco un derecho a recibir esa herencia. Además, remite a las normas generales para realizar el acceso al contenido que se lega.

4.4.2. Los antecedentes a la regulación estatal: la Ley 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales y de modificación de los libros segundo y cuarto del Código Civil de Cataluña.

El precedente más cercano a nuestro país de regulación del testamento digital lo encontramos en la Ley francesa nº 2016-1321, de 7 de octubre de 2016, por una República Digital, artículo 63, donde se configura la posibilidad de que los ciudadanos puedan establecer unas directrices para conservar, eliminar, o comunicar los datos personales que obran en poder de los prestadores de servicios de la sociedad de la información, una vez que fallezcan. Si bien, dichas instrucciones deberán inscribirse en un registro público de carácter único, para que sean conocidas por sus sucesores. Solamente un año después, Cataluña imita el modelo francés creando una ley que diseña la posibilidad de inscribir las voluntades digitales en un Registro electrónico, específico para el tratamiento de estas directrices por sus usuarios.

La Ley 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales y de modificación de los libros segundo y cuarto del Código Civil de Cataluña, en el artículo 6, por el que se modifica del 411-10, capítulo I del título I del libro cuarto del Código civil de Cataluña, establece un complejo entramado de regulación de las voluntades digitales en caso de fallecimiento de su titular.

En primer lugar, la ley entiende por voluntades digitales *«las disposiciones establecidas por una persona para que, después de su muerte, (...) la persona designada actúa ante los prestadores de servicios digitales con quienes el causante tenga cuentas activas»*²⁹⁴⁷. Además, se añade que las voluntades digitales se pueden ordenar mediante testamento convencional, o mediante su inscripción en el Registro electrónico de voluntades digitales²⁹⁴⁸. Si bien en este último supuesto, el documento por el que se inscriben las voluntades digitales se puede modificar y revocar, y no produce efectos si existen disposiciones ordinarias de última voluntad del causante²⁹⁴⁹.

Y, en segundo lugar, el derecho que se le reconoce a este causante consiste en comunicar a estos prestadores de servicios digitales la defunción del titular de la cuenta; la cancelación de las cuentas activas; solicitar que se activen las políticas establecidas para los casos de defunción; y si procede, la solicitud de una copia de los archivos digitales que se encuentren en sus servidores²⁹⁵⁰. Sin embargo, salvo que el causante expresamente lo manifieste, sus sucesores no podrán acceder a los contenidos de la cuenta, salvo que tenga la correspondiente autorización judicial²⁹⁵¹. No obstante, si el causante no ha expresado nada sobre sus voluntades digitales, sus sucesores podrán ejercer las anteriores actividades de conformidad con los contratos suscritos con estos prestadores de servicios, o las políticas de privacidad que se encuentren en vigor²⁹⁵².

Además, la norma crea el Registro electrónico de voluntades digitales, adscrito al departamento competente en materia de derecho civil. De forma que, una vez que el causante fallezca, y éste hubiere inscrito sus voluntades digitales, sus herederos o

²⁹⁴⁷ Vide Ley 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales y de modificación de los libros segundo y cuarto del Código Civil de Cataluña, artículo 6.1.

²⁹⁴⁸ *Ibidem* Artículo 6.3.

²⁹⁴⁹ *Ibidem* Artículo 6.4.

²⁹⁵⁰ *Ibidem* Artículo 6.2.

²⁹⁵¹ *Ibidem* Artículo 6.6.

²⁹⁵² *Ibidem* Artículo 6.5.

personas interesadas, podrán solicitar un certificado de últimas voluntades digitales²⁹⁵³. Y, además, se atribuye la potestad al Registro electrónico de comunicar de oficio, si tiene conocimiento de una persona fallecida, la existencia de voluntades digitales inscritas a las personas designadas para su ejecución, de conformidad con los requisitos que se establezcan reglamentariamente²⁹⁵⁴.

Sin embargo, el Registro electrónico de voluntades digitales ha sido declarado inconstitucional por STC 7/2019, de 19 de enero. El Tribunal Constitucional entiende que tiene naturaleza de un registro público de derecho privado, y que, por tanto, la Generalitat de Catalunya se excede de sus competencias, y vulnera la exclusividad de la gestión de los registros públicos que tiene atribuido el Estado (art. 149.1 8CE). Y, en consecuencia, se declara inconstitucional el artículo 10 por el que se regula y recoge la posibilidad de configurar el Registro electrónico de voluntades digitales²⁹⁵⁵.

No obstante, debo destacar el voto particular que se emite, puesto que, uno de los magistrados discrepa de la naturaleza jurídica civil de este registro, entendiendo que ésta es, por el contrario, administrativa. Si bien, entiende que:

«la utilidad del registro de voluntades digitales queda reducida a los supuestos en los que no existe inscripción alguna conforme al registro general de actos de últimas voluntades (...) Y, se configura como la propia ley indica, como un instrumento que publicita la existencia de voluntades digitales, y permite ordenador la gestión de la huella digital para después de su muerte a personas que han optado por no otorgar disposiciones testamentarias. En definitiva, se trata de un registro que queda fuera de la competencia exclusiva del Estado sobre la ordenación de registros públicos que recoge el artículo 149.1. 8 CE»²⁹⁵⁶.

Sin duda, el tratamiento de la cuestión no es baladí, puesto que la naturaleza civil o administrativa delimita distintos ámbitos de competencia, así como posibilidades diversas a sus titulares. En todo caso, aunque yo creo que el voto particular es mas

²⁹⁵³ Vide Ley 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales y de modificación de los libros segundo y cuarto del Código Civil de Cataluña, artículo 10. 3 y 4.

²⁹⁵⁴ *Ibidem* Artículo 10. 6.

²⁹⁵⁵ Vide STC 7/2019, de 19 de enero, FJ 4.

²⁹⁵⁶ *Ibidem* Voto particular.

acertado respecto a la naturaleza jurídica de este registro. Si bien, existe una prevalencia de lo dispuesto en las últimas voluntades civiles, y que, sólo se aplicaría de manera supletoria, por lo que hay que aceptar lo dispuesto por el Tribunal Constitucional, entendiendo este registro como de naturaleza civil.

4.4.3. La regulación jurídica del derecho: concepto, caracteres y elementos.

La Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y de Garantía de los Derechos Digitales, reconoce en el artículo 96, el derecho al testamento digital, en los siguientes términos:

«1. El acceso a contenidos gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información sobre personas fallecidas se regirá por las siguientes reglas:

a) Las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o, de hecho, así como sus herederos podrán dirigirse a los prestadores de servicios de la sociedad de la información al objeto de acceder a dichos contenidos e impartirles las instrucciones que estimen oportunas sobre su utilización, destino o supresión. Como excepción, las personas mencionadas no podrán acceder a los contenidos del causante, ni solicitar su modificación o eliminación, cuando la persona fallecida lo hubiese prohibido expresamente o así lo establezca una ley. Dicha prohibición no afectará al derecho de los herederos a acceder a los contenidos que pudiesen formar parte del caudal relicto.

b) El albacea testamentario, así como aquella persona o institución a la que el fallecido hubiese designado expresamente para ello también podrá solicitar, con arreglo a las instrucciones recibidas, el acceso a los contenidos con vistas a dar cumplimiento a tales instrucciones.

c) En caso de personas fallecidas menores de edad, estas facultades podrán ejercerse también por sus representantes legales o, en el marco de sus competencias, por el Ministerio Fiscal, que podrá actuar de oficio o a instancia de cualquier persona física o jurídica interesada.

d) En caso de fallecimiento de personas con discapacidad, estas facultades podrán ejercerse también, además de por quienes señala la letra anterior, por

quienes hubiesen sido designados para el ejercicio de funciones de apoyo si tales facultades se entendieran comprendidas en las medidas de apoyo prestadas por el designado.

2. Las personas legitimadas en el apartado anterior podrán decidir acerca del mantenimiento o eliminación de los perfiles personales de personas fallecidas en redes sociales o servicios equivalentes, a menos que el fallecido hubiera decidido acerca de esta circunstancia, en cuyo caso se estará a sus instrucciones.

El responsable del servicio al que se le comuniqué, con arreglo al párrafo anterior, la solicitud de eliminación del perfil deberá proceder sin dilación a la misma.

3. Mediante real decreto se establecerán los requisitos y condiciones para acreditar la validez y vigencia de los mandatos e instrucciones y, en su caso, el registro de los mismos, que podrá coincidir con el previsto en el artículo 3 de esta ley orgánica.

4. Lo establecido en este artículo en relación con las personas fallecidas en las comunidades autónomas con derecho civil, foral o especial, propio se regirá por lo establecido por estas dentro de su ámbito de aplicación».

Aunque el artículo se denomina así mismo como derecho al “testamento digital”, a lo largo de su contenido, no se hace referencia a estos términos en el resto del precepto. Por ello, lo primero que hay que definir es qué se entiende por testamento digital. Algunos autores identifican el testamento digital como un documento que contiene las instrucciones de una persona sobre cómo actuar con su presencia digital, una vez que esta fallezca.

Dentro de este documento, se deben contener todas las posesiones digitales que tiene esta persona, las claves para garantizar su acceso, y una autorización para disponer del contenido que en éstas se encuentra. En lo que se refiere al contenido de este instrumento, podría dividirse en los siguientes grupos: *«cuentas de correo; cuentas de servicios y contraseñas; servicios de suscripción; cuentas bancarias y otros fondos financieros; contenido personal en internet (fotos, vídeos, y documentos en la nube); y*

contenido personal en formato físico (ordenadores, disco duro, memorias USB, móviles)»²⁹⁵⁷.

No obstante, para otros autores el calificativo de digital está puesto sin mucha fortuna, puesto que, el testamento digital no representa una nueva modalidad dentro de nuestro ordenamiento jurídico, sino que, el término digital viene referido a lo que recoge y donde se encuentra²⁹⁵⁸. Si bien es cierto que, tal y como está estructurado ahora el derecho al testamento digital en nuestro ordenamiento jurídico, está lejos de suponer una institución o modalidad nueva de sucesión testamentaria. Por ello, más que derecho al testamento digital, el artículo debería llevar por nombre derecho al tratamiento de la huella digital, o derecho a la gestión de la herencia digital.

En consecuencia, el elemento objetivo de ese artículo se limita a que un determinado grupo de personas puedan acceder a los contenidos gestionados por los prestadores de la sociedad de la información para darles las instrucciones que estimen convenientes sobre su utilización, destino o supresión²⁹⁵⁹. Si bien, el sujeto determinado podrá decidir si los perfiles personales en redes sociales de los fallecidos se mantienen o eliminan del ciberespacio. Así como única excepción al ejercicio de este derecho se incluye que el fallecido hubiera decidido en vida sobre esta circunstancia, y hubiera dejado instrucciones sobre esta decisión. Respecto a la excepción cabe destacar que las redes sociales más importantes, tanto Facebook, Instagram o Twitter, permiten gestionar el contenido por sus usuarios, de forma que, entre los servicios que se ofrecen, se puede designar un sucesor que administre las cuentas en caso de fallecimiento de su titular.

Por otro lado, en lo que respecta al elemento subjetivo se distingue entre las personas vinculadas al fallecido, sus sucesores, el albacea testamentario, o en caso de que sean menores de edad o personas con discapacidad, sus representantes legales o el Ministerio fiscal. Si bien, únicamente se incluye como excepción la posibilidad de permitir ejercitar este derecho, así como la modificación o eliminación de los perfiles, cuando la persona fallecida lo hubiese prohibido expresamente, o se encuentre recogido

²⁹⁵⁷ Vide Judith SOLÉ RESINA “Gestión del acervo digital y derechos fundamentales: el testamento digital”, en Luis Martínez, VÁZQUEZ DE CASTRO, *Internet y los derechos de la personalidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 442.

²⁹⁵⁸ Vide Carlos LLUCH CERDÁ, “El resto de una muerte digital...digna”, en Ricardo OLIVA LEÓN y Sonsoles VALERO BARCELÓ, *¿Testamento digital?*, Juristas con futuro, Madrid, 2016, p. 18.

²⁹⁵⁹ Vide Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y de Garantía de los Derechos Digitales, artículo 96.1.

en una ley²⁹⁶⁰. En este último caso, el artículo lo que hace es remitir a las disposiciones de derecho civil en esta materia, o en los lugares en los que sea aplicable el derecho foral²⁹⁶¹.

Y, por otro lado, se encuentran los prestadores de servicios de la sociedad de la información, a quiénes se les hace responsables de proceder al contenido de la solicitud y, por tanto, la eliminación o modificación del perfil del causante, sin dilaciones²⁹⁶². No obstante, el interesado tiene que demostrar ante el prestador de servicios que reúne los requisitos necesarios para ejercer este derecho. Si bien, mediante real decreto deberán establecerse, por el legislativo, los requisitos y condiciones para acreditar la vigencia de estos mandatos o instrucciones, y en su caso, el registro de los mismos.

En consecuencia, se prevé la posibilidad de que el legislador constituya un registro de voluntades digitales, en el que se recojan las instrucciones de sus titulares sobre cómo proceder con su huella digital en caso de fallecimiento. Y, además, podrá coincidir con el previsto en el artículo 3 de la Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y de Garantía de los Derechos Digitales, que regula la potestad de las personas vinculadas al fallecido de dirigirse al responsable del tratamiento para solicitar el acceso a los datos personales de aquel, así como también, la rectificación o la supresión de la información tratada.

A modo de conclusión, debe advertirse que este artículo no genera facultades nuevas dentro de nuestro ordenamiento, puesto que este era ya un derecho reconocido dentro de la normativa comunitaria. Así, la verdadera novedad estriba en la posibilidad de configurar un Registro electrónico de voluntades digitales, y éste aún ni siquiera se espera en nuestro ordenamiento. La realidad es que el derecho al testamento digital, como se regula dentro de la norma catalana es mucho más claro, en cuanto a la forma y el ejercicio del derecho que como se estructura por la norma estatal. Sin duda es un derecho insuficiente, dado que, se convierte en reiterativo sobre lo ya establecido. El legislador debería haber apostado por un auténtico “testamento digital”, como una nueva modalidad

²⁹⁶⁰ *Vide* Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y de Garantía de los Derechos Digitales, artículo 96.1 a) párrafo 2º.

²⁹⁶¹ *Ibidem* Artículo 96.4: «Lo establecido en este artículo en relación con las personas fallecidas en las comunidades autónomas con derecho civil, foral o especial, propio se regirá por lo establecido por estas dentro de su ámbito de aplicación».

²⁹⁶² *Ibidem* Artículo 96.2 párrafo 2º.

dentro de la sucesión testamentaria, y no limitarse a que éste pueda recoger contenido digital.

5. Los derechos de los menores en la red.

5.1. El derecho a la educación digital.

5.1.1. Concepto, caracteres y elementos.

La Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y de Garantía de los Derechos Digitales, recoge en el artículo 83, el derecho a la educación digital, en los siguientes términos:

«1. El sistema educativo garantizará la plena inserción del alumnado en la sociedad digital y el aprendizaje de un uso de los medios digitales que sea seguro y respetuoso con la dignidad humana, los valores constitucionales, los derechos fundamentales y, particularmente con el respeto y la garantía de la intimidad personal y familiar y la protección de datos personales. Las actuaciones realizadas en este ámbito tendrán carácter inclusivo, en particular en lo que respecta al alumnado con necesidades educativas especiales.

Las Administraciones educativas deberán incluir en el diseño del bloque de asignaturas de libre configuración la competencia digital a la que se refiere el apartado anterior, así como los elementos relacionados con las situaciones de riesgo derivadas de la inadecuada utilización de las TIC, con especial atención a las situaciones de violencia en la red.

2. El profesorado recibirá las competencias digitales y la formación necesaria para la enseñanza y transmisión de los valores y derechos referidos en el apartado anterior.

3. Los planes de estudio de los títulos universitarios, en especial, aquellos que habiliten para el desempeño profesional en la formación del alumnado, garantizarán la formación en el uso y seguridad de los medios digitales y en la garantía de los derechos fundamentales en Internet.

4. *Las Administraciones Públicas incorporarán a los temarios de las pruebas de acceso a los cuerpos superiores y a aquéllos en que habitualmente se desempeñen funciones que impliquen el acceso a datos personales materias relacionadas con la garantía de los derechos digitales y en particular el de protección de datos».*

En idénticos términos se pronuncia la Carta de los Derechos Digitales, en el artículo 15, apartados 1, 2, y 3:

1. *El sistema educativo garantizará la plena inserción del alumnado en la sociedad digital y el aprendizaje de un uso de los medios digitales que sea seguro y respetuoso con la dignidad humana, los valores constitucionales, los derechos fundamentales y, particularmente con el respeto y la garantía de la intimidad personal y familiar y la protección de datos personales.*

2. *El profesorado recibirá la formación para adquirir las competencias digitales y la formación necesaria para la enseñanza y transmisión de los valores y derechos referidos en el apartado anterior.*

3. *En particular los poderes públicos con competencia en la materia promoverán: a) Los planes de formación profesional que se ordenarán a la inserción de las personas trabajadoras en los procesos de transformación digital; b) La formación de personas adultas con particular atención a los mayores; c) La educación audiovisual en el entorno digital, con la finalidad de promover la capacidad crítica y afrontar las prácticas de desinformación».*

Estos artículos establecen un catálogo de derechos y obligaciones que vinculan a distintos sectores de la sociedad implicados y relacionados con la educación, y la prestación del servicio del derecho a la educación por parte de las Administraciones Públicas. Así, se pueden distinguir cuatro tipos distintos de relaciones.

En primer lugar, la relación que se configura en el artículo 83.1 de la citada norma. El elemento subjetivo de la relación se identifica con los alumnos, es decir, los menores o mayores de edad que estén inscritos en un centro educativo o de formación de nuestro país, y con el Estado, en tanto que éste tiene asumidas las competencias generales en

materia de ordenación y la regulación de las normas básicas del derecho a la educación²⁹⁶³. Sin embargo, como las Comunidades Autónomas son las que se encargan de desarrollar esa normativa básica, dentro de los límites competenciales ya expuestos, es sobre éstas donde recae la concreta obligación para el desarrollo de este derecho genérico.

Por otro lado, el elemento objetivo de la relación se concreta en «*garantizar la plena inserción (...) en la sociedad digital y el aprendizaje de un uso de los medios digitales*». En consecuencia, lo que se promueve es que el sistema educativo de nuestro país adopte las medidas necesarias para garantizar que los alumnos del sistema estén en el futuro plenamente insertados en la sociedad, mediante el uso y dominio de los medios digitales. De este modo, el elemento conectivo que unirá a ambas partes será la matrícula en cualquier centro público o privado de nuestro país, en tanto que, la regulación básica afecta a todos los centros educativos, con independencia de su naturaleza.

Esta obligación se traduce en adquirir las competencias digitales necesarias para poder desenvolverse dentro del mundo que se está creando. Por ello, el objetivo que se persigue con este derecho es que los alumnos adquieran la capacidad de utilizar éstas de forma «*segura, crítico y responsable de las tecnologías digitales para el aprendizaje, en el trabajo y para la participación en la sociedad, así como la interacción con estas*»²⁹⁶⁴. Además, no basta con garantizar su inserción, sino que ésta debe respetar una serie de valores y principios esenciales de nuestro ordenamiento jurídico como es el caso de los derechos fundamentales, en el que se hace especial incidencia sobre los derechos relacionados con la intimidad, el honor, la intimidad personal y la protección de datos.

No obstante, se establece una especial advertencia sobre el cumplimiento de esta obligación con respecto a las personas con necesidades educativas especiales. Si bien, por la especial protección que merece el bien jurídico que se protege, es necesario que las políticas que se diseñen deban ser plenamente inclusivas para la adaptación a la sociedad digital de este grupo de la población. Y, de este modo, se consiga que, en el futuro a estas

²⁹⁶³ Vide CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, de 29 de diciembre de 1979, artículo 149.1 30º: «*El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: Regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales y normas básicas para el desarrollo del artículo 27 de la Constitución, a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta materia*».

²⁹⁶⁴ Vide CONSEJO EUROPEO, *Recomendación de 22 de mayo de 2018 relativa a las competencias clave para el aprendizaje permanente*, p. 3.

personas, la superación de la brecha digital no les suponga una traba más para su plena incorporación dentro de la sociedad.

Sin embargo, tal y como ya advertía, el genérico derecho se concreta a través de la creación de una obligación para las distintas Comunidades Autónomas, concretamente, sobre las Administraciones educativas. Si bien, estas deberán reformar los planes educativos, diseñando asignaturas, de libre configuración, que versen sobre las competencias digitales anteriormente descritas, y en base a los valores expuestos. Además, se añade una obligación especial de formar sobre las situaciones de violencia en la red que puedan sufrir los menores²⁹⁶⁵.

La segunda relación se configura a partir del artículo 83.2 de la Ley. Si bien, el elemento subjetivo se identifica con el profesorado y los centros educativos. En este caso, el elemento objetivo de la relación consiste en que estos reciban «*las competencias digitales y la formación necesaria para la enseñanza y transmisión de los valores y derechos*» referenciadas en la relación anterior. De este modo, lo que unirá a ambas partes será un vínculo o relación laboral, ya sea porque han adquirido la condición de funcionario público, o de trabajador por cuenta ajena o propia.

En consecuencia, el derecho se concreta en que los profesores no sólo tienen que aprender a utilizar las nuevas tecnologías de forma segura, crítica y responsable, sino que, también, deben poder transmitirlo a sus alumnos. Por ello, este derecho implica una prestación especial por parte de las instituciones educativas, en tanto que, reconoce que no sólo se trata de dotar de material o recursos electrónicos a los centros, sino de formar a sus profesionales para que sepan utilizarlas y hagan un uso responsable y adecuado de las mismas.

La tercera relación se genera entre dos partes muy específicas, en los términos que se encuentra redactado el artículo 83.4 de la citada norma. El elemento subjetivo se identifica con las Universidades, Públicas o Privadas, que son las que se encargan de diseñar los planes de estudios de los distintos títulos universitarios y los estudiantes de estudios universitarios, es decir, tanto de grado, máster, o estudios de doctorado. Por otro lado, el elemento objetivo de la relación se concreta en la obligación de que los planes de estudio «*garantizarán la formación en el uso y seguridad de los medios digitales y en la*

²⁹⁶⁵ Vide Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y de Garantía de los Derechos Digitales, artículo 83.1 apartado 2.

garantía de los derechos fundamentales en Internet». En consecuencia, el elemento conectivo de esta relación se encuentra en la matrícula de inscripción a la Universidad, por el que se posibilita el acceso a una determinada formación.

De este modo, se generan dos obligaciones: por un lado, de formación del uso de las TIC y la seguridad del medio digital, que se identifica con el elemento objetivo anterior de adquisición de competencias digitales; y, por otro lado, en la garantía de los derechos fundamentales dentro del ciberespacio. Si bien, esta última está implícitamente añadida en el primer supuesto, dado que, la adquisición de competencias digitales supone el conocimiento responsable y adecuado de los medios digitales, y, por tanto, este debe estar en consonancia con el respeto a los derechos fundamentales.

Además, la norma añade que se debe prestar especial atención sobre aquellas que habiliten para el desempeño profesional. Sin embargo, no encuentro demasiado sentido a lo que establece el legislador, en tanto que, los títulos universitarios garantizan la formación para desarrollar determinadas actividades o relaciones profesionales. Por ello, lo único que se asemeja a esta disposición es que pretende referirse a aquellas profesiones que implican la colegiación para su desarrollo, como sería el caso de los médicos u abogados, quienes tienen que cursar estudios específicos (el MIR o el Máster de la Abogacía²⁹⁶⁶) para desempeñar su profesión.

Y, la cuarta relación se crea a partir de lo dispuesto en el artículo 83.4 de la citada norma. En este caso, el elemento subjetivo se identifica con las personas que pretendan acceder a los cuerpos superiores de funcionarios, es decir, opositores a cuerpos de las distintas Administraciones, ya sean de carácter estatal, autonómico o local. Si bien, específicamente debe tratarse de aquellos que, por el ejercicio de la actividad que vayan a realizar, tengan acceso a datos personales. De esta forma, se incluye a todos los funcionarios de escala A de las distintas Administraciones, puesto que, la gran mayoría utiliza para el desempeño de su actividad, el acceso a bases de datos públicas que incluyen datos personales.

²⁹⁶⁶ *Vide* Real Decreto 775/2011, de 3 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales, exposición de motivos: *La evaluación final de la aptitud profesional tiene como finalidad asegurar que todos los profesionales hayan adquirido las competencias necesarias para el ejercicio de la abogacía o de la procura.*

Y, por otro lado, las distintas Administraciones Públicas de nuestro país. Si bien, el elemento objetivo consiste en incorporar a los temarios de pruebas de acceso a estos cuerpos, materias de estudios relacionadas con los derechos digitales y la protección de datos. En consecuencia, esto supone una ampliación de los conocimientos que se requieren para pertenecer a los cuerpos de funcionarios superiores de nuestro país, en consonancia, con las competencias digitales que está adquiriendo la población, y cuyos derechos que les amparan deben conocer.

Fuera de estos supuestos, la Carta de los Derechos Digitales reconoce en materia de educación digital dos derechos de diferente naturaleza, en el artículo 15:

«4. Se reconoce el derecho a la libertad de acceso a la educación y a la libertad de creación de centros que presten sus servicios a través de entornos digitales, sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes respecto al cumplimiento de la normativa educativa y de la obligación de la escolarización presencial en los niveles de educación obligatoria.

5. Se impulsará la Educación para la Ciudadanía Digital, porque una parte esencial de la estrategia de digitalización de la educación pasa por el desarrollo de competencias que permitan que el uso de las tecnologías sea beneficioso para cada individuo y para el conjunto de la sociedad. Esta dimensión pasa por cuestiones como: a) Que los estudiantes aprendan a hacer un uso ético de las herramientas digitales en cuestiones como el uso de datos y el respecto a la privacidad ajena; o la identificación de información y comportamientos en la red que puede comprometer su salud o bienestar y la de terceros; b) Fortalecer el desarrollo del pensamiento crítico que les ayude a distinguir hechos objetivos de meras opiniones sin evidencias, que les permitan rechazar estereotipos discriminatorios, los discursos de odio o el ciber acoso; c) Fomentar también la capacidad de participar en la generación de información de manera activa, creativa y, sobre todo, responsable; d) Atender la diversidad de talentos y de procesos y ritmos de aprendizaje, particularmente aquéllos que tienen necesidades específicas de apoyo educativo».

En primer lugar, se reconoce el derecho de libertad de acceso a la educación y la libertad de creación de centros que presten sus servicios a través de entornos digitales. Si

bien, este derecho está ya reconocido en la Constitución en el artículo 27. 6, en tanto que afirma que: *«se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales»*. En consecuencia, no es necesario incluir esa modalidad de creación de centros docentes, en tanto que, mientras respeten los principios constitucionales y el cumplimiento de las leyes, no existe impedimento legal para su constitución. Si bien, el artículo recalca la necesidad de respetar la obligación de escolarización presencial en los niveles de educación obligatoria, de manera que, ni siquiera promueve una novedad en esta materia, puesto que, las universidades y centros a distancia son instituciones consagradas dentro de la sociedad.

En segundo lugar, el artículo habla de impulsar la educación para la ciudadanía digital. En los términos que se expresa, no se sabe bien si pretende implantar una nueva asignatura con contenido transversal en distintas materias, o simplemente un principio rector que debe regir dentro del Sistema Educativo. Si bien, se tratan cuestiones tan diversas como: el correcto uso de las herramientas digitales; la identificación de la información y comportamientos que pueden atentar contra su salud o bienestar; fortalecer su pensamiento crítico; fomentar su capacidad participación; y atender a la diversidad de talentos y ritmos de aprendizaje.

En mi opinión, se mezclan en este artículo demasiados objetivos cuya naturaleza no está relacionada con los derechos digitales, especialmente, los dos últimos señalados. Si bien, en este sentido, se debería precisar más cual es la finalidad que debe cumplir ese derecho, y cuáles son las garantías que debe articular la Administración competente, (en este caso, entendiendo que las Comunidades Autónomas) para el correcto ejercicio del mismo.

5.1.2. La crisis sanitaria del Covid-19 y el caos de los planes educativos digitales.

La crisis sanitaria del Covid-19 ha puesto de manifiesto la situación desastrosa en la que se encuentran los planes educativos, en materia de competencias digitales, en nuestro país. Si bien, durante la duración de las medidas de confinamiento de la población, la actividad educativa de nuestro país se ha mantenido gracias al uso de los medios digitales. Pero, debemos hacer auto crítica y reconocer que ésta se ha desarrollado con más pena que gloria. El primer problema evidente en esta materia se ha reflejado en

la falta de homogenización del tratamiento de la cuestión, ni siquiera a nivel autonómico, puesto que, cada centro educativo ha seguido el curso escolar atendiendo a sus criterios, los medios que disponía y las circunstancias del alumnado.

En consecuencia, en los términos expuestos del derecho a la educación digital en nuestro país, se entiende que nuestros menores deberían haber adquirido una serie de competencias digitales, de manera que, les permitiera desenvolverse dentro de la sociedad digital utilizando estos medios. Sin embargo, ha habido un gran número de supuestos, en las que los menores ni siquiera han podido poner en práctica la adquisición o no de estas competencias, como consecuencia de que no contaban con los recursos necesarios. Si bien, tal y como ya se ha advertido, el derecho de acceso a Internet está limitado en la actualidad a la capacidad económica de sus usuarios y las zonas geográficas en la que se encuentre. De este modo, la aplicación de la educación a distancia, durante la crisis del Covid-19, ha manifestado estas limitaciones del derecho en buena parte de España, donde las desigualdades sociales se han acrecentado sobre los niveles educativos y formativos de los menores.

Los centros escolares urbanos cuentan con mayores recursos digitales que los situados en zonas rurales. Además, la diferencia ha sido mucho mayor entre los centros privados y los públicos, puesto que, los primeros contaban con plataformas digitales previamente configuradas, con las que los alumnos estaban acostumbrados a relacionarse. Mientras que, en algunos centros públicos, se han tenido que crear a la desesperada por los propios profesores, de manera que, muchos alumnos han tenido que aprender a utilizarlas de forma autodidacta. Sin embargo, el principal problema de desigualdad social al que se han enfrentado los alumnos es que no contaban con las herramientas necesarias (internet y un ordenador, u otro dispositivo conectable) para continuar con el aprendizaje. Los centros educativos han tenido que adaptarse a esta circunstancia, y en colaboración con los Ayuntamientos, han intentado proveer de material a los alumnos que contaban con menos recursos. En consecuencia, la brecha digital entre los estudiantes de toda España no ha hecho nada más que acrecentarse durante la crisis del Covid-19.

No obstante, la situación en las Universidades no ha sido muy distinta al resto de centros de etapas inferiores. Sin embargo, éstas sí que se presuponía que habían alcanzado un nivel avanzado de competencias digitales, tanto por parte de los alumnos, como de los profesores. Pero, en algunos casos, nos hemos encontrado con una situación de descontrol y desorden injustificable. Los alumnos se han quejado de tener horas lectivas en las que

no han tenido profesor, exámenes sin las lecciones de preparación necesarias y la indisponibilidad de los materiales para estudiar las asignaturas.

Nota aparte merecen la celebración de éstos. La mayoría de las plataformas universitarias se han visto colapsadas y los servidores han sido incapaces de atender a la totalidad de las personas para las que están diseñadas, lo que provocaba, la ralentización y caída constante del sistema. Además, salvo las Universidades a distancia, las cuales, si contaban con los medios necesarios, el resto ha tenido que inventar sobre la marcha un sistema digital para evaluar a los alumnos. Estos sistemas de valoración del conocimiento de los alumnos han inspirado poca confianza entre el profesorado, por la facilidad de los estudiantes para copiarse, y el temor de los alumnos por desconocer el funcionamiento y los términos de su evaluación.

En definitiva, estos meses han puesto de manifiesto el retraso tecnológico que experimentan las instituciones públicas relacionadas con la educación, pero también la ciudadanía en general. Así, el problema se identifica desde dos ámbitos distintos: la falta de medios y recursos previos, tanto desde las propios centros educativos y Universidades para formar sobre competencias digitales a los alumnos; y que la falta de conocimientos y formación en el uso de los medios digitales. Hay muchas cosas que solucionar si pretendemos que el sistema educativo, desde su perspectiva digital, funcione en nuestro país.

5.2. El derecho de protección de los menores en Internet.

5.2.1. Concepto, caracteres y elementos.

La Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos y de Garantía de los Derechos Digitales, recoge en el artículo 84, el derecho de protección de los menores en Internet, en los siguientes términos:

«1. Los padres, madres, tutores, curadores o representantes legales procurarán que los menores de edad hagan un uso equilibrado y responsable de los dispositivos digitales y de los servicios de la sociedad de la información a fin de garantizar el adecuado desarrollo de su personalidad y preservar su dignidad y sus derechos fundamentales.»

2. La utilización o difusión de imágenes o información personal de menores en las redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes que puedan implicar una intromisión ilegítima en sus derechos fundamentales determinará la intervención del Ministerio Fiscal, que instará las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor».

En idénticos términos se pronuncia la Carta de los Derechos Digitales en el artículo 9.1:

«Los progenitores, tutores, curadores o representantes legales procurarán que los menores de edad hagan un uso equilibrado y responsable de los dispositivos, de los entornos digitales y de los servicios de la sociedad de la información a fin de garantizar el adecuado desarrollo de su personalidad y preservar su dignidad y sus derechos fundamentales».

Los poderes públicos tienen la obligación de asegurar la protección integral de los hijos, de conformidad con los acuerdos internacionales que velan por los intereses de los niños (artículo 39 CE). Si bien, el acuerdo internacional más importante en esta materia es la Convención de Derechos del Niño, de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, y en el ámbito comunitario la Carta Europea de los Derechos del Niño. Por ello, no sólo los padres o tutores legales tienen obligaciones respecto de los niños, sino que el Estado debe garantizar un correcto ejercicio de esos deberes. En este sentido, dentro del artículo citado se generan dos derechos distintos, una de obligación de protección de los menores cuando utilicen las nuevas tecnologías y servicios de Internet (art. 84.1); y otro, relacionado con la protección de su intimidad, sus datos personales y su propia imagen (art. 84.2).

En la primera relación se identifica dos sujetos. En primer lugar, los menores de edad. Respecto de éstos, dentro de nuestro ordenamiento jurídico se distingue en función de las necesidades y capacidades que éste adquiere distintos derechos y obligaciones, dependiendo de la edad que éste tenga. Por ejemplo, en lo que a este artículo atañe, el uso de las redes sociales está permitido únicamente para los mayores de 14 años, con

autorización de los padres, si no es hasta los 16 años²⁹⁶⁷. En consecuencia, se debe fijar el rango de edad de las personas que este artículo pretende proteger entre los 10 o 12 años, que son las edades en las que se inician en el uso de estos servicios, y hasta los 18 años, cuando alcanzan la mayoría de edad. Y, en segundo lugar, estarían «*los padres, madres, tutores, curadores o representantes legales*» de estos menores de edad. En consecuencia, lo que une a ambos sujetos es la patria potestad entre los sujetos.

Por otro lado, el elemento objetivo de la relación consiste en procurar que los menores «*hagan un uso equilibrado y responsable de los dispositivos digitales y de los servicios de la sociedad de la información*». Pero, esta vez no se exige el respeto a los principios, valores y derechos constitucionales, sino que, se respeta especialmente el desarrollo de su personalidad y preservar su dignidad²⁹⁶⁸.

En consecuencia, lo que se pretende es proteger, determinados bienes jurídicos, pertenecientes o relativos a los menores de edad, puesto que, se entiende que éstos ya están adquiriendo competencias digitales, para utilizar de forma segura y adecuada Internet. Sin embargo, esto no representa una novedad dentro de nuestro ordenamiento jurídico, puesto que, no crea una obligación diferente a las ya establecidas dentro del Código Civil, de tutela y protección de los menores de edad. Si bien, la única diferencia es la inclusión del medio digital dentro de ese régimen de protección ya establecido.

Y, en la segunda relación, vinculada con la protección de su intimidad, sus datos personales y su propia imagen, se identifican dos sujetos: por un lado, los menores; y, por otro lado, el Ministerio Fiscal. Mientras que, el elemento objetivo de la relación consiste en la posibilidad de intervención del Ministerio Fiscal, aplicando la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, cuando se utilizan o difundan imágenes o información personal de menores de edad, a través de los servicios de la sociedad de la

²⁹⁶⁷ Vide GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS ARTÍCULO 29, *Dictamen 5/2009 de 12 de junio, sobre las redes sociales en línea*, Bruselas, artículo 7: «1. El tratamiento de los datos personales de un menor de edad únicamente podrá fundarse en su consentimiento cuando sea mayor de catorce años. Se exceptúan los supuestos en que la ley exija la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela para la celebración del acto o negocio jurídico en cuyo contexto se recaba el consentimiento para el tratamiento. 2. El tratamiento de los datos de los menores de catorce años, fundado en el consentimiento, solo será lícito si consta el del titular de la patria potestad o tutela, con el alcance que determinen los titulares de la patria potestad o tutela».

²⁹⁶⁸ Vide Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

información. Si bien, para que se produzca esta actuación es necesario que se cometa una intromisión ilegítima en los derechos del menor.

Así, tal y como sucede en el supuesto anterior, no se crea una obligación nueva o distinta a la ya configurada dentro de nuestro ordenamiento, puesto que, el Ministerio Fiscal tiene entre sus obligaciones garantizar que se respeten la integridad y los derechos de los menores. Si bien, en este caso, creo que se trata de una llamada de atención, para que se preocupen especialmente por salvaguardar sus derechos dentro del ciberespacio.

5.2.2. El problema de las redes sociales y los menores.

Las redes sociales se han implantado como instrumento para relacionarse entre las personas, convirtiéndose, como se ha analizado, en una herramienta de entretenimiento, comunicación e incluso de trabajo. Si bien, los menores también se encuentran atraídos por el uso de estas aplicaciones por la cotidianeidad del uso que sobre las mismas que hace su círculo más cercano. El problema es que, la presencia de los menores en la red conlleva innumerables retos de protección desde la formación en su uso, para que sea seguro y responsable, hasta el control de los datos que se distribuyen a través de éstas.

Las fotografías, los likes, o los mensajes que se intercambian, si no se hace con responsabilidad y con los conocimientos suficientes, puede poner en peligro la integridad de los menores. Si bien, la red está llena de posibles agresores que utilizan la red, sirviéndose de la falta de correlación de su identidad física con la virtual, para cometer delitos de fishing²⁹⁶⁹, ciberacoso²⁹⁷⁰, o sexting²⁹⁷¹. La vulnerabilidad de los menores aumenta exponencialmente en este medio, y es por ello, que se debe de cuidar quién puede o no acceder a estos servicios²⁹⁷². Sin contar, por supuesto, que el control de los tutores legales debe ser continuo sobre la actividad que realizan los menores en redes sociales,

²⁹⁶⁹ El fishing hace referencia al engaño que sufre una víctima ganándose su confianza, haciéndose pasar por otra persona, hasta el punto de manipularla y hacer que cometa acciones que no debería realizar.

²⁹⁷⁰ El ciberacoso, es un tipo de acoso, a través de medios digitales que busca crear una atmosfera de odio en torno al menor que provoque su derrumbe moral, y que puede llegar a tener consecuencias tan graves como el propio suicidio.

²⁹⁷¹ El sexting consiste en enviar mensajes, fotos o vídeos de contenido erótico y sexual personal a través de alguno de los servicios de la sociedad de la información u otro tipo de herramienta de comunicación.

²⁹⁷² Los principios riesgos a los que se exponen los menores en Internet se desgranar en *Vide* Laura Davara FERNÁNDEZ DE MARCOS, *Implicaciones socio-jurídicas de las redes sociales*, Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 339 y ss.

puesto que, su obligación de protección prima sobre el derecho del menor a la privacidad e intimidad²⁹⁷³.

Además, la protección de los menores en la red por parte de las instituciones es mejorable. Si bien, desde la Ley de Protección jurídica del menor que establecía una obligación a las Administraciones Públicas de incentivar la producción y difusión de información del ocio y cultura en Internet²⁹⁷⁴, no se han realizado grandes proyectos a nivel estatal. Desde la Unión Europea también se ha intentado corregir el rumbo desenfrenado de los menores en Internet, pero los resultados no están siendo los esperados²⁹⁷⁵.

Las Administraciones deben implicarse más para que tanto, padres, centros docentes y los propios menores conozcan las herramientas necesarias para tener una presencia segura en Internet, y como actuar en caso de sufrir algún problema²⁹⁷⁶. Los centros educativos tienen una responsabilidad evidente en el tratamiento de la cuestión, ya que los planes educativos incluyen las competencias digitales básicas como materia de estudio. Y, sin embargo, con todas las obligaciones que se generan para los distintos

²⁹⁷³ Vide STS 5809/2015, de 10 de diciembre, FJ 5: «b) Además estamos hablando de la madre -y no cualquier otro particular-. Es titular de la patria potestad concebida no como poder sino como función tuitiva respecto de la menor. Es ella quien accede a esa cuenta ante signos claros de que se estaba desarrollando una actividad presuntamente criminal en la que no cabía excluir la victimización de su hija. No puede el ordenamiento hacer descansar en los padres unas obligaciones de velar por sus hijos menores y al mismo tiempo desposeerles de toda capacidad de controlar en casos como el presente en que las evidencias apuntaban inequívocamente en esa dirección. La inhibición de la madre ante hechos de esa naturaleza contrariaría los deberes que le asigna por la legislación civil. Se trataba además de actividad delictiva no agotada, sino viva: es objetivo prioritario hacerla cesar. Tienen componentes muy distintos las valoraciones y ponderación a efectuar cuando se trata de investigar una actividad delictiva ya sucedida, que cuando se trata además de impedir que se perpetúe, más en una materia tan sensible como esta en que las víctimas son menores».

²⁹⁷⁴ Vide Ley Orgánica 1/1996, de 5 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, artículo 5.3: «Las Administraciones Públicas incentivarán la producción y difusión de materiales informativos y otros destinados a los menores, que respeten los criterios enunciados, al mismo tiempo que facilitarán el acceso de los menores a los servicios de información, documentación, bibliotecas y demás servicios culturales incluyendo una adecuada sensibilización sobre la oferta legal de ocio y cultura en Internet y sobre la defensa de los derechos de propiedad intelectual».

²⁹⁷⁵ Vide COMISIÓN EUROPEA, Comunicación (2012) 196, de 2 de mayo, al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Estrategia europea en favor de una Internet más adecuada para los niños, Bruselas, p. 2: «La estrategia se articula en torno a cuatro grandes «pilares» que se refuerzan mutuamente: 1) estimular los contenidos en línea de calidad para los jóvenes; 2) intensificar la sensibilización y la capacitación; 3) crear un entorno en línea seguro para los niños; y 4) luchar contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los niños. Se propone una serie de acciones a cargo de la Comisión, los Estados miembros y toda la cadena de valor del sector».

²⁹⁷⁶ Vide Laura Davara FERNÁNDEZ DE MARCOS, *Menores en Internet y redes sociales: derecho aplicable y deberes de los padres y centros educativos*, Agencia Española de Protección de Datos, Madrid, 2017, pp. 56-60.

actores, los problemas en redes sociales se incrementan día tras día, así que, o no se están realizando en la forma que debieren para garantizar su objetivo; o estos son ineficientes, y debe cambiarse el plan formativo y la educación digital de los menores.

5.3. El derecho a la protección de los datos de los menores en Internet.

Para concluir el régimen de protección de los menores en su uso y participación en Internet, la Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y de Garantía de los Derechos Digitales, reconoce el derecho a la protección de los datos de los menores en Internet, en los siguientes términos:

«Los centros educativos y cualesquiera personas físicas o jurídicas que desarrollen actividades en las que participen menores de edad garantizarán la protección del interés superior del menor y sus derechos fundamentales, especialmente el derecho a la protección de datos personales, en la publicación o difusión de sus datos personales a través de servicios de la sociedad de la información.

Cuando dicha publicación o difusión fuera a tener lugar a través de servicios de redes sociales o servicios equivalentes deberán contar con el consentimiento del menor o sus representantes legales, conforme a lo prescrito en el artículo 7 de esta ley orgánica».

En iguales términos se pronuncia la Carta de los Derechos Digitales, en el artículo 9.2, que dispone lo siguiente:

«Los centros educativos y cualesquiera personas físicas o jurídicas que desarrollen actividades en entornos digitales en las que participen menores de edad garantizaran la protección del interés superior del menor y sus derechos fundamentales, especialmente el derecho a la protección de datos personales, en la publicación o difusión de sus datos personales a través de servicios de la sociedad de la información».

Al igual que en los supuestos anteriores el ámbito subjetivo de la relación se identifica con los menores de edad y los centros educativos, o cualesquiera otras

instituciones que desarrollen actividades en las que participen menores. En este caso, el legislador no sólo incluye a los distintos centros escolares de nuestro país, sino también a aquellas instituciones que trabajen con menores, como puede ser el caso de las actividades extraescolares, o de formación específica, tales como el desarrollo de deportes, actividades físicas o aprendizaje en otras lenguas.

No obstante, en este caso el elemento objetivo del derecho se identifica con garantizar la protección del menor, pero haciendo especial referencia a sus datos personales. En consecuencia, el legislador intenta proteger la circulación de datos personales de los menores que no sean necesarios para la actividad que, tanto los centros educativos, como aquellos que trabajen con menores, desempeñan. Si bien, el legislador habla de especial protección en el uso de los servicios de la sociedad de la información, en consecuencia, se incluye cualquiera de éstas, tales como plataformas o páginas web, pero también, dentro del correo electrónico o los sistemas internos de funcionamiento.

De este modo, lo que se pretende es dejar de recopilar información que, tenga especial trascendencia para la protección del menor, y que no sea determinante para la actividad que realizan. Además, el legislador advierte que, para la difusión de esta información a través de redes sociales u otros servicios equivalentes, especialmente en el caso de fotografías, vídeos o audios, deberán contar con el consentimiento explícito del menor cuando tenga más de 14 años, y cuente con la aprobación de sus representantes legales, y como se recoge por la Ley de Protección de Datos²⁹⁷⁷.

Por último, la Carta de los Derechos Digitales añade tres previsiones más al respecto, en el artículo 9:

«3. Salvo en las excepciones previstas en las leyes, se prohíben los tratamientos de la información de los menores orientados a establecer perfiles de personalidad en entornos digitales.

4. Se consideran ilícitas las prácticas de perfilado susceptibles de manipular o perturbar la voluntad de los menores y, en particular, la publicidad basada en este tipo de técnicas.

²⁹⁷⁷ Vide Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y de Garantía de los Derechos Digitales, artículo 7.2.: «El tratamiento de los datos de los menores de catorce años, fundado en el consentimiento, solo será lícito si consta el del titular de la patria potestad o tutela, con el alcance que determinen los titulares de la patria potestad o tutela».

5. Se impulsará el estudio del impacto en el desarrollo de la personalidad de los menores derivado del acceso a entornos digitales, así como a contenidos nocivos o peligrosos. Dicho estudio prestará particular atención a sus efectos en la educación afectivo-sexual, las conductas dependientes, la igualdad de género, así como los comportamientos antidemocráticos, racistas y violentos».

En primer lugar, se prohíbe el tratamiento de la información de los menores orientados a establecer perfiles de personalidad. Sin embargo, esta apreciación era innecesaria en tanto que, el Reglamento General de Protección de Datos las prohíbe en el artículo 22, salvo en los casos y excepciones que se prevén. Por lo que no aporta nada nuevo al régimen jurídico.

En segundo lugar, en similares términos, se crea una prohibición que no se sabe muy bien a quién va destinada, si a las empresas o al Estado, de realizar publicidad directiva conductual de los menores, a partir de perfiles de información. En este sentido, si está prohibido el tratamiento de la información de los menores, salvo en los casos específicamente determinados por la ley, no cabe que sea legal la publicidad que se realice bajo esos términos. No obstante, esto no quiere decir que no se vaya a llevar a cabo, ya se ha hecho referencia a que las grandes empresas tecnológicas tienen éste como sistema de funcionamiento convencional, y, por tanto, difícilmente podrá solucionarse.

Y, en tercer lugar, se crea una obligación de estudiar el impacto que el uso de los entornos digitales tiene para los menores, especialmente, en lo que se refiere a la adecuación afectivo-sexual, las conductas dependientes, la igualdad de género, comportamientos antidemocráticos, racistas o violentos. En este sentido, dependiendo de las variables que se incorporen al estudio como, por ejemplo, edad, sexo, formación, localización geográfica o condición socioeconómica, se podrán extraer resultados diversos, acerca de cómo influye el uso de estas tecnologías en los menores de edad.

6. Los derechos digitales en las relaciones laborales y en los empleados públicos.

6.1. Consideraciones previas.

Del análisis del capítulo II se desprende que las relaciones laborales han sufrido una profunda transformación. Si bien, el uso de las nuevas tecnologías no sólo ha supuesto una adaptación por parte de las empresas y los trabajadores, incorporándolas como una herramienta más de trabajo, sino que, ha cambiado los sistemas organizativos y funcionales de muchas relaciones laborales. En este sentido, estas modificaciones han tenido efectos sobre el poder de dirección empresarial, y de igual modo, del poder organizativo de las Administraciones respecto de los empleados públicos, y sobre los derechos de los trabajadores.

En lo que se refiere al primer aspecto, la empresa en el entorno digital, la Carta de los Derechos Digitales reconoce en el artículo 18, una serie de derechos:

«1. Se reconoce la libertad de empresa en los entornos digitales en el marco de la economía de mercado. El desarrollo tecnológico y la transformación digital de las empresas deberá respetar los derechos digitales de las personas

2. Los poderes públicos promoverán la investigación, el desarrollo tecnológico y la innovación ordenados a la transformación digital de las empresas, el emprendimiento digital y el fomento de las capacidades de la sociedad para la generación de ciencia y tecnología nacionales.

3. Se desarrollarán las condiciones que permitan la creación de espacios de pruebas controladas para desarrollar nuevos modelos de negocio, aplicaciones, procesos o productos basados en la tecnología (sandbox)».

Si bien es cierto que este artículo no difiere demasiado del derecho a la libertad de empresa garantizado en la Carta Magna en el artículo 38:

«Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación».

El derecho reconocido dentro de la Carta de los Derechos Digitales únicamente viene a completar y reconocer las facultades del mismo dentro del ámbito específico del entorno digital. Si bien, en lo que se refiere a los empresarios, y también a las Administraciones Públicas en sus relaciones con los empleados públicos, deben respetar los derechos digitales de los trabajadores. No obstante, se genera una obligación a los poderes del Estado de promover la investigación, el desarrollo tecnológico, el emprendimiento y el fomento para el crecimiento de la economía.

Sin embargo, este precepto ya tenía su previo reconocimiento constitucional en el artículo 44.2 de la CE, que advierte que: «*Los poderes públicos promoverán la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general*». En lo que se refiere a la potenciación de todas esas esferas están contempladas en los Planes de Digitalización, concretamente en el último Plan está contemplada la transformación digital de las empresas, a través de un “Plan de impulso a la digitalización de PYMES”; la configuración de una Ley de Start-ups que mejore las condiciones del emprendimiento en nuestro país; o la modernización de la financiación pública de apoyo en este sector. Además, se fomentarán aún más la colaboración público-privada, ligada al emprendimiento empresarial²⁹⁷⁸.

Además, se prevé un proyecto transversal que afecta a distintos sectores de la economía: impulsar un sector agroalimentario digital, que apueste por la industria 4.0, atendiendo a la eficiencia productiva y logística; un proyecto de salud digital con tres ámbitos de actuación, investigación de los resultados en salud y diseño preventivo, asistencia y herramientas a la ciudadanía para mejorar sus decisiones, y la dotación de herramientas de telemedicina y autodiagnóstico para modernizar su accesibilidad; otro proyecto centrado en la movilidad digital, enmarcada dentro del marco de las Smart Cities; la promoción del turismo inteligente, a través de la dotación de herramientas tecnológicas al sector, entre otros²⁹⁷⁹. Y, además, se prevé la atracción de inversiones y talento del sector audiovisual, mediante la aprobación de una Ley General de Servicios de comunicación audiovisual, y el “*Plan Spain Audiovisual HUB*”²⁹⁸⁰.

²⁹⁷⁸ Vide GOBIERNO DE ESPAÑA, “*Plan España Digital 2025*”, Madrid, 2020, pp. 51-54.

²⁹⁷⁹ *Ibidem* pp. 59-61.

²⁹⁸⁰ *Ibidem* pp. 64-65.

Por otro lado, en lo que se refiere a la legislación de sandbox, es una buena forma de legislar de forma eficiente, sobre sectores que presentan una gran innovación dentro de nuestra economía. Al respecto, por ejemplo, destaca el Proyecto de Ley para la transformación digital del sistema financiero, destinado principalmente, a analizar los efectos del Fintech sobre la economía.

No obstante, la Carta de los Derechos Digitales hace otras previsiones, respecto a los procesos de transformación digital, en el artículo 17.3, en las que se impone una serie de obligaciones formativas e informativas. En primer lugar, respecto de las personas trabajadoras, deberán dotarles de la preparación suficiente para adaptarse a las herramientas de trabajo. Sin embargo, este derecho no cambia el régimen sustantivo establecido, en tanto que, el Estatuto de los Trabajadores ya reconoce en el artículo 4.2 b) el derecho *«a la promoción y formación profesional en el trabajo, incluida la dirigida a su adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo, así como al desarrollo de planes y acciones formativas tendentes a favorecer su mayor empleabilidad»*. Y, en términos similares se reconoce en el Estatuto Básico del Empleado Público en el artículo 14 g): *«Los empleados públicos tienen los siguientes derechos de carácter individual en correspondencia con la naturaleza jurídica de su relación de servicio: a la formación continua y a la actualización permanente de sus conocimientos y capacidades profesionales, preferentemente en horario laboral»*.

Y, en segundo lugar, se reconoce el derecho a la información a los representantes de los trabajadores de los cambios tecnológicos y de participación en la toma de decisiones, de las modificaciones que vayan a producirse en la empresa. No obstante, este derecho tampoco presenta ninguna novedad, en tanto que, el Estatuto de los Trabajadores, reconoce en el artículo 64.5 párrafo 2º, el derecho de los representantes de los trabajadores:

«a ser informado y consultado sobre todas las decisiones de la empresa que pudieran provocar cambios relevantes en cuanto a la organización del trabajo y a los contratos de trabajo en la empresa. Igualmente tendrá derecho a ser informado y consultado sobre la adopción de eventuales medidas preventivas, especialmente en caso de riesgo para el empleo».

Y, de igual manera, se reconoce en el Estatuto Básico del Empleado Público en el artículo 37. 2 b), donde como materia objeto de negociación colectiva se encuentran las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a su potestad de organización *«cuando las consecuencias de las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización tengan repercusión sobre condiciones de trabajo de los funcionarios públicos»*. Por tanto, este nuevo derecho no aporta ninguna novedad al régimen jurídico.

Si bien, junto a este derecho, se reconoce también, el deber de informar a los representantes de los trabajadores, y a las personas directamente afectadas, sobre el uso de inteligencia artificial o analítica, en la gestión, monitorización y procesos de toma de decisiones en materia de recursos humanos (artículo 17.4 de la Carta de los Derechos Digitales). En este sentido, este derecho de información deberá alcanzar al menos los datos de los que se sirve el algoritmo para adoptar la resolución, el sistema de funcionamiento y cómo se evalúan los resultados. Si bien es cierto, que este derecho está más relacionado con la transparencia algorítmica, así como también, el anterior derecho reconocido a informar cuando una decisión haya sido tomado por inteligencia artificial (artículo 23 de la Carta de los Derechos Digitales), pero enmarcado dentro de las relaciones laborales o las que se desarrollan entre las Administraciones y los empleados públicos.

Junto a estas previsiones, la Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y de Garantía de los Derechos Digitales recoge una serie de supuestos que intentan ampliar el régimen de protección, de determinados aspectos de las relaciones laborales, entre los empleadores y los trabajadores, pero también sobre los empleados públicos. Si bien, dentro de los derechos que se recogen se distinguen cuatro categorías distintas: en primer lugar, se reconoce el derecho al teletrabajo, que vela por la conciliación de la vida familiar y laboral de los trabajadores; en segundo lugar, atendiendo al bien jurídico que se protege en este caso, el derecho a la intimidad y privacidad de los trabajadores; en tercer lugar, el derecho a la desconexión digital, o a poder descansar durante su tiempo libre de su relación laboral; y, en cuarto lugar, un derecho dirigido a los representantes de los trabajadores a la negociación colectiva de las condiciones digitales de su relación laboral.

En este sentido, se pronuncia en iguales términos la Carta de los Derechos Digitales, reconociendo en el artículo 17.1:

«1. En el ámbito laboral trabajadores y los empleados públicos tienen derecho a: a) La desconexión digital; b) La protección de su intimidad en el uso de dispositivos digitales puestos a su disposición por su empleador, así como frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo; c) La intimidad ante la utilización de sistemas de geolocalización. En todo caso se garantizarán condiciones de trabajo digno en los entornos digitales».

No obstante, en lo que se refiere al derecho al teletrabajo, me remito a lo dispuesto en el segundo capítulo sobre el mismo, en tanto que, ha sido incorporado como un derecho específico dentro del Estatuto de los Trabajadores²⁹⁸¹, y también del Estatuto Básico del Empleado Público (artículo 47 bis). A la par, la Carta de los Derechos Digitales se ha pronunciado en términos similares, de forma que no modifica sustancialmente el régimen jurídico regulado en la normativa específica. Si bien, el artículo 17.2 de la Carta de los Derechos Digitales reconoce que:

«Cuando la naturaleza del puesto y las capacidades de la organización lo permitan se promoverán condiciones de acceso al teletrabajo. En este caso, la ordenación de la prestación laboral se desarrollará con pleno respeto a la dignidad de la persona trabajadora garantizando particularmente su derecho a la intimidad, la esfera privada del domicilio, los derechos de las personas que residen en el y el derecho a la conciliación de la vida personal y familiar».

²⁹⁸¹ Vide Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia.

6.2. El control de los trabajadores y la protección del derecho a la intimidad.

6.2.1. El derecho a la intimidad y el uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral.

La Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y de Garantía de los Derechos Digitales, reconoce el derecho a la intimidad y uso de los dispositivos digitales en el ámbito laboral, en el artículo 87, en los siguientes términos:

«1. Los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la protección de su intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por su empleador.

2. El empleador podrá acceder a los contenidos derivados del uso de medios digitales facilitados a los trabajadores a los solos efectos de controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales o estatutarias y de garantizar la integridad de dichos dispositivos.

3. Los empleadores deberán establecer criterios de utilización de los dispositivos digitales respetando en todo caso los estándares mínimos de protección de su intimidad de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos constitucional y legalmente. En su elaboración deberán participar los representantes de los trabajadores.

El acceso por el empleador al contenido de dispositivos digitales respecto de los que haya admitido su uso con fines privados requerirá que se especifiquen de modo preciso los usos autorizados y se establezcan garantías para preservar la intimidad de los trabajadores, tales como, en su caso, la determinación de los períodos en que los dispositivos podrán utilizarse para fines privados.

Los trabajadores deberán ser informados de los criterios de utilización a los que se refiere este apartado».

No obstante, el Estatuto de los Trabajadores ya reconocía en el artículo 4.2 e), el *«respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones,*

discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo».

Y, en idénticos términos se pronunciaba el EBEP, artículo 14 h), en tanto que, garantiza *«el respeto de su intimidad, orientación sexual, propia imagen y dignidad en el trabajo, especialmente frente al acoso sexual y por razón de sexo, moral y laboral»*, lo que consecuencia, lleva a afirmar que tampoco ha supuesto este derecho una novedad al respecto. En este sentido, lo único que hace es concretar el respeto al derecho a la intimidad y la dignidad en el trabajo dentro del ámbito digital.

En primer lugar, dentro de este derecho hay que delimitar los sujetos que forman parte de esta relación que, como veremos, son el elemento que unifica el tratamiento de éstos dentro de una misma modalidad. Por un lado, está el trabajador, con independencia de sus condiciones laborales, es decir, si es fijo o temporal, o la categoría profesional que ostente dentro de la empresa. Además, el artículo incluye expresamente a los empleados públicos, de manera que, el derecho se extiende a todos los empleadores con independencia de naturaleza su pública o privada. En consecuencia, el elemento conectivo que une a ambas partes es un contrato del ámbito laboral o la existencia de una relación administrativa de prestación de servicios.

Por otro lado, en lo que se refiere al contenido objetivo del derecho este consiste en *«la protección de su intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por su empleador»*. En consecuencia, la finalidad de este derecho es proteger y garantizar la intimidad de los trabajadores que, dentro de su relación laboral, utilicen dispositivos digitales. La intimidad es un bien jurídico garantizado en nuestra Constitución, y además constituido como un derecho fundamental en el artículo 18.1 CE. Por tanto, es evidente que hay una relación directa entre el bien jurídico que se intenta proteger en este derecho, con lo recogido en la Carta Magna.

El derecho a la intimidad, aunque parte del contenido del derecho al honor, genera una obligación específica, tanto para los poderes públicos como para el resto de la sociedad, de respetar un ámbito concreto de la persona. Si bien, este derecho guarda relación con la facultad de no molestar, y que se guarde la preocupación y reserva suficiente sobre los datos de una persona que no quiere que se difundan o divulguen. De manera que, éste se identifica con el derecho a mantener una vida privada, sin que existan interferencias ni por parte de terceros, ni tampoco por el Estado, con la garantía de que hay determinados aspectos de su vida íntima que no pueden ser invadidos. No obstante,

este derecho también conecta con la protección de la privacidad que tiene todo ciudadano dentro de un Estado democrático, así como del respeto de su imagen y los datos personales²⁹⁸².

No obstante, el Texto Refundido por el que se regula el Estatuto de los Trabajadores, artículo 4.2. e), ya reconocía el respeto a la intimidad, a la consideración debida, y la dignidad de los trabajadores. Por ello, la única novedad que incluye este derecho es el hecho de delimitar el ámbito de protección de la intimidad de los trabajadores cuando se utilicen dispositivos tecnológicos que, dentro de su relación laboral, estén obligados a usar. En consecuencia, esto implica una obligación sobre el empleador que debe respetar el contenido de estos dispositivos como, por ejemplo, ordenadores o teléfonos móviles, en tanto que, pueda afectar o dañar su derecho a la protección de la intimidad.

Sin embargo, en ese derecho genérico se establecen una serie de límites negativos que permiten a los empleadores invadir la intimidad de una persona: por un lado, para controlar el cumplimiento de sus obligaciones laborales, y para garantizar la integridad de los dispositivos; y por otro, tiene una finalidad procedimental en caso de vulneración del derecho. La primera limitación tiene una finalidad concreta que se circunscribe al control de los flujos de datos, así como el contenido de estos aparatos para verificar el cumplimiento de las obligaciones que el trabajador tiene encomendados por ley y por contrato.

Mientras que, la segunda o procedimental regula las condiciones en las que se puede vulnerar este derecho. En todo caso, el empleador deberá haber previsto los protocolos o criterios necesarios, en caso de utilización de estos dispositivos, de forma que, respeten desde el diseño, el derecho a la intimidad y privacidad de los trabajadores²⁹⁸³. Además, añade el artículo que, en la elaboración de estas pautas, deben participar los representantes legales de los trabajadores. Si bien, ésta se establece como una medida de garantía de que se cumple con la protección de los trabajadores que se desprende de las leyes y normas aplicables al ámbito laboral. Y, en todo caso, los

²⁹⁸² Vide Francisco BALAGUER CALLEJÓN, *Manual de Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 2019, pp. 156 y ss.

²⁹⁸³ Vide Eburne TERRADILLOS ORMAETXEA, “El derecho a la protección de los empleados públicos: similitudes y peculiaridades en comparación con los trabajadores por cuenta ajena”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 54, (2019), pp. 5 y ss.

trabajadores deberán conocer los protocolos o directrices que a estos instrumentos digitales les resulten de aplicación.

De manera que, este se convierte en un requisito imprescindible para la utilización de estos dispositivos por parte del empleador, puesto que, en sentido contrario, constituiría una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad del trabajador. Desde esta perspectiva, se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en sentencia de 22 de febrero de 2018. El TEDH reconoce que la revisión del ordenador de un trabajador, que se le había proveído para el desarrollo exclusivo de sus funciones, sin su consentimiento previo y no habiéndole informado con anterioridad, supone una violación del derecho a la intimidad.

No obstante, para el acceso del empleador al contenido privado de estos dispositivos digitales, debe especificarse de modo preciso y recogerse dentro de los supuestos autorizados. Además, se deben establecer las garantías suficientes para proteger el derecho a la intimidad de los trabajadores. Así, no basta que, con la excusa de controlar la realización de su actividad dentro del ámbito laboral, se rebasen las a lo que desarrolla dentro de su tiempo libre o de ocio, y que corresponde a su esfera más íntima y personal.

En consecuencia, es necesario realizar un análisis previo de los motivos concretos que llevan a revisar el contenido de esos dispositivos, y si se puede recurrir a otros instrumentos de control que no sean lesivos de estos bienes jurídicos. Y, no obstante, en caso de que se llegue a la determinación de adoptar estos controles, estos deben ser proporcionados, adecuados, idóneos, necesarios y ponderados entre la finalidad de la medida y el bien jurídico que se protege por el derecho, en este caso, la intimidad de los trabajadores.

6.2.2. El derecho al control de los trabajadores bajo dispositivos de videovigilancia.

La Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y de Garantía de los Derechos Digitales recoge en el artículo 89, un derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo, en los siguientes términos:

«1. Los empleadores podrán tratar las imágenes obtenidas a través de sistemas de cámaras o videocámaras para el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores o los empleados públicos previstas, respectivamente, en el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores y en la legislación de función pública, siempre que estas funciones se ejerzan dentro de su marco legal y con los límites inherentes al mismo. Los empleadores habrán de informar con carácter previo, y de forma expresa, clara y concisa, a los trabajadores o los empleados públicos y, en su caso, a sus representantes, acerca de esta medida.

En el supuesto de que se haya captado la comisión flagrante de un acto ilícito por los trabajadores o los empleados públicos se entenderá cumplido el deber de informar cuando existiese al menos el dispositivo al que se refiere el artículo 22.4 de esta ley orgánica.

2. En ningún caso se admitirá la instalación de sistemas de grabación de sonidos ni de videovigilancia en lugares destinados al descanso o esparcimiento de los trabajadores o los empleados públicos, tales como vestuarios, aseos, comedores y análogos.

3. La utilización de sistemas similares a los referidos en los apartados anteriores para la grabación de sonidos en el lugar de trabajo se admitirá únicamente cuando resulten relevantes los riesgos para la seguridad de las instalaciones, bienes y personas derivados de la actividad que se desarrolle en el centro de trabajo y siempre respetando el principio de proporcionalidad, el de intervención mínima y las garantías previstas en los apartados anteriores. La supresión de los sonidos conservados por estos sistemas de grabación se realizará atendiendo a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 22 de esta ley».

En primer lugar, en este caso el elemento subjetivo de la relación se corresponde con el anterior. De manera que, el elemento conectivo que une a ambas partes se mantiene, así como también, el bien jurídico que se intenta proteger que es el derecho a la intimidad de los trabajadores. Sin embargo, la principal diferencia con el supuesto anterior se encuentra en el elemento objetivo de la relación. Si bien, lo que se dispone en este artículo debe analizarse en relación y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22 del mismo texto legal.

En este caso el elemento objetivo se corresponde con la facultad de tratamiento de las imágenes o datos obtenidos dentro del entorno laboral, siempre y cuando, se utilicen con la finalidad de preservar la seguridad de las personas y bienes, así como también, de sus instalaciones²⁹⁸⁴. En consecuencia, este es un derecho que viene a limitar el contenido y desarrollo del artículo 87, es decir, de la protección del derecho a la intimidad de los trabajadores. No obstante, el ejercicio de este derecho está condicionado por dos presupuestos: que se usen para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, dentro del marco legal y ámbito de ejercicio de las funciones del empleador²⁹⁸⁵; y, que exista una comunicación previa²⁹⁸⁶, y de *«forma expresa, clara y concisa, a los trabajadores o los empleados públicos y, en su caso, a sus representantes, acerca de esta medida»*²⁹⁸⁷.

De este modo, se reitera la necesidad de informar a los empleados y representantes legales de los trabajadores²⁹⁸⁸ de la existencia de estos instrumentos de control dentro del

²⁹⁸⁴ Vide STSJ de Cataluña, 3981/2020, de 21 de septiembre, FJ4: *«no se prueba lo que en el recurso se intenta introducir, es decir, que la finalidad de la colocación de las nuevas cámaras de videovigilancia que tuvo lugar en la empresa en el año 2017 fuera, única y exclusivamente, la protección del patrimonio empresarial frente a robos, tanto al establecimiento como a los propios clientes»*.

²⁹⁸⁵ Vide Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, artículo 20.3.

²⁹⁸⁶ Vide STSJ de Islas Canarias, 886/2019, de 17 de septiembre, FJ9: *«En este supuesto las grabaciones del sistema de videovigilancia podrían emplearse como prueba, pero no para cualquier tipo de control de la actividad laboral, sino para controlar posibles ilícitos laborales, y posiblemente, dentro de estos, únicamente los que guarden relación con la finalidad general conocida de los sistema de grabación de la imagen; es decir, en los casos en los que la infracción cometida por el trabajador, y cuya realización es captada por los sistemas de videovigilancia, supone un ataque a las personas o los bienes para cuya protección se instalaron las cámaras: agresiones físicas o morales a personas, daños en los bienes, sustracciones de bienes de la empresa, etc.»*.

²⁹⁸⁷ Vide Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y de Garantía de los Derechos Digitales, artículo 89.1.

²⁹⁸⁸ Vide STSJ de Cataluña, 2402/2019, de 14 de mayo, FJ 6: *«Todo lo expuesto nos lleva a concluir que no ha existido cumplimiento de los deberes informativos derivados de la normativa de protección de datos, en la medida en que ni siquiera existía el dispositivo informativo en la cámara en cuestión, por lo que a juicio de la Sala no es posible considerar subsanados dichos incumplimientos por la circunstancia de que la cámara fuera visible o que el trabajador conociera de su existencia, especialmente cuando se trata de una cámara de la empresa cliente, no de su empleadora y, en consecuencia, consideramos que la obtención de dichas imágenes se ha producido con infracción del derecho fundamental a protección de datos del trabajador, puesto que ni siquiera se ha acreditado que existieran datos indicativos de la comisión de irregularidades laborales por parte del trabajador, no constando que la empresa albergara sospechas de tipo alguno, que ni siquiera se alegan»*.

centro de trabajo²⁹⁸⁹. O, en su caso, la existencia de carteles indicativos²⁹⁹⁰. No obstante, se establece una excepción a esta regla, en caso de comisión de delito flagrante²⁹⁹¹, en cuyo caso se entenderá que se ha cometido con la obligación de informar a los trabajadores, si el dispositivo es lo suficientemente visible o perceptible.

Dentro del ámbito de aplicación de este supuesto, destaca la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en sentencia de 9 de enero de 2018. El supuesto que se plantea es el de un supermercado que ante la sospecha de que se está cometiendo un delito de hurto por parte de los trabajadores, coloca una cámara de videovigilancia en un lugar estratégico del centro de trabajo. Las trabajadoras fueron captadas cometiendo el delito, y fueron despedidas. Si bien, los tribunales españoles dieron la razón a la

²⁹⁸⁹ Vide STSJ de Asturias, 1762/2020, de 20 de octubre, FJ2: «En efecto, la relevancia constitucional de la ausencia o deficiencia de información en los supuestos de videovigilancia laboral exige la consiguiente ponderación en cada caso de los derechos y bienes constitucionales en conflicto; a saber, por un lado, el derecho a la protección de datos del trabajador y, por otro, el poder de dirección empresarial imprescindible para la buena marcha de la organización productiva, que es reflejo de los derechos constitucionales reconocidos en los [arts. 33](#) y [38](#) CE y que, como se ha visto, en lo que ahora interesa se concreta en la previsión legal ex art. 20.3 TRLET que expresamente faculta al empresario a adoptar medidas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por los trabajadores de sus obligaciones laborales ([SSTC 186/2000, de 10 de julio \(RTC 2000, 186\)](#), FJ 5 ; [170/2013, de 7 de octubre \(RTC 2013, 170\)](#) , FJ 3). Esta facultad general de control prevista en la ley legitima el control empresarial del cumplimiento por los trabajadores de sus tareas profesionales (STC 170/2013, de 7 de octubre ; STEDH de 12 de enero de 2016, caso *Barbulescu v. Rumania*), sin perjuicio de que serán las circunstancias de cada caso las que finalmente determinen si dicha fiscalización llevada a cabo por la empresa ha generado o no la vulneración del derecho fundamental en juego. Obviamente, el sometimiento de la falta o insuficiencia de información al reiterado juicio de proporcionalidad requerirá determinar en cada supuesto, con carácter previo, si se ha producido o no la indicada omisión de la información debida».

²⁹⁹⁰ Vide STSJ de Galicia, 513/2020, de 16 de enero, FJ 3: «También es trascendente que el conocimiento acerca de la instalación de un sistema de video vigilancia se podía corroborar debido a la existencia de "carteles que indican su existencia" -como se afirma de nuevo en el hecho probado sexto, y ello se puede corroborar con una lectura complementaria e integradora de las actuaciones donde, en los folios 117 a 119, encontramos unas fotografías de los carteles que se ajustan al modelo reglamentario para indicar "zona video vigilada" y en los cuales se indica ante quien se pueden ejercitar los derechos establecidos en la Ley Orgánica de Protección de Datos-. La cooperativa demandada ha acreditado, en consecuencia, un cumplimiento básico de la obligación de información que se le impone en el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea y en la Ley Orgánica que lo desarrolla».

²⁹⁹¹ Vide STSJ de Cataluña, 1633/2020, de 20 de mayo, FJ 4: «La aplicación de dicha normativa legal a las presentes actuaciones en las que no se especifica que las grabaciones efectuadas por la empresa al puesto de trabajo de cajera de la trabajadora demandante, aunque ya existieran previamente dichas grabaciones con anterioridad al día 1 de marzo de 2019, teniendo la trabajadora conocimiento de las mismas al no haberse efectuado mediante una cámara oculta, y aunque la empresa tuviera un claro interés al efecto dados los descuadres de caja que habían tenido lugar previamente, da lugar a que la grabación concreta del día 1 de marzo de 2019 no cumpliera los requisitos exigidos, no pudiéndose considerar que se trata de un supuesto excepcionado por la Ley (fragrante acto ilícito), ni por la [sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 17 de octubre de 2019 \(TEDH 2019, 144\)](#) , caso *López Ribalda contra España*, que concluye que no supone una vulneración de su intimidad contraria al artículo 8 Convenio Europeo de Derechos Humanos, el hecho de grabar a cinco empleadas por sospechas fundadas de sustracción de bienes del stock, al tratarse de una medida "proporcionada y legítima", en vistas de las circunstancias concurrentes».

empresa sobre la procedencia del despido, mientras que el TEDH concluyó que la videovigilancia practicada se desarrolló por un periodo excesivamente prolongado²⁹⁹², y que eso vulneraba las exigencias del artículo 5 de la Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y de Garantía de los Derechos Digitales.

Por último, la norma recoge una prohibición de realizar estas captaciones de imágenes o audio en determinados lugares del centro de trabajo como, por ejemplo, aseos, vestuarios, lugares de descanso o comedores. No obstante, el artículo establece una excepción a esta prohibición pero en la que deben cumplirse dos requisitos: primero, que los riesgos que se intentan proteger sean relevantes para la seguridad de las instalaciones, los bienes y las personas derivadas de la actividad que se desarrolla dentro del centro de trabajo; y segundo, que las medidas adoptadas cumplan con los principios de proporcionalidad, intervención mínima y las garantías previstas en el texto legal, lo que en consecuencia, implica el consentimiento previo e informado a los trabajadores.

No obstante, junto al derecho de tratamiento²⁹⁹³ de estas imágenes se generan una serie de responsabilidades para el empleador de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento General de Protección de Datos y la Ley de Protección de Datos y de Garantía de los Derechos Digitales. Especial atención merece la posibilidad de los trabajadores de ejercitar los derechos de rectificación, oposición y supresión de su tratamiento. Así, de igual manera, el Reglamento General de Protección de Datos obliga

²⁹⁹² Vide STSJ de Cataluña, 746/2020, de 7 de febrero, FJ 10: «el fundamento de la calificación de nulidad del despido radica en la circunstancia de que el método utilizado por la empresa para conseguir la acreditación de que el trabajador ha incurrido en incumplimientos laborales sancionables con despido ha supuesto una vulneración de sus derechos fundamentales, y la reparación de dicha vulneración no puede limitarse a la mera anulación de la prueba así obtenida, sino que la reparación de dicha lesión, tal como se deriva de la [STC 196/2004, de 15 de noviembre \(RTC 2004, 196\)](#) debe determinar la eliminación absoluta de sus efectos y, en consecuencia, considerar el despido nulo, en la medida en que si la prueba ilícita no hubiera existido no hubiera podido producirse el despido del trabajador, de modo que la prevalencia de los derechos fundamentales del trabajador ha de provocar tal calificación, lo contrario supondría que un trabajador cuyos derechos fundamentales se han visto vulnerados podría perder su empleo, aunque fuera con indemnización, sin que la lesión de sus derechos fundamentales tuviera reparación alguna».

²⁹⁹³ Vide STSJ de Madrid, 781/2020, de 11 de septiembre, FJ 14: «En el ámbito laboral el consentimiento del trabajador pasa, como regla general, a un segundo plano, pues el consentimiento se entiende implícito en la relación negocial, siempre que el tratamiento de datos de carácter personal sea necesario para el mantenimiento y el cumplimiento del contrato firmado por las partes ([art.6.1.b](#) y [88](#) RGPD). La dispensa del consentimiento se refiere a los datos necesarios para el mantenimiento y cumplimiento de la relación laboral, lo que abarca las obligaciones derivadas del contrato de trabajo. Por ello, un tratamiento de datos dirigido al control de la relación laboral debe entenderse amparado por la excepción citada, pues está dirigido al cumplimiento de la misma. Por el contrario, el consentimiento de los trabajadores afectados sí es necesario cuando el tratamiento de datos se utilice con finalidad ajena al cumplimiento del contrato».

en el artículo 22.3, a la eliminación de estos datos, en el plazo máximo de un mes desde su captación, salvo que se conserven para acreditar la comisión de actos delictivos o que atenten contra la integridad de las personas, bienes o instalaciones, pero que, deberán ponerse de inmediato y como máximo en un plazo de setenta y dos horas, en conocimiento de la autoridad competente.

6.2.3. El derecho al control de los trabajadores bajo sistemas de geolocalización.

La Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y de Garantía de los Derechos Digitales, reconoce en el artículo 90 el derecho a la intimidad ante la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral, en los siguientes términos:

«1. Los empleadores podrán tratar los datos obtenidos a través de sistemas de geolocalización para el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores o los empleados públicos previstas, respectivamente, en el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores y en la legislación de función pública, siempre que estas funciones se ejerzan dentro de su marco legal y con los límites inherentes al mismo.

2. Con carácter previo, los empleadores habrán de informar de forma expresa, clara e inequívoca a los trabajadores o los empleados públicos y, en su caso, a sus representantes, acerca de la existencia y características de estos dispositivos. Igualmente deberán informarles acerca del posible ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, limitación del tratamiento y supresión».

En primer lugar, en lo que se refiere al ámbito subjetivo, se identifican las mismas partes: por un lado, los empleadores y los trabajadores. Si bien, en este caso, no se hace mención específica a que resulte de aplicación en el ámbito de la función pública, pero este precepto sí que se introduce dentro del Estatuto Básico del Empleado Público. Por tanto, el elemento conectivo que une ambos sujetos sigue siguiendo el mismo: el contrato de trabajo, o la relación administrativa de prestación de servicios. Además, como en los supuestos anteriores, el bien jurídico que se pretende proteger por parte del legislador es el derecho a la intimidad de los trabajadores.

El elemento objetivo de este derecho se concreta en la facultad de los empleadores de tratar los datos, pero, esta vez, extraídos de los sistemas de geolocalización. Los sistemas de geolocalización se encargan de controlar la posición geográfica del trabajador en todo momento, es decir, que se puede constatar los lugares en los que ha estado y el tiempo que ha invertido. Si bien, los supuestos que habilitan al ejercicio de este derecho son idénticos al anterior, es decir que, deben utilizarse siempre con la finalidad de garantizar la seguridad e integridad de las personas, bienes o de sus instalaciones. Y, además, deben tener la finalidad de verificar el cumplimiento de las obligaciones laborales, dentro del ámbito del ejercicio de sus funciones²⁹⁹⁴, por los empleados²⁹⁹⁵; y debe existir comunicación previa al trabajador de la utilización de este instrumento de control²⁹⁹⁶.

Respecto a la comunicación previa, el artículo reitera de forma idéntica la necesidad de que se haya informado de forma expresa, clara e inequívoca, tanto a los trabajadores como a sus representantes legales²⁹⁹⁷. Si bien, la vulneración de este derecho

²⁹⁹⁴ Vide STSJ de Comunidad Valenciana, 1165/2017, de 2 mayo, FJ 2: «se considera la medida idónea para la finalidad pretendida por la mercantil de verificar que la correspondencia entre los partes emitidos por el trabajador sobre su prestación de servicios y el lugar en el que se encontraba, a la vista de las quejas de los clientes. A este respecto dado que el GPS permanecía inactivo durante los días de vacaciones y fines de semana, la medida era idónea. Y es que la idea fuerza ha de ser la necesaria separación entre la ejecución del contrato y la vida privada del trabajador, de modo, que los poderes empresariales sólo son válidos mientras se relacionan con el trabajo».

²⁹⁹⁵ Vide STSJ de Asturias, 2191/2017, de 3 de octubre, FJ3: «En efecto, la parte recurrente no cuestiona el relato fáctico de la resolución impugnada y tampoco ha cuestionado ni en la instancia ni en sede de recurso de suplicación la licitud de la prueba de geolocalización utilizada por la empresa para llevar a cabo el registro y seguimiento de su actividad laboral, y, en consecuencia, habrá que estar a los datos que se recogen»

²⁹⁹⁶ Vide SAN, 13/2019, de 6 de febrero, FJ 6: «vulnera el derecho a la privacidad de los trabajadores por cuanto que: A.- En primer lugar, porque la medida implantada, si bien obedece a fines constitucionalmente legítimos en el desarrollo del derecho a la libre empresa como son el control el empleado en el desempeño de su puesto de trabajo y la oferta de un mejor servicio al cliente- de forma que éste pueda conocer en todo momento la ubicación de su pedido, dotando a la empresa de capacidad para proporcionar servicios que se afirma ya ofrecen otras empresas del sector-, no supera a juicio de la Sala el necesario juicio de proporcionalidad. La misma finalidad se podría haber obtenido con medidas que suponen una menor injerencia en los derechos fundamentales de los empleados como pudieran ser la implantación de sistemas de geolocalización en las motocicletas en las que se transportan los pedidos o las pulseras con tales dispositivos que no implican para el empleado la necesidad de aportar medios propios y lo que es más importante, ni datos de carácter personal como son el número de teléfono o la dirección de correo electrónico en la que han de recibir el código de descarga de la aplicación informática que activa el sistema. B.- En segundo lugar, porque además para la implantación del sistema de geolocalización por parte del empleador se ha prescindido de proporcionar a los trabajadores de la información a que se refieren los [arts. 12 y 13 del Reglamento 679/2016 \(LCEur 2016, 605\)](#) , 5 de la anterior Ley de protección de datos y 11 y 90 de la vigente [LO 3/2018 \(RCL 2018, 1629\)](#)».

²⁹⁹⁷ Vide STS 766/2020, de 15 de septiembre, FJ2: «En suma, la trabajadora conocía que el vehículo no podía ser utilizado fuera de la jornada laboral y, junto a ello, que el mismo estaba localizable a través del receptor GPS. De ahí que no apreciamos ninguna invasión en sus derechos fundamentales con la constatación de los datos de geolocalización que permiten ver que el indicado vehículo es utilizado

también puede afectar a la libertad sindical, si los límites en los que se introducen los sistemas de localización no son proporcionales, y, asimismo, lo avala la jurisprudencia²⁹⁹⁸. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en el derecho anterior, en este caso si que se hace una expresa mención a los derechos que poseen los trabajadores, en el caso de que estos sean tratados por el empleador. En otras palabras, de la posibilidad de ejercer sus derechos de acceso, rectificación, limitación del tratamiento y supresión. Y, de igual manera, le resultará de aplicación lo dispuesto en el Reglamento General de Protección de Datos que obliga en el artículo 22.3, sobre la eliminación de estos datos, en un el plazo máximo de un mes desde su producción, salvo en los supuestos excepcionales de comisión de actos delictivos o que atenten contra la integridad de las personas, bienes o instalaciones.

6.3. El derecho a la desconexión digital.

El ordenamiento jurídico español se sirve de los antecedentes jurisprudenciales europeos para promulgar el derecho a la desconexión como un derecho intrínseco a la relación de los trabajadores. No obstante, no existen pronunciamientos europeos en esta materia estrictamente destinado a concretar el derecho a la desconexión digital, sino que vienen a marcar las directrices en materia de tiempo de trabajo y de descanso²⁹⁹⁹.

En términos similares se había pronunciado previamente la jurisprudencia española, determinado los tiempos de descanso de los trabajadores. En este sentido, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en un asunto complejo ante un dispositivo que

desobedeciendo las instrucciones de la empresa en momentos en que no existía prestación de servicios. Había conocimiento previo y no se aprecia invasión de la esfera privada de la trabajadora, al afectar exclusivamente a la ubicación y movimiento del vehículo del que, eso sí, ella era responsable y debía utilizar con arreglo a lo pactado».

²⁹⁹⁸ Vide STSJ de Madrid, 763/2019, de 12 de julio, FJ5: «Del segundo hecho citado en el apartado b) se deriva que el empresario tenía un control exhaustivo de la localización del vehículo del que disponía el actor las 24 horas del día, todos los días del año y si tenía este conocimiento de la localización del vehículo lógicamente lo tenía también de su conductor. Lo que indudablemente es una invasión de su vida privada para la que no está facultado. Y si lo ha hecho sin advertirle de la colocación del GPS en el vehículo es de aplicación el aforismo legal "el alma del fraude es la ocultación". Esta ocultación indica es causa de una conducta fraudulenta por parte del empresario; y si a ello se añade que el demandante es delegado sindical de UGT en la empresa, sus circunstancias personales privadas se extiende a su condición sindical. De lo que se deriva que la irregular conducta del empresario no sólo violaría el derecho fundamental básico del actor a su intimidad que el [Estatuto de los Trabajadores \(RCL 2015, 1654\)](#) le reconoce artículos 4.2 e); 18 y 19 ; sino también su derecho a la libertad sindical regulada en la [Ley Orgánica de Libertad Sindical \(RCL 1985, 1980\)](#)».

²⁹⁹⁹ Vide STJUE, 10 de septiembre de 2015, asunto TYCO; 7 de septiembre de 2016, asunto Commission v. United Kingdom; 21 de febrero de 2018, asunto Ville de Nivelles.

controlaba la actividad de los trabajadores, y ante su inactividad durante más de dos minutos, desarrollaba una serie de actuaciones para garantizar su seguridad. Sin embargo, este sistema también suponía una injerencia indirecta en su derecho a la privacidad y la intimidad. El Tribunal confirma que constituye un exceso en el poder de organización y dirección del trabajo por parte del empresario, afectando a la dignidad e intimidad de los trabajadores, impidiendo ejercer su derecho al descanso laboral³⁰⁰⁰. Junto a esta, se han dictado otras similares como la STS 4468/2018, de 4 de diciembre, o la STSJ de Castilla y León 281/2016, de 3 de febrero. Sin embargo, será la sentencia de 18 de diciembre de 2018, del Tribunal Superior de Justicia de Galicia la que marque el precedente inmediato en la petición del derecho a la desconexión digital, aunque no fueran estimadas las pretensiones de vulneración.

Con estos antecedentes, la Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y de Garantía de los Derechos Digitales, recoge el derecho a la desconexión digital, en el artículo con el siguiente contenido:

«1. Los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar.

2. Las modalidades de ejercicio de este derecho atenderán a la naturaleza y objeto de la relación laboral, potenciarán el derecho a la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar y se sujetarán a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores.

3. El empleador, previa audiencia de los representantes de los trabajadores, elaborará una política interna dirigida a trabajadores, incluidos los que ocupen puestos directivos, en la que definirán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática. En particular, se preservará el derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización

³⁰⁰⁰ Vide STSJ de Cataluña, 5310/2013, de 23 de mayo, FJ 14.

total o parcial del trabajo a distancia, así como en el domicilio del empleado vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas».

En España, hasta la aprobación de esta norma no existía un derecho específico a la desconexión digital, pero no significa que fuera una parcela desprovista de protección. Si bien, el Estatuto de los Trabajadores reconocía el derecho a desconectar laboralmente de su horario de trabajo en el artículo 19, de horarios y jornada laborales (artículo 34 y siguientes del ET), y a los descansos diarios (artículos 37 y 38 ET) y en igual sentido se pronunciaba la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales. No obstante, llama la atención que no existe una definición legal de que se entiende por desconexión digital, sino que la descripción del derecho se realiza atendiendo al objeto que se ampara. En este sentido, el derecho a la desconexión digital está relacionado con el tiempo de descanso de los trabajadores, pero se desarrolla sobre una parcela determinada, concretamente de los medios de las tecnologías de la información y comunicación, cuando no están realizando su jornada laboral.

En lo que se refiere al derecho que se configura, hay que distinguir distintos elementos³⁰⁰¹. En primer lugar, el elemento se identifica con los trabajadores, con independencia de sus condiciones laborales, así como de la naturaleza del empleador. Y, en segundo lugar, las empresas o empleadores, tanto si son de naturaleza privada, como si son Administraciones Públicas. Si bien, en este sentido, el Estatuto Básico del Empleado Público incorpora un nuevo precepto en el artículo 14 j) bis, añadiendo la protección específica del derecho a la desconexión digital. En consecuencia, el elemento conectivo de la relación es el contrato laboral que vincula a ambas partes, o la relación administrativa de prestación de servicios. Sin embargo, el bien jurídico que se protege es el respeto a la intimidad y privacidad de los trabajadores³⁰⁰², y la no intromisión en sus tiempos de descanso, o que se encuentren fuera de la jornada laboral.

³⁰⁰¹ *Vide* Carmen GRAU PINEDA y Arturo MONTESDEOCA SUÁREZ, “Reconocer el derecho a la desconexión digital para garantizar el derecho a la intimidad personal y familiar”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 57, (2020), pp. 368 y ss.

³⁰⁰² *Vide* Marta ARRÚE MENDIZÁBAL, “Los derechos a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de datos de los empleados públicos vs el control por parte de la Administración: un estudio a partir de la regulación del Sector Privado/ Similitudes y (pocas) diferencias en comparación con los trabajadores por cuenta ajena”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 54, (2019), pp. 54 y ss.

El elemento objetivo de la relación consiste en la facultad de los trabajadores a la desconexión digital. Si bien, como consecuencia de la expansión de las nuevas tecnologías y la posibilidad de conexión a Internet, en cualquier parte, a los trabajadores les resulta más difícil desconectar de sus relaciones profesionales. Las TIC se han convertido a la vez en herramienta de trabajo y de desarrollo de las relaciones personales, por ello, cada vez es más complicado alejarnos, o diferenciar donde termina en términos temporales el ámbito laboral y donde comienza el tiempo de descanso. La mayoría de los trabajadores tienen en su teléfono móvil aplicaciones como el correo electrónico, o la mensajería instantánea, de forma que, aún estando fuera de su jornada laboral, en términos estrictos, siguen recibiendo información relacionada con su trabajo.

En consecuencia, lo que se intenta proteger mediante este derecho, es la garantía del tiempo de descanso y desconexión necesarios de los trabajadores dentro del ámbito laboral. De manera que, tanto empleadores como trabajadores distingan claramente qué tiempo corresponde a la jornada laboral, y cual queda dentro del ámbito de la vida privada de éstos. Sin embargo, el problema que encontramos con este derecho es la vaguedad con la que se redacta la norma. Si bien, el propio artículo reconoce que las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión digital dependen de la naturaleza de la relación laboral, y que deberán adecuarse a la conciliación con la vida personal y familiar de los trabajadores. Además, estas modalidades atenderán a lo que se haya previsto en la negociación colectiva o, en su defecto, lo acordado entre los representantes legales de los trabajadores y el empleador.

La potestad de dejar abiertas distintas modalidades para su concreto ejercicio, se deja en manos de la negociación colectiva, ya sea a través de protocolos internos, o de carácter estatutario. No obstante, las distintas modalidades de ejercicio de este derecho deberán ser acordadas por el empleador, siempre atendiendo a las consideraciones de los representantes de los trabajadores al respecto. Si bien, éstos diseñaran una política interna o modelo de las distintas formas de desconexión digital dentro de la empresa que, deberán llevar aparejadas las acciones formativas y de sensibilización entre el personal laboral. Además, la norma otorga especial relevancia a la protección de los trabajadores respecto del riesgo de fatiga informática. Y, por último, se señala como un colectivo especialmente vulnerable, ante los problemas de la desconexión digital, a aquellos empleados que desempeñan su actividad por la modalidad de teletrabajo, o no presencial. A este colectivo, la jurisprudencia le atribuye la carga probatoria de demostrar que efectivamente

se ha perturbado su derecho al descanso, y en caso de solicitar retribución, probar que se trata de horas extraordinarias de su jornada³⁰⁰³.

De este modo, las recomendaciones que se dictan están dirigidas a las relaciones laborales, y no pensadas para que sean incorporadas dentro de las Administraciones Públicas, especialmente, por el lugar que se pretende otorgar a la negociación colectiva que, ya llama la atención por su desmesura en las relaciones laborales. De este modo, tal y como afirma la doctrina, las diferentes naturalezas jurídicas de las relaciones, así como también, la falta de un mandato de transposición de la LOPD al EBEP, adaptando sus normas al contenido que éste recoge, dificulta su aplicación³⁰⁰⁴.

En definitiva, tal y como puede observarse, el contenido del artículo es insuficiente, puesto que, no se manifiestan unos mecanismos concretos de actuación y de obligado cumplimiento por parte de las empresas. Ni siquiera se aportan directrices o principios que, en todo caso, deban ser respetados por los empleadores en la elaboración de su política interna³⁰⁰⁵. Únicamente se alude a la necesidad de promover la conciliación laboral y familiar³⁰⁰⁶, pero no se indica nada sobre cómo debe realizarse esa concreta actividad como, por ejemplo, que bienes jurídicos deben prevalecer en todo caso, los

³⁰⁰³ Vide STSJ de Madrid, 628/2020, de 8 de julio, FJ2: «La controversia se centra en las horas extraordinarias realizadas fuera de los periodos de guardia. En esos periodos las horas realizadas podrian resultar del tiempo de trabajo presencial (teniendo consideración de tiempo de trabajo todo aquel tiempo de obligación presencial en un lugar determinado a disposición de la empresa), pero también del tiempo prestado en régimen de teletrabajo. No cabe la menor duda de que el tiempo de prestación de servicios en régimen de teletrabajo que se añade sobre la jornada presencial (por ejemplo, atendiendo llamadas laborales u otro tipo de trabajo a distancia por correo electrónico u otros sistemas de mensajería o mediante aparatos portátiles conectados a la red) debe ser considerado tiempo de trabajo y adicionarse al tiempo presencial para calcular la jornada realizada. En relación con el tiempo de disponibilidad que pueda exigirse fuera de las horas laborales y que no llegue a materializarse en trabajo efectivo prestado en régimen de teletrabajo surgen las mismas dudas ya expresadas anteriormente, pero no son relevantes para el caso porque el recurrente tampoco ha pretendido en ningún momento que las eventuales horas de disponibilidad sean consideradas como tiempo de trabajo. En tales condiciones la estimación de la demanda exigiría fijar la jornada realizada para compararla con los límites legales y convencionales y determinar el número de horas extraordinarias realizadas y no compensadas en descanso que han de ser retribuidas. Pero la Sala carece de esos datos. El reconocimiento del derecho retributivo reclamado está condicionado a la resultancia fáctica y, habiendo fracasado la revisión de hechos probados pretendida, no existe sustrato material y fáctico para el derecho reclamado, por lo que el recurso es desestimado».

³⁰⁰⁴ Vide Eurne TERRADILLOS ORMAETXEA, “El derecho a la protección de datos de los empleados públicos: similitudes y peculiaridades en comparación con los trabajadores por cuenta ajena”, *Revista General de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social*, 54, (2019), p. 15.

³⁰⁰⁵ Vide David GUTIÉRREZ COLOMINAS, “La desconexión digital de los trabajadores. Reflexiones a propósito de su calificación como derecho y su instrumentación”, *Revista de Internet, Derecho y Política*, 31, (2020), p. 5.

³⁰⁰⁶ Vide M^a del Sol HERRAIZ MARTÍN, “El impacto de la digitalización del trabajo en el empleo público y el derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 54, (2019), pp. 94 y ss.

límites al ejercicio de este derecho, así como también, sus garantías en caso de vulneración. Además, la norma deja todo el peso en la negociación colectiva, o los pactos acordados por los representantes de los trabajadores, pero no auspicia que se instaure un marco homogéneo de tratamiento de la cuestión para todo el territorio nacional. Más aún, cuando los colectivos más vulnerables a este derecho pueden ser claramente identificados en relación con los trabajos y categorías profesionales que se ejercen³⁰⁰⁷. Y, en su lugar, el legislador se limita a un concreto grupo de trabajadores, cuya lesión de este derecho es tan obvia que no era necesario mencionarlos.

De este modo, el Gobierno imitando el modelo francés sobre la regulación del derecho a la desconexión digital³⁰⁰⁸, pretendía que fueran las partes quienes completaran el contenido del derecho. Sin embargo, éste se ha olvidado de un aspecto que diferencia nuestro régimen, y es que, en el sistema laboral francés es obligatorio que las empresas con representación sindical negocien sobre retribuciones, tiempo de trabajo, calidad del trabajo e igualdad, de forma anual³⁰⁰⁹, algo que en España no existe. Tal y como señala la doctrina, el legislador podría haber señalado algunas de las actividades que están prohibidas, tales como el envío de correo electrónicos, o llamadas fuera del horario laboral; la organización de reuniones en los periodos de descanso; la realización de contactos no urgentes; o la localización a través del teléfono personal de los empleados, salvo situaciones excepcionales³⁰¹⁰.

6.4. El derecho de garantías adicionales al tratamiento de datos personales y la salvaguarda de los derechos digitales.

Y finalmente, la Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y de Garantía de los Derechos Digitales, recoge en el artículo 91 el derecho a incluir los derechos digitales en la negociación colectiva, en los siguientes términos:

³⁰⁰⁷ Vide STS 2294/2020, de 25 de septiembre, FJ 21.

³⁰⁰⁸ Vide Code du travail, article L.22242-8.

³⁰⁰⁹ Vide Code du travail, article [L2242-1](#).

³⁰¹⁰ Vide M^a Isabel, GONZÁLEZ TAPIA, M., “Derecho a la desconexión digital y teletrabajo”, *Diario LA LEY CIBERDERECHO*, 38, (2020), p. 1 y ss.

«Los convenios colectivos podrán establecer garantías adicionales de los derechos y libertades relacionados con el tratamiento de los datos personales de los trabajadores y la salvaguarda de derechos digitales en el ámbito laboral».

En primer lugar, se debe distinguir el elemento subjetivo que se identifica con los trabajadores o empleados públicos, y sus representantes legales y los sindicatos. El elemento objetivo de este derecho es la facultad que se otorga para que, dentro de los convenios colectivos, se puedan establecer garantías adicionales a los derechos y libertades de los trabajadores relacionadas con el ámbito digital. Además, específicamente se habla de la mejora de la protección del tratamiento de los datos personales, así como también, de la salvaguarda de los derechos digitales anteriormente expuestos. De manera que, el elemento conectivo de la relación será un contrato trabajo, o la existencia de una relación de prestación de servicios en el ámbito de la Administración Pública.

Si bien, es evidente que el contenido de este artículo es limitado e insuficiente como base para la construcción de la sociedad que se pretende³⁰¹¹. Éste genera una facultad, pero no una obligación de que los representantes de los trabajadores y sindicatos mejoren las condiciones laborales de los trabajadores en materia digital. En consecuencia, esta norma se debe considerar como redundante y repetitiva del contenido general que se reconoce a los convenios colectivos, puesto que, la finalidad de estos es mejorar las condiciones laborales generales de los trabajadores, ya que estas materias que específica la norma ya se encuentran incluidas. Y, sin embargo, la norma no genera obligaciones, ni propuestas concretas, sobre aquellos ámbitos que deberían ser mejorados a través de la negociación colectiva, para promover que aumente la actividad negociadora en este ámbito, y acelerar la construcción de la sociedad digital.

7. Los derechos relacionados con la salud.

La Carta de los Derechos Digitales reconoce el derecho a la protección de la salud en el entorno digital, en el artículo 21:

³⁰¹¹ Vide María SEPÚLVEDA GÓMEZ, “Negociación colectiva y derechos digitales en el empleo público”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 54, (2019), pp. 142 y ss.

«1. Se reconoce el derecho de todas las personas al acceso a los servicios digitales de salud en condiciones de igualdad, accesibilidad y universalidad.

2. Los poderes públicos promoverán que la investigación y la tecnología contribuyan al logro de una medicina preventiva, predictiva, personalizada, participativa y poblacional.

3. El sistema de salud garantizará el desarrollo de sistemas de información que aseguren la estandarización, la interoperabilidad, el acceso y la portabilidad de la información del paciente.

4. El empleo de sistemas digitales de asistencia al diagnóstico, y en particular de procesos basados en inteligencia artificial no limitará el derecho a la libertad diagnóstica del personal facultativo.

5. Los entornos digitales de salud garantizarán el pleno respeto de los derechos fundamentales del paciente y en particular su derecho a ser informado y consentir en el tratamiento de sus datos personales con fines de investigación y en la cesión a terceros de tales datos cuando tal consentimiento sea requerido.

6. Los poderes públicos impulsarán el acceso universal de la población a los dispositivos tecnológicos desarrollados con fines terapéuticos o asistenciales».

Lo primero que llama la atención del artículo es que no hace referencia a la salud electrónica o digital como un derecho, sino el mero acceso a estos servicios. Al respecto, la salud electrónica ha sido definida por la doctrina como *«el conjunto de servicios sanitarios prestados de forma telemática o en relación con las Tecnologías de la Información y la Comunicación, (...) interconectados entre sí»*³⁰¹². En consecuencia, aunque el artículo no se refiere expresamente a un reconocimiento del derecho a la salud electrónica, si que se desprende de su contenido la relación entre ambos, en tanto que, reconoce el acceso a los servicios digitales dentro del ámbito sanitario.

El derecho reconoce el acceso a los servicios digitales en condiciones de igualdad, accesibilidad y universalidad, pero esto no implica una novedad dentro del ordenamiento

³⁰¹² Vide Alejandro MARTÍNEZ NAVARRO, *Régimen jurídico de la Salud electrónica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 29.

jurídico en tanto que, la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, reconoce el derecho a la igualdad (artículo 6), y la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, garantiza la accesibilidad (artículo 23) y la universalidad (artículo 3).

En segundo lugar, se reconoce una obligación genérica a los poderes públicos de promover la investigación y el desarrollo tecnológico en medicina. Sin embargo, este derecho ya estaba reconocido de forma general en la Constitución española, en tanto que, el artículo 43.2 establece que: *«compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios»*, y el artículo 43.2 establece una obligación general de los poderes públicos promover la ciencia y la investigación: *«Los poderes públicos promoverán la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general»*.

En consecuencia, no se puede determinar que exista una novedad al respecto, únicamente se concretan las técnicas que deben utilizar, como es el caso de la medicina predictiva, personalizada, participativa y poblacional. Y, de igual manera, se encuentra reconocido cuando se hace alusión al impulso de dispositivos tecnológicos.

En tercer lugar, se refiere en este caso al sistema de salud que deberá ser interoperable, accesible y que permita la portabilidad de los datos. Si bien, estos son principios generales que sustentan a la Administración Pública (artículo 3 LRJSP), y en especial, los artículos 40, 41 y 42 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública. Por tanto, tampoco representa esto una novedad dentro del régimen jurídico establecido

En cuarto lugar, se garantiza que el uso de la inteligencia artificial no limitará el derecho de acceso a la libertad diagnóstica del personal facultativo. Si bien, en este sentido, es un derecho específico de los médicos a su libertad de diagnosis, de manera que, esta se constituye como un mero elemento más para elaborar su dictamen médico. En este sentido, la novedad es el valor jurídico que debe darse a las decisiones basadas en inteligencia artificial o de análisis de datos. Si bien, este derecho está relacionado con la prohibición de decisiones automatizadas no supervisadas por una persona (artículo 41 LRJSP). Por tanto, la única innovación es su concreción dentro del ámbito sanitario, y no tanto su contenido.

En quinto lugar, se reconoce el derecho a ser informado y consentir el tratamiento de sus datos personales con fines de investigación. Si bien, aquí hay una incongruencia jurídica en tanto que, el tratamiento de los datos personales para fines científicos o de investigación, sin necesidad de autorización previa, está permitido dentro del ordenamiento jurídico³⁰¹³. Por lo tanto, es contraria al ordenamiento jurídico esa disposición, en tanto que, no se necesita consentimiento para el tratamiento con fines científicos y de identificación.

Por otro lado, la Carta de los Derechos Digitales, reconoce un conjunto de límites referidos al uso de las neurotecnologías, en el artículo 24:

«1. Las condiciones, límites y garantías de implantación y empleo en las personas de las neurotecnologías serán reguladas por la ley con la finalidad de:
a. Preservar la identidad individual como conciencia de la persona sobre sí misma; b. Garantizar la autodeterminación individual, soberanía y libertad en la toma de decisiones; c. Asegurar la confidencialidad y seguridad de los datos obtenidos o relativos a sus procesos cerebrales y el pleno dominio y disposición sobre los mismos; d. Ordenar el uso de interfaces persona-máquina susceptibles de afectar a la integridad física o psíquica; e. Asegurar que las decisiones y procesos basados en neurotecnologías no sean condicionadas por el suministro

³⁰¹³ Vide PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril, 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, Estrasburgo, artículo 89: *«1. El tratamiento con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos estará sujeto a las garantías adecuadas, con arreglo al presente Reglamento, para los derechos y las libertades de los interesados. Dichas garantías harán que se disponga de medidas técnicas y organizativas, en particular para garantizar el respeto del principio de minimización de los datos personales. Tales medidas podrán incluir la seudonimización, siempre que de esa forma puedan alcanzarse dichos fines. Siempre que esos fines puedan alcanzarse mediante un tratamiento ulterior que no permita o ya no permita la identificación de los interesados, esos fines se alcanzarán de ese modo. 2. Cuando se traten datos personales con fines de investigación científica o histórica o estadísticos el Derecho de la Unión o de los Estados miembros podrá establecer excepciones a los derechos contemplados en los artículos 15, 16, 18 y 21, sujetas a las condiciones y garantías indicadas en el apartado 1 del presente artículo, siempre que sea probable que esos derechos imposibiliten u obstaculicen gravemente el logro de los fines científicos y cuanto esas excepciones sean necesarias para alcanzar esos fines. 3. Cuando se traten datos personales con fines de archivo en interés público, el Derecho de la Unión o de los Estados miembros podrá prever excepciones a los derechos contemplados en los artículos 15, 16, 18, 19, 20 y 21, sujetas a las condiciones y garantías citadas en el apartado 1 del presente artículo, siempre que esos derechos puedan imposibilitar u obstaculizar gravemente el logro de los fines científicos y cuanto esas excepciones sean necesarias para alcanzar esos fines. 4. En caso de que el tratamiento a que hacen referencia los apartados 2 y 3 sirva también al mismo tiempo a otro fin, las excepciones solo serán aplicables al tratamiento para los fines mencionados en dichos apartados».*

de datos, programas o informaciones incompletos, no deseados, desconocidos o sesgados, o por intromisión en conexiones neuronales.

2. Para garantizar la dignidad de la persona, la igualdad y la no discriminación, y de acuerdo en su caso con los tratados y convenios internacionales, la ley regulará aquellos supuestos y condiciones de empleo de las neurotecnologías que, más allá de su aplicación terapéutica, pretendan el aumento cognitivo o la estimulación o potenciación de las capacidades de las personas».

Los padres de la Carta de los Derechos Digitales no establecen un derecho en sí mismo referido a las neurotecnologías, sino una previsión a tener cuenta por los poderes públicos cuando legislen sobre el uso de las neurotecnologías en seres humanos. Así, se aboga por preservar una serie de garantías como la identidad individual, la autodeterminación y libertad en la toma de decisiones, la confidencialidad de los datos obtenidos, y asegurar que las decisiones alcanzadas estén basadas en un proceso seguros de tratamiento de datos. Y, de igual manera, hace un llamamiento general a que se consideren límites en los que se pueden utilizar estas tecnologías, cuando se trata de potenciación o estimulación de las capacidades de la persona. En mi opinión, este régimen jurídico es insuficiente, puesto que no establece un derecho en sentido estricto a usar las neurotecnologías y en qué condiciones, sino que, se limita a recomendar a los poderes públicos los principios que deben preservarse, así como los límites de su desarrollo. Pero, no existe una propuesta concreta de regulación.

CAPÍTULO CUARTO

EL ESTADO DE BIENESTAR 4.0: BASES Y REFORMA PARA SU SOSTENIBILIDAD

CAPÍTULO CUARTO

EL ESTADO DE BIENESTAR 4.0: BASES Y REFORMA PARA SU SOSTENIBILIDAD

CAPÍTULO CUARTO

EL ESTADO DE BIENESTAR 4.0: BASES Y REFORMA PARA SU SOSTENIBILIDAD

I. Introducción.

Esta tesis comienza enunciando que *“El Estado de Bienestar es la conquista social más importante del S. XX”*, afirmación que retomo con la finalidad de ratificar su trascendencia y que, a la par, me sirve de fundamento para desarrollar este cuarto capítulo.

El reconocimiento de las conquistas sociales en forma de derechos que se desarrollan a partir del S. XIX y XX cambia las relaciones entre los ciudadanos y el poder político o institucional. De este modo, tanto a través de instrumentos de carácter internacional, supraestatal o estatal, se instauran los principios y derechos que asume cada una de las partes para erigir una sociedad mejor. Así, por ejemplo, el ideal de la revolución francesa acaba extendiéndose e implantando el ideal de Estado moderno, basado en el principio de separación de poderes y que reconoce los derechos civiles y políticos. O, como tras la finalizar la II Guerra Mundial se instaura el contrato social vigente, gracias a la incesante lucha del movimiento obrero y las revoluciones socialistas, y que termina reconociendo los derechos sociales.

En consecuencia, el origen de los Estados de Bienestar se encuentra en los cambios estructurales producidos en la sociedad, tras los movimientos reivindicativos de derechos que aspiraban a conseguir la igualdad material de todos los ciudadanos³⁰¹⁴. De este modo, tras estos levantamientos se gesta un “pacto social” que garantiza una serie de

³⁰¹⁴ *Vide* Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, “Derecho Público tras la crisis económica en el Estado social y democrático: Estado de bienestar y servicios de interés general”, ASOCIACIÓN DE LETRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Crisis y constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, pp. 77 y ss.

CAPÍTULO CUARTO

EL ESTADO DE BIENESTAR 4.0: BASES Y REFORMA PARA SU SOSTENIBILIDAD

derechos para los trabajadores, y con ellos, unas obligaciones para los Estados que no pueden obviar en sus políticas.

Por ello, se puede afirmar que el origen del Estado de Bienestar está relacionado con los siguientes factores: en primer lugar, surge como una respuesta a los movimientos sociales y de insurrección de los trabajadores para conseguir mantener el orden público; en segundo lugar, por el desarrollo legislativo y el apoyo político de los nuevos partidos que emergen en la sociedad, como representantes del ideario social, gracias a la configuración del derecho de sufragio universal masculino; en tercer lugar, para moderar las consecuencias del capitalismo, principalmente, en lo relativo a las condiciones de vida del proletariado; y, en cuarto lugar, como consecuencia del impulso reformista de las condiciones laborales, sobre todo, de carácter internacional llevado a cabo durante el S. XIX, para mejorar las condiciones de los trabajadores³⁰¹⁵.

En este sentido, el Estado de Bienestar español se puede definir como el fruto de las negociaciones o acuerdos que formalizan las conquistas sociales tras la transición española. De este modo, la transición³⁰¹⁶ concluye concretando formalmente los acuerdos entre las distintas clases y grupos de poder en un nuevo pacto social: la Constitución de 1978. La Carta Magna insta un modelo de Estado Democrático, Social y de Derecho, lo que, en sentido contrario, conlleva la implantación de una democracia representativa y el reconocimiento del carácter social que debe inspirar toda actividad de los poderes públicos. En consecuencia, la Constitución, en consonancia con el resto de las declaraciones internacionales (como la Declaración Universal de los Derechos Humanos o el Convenio Europeo de los Derechos Humanos), recoge en su cuerpo legal un conjunto de principios, valores, derechos y obligaciones que permiten el desarrollo de las relaciones³⁰¹⁷.

Por tanto, la Constitución de 1978 es el primer “contrato social” por el que el pueblo español (que incluye las distintas clases sociales y grupos de interés) tiene

³⁰¹⁵ Vide Gabriel RAFART, “Del Bienestar como bien colectivo a su consideración como mercancía privada. Entre el Estado de Bienestar y Estado Neoliberal contemporáneo”, *Apuntes de Cátedra. Gral. Roca. Publifidades*, 53, (2002), pp. 6-7.

³⁰¹⁶ Vide Antón COSTAS COMESAÑA, “Ruptura del contrato social y pérdida de la legitimidad del sistema de economía de mercado”, en Benigno PENDAS GARCÍA, *España constitucional (1078-2018) trayectorias y perspectivas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, p. 4532.

³⁰¹⁷ Vide Eduardo BANDRÉS MOLINÉ, “Democracia y Estado de Bienestar: una perspectiva económica”, en Benigno PENDAS GARCÍA, *España constitucional (1078-2018) trayectorias y perspectivas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, p. 4513.

garantizado un equilibrio socioeconómico que coexiste con el derecho a la libertad de empresa y la propiedad privada. Sin embargo, los derechos sociales (salvo el derecho a la educación que tiene la consideración de derecho fundamental) no se recogen en el cuerpo constitucional de forma literal como “derechos”, sino que se denominan principios rectores de la política social y económica. Este hecho es consecuencia de que la Constitución intenta ser neutral en la ideología del país, posibilitando que fuesen las decisiones políticas quienes instaurasen el modelo económico, pero al no calificarlos como derechos subjetivos ha derivado en una tutela menor (que no desprotección completa) de los derechos sociales³⁰¹⁸.

Sin embargo, los problemas del Estado de Bienestar español no están únicamente relacionados con la falta de determinación de los derechos sociales, como auténticas potestades de los ciudadanos. La Constitución no hace mención expresa a la constitución del Estado del Bienestar, ni siquiera se menciona de forma expresa el término “bienestar”, pese a que en esa época el sistema ya contaba con ciertas instituciones que prevenían mecanismos de protección social. No obstante, el problema no es sólo que no alude a esta figura como la estructura de protección y provisión de bienestar social que representa, sino que, no existe ningún pronunciamiento acerca de su organización y gestión. Por tanto, la Constitución es un folio en blanco en lo que a la concreción, gestión y servicios del Estado del Bienestar se refiere.

De este modo, el desarrollo y determinación del Estado de Bienestar ha sido un proceso paulatino de configuración que se ha producido como consecuencia de las decisiones de los poderes públicos. En este sentido, se puede advertir que el Estado de Bienestar ha ido incorporando actividades y prestaciones determinadas, sin una guía estructural o planificación suficiente sobre la materia durante más de cuarenta años, pero sin existir una obligación constitucional concreta. Esta falta de directrices organizativas ha derivado en la configuración de una estructura extremadamente compleja de

³⁰¹⁸ Vide Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, “Derecho público tras la crisis económica en el Estado social y democrático: Estado de Bienestar y servicios de interés general”, en XIX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, *Crisis y Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, p. 91: «La falta de invocabilidad directa ante los Tribunales no les priva de valor. Les priva, si acaso, del carácter de derechos directamente invocables ante los Tribunales, pero eso no significa que no tengan valor como principios y, en su caso, como derechos. En su caso, como decimos, porque es la propia Constitución quién, después de decir que no son invocables ante los Tribunales emplea el término derecho, en muchas ocasiones, cuando en el articulado del capítulo III va recogiendo cada uno de los principios rectores. De esta forma su falta de invocabilidad directa como derechos subjetivos perfectos no es obstáculo para que sea la propia norma suprema la que califica como derechos tales principios».

protección social, cuya administración y gestión se ha diseñado de acuerdo con la no menos enrevesada estructura territorial³⁰¹⁹ y competencial del Estado³⁰²⁰.

En consecuencia, el Estado de Bienestar se ha expandido (y contraído en su caso) atendiendo a las políticas y servicios públicos que legalmente se han desplegado. Así, a la par que se incrementaban las actividades, aumentaba también el gasto de sus estructuras. Lo que, en sentido contrario, implicaba una concreción de un sistema tributario justo, basado en el principio de solidaridad y progresividad, por el que todos los españoles contribuyeron al sostenimiento de esas cargas (artículo 31 CE).

Sin embargo, el problema más reiterado en la configuración de la dotación presupuestaria del Estado del Bienestar es que, las reformas legislativas que se han desarrollado para garantizar la sostenibilidad de sus pilares se han llevado a cabo en períodos de necesidad. De este modo, casi cuando el modelo de financiación de los servicios que se prestaban estaba casi al borde del colapso es cuando se han introducido reformas en su gestión, organización y dotación presupuestaria³⁰²¹. De este modo, el modelo de financiación del Estado de Bienestar no se ha pensado con idea de futuro, y a largo plazo, sino que, cuando se han introducido modificaciones ha sido para solucionar problemas inminentes.

Hasta el punto de que, ni siquiera durante los años de bonanza económica, cuando el crecimiento interanual del PIB de España rondaba el 5%, se pensó en reformular el sistema para garantizar su sostenibilidad. En consecuencia, se puede advertir que la devaluación de las políticas del Estado de Bienestar, y con estas la finalidad que este persigue, se ha producido en parte por su falta de concreción en la Constitución, tanto en lo que se refiere a su modelo de financiación, como a la organización y determinación de los servicios esenciales que debe prestar.

No obstante, pese a que el Estado de Bienestar es un compromiso que se asume desde la misma concreción en la Constitución del Estado como Social, tal y como ha sido

³⁰¹⁹ Vide Manuel MORENO y Pablo MORENO, *Socialdemocracia o liberalismo: la política económica en España*, Catarata, Madrid, 2016, p. 140

³⁰²⁰ Vide Pascual SALA SÁNCHEZ, “La normatividad de la Constitución y sus principales aplicaciones, especialmente la configuración del Estado Social y Democrático de Derecho”, en Benigno PENDAS GARCÍA, *España constitucional (1078-2018) trayectorias y perspectivas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, p. 739, p. 917.

³⁰²¹ Vide Manuel MORENO y Pablo MORENO, *Socialdemocracia o liberalismo: la política económica en España*, Catarata, Madrid, 2016, p. 122 y ss.

expuesto, ha estado cuestionado desde el momento mismo de su nacimiento. El principal argumento que utiliza la doctrina liberal es que el modelo de protección obliga a iniciar reformar del sistema y a aumentar los recursos financieros dedicados al mismo de forma constante en el tiempo. Por esta razón (la necesidad de ampliar el gasto en esta materia), en épocas de crisis, donde se reducían los ingresos del Estado, y este instaba mayores recursos para seguir funcionando, es cuando más polemizado ha estado su mantenimiento. La crisis económica que se produce a partir del año 2008 fue el punto de inflexión para cuestionar su sostenimiento, y la excusa perfecta para justificar la falta de inversión pública³⁰²².

De este modo, el Estado de Bienestar que estaba considerado en esa época como un modelo de protección en aras de consolidarse y que necesitaba madurar, lo que implicaba seguir invirtiendo recursos públicos para llegar a los índices de gasto europeo³⁰²³, los poderes públicos optan por la receta opuesta para salvarlo: se redujo al mínimo su financiación, siendo indiferente el sector que se viera afectado. Así, se recortó el presupuesto en sectores tan importantes como la educación, la sanidad o las prestaciones sociales, justo en el momento que más falta hacía. Por tanto, se puede afirmar que el Estado de Bienestar ha resistido al período más austero de políticas públicas de su historia, aunque no sin consecuencias. En este sentido, las embestidas a su financiación han dejado a sus instituciones y la prestación de los servicios de carácter social en una situación agónica.

En consecuencia, durante estos últimos años, el Estado de Bienestar ha continuado funcionando con la provisión de unos servicios mínimos, sin sufrir una mejora de sus instituciones, agotando los fondos de ahorro que tenía a su disposición (es el caso de la hucha de las pensiones), y gracias al endeudamiento a largo plazo como sistema general de funcionamiento. Sin embargo, las Administraciones competentes no se han planteado

³⁰²² Vide Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, “Estado del Bienestar y derecho sociales en un mundo transnacional”, en Benigno PENDAS GARCÍA, *España constitucional (1078-2018) trayectorias y perspectivas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, p. 748.

³⁰²³ Vide Eduardo BANDRÉS MOLINÉ, “Democracia y Estado de Bienestar: una perspectiva económica”, en Benigno PENDAS GARCÍA, *España constitucional (1078-2018) trayectorias y perspectivas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, p. 4527: «Podemos concluir por tanto que, estableciendo una comparación con los principales países europeos, el esfuerzo de crecimiento del gasto llevado a cabo desde los inicios de la democracia ha permitido disponer de un conjunto de prestaciones y servicios sociales más equilibrados con nuestro nivel de renta, aunque todavía estemos por debajo del tamaño de gasto que correspondería a la capacidad económica del país, entendida esta en términos del PIB por habitante».

realizar una reformulación del Estado de Bienestar para preservar la identidad de sus instituciones y que cumpla con la finalidad con la que fue diseñado. Por el contrario, el sistema ha seguido funcionando con idénticas deficiencias a las que nadie ha podido (o querido) poner freno. A lo sumo, se han llevado a cabo reformar parciales que únicamente han parcheado el sistema. En consecuencia, a pesar de que las instituciones que proveían el bienestar en nuestro país estaban agotadas, el déficit presupuestario era evidente, se cuestionaba la garantía de los derechos sociales, y el modelo de Estado de Bienestar ha seguido funcionando por inercia (aunque no gratis).

No obstante, los poderes públicos son conscientes de la situación indigna en la que se encuentran las estructuras del Estado de Bienestar, y la inminente necesidad de repensar el modelo de financiación de la protección social en nuestro país. En este sentido, la leve recuperación económica, a partir del año 2015, parecía el momento propio para iniciar la reforma que, al menos, apuntalase la estructura superviviente del Estado de Bienestar, con la idea de continuar su reforma a corto-medio plazo. Sin embargo, la inestabilidad política de nuestro país, llegando incluso a repetir dos veces unas elecciones generales en cuatro años, no ha favorecido este proceso.

Así, el año 2020 era considerado como un símbolo de cambio que permitiera la modernización del Estado y adecuar las estructuras sociales a las nuevas necesidades de la sociedad. Pero, nadie era capaz de imaginar cuánto estaban a punto de cambiar las relaciones, y con éstas las expectativas de progreso. Así, sin poder preverlo una nueva crisis ha llegado para atentar contra la poca sostenibilidad que ya le quedaba a nuestro Estado de Bienestar.

La crisis del Covid-19, primero sanitaria y posteriormente económica, está terminando de devastar la poca solidez que sostenía los pilares que erigen el Estado de Bienestar. Una crisis de la que ni siquiera somos capaces de cuantificar sus efectos totales, porque todo depende de cuanto dure y la eficacia de las políticas de gestión y control de la pandemia. La crisis del Covid-19 es la “guinda del pastel” a una muerte anunciada del Estado del Bienestar. Si sus estructuras estaban en una situación complicada, ahora mismo se mantienen gracias a la “respiración asistida” que recibe, a través de las ayudas económicas, de la Unión Europea. Una financiación supraestatal que no será gratuita, y que habrá que devolver como el resto de la deuda de la crisis anterior.

De este modo, un modelo de financiación del Estado de Bienestar que ya era deficiente y que necesitaba una reforma, complica aún más la garantía de que se pueda

mantener la inyección de dinero público a la economía. Ni siquiera se puede asegurar que las estructuras de protección social que se han desarrollado en este período excepcional aguanten hasta el final de esta crisis. El gasto sanitario de este último año sobrepasa cualquier previsión financiera que se hubiera podido establecer. Un sector que, junto a la educación, ha sido desvalijado sin piedad de la financiación suficiente, y que está soportando estoicamente, y con heroicidad (la de su personal) las agresiones y efectos provocados por el Covid-19.

A este gasto, hay que sumar el desembolso del Estado en ayudas de protección social que incluyen los Expedientes de Regulación Temporal de Empleo (ERTE), y la provisión del salario mínimo vital (SMI). Obviamente al incremento del gasto hay que añadirle la pérdida de ingresos dependientes de la actividad económica y del consumo, consecuencia del período de confinamiento y el cierre por temporadas de los negocios no esenciales.

El panorama actual no puede calificarse de otro modo que no sea desolador. Tenemos un Estado de Bienestar cuyo modelo de financiación necesitaba una reforma inminente para garantizar su supervivencia a corto-medio plazo, pero su continuidad ya no depende de parchear las grietas a un sistema devastado, sino de una reforma integral desde su base. Sin embargo, a los problemas de financiación y económicos hay que añadirles los derivados del cambio social. El desarrollo de la sociedad digital, especialmente la implantación de los nuevos modelos de relaciones laborales y la introducción de las nuevas tecnologías va a terminar de destruir el cimiento sobre el que se desarrollaba el sistema.

Los poderes del Estado no pueden seguir obviando que el mercado de trabajo, alrededor del que se estructura la financiación de los distintos pilares del Estado de Bienestar, ha cambiado. En las relaciones laborales, y el concepto de trabajo, en sentido estricto, ya no se rigen por los mismos principios que cuando se concibió el Estado del Bienestar. A la par, el desarrollo de las tecnologías como la inteligencia artificial, la robótica o los avances en las ciencias biológicas van a terminar de arrasar cualquier vestigio del modelo social anterior. El Estado se enfrenta a un problema social sin antecedentes próximos³⁰²⁴.

³⁰²⁴ Vide Luis MORENO FERNÁNDEZ y Raúl JIMENEZ TELLADO, *Democracias robotizadas: escenarios futuros en Estados Unidos y la Unión Europea*, Catarata, Madrid, 2018, p. 154

Sin embargo, no encuentro a los poderes públicos preocupados por la situación, y realizando una actividad intensa para corregir los efectos derivados del cambio. Todo lo contrario: la crisis del Covid-19 se ha convertido en el mejor escudo para la inactividad. Hasta el momento, los poderes del Estado han exhibido una incapacidad para gestionar las contrariedades derivadas del nacimiento del ciberespacio, a las que más de veinte años después todavía estamos buscando solución³⁰²⁵.

Puedo advertir que la Revolución Digital no es un problema que se vaya a resolver aplicando el principio de equivalencia, o con livianas reformas legislativas³⁰²⁶. La Revolución Digital va a derivar en la implantación de un nuevo pacto social. Así, desde qué perspectiva afronte este problema el Estado, aunque será necesaria la coordinación y liderazgo de la Unión Europea, determinará el futuro del progreso social en nuestro país.

El uso de la palabra crisis (κρίσις) se ha incrementado de forma considerable en nuestro vocabulario en los últimos años, sin perder de vista que en el lenguaje común su utilización tiene connotaciones negativas. Así mismo, parece que todo lo que viene después de una crisis es un empeoramiento de las condiciones precedentes, o un retroceso en las conquistas sociales adquiridas. La mejor muestra que ejemplifica lo expuesto es la crisis económica del 2008, la cual permite a los poderes públicos afirmar el carácter reversible de los derechos sociales, pese a ser más que discutible esta condición.

Además, tampoco es de extrañar que el concepto crisis haya cogido ese matiz, teniendo en cuenta cómo acostumbra el ser humano a afrontar los cambios: desde el miedo a lo desconocido. De este modo, lo he expuesto en el caso de la evolución e implementación de la inteligencia artificial y el desarrollo de los bioderechos, y cómo parece que el progreso de la ciencia se frena por el miedo a cometer errores, o no saber muy qué nos deparará después.

³⁰²⁵ Vide José Ramón GARCÍA HERÁNDEZ, “La mala salud de hierro de la democracia representativa en la España Constitucional”, en Benigno PENDAS GARCÍA, *España constitucional (1078-2018) trayectorias y perspectivas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, p. 1488: «Asegúrese que no solo se han alterado las condiciones de producción, sino que los gobiernos parecen cada vez menos capaces de encauzar los asuntos por donde muchos electores querrian, y se verá que nos hemos puesto a navegar en aguas verdaderamente revueltas. Como mínimo, asistimos a una tensión creciente entre el orden nacional y el internacional».

³⁰²⁶ Vide Lorenzo COTINO HUESO, “La necesaria actualización de los derechos fundamentales como derechos digitales ante el desarrollo de Internet y las nuevas tecnologías”, en Benigno PENDAS GARCÍA, *España constitucional (1078-2018) trayectorias y perspectivas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, p. 2347.

De este modo, se denomina crisis al «*cambio profundo y de consecuencias importantes en un proceso o una situación, o en la manera en que estos son apreciados*»³⁰²⁷. La cuestión objeto de análisis radica en cómo se ha extendido el término crisis para referirse a la situación en la que se encuentran distintos sectores o instituciones del Estado. Se habla de una crisis de la sociedad, del mercado, de la economía, de las instituciones del Estado, y por supuesto, del Estado de Bienestar. En consecuencia, parece que el Estado se encuentra sumergido en un período complejo de cambios que abarca distintos frentes: una situación de crisis en toda regla. Así, no hay institución del Estado que no se queje de la condición en la que se encuentra, cómo la evolución le está afectando, y la pérdida de vigor y confianza de la institución en general.

En este sentido, a lo largo de esta tesis, se ha puesto de manifiesto cuáles son las distintas “crisis” que está trayendo el progreso y cuáles son sus consecuencias. Es cierto que tenemos una sociedad en crisis, pero porque está mutando hacia una organización diferente basada en el componente digital. El mercado de trabajo y el empleo también están cambiando para adaptarse hacia ese nuevo vector cómo hace la sociedad. En la economía se está imponiendo la prevalencia de los datos como una fuente de riqueza, instaurando un orden económico. También, es verdad que existe una democracia en crisis porque las instituciones del Estado, a pesar de sus intentos por adaptarse al entorno, no han alcanzado un proceso sinérgico con el resto de la sociedad. Y yo me pregunto, ¿cómo no va a estar el Estado de Bienestar en crisis? Lo difícil sería mantener la estructura de protección social cuando los distintos sectores del Estado están cambiando, o sufriendo ingentes modificaciones como las descritos en las páginas anteriores.

Las crisis en sí mismas no son un problema, pero sí que lo es cómo se afrontan. En este sentido, las crisis, al igual que ocurre con las situaciones de caos, se convierten en el escenario perfecto para resurgir con más fuerza, e instaurar un orden más justo y adecuado al contexto que nos toca vivir. Los cambios no tienen que ser sinónimos de que se avecina el desastre o el fin de la paz social, o la pérdida de derechos o de disminución de sus garantías. Las crisis son una evidencia de que el sistema tiene fallos, algo no funciona bien y, por tanto, hay que tomar decisiones. Si bien, puede suceder que los problemas del sistema sean intrascendentes o livianos, y se pueden solucionar sin mayores esfuerzos; o bien, que se trate de defectos que ya no tengan arreglo, y por mucho

³⁰²⁷ Vide <https://dle.rae.es/crisis?m=form>

que confiemos en su fuerza e importancia dentro del sistema, hay que suprimir todo el órgano, y no sólo aquello que no marche bien. En este sentido, las decisiones que se adopten para salir vencedores de la crisis se centran en abarcar el problema desde su causa y no desde el efecto que provoca.

Sin duda, esto dificulta mi trabajo, ¿cómo pensar en diseñar el Estado de Bienestar 4.0 si todo el Estado parece estar cambiando? Por esta razón, creo que es necesario hacer unas consideraciones breves sobre algunos cambios que se tienen que producir concomitantes (aunque algunos de ellos previos) a la instauración del nuevo Estado de Bienestar. En este sentido, a lo largo de las siguientes páginas, desarrollo algunas propuestas sobre las que deberían ser las primeras líneas de acción de los poderes públicos, para frenar el avance de las consecuencias económicas y sociales de la Revolución Digital, y garantizar la sostenibilidad y eficacia del Estado de Bienestar español.

II. Las bases para la reconstrucción del Estado de Bienestar español.

1. El contrato de la sociedad digital.

1.1. La ruptura del contrato social.

La Constitución de 1978 implanta un contrato social que favorece la cooperación entre sus miembros y un compromiso del disfrute general de la población de los beneficios derivados del crecimiento económico. De este modo, aquellos menos aventajados en su posición en el mercado gozan de cierta estabilidad y protección en referencia a determinados derechos que se consideran de interés general. En este sentido, el contrato social permite que la economía se relacione con el progreso social y orienta las políticas públicas al bien común. Al final lo que se construye es un proyecto de futuro en común, en el que todas las partes involucradas se comprometen a colaborar para conseguir este objetivo. Así, el contrato social genera una serie de derechos y obligaciones entre todas las partes intervinientes que compatibilizan la libertad de empresa con la obligación de contribuir al sostenimiento de los objetivos denominados comunes.

Por tanto, el contrato social se constituye como una garantía de previsibilidad y formación de todos los actores sociales, de manera que, se reduce la incertidumbre frente a los cambios económicos y tecnológicos que se producen en el mercado. Así, los sectores menos favorecidos por la economía observan el progreso tecnológico desde una posición cauta y sosegada, a la par que, como un aliado en la mejora de sus condiciones, y no como una amenaza que atenta contra los privilegios que les concede el sistema³⁰²⁸.

De este modo, la construcción de un Estado de Bienestar se convierte en el proyecto común de las distintas clases sociales. En este sentido, el mayor reflejo del compromiso que implica instaurar un Estado social está relacionado con la implantación de un régimen fiscal progresivo sobre la renta y el patrimonio de los ciudadanos. De manera que, éste convive con el derecho a la libertad de empresa en una economía de libre mercado y el derecho a la negociación colectiva entre los representantes de los trabajadores y de los empresarios. A partir de ese sistema de financiación se configuran los cuatro pilares fundamentales que proporcionan el bienestar en nuestro país: el sistema de salud, el sistema educativo, la Seguridad Social y un sistema de asistencia social. Este contrato social es el que ha permitido el progreso de la sociedad española durante los últimos años³⁰²⁹.

Sin embargo, este contrato social está perdiendo su eficacia y desvirtuando ese objetivo en común para el que fue creado. En este sentido, el contrato social tenía como razón de ser reducir las desigualdades y permitir que todos los ciudadanos contaran con unos mínimos de medidas y garantías de carácter social³⁰³⁰. Por tanto, no se trataba de establecer unas clases sociales uniformes, sino de garantizar la igualdad de oportunidades en un mundo cambiante³⁰³¹. El problema es que, desde la crisis económica del año 2008, la desigualdad social no ha hecho nada más que acrecentarse. De este modo, el

³⁰²⁸ Vide Antón COSTAS COMESAÑA, “Ruptura del contrato social y pérdida de la legitimidad del sistema de economía de mercado”, en Benigno PENDAS GARCÍA, *España constitucional (1078-2018) trayectorias y perspectivas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, pp. 4530 y ss.

³⁰²⁹ Vide Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, “Estado del Bienestar y derecho sociales en un mundo transnacional”, en Benigno PENDAS GARCÍA, *España constitucional (1078-2018) trayectorias y perspectivas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, p. 734.

³⁰³⁰ Vide Álvaro DELGADO GAL, ¿Democracia en crisis o sociedad en crisis?, en Benigno PENDAS GARCÍA, *España constitucional (1078-2018) trayectorias y perspectivas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, p. 1491.

³⁰³¹ Vide Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, “Derecho público tras la crisis económica en el Estado social y democrático: Estado de Bienestar y servicios de interés general”, en XIX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, *Crisis y Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, p. 82.

crecimiento de la desigualdad y la disminución de oportunidades están provocando un gran malestar social, aunque sin generar demasiado ruido (por ahora). Así, la única forma de frenar el avance del crecimiento de las diferencias sociales de clase pasa por una mayor aportación al sistema y una redistribución de las cargas públicas que, por supuesto, no contenta a los más beneficiados por el sistema³⁰³².

En este sentido, no sé si preocupa más la insolidaridad de las clases favorecidas por el sistema, o la inacción para defender el carácter irreversible de los derechos sociales³⁰³³. El último ejemplo de insolidaridad y cuestionamiento del Estado del Bienestar lo tenemos en los youtubers que han trasladado su domicilio a Andorra para dejar de tributar en España, cuando estos estaban ingresando de uno a cuatro millones de euros anuales³⁰³⁴. Sin embargo, no se puede negar lo evidente: el pacto social se ha desvirtuado de tal manera que ninguna de las partes está conforme con el modelo diseñado, lo que está provocando la disolución o desintegración del contrato social.

Las reformas económicas y laborales durante la crisis del año 2008 han dañado de forma irreparable los derechos sociales reconocidos en la Constitución³⁰³⁵. La necesidad impuesta en la Constitución de dar prioridad al pago de la deuda europea frente a la cobertura de las necesidades sociales (artículo 135 de la CE), la disminución de los recursos de financiación, y la devaluación de los costes salariales no podían dejar nada positivo dentro del sistema³⁰³⁶. De este modo, la reforma laboral que tenía como objetivo diseñar un marco propicio para la creación de empleo y mejorar la competitividad empresarial, ha tenido consecuencias bien distintas³⁰³⁷.

³⁰³² Vide Luis Jiménez QUESADA, Estado social: el futuro de la sociedad del bienestar, en Benigno PENDAS GARCÍA, *España constitucional (1078-2018) trayectorias y perspectivas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, p. 1773.

³⁰³³ Vide REDACCIÓN LA SEXTA COLUMNA, “¿Es la sociedad culpable de la fuga de “youtubers” a Andorra?”, *La Sexta*, 5 de febrero de 2021.

³⁰³⁴ Vide Iván ROMERO, “Fuga de Youtubers ¿cuántos impuestos deben pagar en España?”, *El País Digital*, 1 de febrero de 2021.

³⁰³⁵ Vide Leopoldo TOLIVAR ALAS y Miriam CUETO PÉREZ, “La prestación de servicios socio-sanitarios”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 17 y ss.

³⁰³⁶ Vide Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, “Derecho público tras la crisis económica en el Estado social y democrático: Estado de Bienestar y servicios de interés general”, en XIX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, *Crisis y Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, p. 131

³⁰³⁷ Vide Javier GARCÍA MURCIA, “Crisis económica y Derecho del Trabajo”, en XIX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, *Crisis y Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, pp. 38 y ss.

Esta lo que ha generado es la pérdida de poder de los sindicatos para negociar las condiciones laborales, dejando que sean las empresas las que determinen la forma en que flexibilizan su actividad en el mercado. La principal consecuencia de este régimen es la precarización e inestabilidad del empleo que se crea en nuestro país; la reducción de los costes de mano de obra, especialmente la devaluación de los salarios; y el estancamiento de la actividad económica³⁰³⁸. Y, si a esto le sumamos la reducción del gasto en sanidad, en educación y en ayudas de protección social, es normal que el pacto social ya no funcione. Los poderes públicos han devaluado los derechos sociales, convirtiéndolos en reversibles y permitiendo que se adapten a las condiciones económicas, en lugar de adecuar el presupuesto del Estado a las necesidades sociales para garantizar su correcto ejercicio³⁰³⁹.

Por si todo esto fuera poco, la inestabilidad social se ve acechada por el progreso tecnológico y la previsión de la destrucción de más empleo. Y, sin embargo, encontramos un Estado inactivo e impasible ante los cambios que se están produciendo. En este sentido, una de las principales razones que han provocado la quiebra del contrato social es el incumplimiento de sus obligaciones por parte de los poderes públicos. Los distintos Gobiernos que se han sucedido en el tiempo han parcheado el problema. Ninguno ha planteado una reforma estructural del sistema que garantice su supervivencia, devaluando con cada reforma laboral las condiciones de los trabajadores, a la par que, reducían sus derechos sociales³⁰⁴⁰.

Los representantes políticos no se han sentido a plantear un modelo que sea sostenible y que permita continuar ese compromiso generacional de la sociedad. Los poderes públicos se han limitado a refrendar los cambios y no a poner límites al avance de la desigualdad y la consecución de los derechos sociales. Nunca mejor dicho, “de

³⁰³⁸ Vide Antón COSTAS COMESAÑA, “Ruptura del contrato social y pérdida de la legitimidad del sistema de economía de mercado”, en Benigno PENDAS GARCÍA, *España constitucional (1078-2018) trayectorias y perspectivas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, p. 4529.

³⁰³⁹ Vide Luis Jiménez QUESADA, Estado social: el futuro de la sociedad del bienestar, en Benigno PENDAS GARCÍA, *España constitucional (1078-2018) trayectorias y perspectivas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, p. 1765: «Sin lugar a dudas, los recursos existen y, en caso de dificultades financieras, el sentido de la responsabilidad tiene que llevar al establecimiento de prioridades, entre las cuales han de ocupar un lugar preferente de los derechos y valores más caracterizados del Estado social. El problema ha residido en una concepción sesgada de la economía y (de la globalización económica) como un fin en sí misma, que genera una mediatización o instrumentalización de los derechos sociales».

³⁰⁴⁰ Vide JAVIER DOZ, “La economía digital desde la perspectiva del CESE”, *Gaceta Sindical*, 27, (2017), p. 142.

aquellos barros, estos lodos”. La sociedad necesita un nuevo pacto social que aúne las distintas posturas y se comprometa con un proyecto en común que reconcilie el mercado, el progreso social y la democracia³⁰⁴¹.

1.2. Los avances que impulsan el cambio.

A modo de recapitulación, Internet, y con éste las TIC, han influido en la sociedad desde diversas perspectivas³⁰⁴²: en la conducta del ser humano; el mercado laboral y las formas de trabajo; y las relaciones con el Estado. Así, por ejemplo, se puede afirmar que la consolidación de Internet como sistema de comunicación ha propiciado diversos cambios en las relaciones humanas: en el ámbito de la comunicación (se han incrementado el número de intercambios, ha aumentado el ámbito de difusión de la información y ha provocado hasta ciertas modificaciones en el lenguaje); ha transformado el ocio (desde la concepción clásica de los juegos para los niños hasta el tiempo libre de los adultos); y el alcance y la conservación de la información que se genera.

Mientras que, en lo que se refiere al mercado de trabajo, aquellos que más están influyendo en su configuración son: los procesos de automatización y robotización del proceso productivo (afectando a todos los sectores económicos); la economía colaborativa; la gig economy (o de pequeños encargos); el sector de las Fintech; y la consolidación del teletrabajo como método de organización de la actividad laboral.

Por otro lado, este proceso también ha afectado a las estructuras del Estado: a la democracia; al Gobierno y la Administración promoviendo un cambio del sistema basado en la consagración de los principios de transparencia y buen gobierno, con Internet como elemento instrumental; el deseo de aumentar la participación ciudadana en los asuntos públicos a través de las vías que Internet consolida; el diseño de una Administración más eficaz en sus servicios y eficiente con los recursos; el proyecto de incorporar un Parlamento más abierto que posibilite la participación ciudadana en las decisiones legislativas; o un poder judicial desarrollado tecnológicamente.

³⁰⁴¹ Vide Antón COSTAS COMESAÑA, “Ruptura del contrato social y pérdida de la legitimidad del sistema de economía de mercado”, en Benigno PENDAS GARCÍA, *España constitucional (1078-2018) trayectorias y perspectivas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, p. 4542.

³⁰⁴² Vide Artemi RALLO LOMBARTE, “Nuevas tecnologías, nuevos derechos”, en Benigno PENDAS GARCÍA, *España constitucional (1078-2018) trayectorias y perspectivas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, p. 2363.

En este sentido, la consolidación de Internet interfiere en el Estado de Bienestar desde dos ámbitos diferenciados: por un lado, el de la adaptación de la estructuras y recursos al medio digital; y, por otro lado, la creación de necesidades inéditas que está provocando el desarrollo de la sociedad digital. El primero de estos ámbitos se refleja en el proceso evolutivo que ha experimentado el Estado de Bienestar a través de la adaptación al medio digital de sus servicios. Esto ha conllevado una inversión pública importante de recursos económicos, destinados a la adquisición de estas nuevas herramientas y también a la formación de su personal. Sin embargo, lo que a esta tesis interesa es la determinación de esas nuevas necesidades sociales que están surgiendo, y que deberán constituirse como derechos propios de la sociedad digital³⁰⁴³.

No obstante, este análisis no puede estancarse en sistematizar aquellos derechos derivados de la III Revolución Industrial, siendo éstos percibidos por todos como una necesidad social palmaria, y que clama por un sistema de protección adecuado por parte del Estado. Hay que dar un paso más allá, y avanzar hacia las necesidades evidentes que la Revolución Digital va a provocar. Así, si se pretende diseñar el Estado de Bienestar del futuro, no tiene sentido dejar de lado los cambios tan importantes que se presume que esta Revolución terminará provocando.

De este modo, hay que tener en cuenta los cambios en el modelo del mercado laboral, es decir, la destrucción de puestos de trabajo y la creación de nuevos oficios como consecuencia de la expansión de la inteligencia artificial y la robótica. Los cambios en el mercado van a tener efectos sobre las estructuras de protección social. La brecha digital será la principal causa del desempleo en nuestro país. Esta no sólo va a afectar los trabajadores de mediana edad, como ocurre en la actualidad, sino que, los jóvenes o personas contemporáneas a este movimiento también sufrirán las consecuencias, si no se corrigen y reformulan los planes de estudios y formación. A la par, los avances en las ciencias biológicas afectarán a ciertos caracteres del ser humano, destaca especialmente la longevidad, dado que, este es el objetivo históricamente perseguido: vivir más años, con mayor calidad de vida. En consecuencia, el sistema de pensiones, las prestaciones contributivas y las no contributivas tendrán que recalcularse a tendiendo a la longevidad

³⁰⁴³ Vide Artemi RALLO LOMBARTE, “Nuevas tecnologías, nuevos derechos”, en Benigno PENDAS GARCÍA, *España constitucional (1078-2018) trayectorias y perspectivas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, p. 2364.

estimada de la población, puesto que, en sentido contrario, el sistema no podría sostenerse.

Por esta razón, los cambios que se narran en los capítulos anteriores implican la realización de una actividad distinta que una mera reforma del sistema, puesto que, se intuye el establecimiento de un nuevo orden social. Así, al igual que la Revolución Industrial, la Revolución Digital va a levantar las bases sobre la que se sostiene todo nuestro sistema. La transformación social se va a producir, estemos de acuerdo o no con los cambios que se están introduciendo. La diferencia va a estar en cómo afrontemos este proceso de cambios: bien, desde el desconcierto absoluto y la falta de previsión (la dirección tomada hasta el momento); o bien, desde una base legal suficiente, la consolidación de los derechos necesarios, y un proyecto sólido a la vez que flexible.

1.3. El nuevo contrato social: el pacto por la sociedad digital.

Los problemas que presenta el actual contrato y los avances tecnológicos que están impulsando el cambio instan a redactar un nuevo pacto social³⁰⁴⁴. El reto en las próximas décadas es encontrar un contrato que reconcilie la economía de mercado, el progreso social tecnológico y la democracia³⁰⁴⁵. En este sentido, la lucha de clases añade una nueva dimensión: los problemas derivados de las máquinas, la robotización, y el uso de la inteligencia artificial. El sistema que se concibió después de la II Guerra Mundial, y que en nuestro país tardó un poco más en formalizarse, está a punto de quebrar. Por tanto, hay que encontrar la manera de seguir protegiendo los derechos reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico, y sentar las bases para las nuevas generaciones de derechos que ya se atisban. Una de las principales adversidades es determinar la nueva fiscalidad del país, para abarcar la cobertura y protección de todos los ciudadanos.

En este sentido, los derechos han ido adaptándose a las necesidades sociales con la determinación de sucesivas generaciones de derechos. De este modo, los derechos humanos se corresponden con categorías históricas que se identifican con un contexto

³⁰⁴⁴ Vide Luis Jiménez QUESADA, “Estado social: el futuro de la sociedad del bienestar”, en Benigno PENDAS GARCÍA, *España constitucional (1078-2018) trayectorias y perspectivas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, p. 1777.

³⁰⁴⁵ Vide Antón COSTAS COMESAÑA, “Ruptura del contrato social y pérdida de la legitimidad del sistema de economía de mercado”, en Benigno PENDAS GARCÍA, *España constitucional (1078-2018) trayectorias y perspectivas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, p. 4542.

temporal, social y económico concreto. Estas generaciones de derechos no implican la sustitución global de unos por otros, sino que, la mayoría de las veces suponen el nacimiento de inéditas necesidades, o la adaptación de los derechos anteriores a los nuevos contextos en los que resultan de aplicación. Así, los derechos de primera generación se identifican con la protección de las libertades del individuo, propias de las revoluciones burguesas del S. XVIII³⁰⁴⁶. Mientras que, los derechos de segunda generación se corresponden con los derechos económicos, sociales y culturales, que se traducen en el desarrollo de una política activa de los poderes públicos, realizadas a través de las técnicas jurídicas de la prestación y los servicios públicos³⁰⁴⁷.

Sin embargo, todos los cambios señalados anteriormente han provocado el nacimiento de una nueva generación: los derechos de la Era Digital. Si bien, en lo que a su determinación o numeración confiere, hay un sector de la doctrina³⁰⁴⁸ que los cataloga como derechos de tercera generación. En mi opinión esa clasificación no es acertada. La doctrina recoge dentro de los derechos de tercera generación de forma conjunta aquellos relativos a la protección del medio ambiente y también a los propios de la Revolución Digital³⁰⁴⁹. Sin embargo, los primeros derechos referenciados están relacionados con el principio de solidaridad³⁰⁵⁰, por lo que recogen en su catálogo derechos tan dispares como la libre determinación de los pueblos, la protección de la paz, el mejor aprovechamiento de los recursos naturales, los derechos derivados del agua, el derecho a la no contaminación del aire, o incluso a la alimentación.

³⁰⁴⁶ Vide Gregorio PECES BARBA, *Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales*, Mezquita, Madrid, 1982, p. 89; Vide Antonio E. PÉREZ LUÑO, “Las generaciones de derechos humanos antes el desafío posthumanista”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, *Sociedad digital y Derecho*, Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, Madrid, 2018, p. 143.

³⁰⁴⁷ Vide Antonio E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2017, pp. 84 y ss.

³⁰⁴⁸ Vide José Manuel ASPAS ASPAS, “Derechos humanos y nuevas tecnologías: el derecho al autodeterminación”, *Revista aragonesa de Administración Pública*, 2, (1998), p. 357 y ss.; Vide Javier SANZ LARRUGA, “El derecho ante las nuevas tecnologías de la información”, *Anuario de la Facultad de Derecho da Univerdade da Coruña*, 1, (1997), pp. 500 y ss.; Vide Lorenzo COTINO HUESO, “Algunas claves para el análisis constitucional futuro de las libertades públicas ante las nuevas tecnologías (con especial referencia al fenómeno de los blogs)”, en Santiago A. BELLO PAREDES y Alfonso MURILLO VILLAR, *Estudios jurídicos sobre la sociedad de la información y nuevas tecnologías*, Universidad de Burgos, Burgos, 2005, pp. 52 y ss.

³⁰⁴⁹ Vide Antonio E. PÉREZ LUÑO, “Las generaciones de derechos humanos antes el desafío posthumanista”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, *Sociedad digital y Derecho*, Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, Madrid, 2018, p. 144.

³⁰⁵⁰ Vide Jorge VILLARINO MARZO, “Cuarta generación de derechos: reflexiones sobre la libertad de expresión en Internet”, *Revista de las Cortes Generales*, 100-102, (2017), p. 50.

En mi opinión, los derechos relativos a la protección del medio ambiente no comparten un núcleo común con los propios de la revolución tecnológica. Por ello, es más acertada la clasificación de otro sector de la doctrina que cataloga estos derechos como de cuarta generación. En palabras de Bustamante Donas se denomina cuarta generación de los derechos humanos a:

«La expansión del concepto de ciudadanía digital, que presta tres dimensiones. En primer lugar, como ampliación de la ciudadanía tradicional, enfatizando los derechos que tienen que ver con el libre acceso y uso de la información y conocimiento, así como la exigencia de una interacción más simple y completa con las Administraciones Públicas a través de las redes telemáticas. En segundo lugar, ciudadanía entendida como lucha contra la exclusión digital, a través de la inserción de colectivos marginales en el mercado de trabajo en una sociedad de la información (...). Por último, como un elemento que exige políticas de educación ciudadana, creando una inteligencia colectiva que asegura una inserción autónoma a cada país en un mundo globalizado»³⁰⁵¹.

Estos derechos, como bien señala Gómez Sánchez, proceden de la revolución tecnológica, y no son producto de la evolución política como si había ocurrido en las generaciones anteriores³⁰⁵². Los derechos de cuarta generación suponen el nacimiento de nuevos derechos propios de la sociedad digital, pero también influyen en el ejercicio de los derechos de primera, segunda y tercera generación, adaptándolos a las posibilidades del ciberespacio³⁰⁵³. Por tanto, habría que hablar de una cuarta generación de derechos humanos³⁰⁵⁴ como consecuencia del desarrollo tecnológico de Internet, y todas las innovaciones derivadas del mismo (Big Data, Cloud Computing, o el IoT), y las propias de la Revolución Digital (inteligencia artificial, robótica y avances en las ciencias

³⁰⁵¹ Vide Javier BUSTAMANTE DONÁS, “Hacia la cuarta generación de derechos humanos: repensando la condición humana en la sociedad tecnológica”, *Revista Iberoamericana de Ciencia, Tecnología, Sociedad e Información*, 1, (2001), pp. 2 y ss.

³⁰⁵² Vide Yolanda GÓMEZ SÁNCHEZ, “La protección de los datos genéticos: el derecho a la autodeterminación información”, *Derecho y Salud*, 16, (2008), p. 69.

³⁰⁵³ Vide Javier BUSTAMANTE DONÁS, “Hacia la cuarta generación de derechos humanos: repensando la condición humana en la sociedad tecnológica”, *Revista Iberoamericana de Ciencia, Tecnología, Sociedad e Información*, 1, (2001), pp. 3 y ss.

³⁰⁵⁴ Vide Isaías Jorge ACTA ÁGUILA, “Internet: un Derecho Humano de cuarta generación”, *Revista de derecho y ciencias sociales*, 5, (2011), p. 48.

biológicas). Así, en un paralelismo mucho más claro y evidente, la III y la IV Revolución Industrial serían las propulsoras del nacimiento de los derechos de cuarta generación.

En la doctrina no existe consenso acerca de los derechos que integran esta cuarta generación de derechos. Es más, ni siquiera se establece un orden lógico de relación, sino que, se pasa de la protección de datos al derecho de acceso a Internet, y entre medias se cita el derecho a la libertad de expresión e información³⁰⁵⁵. O, para quién los derechos de cuarta generación incluyen el derecho a la identidad digital, el derecho al olvido, el derecho al domicilio digital, o el derecho al testamento digital, sin hacer una referencia previa al derecho de acceso a Internet puramente dicho³⁰⁵⁶. No obstante, la falta de desarrollo suficiente de la IV Revolución Industrial impide ofrecer una lista cerrada de los derechos que configuran esta nueva generación, pero si que se puede hacer un acercamiento a la regulación que estos deben experimentar.

En este sentido, dentro de estos derechos hay que distinguir entre cuatro grandes grupos: los derechos derivados de Internet, de protección de datos, los derivados de la inteligencia artificial y la robótica, y aquellos basados en el avance de las ciencias biológicas. A partir de esta clasificación se pueden extraer ciertos derechos nucleares que pueden derivar en un mayor desarrollo en el futuro. El desarrollo de estos derechos será objeto de concreción en un apartado posterior de este capítulo.

2. La formalización del nuevo compromiso entre clases sociales y grupos de interés.

2.1. La Constitución de 1978: ¿adaptación o nueva redacción?

La sociedad española ha evolucionado tanto en los últimos cincuenta años, más aún si se tienen en cuenta los déficits que ha ido arrastrando en su progreso, que habría que comenzar a cuestionarse la falta de adaptación del texto constitucional a la realidad

³⁰⁵⁵ Vide Jorge VILLARINO MARZO, “Cuarta generación de derechos: reflexiones sobre la libertad de expresión en Internet”, *Revista de las Cortes Generales*, 100-102, (2017), p. 50.

³⁰⁵⁶ Vide Juan Carlos RIOFRÍO MARTÍNEZ-VILLALBA, “La cuarta ola de derechos humanos: los derechos digitales”, *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, 35, (2014), p. 31.

vigente³⁰⁵⁷. La Constitución fue fruto de un consenso político que ha aportado paz y estabilidad social durante más de cuarenta años, pero, sus preceptos (o la lectura que se hace de ellos) cada día están más lejos adaptarse a las necesidades actuales. Por esta razón lo ideal sería promulgar una nueva Constitución que amparara los nuevos principios y valores sobre los que debe constituir el Estado de la sociedad de digital. No obstante, el problema no es tanto el texto constitucional, como la interpretación literal que hace el poder judicial sobre los derechos que recoge³⁰⁵⁸. El texto es lo suficientemente ambiguo como para abarcar una cobertura racional de los derechos sociales, aunque sea necesario adaptarla a las nuevas necesidades sociales encarnados en los derechos de cuarta generación.

Sin embargo, de forma concomitante a la defensa de la necesidad de promulgar un nuevo texto constitucional, me arrepiento de inmediato de lo manifestado. La situación económica, social, y especialmente, política de España no permite (ni ahora, ni a corto plazo) la redacción de una nueva Constitución³⁰⁵⁹. Es impensable que, en pleno auge de los populismos y sumida la población en una crisis de pérdida de confianza en los partidos tradicionales, pueda llegar a buen puerto este proyecto. Por esta razón, no me cabe otra opción que defender su reforma y aunque mi objetivo no deja de tener ciertos tintes utópicos, al menos rebaja en un nivel la posibilidad de crear un texto íntegramente nuevo.

La reforma de la Constitución tiene que dirigirse a encarnar los valores y principios³⁰⁶⁰ que reclama la sociedad digital dentro de las instituciones³⁰⁶¹, es decir, tanto

³⁰⁵⁷ Vide José Ramón GARCÍA HERÁNDEZ, “La mala salud de hierro de la democracia representativa en la España Constitucional”, en Benigno PENDAS GARCÍA, *España constitucional (1078-2018) trayectorias y perspectivas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, p. 1500.

³⁰⁵⁸ Vide Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, “Derecho público tras la crisis económica en el Estado social y democrático: Estado de Bienestar y servicios de interés general”, en XIX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, *Crisis y Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, p. 81: «Si eso es así se comprende que la aproximación a la vinculación del legislador por los principios rectores del orden social o derechos sociales del Capítulo III, no pueden ser tan libres como para despreñar ese clave de bóveda, es decir, para no tener en cuenta la pieza básica del contrato social en que consiste la Constitución 1978, considerándola un adorno ineficaz por una supuesta falta de efecto vinculante de los derechos sociales».

³⁰⁵⁹ Vide Eduardo BANDRÉS MOLINÉ, *El Estado de Bienestar en España: entre los logros del pasado y la oportunidad de las reformas*, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1998, p.34.

³⁰⁶⁰ Vide Manuel VILLORIA MENÉNDEZ, “Desarrollo, buen gobierno y transparencia: revisión conceptual”, *Tiempo de Paz*, 114, (2014), p. 8.

³⁰⁶¹ Vide Isaac MARTÍN DELGADO, *La reforma de la Administración electrónica: una oportunidad para la innovación desde el Derecho*, INAP, Madrid, 2017, pp. 7 y ss.

la transparencia³⁰⁶² y el buen gobierno³⁰⁶³, como la participación de los ciudadanos en la toma de decisiones públicas³⁰⁶⁴. La Carta Magna tiene que proveer de unas instituciones sólidas cuya actuación coordinada respete los valores superiores del ordenamiento jurídico. A la par, hay que reformar los derechos sociales para concretarlos y adecuarlos a las necesidades imperantes, y de igual manera, la estructura que configura el Estado de Bienestar español. Una vez finalizado ese proceso, habrá que abarcar el proceso de incorporar los derechos de cuarta generación al texto constitucional.

2.2. La democracia digital.

La democracia se encuentra sumergida en una profunda crisis por ahora dormida, al igual que el resto de los pilares sobre los que se erige el Estado, pero que no tardará demasiado en despertar³⁰⁶⁵. El auge de los populismos en nuestro país no es más que la consecuencia de una sociedad cansada de la inacción de los poderes públicos para preservar el bienestar³⁰⁶⁶. En este sentido, señala la doctrina que los restos de la democracia actual son: la determinación de los requisitos que confieren legitimidad a los agentes públicos; y el establecimiento de criterios que favorezcan nuevas formas de intervención y participación en las decisiones públicas³⁰⁶⁷.

³⁰⁶² Vide Lorenzo COTINO HUESO, “El derecho fundamental de acceso a la información, la transparencia de los poderes públicos y el Gobierno Abierto. Retos y oportunidades”, en Julián VALERO TORRIJOS y Manuel FERNÁNDEZ SALMERÓN, *Régimen jurídico de la transparencia en el Sector Público: del derecho de acceso a la reutilización de la información*, Aranzadi, Navarra, 2014, p. 39.

³⁰⁶³ Vide Carlos M. RODRÍGUEZ SÁNCHEZ “Exposición general del significado y alcance del principio de transparencia y de su regulación internacional y en España, “; en Isaac MARTÍN DELGADO, *Transparencia y acceso a la información pública: de la teoría a la práctica*, Iustel, Madrid, 2019, p. 49.

³⁰⁶⁴ Vide Jacinto M. PORRO GUTIÉRREZ, “La participación ciudadana no es una opción”, en María ZAMBONINO PULITO, *Buen gobierno y buena administración*, Iustel, Madrid, 2019, p. 133.

³⁰⁶⁵ Vide Daniel INNERARITY, “La democracia amenazada”, *El País Digital*, 14 de noviembre de 2018.

³⁰⁶⁶ Vide Leopoldo TOLIVAR ALAS, “Estado de Derecho: defensa frente al populismo y la corrupción”, en Antonio FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica*, Real Academia de jurisprudencia y legislación, Madrid, 2019, pp. 5 y ss.

³⁰⁶⁷ Vide Rafael DE ASÍS ROIG, “Algunos de los retos del constitucionalismo del S. XXI: especial atención a los derechos humanos”, en Luciano José PAREJO ALFONSO y José VIDA FERNÁNDEZ, *Los retos del Estado y la Administración en el S. XXI: libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 420.

No cabe duda de que “*la democracia está experimentando una desestabilización de su naturaleza*”³⁰⁶⁸, como consecuencia del crecimiento de las desigualdades y el descontento generalizado de la población con la clase política. En este sentido, la reducción de las políticas de protección social está teniendo efectos sobre el sistema democrático español, en tanto que, se ha instaurado en la sociedad escepticismo y desconfianza del Estado Social. De este modo, los poderes públicos se encuentran sumergidos en una profunda crisis de valores que va más allá de las causas que cuestionan su legitimidad como los problemas derivados de la globalización, la decadencia o falta de representación de los gobiernos, el crecimiento de las desigualdades sociales, la desaparición de las clases intermedias, o la corrupción del sistema³⁰⁶⁹.

Hasta el momento, la Constitución ha posibilitado un consenso político suficiente que ha permitido, dentro de un espacio político liberal, la convivencia con otros principios como la justicia, el pluralismo político, o el progreso social. Sin embargo, la democracia representativa está cada día más cuestionada por la falta de identificación de la clase política respecto de los intereses sociales³⁰⁷⁰. Obviando en cada reforma la necesidad de encontrar una mayor aceptación de sus decisiones por parte de los ciudadanos. Las pretensiones de participación política de la sociedad de la Era Digital no se satisfacen eligiendo únicamente a sus representantes políticos, sino que, instan a tener una colaboración más efectiva sobre las decisiones que les afectan.

Por esta razón, ante el supuesto de una hipotética reforma de la Constitución hay que modificar el modelo de representación ciudadana que queremos implantar en nuestras instituciones. En mi opinión, quizá los cambios no están tanto destinados a buscar un modelo que cuente con mayor legitimidad, como en adecuar el sistema a los recursos del S. XXI. En este sentido, aunque en los medios de comunicación se habla con mucha

³⁰⁶⁸ Vide Álvaro DELGADO GAL, ¿Democracia en crisis o sociedad en crisis?, en Benigno PENDAS GARCÍA, *España constitucional (1078-2018) trayectorias y perspectivas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, p. 1491.

³⁰⁶⁹ Vide Yuri KAZEPOV y Domenico CARBONE, *Che cos'è il welfare State*, Crocci editori, Bussole, 2018, p. 145.

³⁰⁷⁰ Vide José Ramón GARCÍA HERÁNDEZ, “La mala salud de hierro de la democracia representativa en la España Constitucional”, en Benigno PENDAS GARCÍA, *España constitucional (1078-2018) trayectorias y perspectivas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, p. 1510: «representar es procurar una imagen fiel de una sociedad, como lo es la española, muy exigente en términos democráticos, y conseguir dentro de los parámetros de honestidad y justicia la mejor consecución de los objetivos sociales con unas circunstancias cambiantes, y a veces, agobiantes».

facilidad de instaurar una tecnocracia³⁰⁷¹, no se reflexiona lo suficiente sobre los problemas de inmovilismo y estancamiento de las políticas que este sistema plantea. En consecuencia, tiene mucho más sentido solucionar los problemas que la democracia representativa plantea, aumentando la participación ciudadana en la toma de decisiones públicas, y adecuando la vinculación de la voluntad que el pueblo decida al poder discrecional de los poderes públicos para aplicarla.

La democracia representativa tiene que dar el salto digital que se está pidiendo al resto de poderes del Estado³⁰⁷². La Revolución Internet y la consolidación del ciberespacio posibilitan aumentar la participación ciudadana en la toma de decisiones públicas. Esto sin duda permite una mayor inclusión de la sociedad en los asuntos públicos y fomenta el consenso generalizado de las decisiones que se adopten, otorgándole mayor legitimidad a la actividad de los poderes públicos. Además, las herramientas que proporciona la Revolución Digital permiten el análisis y gestión de estos datos de una forma sencilla y simple. Los datos se han convertido en el nuevo aliado de las democracias para gozar de legitimidad frente a los ciudadanos, permitiendo avalar las actuaciones de los poderes públicos con un fundamento y motivación suficiente para que sean aceptados por el conjunto³⁰⁷³.

Sin embargo, este nuevo modelo de democracia lleva aparejado otros compromisos, como valores nuevos que se tienen que implantar constitucionalmente para preservar su respeto por parte de todas las instituciones³⁰⁷⁴. La transparencia de las instituciones (que no la publicidad o el acceso a la información pública³⁰⁷⁵) debe ser la base sobre la que se edifique este nuevo sistema de gobierno. En la sociedad digital no tiene cabida que se oculten los datos, o que se pongan trabas administrativas a los

³⁰⁷¹ Vide Sandra LEÓN, “Populismo y tecnocracia”, *El País Digital*, 12 de julio de 2017.

³⁰⁷² Vide Rafael DE ASÍS ROIG, “Algunos de los retos del constitucionalismo del S. XXI: especial atención a los derechos humanos”, en Luciano José PAREJO ALFONSO y José VIDA FERNÁNDEZ, *Los retos del Estado y la Administración en el S. XXI: libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 410.

³⁰⁷³ Vide María José CORCHETE MARTÍN, “La participación ciudadana en los asuntos públicos”, *Deusto*, 63, (2015), pp. 110 y ss.

³⁰⁷⁴ Vide Dolors CANALS AMETLLER, “El proceso normativo ante el avance tecnológico y la transformación digital (inteligencia artificial, redes sociales y datos masivos)”, *Revista general de Derecho Administrativo*, 50, (2019), p. 10.

³⁰⁷⁵ Vide Julián VALERO TORRIJOS y Juan Ignacio CERDÁ MESEGUER, “Transparencia, acceso y reutilización de la información ante la transformación digital del sector público: enseñanzas y desafíos en tiempos del Covid-19”, *Eunomía*, 19, (2020), p. 105.

ciudadanos para consultar la información pública³⁰⁷⁶. El carácter transparente de los datos es lo que permitirá dotar de la suficiente confianza social para asegurar la durabilidad de este modelo democrático. En este sentido, ya se apuntaba en el tercer capítulo de la tesis la necesidad de ampliar los canales y vías de participación ciudadana dentro del ciberespacio, y especialmente, la creación de un ágora digital³⁰⁷⁷.

Con posterioridad, el procedimiento es sencillo, siempre y cuando se cuente con los recursos y herramientas necesarias: consiste en combinar los datos obtenidos por estos canales de participación con los propios de las instituciones utilizando las herramientas de Big Data, algoritmos y el uso de la inteligencia artificial para convertirlo en información dotada de valor. En este sentido, legislar o desarrollar políticas públicas que se adapten a las necesidades de la población y que cuenten con aprobación suficiente³⁰⁷⁸, incluso antes de que sean adoptadas, no había sido nunca posible en nuestro ordenamiento jurídico. Tal y como ya se adelantaba, el Gobierno Abierto³⁰⁷⁹ y el Parlamento Abierto³⁰⁸⁰, aunque más bien su evolución superior en perspectiva digital o de utilización de los recursos digitales, son las instituciones que mejor encarnan los valores e instituciones democráticas de esta nueva sociedad.

2.3. La protección del Estado de Bienestar y los derechos sociales.

2.3.1. El Estado de Bienestar “constitucionalizado”.

La primera reforma de la Constitución no puede sino ir encaminada a perfeccionar y garantizar la protección del Estado de Bienestar español. A lo largo de estas páginas, se

³⁰⁷⁶ Vide Agustí CERRILLO I MARTÍNEZ, “Gobierno Abierto”, *A las puertas de la Administración Digital: una guía detallada para la aplicación de las Leyes 39/2015 y 40/2015*, INAP, Madrid, 2016, p. 164.

³⁰⁷⁷ Vide Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, “Retos, riesgos y oportunidades de la sociedad digital”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO y José Luis PIÑAR MAÑAS, *Sociedad digital y derecho*, o.c., p. 37.

³⁰⁷⁸ Vide Luis ARROYO JIMÉNEZ, “Participación electrónica y elaboración de normas administrativas en España y en los Estados Unidos de América”, en Isaac Martín delgado, *La reforma de la Administración electrónica: una oportunidad para la innovación desde el derecho*, o.c., p. 239.

³⁰⁷⁹ Vide César CALDERÓN y Sebastián LORENZO, *Open Government-Gobierno Abierto*, Algón, Madrid, 2010, p. 11.

³⁰⁸⁰ Vide Rafael RUBIO NÚÑEZ y RICARDO VELA NAVARRO-RUBIO, “Parlamento Abierto en España”, *Revista General de Derecho Constitucional*, 27, (2018), pp. 46-52.

defendía que la concreción del Estado de Bienestar proviene de la determinación del Estado como “social” y que ese carácter debía inspirar la actividad de los poderes públicos (artículo 1.1. CE). Sin embargo, es evidente que esa concreción es insuficiente para preservar el elemento teleológico que este protege. El Estado de Bienestar debe estar reconocido en la Constitución como el motor de las actuaciones de los poderes públicos, literalmente es el corazón que lleva y mueve los valores del Estado Social para todos los ciudadanos.

Sin embargo, para mi lo más asombroso es que, a lo largo de su historia, el Estado de Bienestar no se ha tratado como un único órgano de provisión social constituido por diversos pilares. Al contrario, se ha legislado pensando de forma independiente en cada una de sus estructuras de protección social. En consecuencia, no ha existido una política común destinada al Estado de Bienestar que proveyera de protección suficiente a ese interés general que se proclama en el Estado social, provocando que el desarrollo legislativo de forma independiente terminara distorsionando el cometido principal de éste.

En este sentido, el legislador ha centrado su atención en un problema de un colectivo concreto, e intentado buscar soluciones viables en atención a los recursos disponibles. Pero, se ha olvidado de encontrar la causa que lo provoca para eliminarlo, y evitar que se vuelva crónico dentro del sistema. A modo de ejemplo, cuando la población activa tiene problemas para encontrar trabajo la solución rápida es dotar de una ayuda social durante un tiempo determinado, para socorrer a esas personas que han agotado sus prestaciones sociales. Sin embargo, el legislador debería pensar si no sería más eficaz invertir la dotación de esas ayudas en formación y adquisición de competencias para que el retorno al mercado laboral se produzca lo más pronto posible. No obstante, ambas fórmulas no son incompatibles, sino que pueden ser concomitantes: reduciendo la prestación social en a proporción necesaria para permitir la formación también. De este modo, a la larga, el sistema se beneficia de emplear el dinero público de una forma más eficiente.

El Estado de Bienestar debe comprenderse como un todo orgánico, donde cada uno de sus pilares se configura como una extremidad o parte del mismo. Por tanto, no caben interpretaciones aisladas o paralelas de cada una de sus estructuras de protección, sino un entendimiento conjunto de lo que implica el bienestar para la sociedad. Por esta

razón, defiendo la creación de un título del texto destinado únicamente a la promulgación y concreción del Estado de Bienestar español.

El Estado de Bienestar no puede ser considerado nunca más como una estructura simbólica, o como el último fin de las políticas de protección social. La trascendencia que ha adquirido este para el desarrollo de la sociedad moderna merece su consagración, preservación y protección como un órgano propio del Estado. El Estado de Bienestar debe convertirse en una estructura sólida de proporción de bienestar social, con un proyecto firme a largo plazo, y con una programación política concreta para alcanzar los objetivos previstos. El desarrollo del Estado del Bienestar no puede estar motivado por la situación económica del mismo, lo que no implica que condicione su desarrollo, pero nunca debe ser el fundamento que promueva los cambios dentro del sistema.

A la par, el hecho de reconocerlo como una estructura superior implica diseñar el régimen de competencias y funciones³⁰⁸¹ de acuerdo con ese bien jurídico que protege. No se puede abarcar una reformulación del Estado de Bienestar, sin reformar la causa que provoca el efecto: éste es una proyección de la configuración y organización de la estructura territorial y funcional del Estado³⁰⁸². La Administración General del Estado es la que tiene que asumir la protección última del Estado de Bienestar³⁰⁸³. Esta debe garantizar la igualdad de todos los ciudadanos, y la uniformidad en el tratamiento de la cuestión, especialmente³⁰⁸⁴, homogenizando el régimen de prestaciones, sentando las bases comunes para todo el territorio, y removiendo los obstáculos que interfieren en el nivel de calidad y cantidad de los servicios que se presten³⁰⁸⁵.

Ahora más que nunca, es necesario replantear la estructura, los servicios y el modelo de financiación del Estado de Bienestar. La falta de recursos económicos parece

³⁰⁸¹ Vide Miriam CUETO PÉREZ, “Organización administrativa y crisis económica”, en José Luis PIÑAR MAÑAS, *Crisis económica y crisis del Estado de Bienestar: el papel del derecho administrativo*, Reus, Madrid, 2013, p. 380.

³⁰⁸² Vide Enrique GIMÉNEZ-REYNA, *La financiación de las Comunidades Autónomas: reflexiones para su revisión*, Reus, Madrid, 2018, p. 125; Vide Miguel SÁNCHEZ MORÓN, “¿Deben suprimirse las Diputaciones Provinciales?”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 65, (2018), p. 51

³⁰⁸³ Vide José María DÍAZ-PULIDO, Eloísa del PINO NAVARRO, y Pau PALOP, “Los determinantes de la satisfacción con las políticas de bienestar del Estado autonómico”, *Reis*, 139, (2012), p. 58.

³⁰⁸⁴ Vide Nerina DRINDRIN, “Salvaguardare il sistema di welfare, riconvertisse le risorse”, *Politiche sanitarie*, 13, (2012), pp. 104 y ss.

³⁰⁸⁵ Vide Juan A. GIMENO ULLASTRE, “La incidencia redistributiva del gasto público en España”, Rafael MUÑOZ DEL BUSTILLO, *El Estado de Bienestar en el cambio de Siglo*, Alianza, Madrid, 2000, pp. 280 y ss.

ser la culpable de esta decadente situación, pero nadie repara en el origen de ese problema. El presupuesto económico es limitado en todos los Estados, ninguno dispone de recursos ilimitados para ejercitar sus políticas. Por ello, hay que apostar por una racionalización de los recursos y reducir el gasto público sobre aquellas instituciones, actividades o servicios en los que exista una desproporción sobre sus efectos y los principios de eficacia y eficiencia. En este sentido, encontrar soluciones a la falta de recursos del Estado de Bienestar pasa también por rediseñar su estructura, funciones y los servicios públicos del Estado.

Además, el Estado de Bienestar debería tener garantizado constitucionalmente un mínimo de presupuesto del PIB, en este caso reflejado en una horquilla de porcentajes sobre cada uno de los pilares que lo constituyen. En este sentido, ajustar el dinero público que se destina a la protección del individuo a un factor como el PIB, y no a una cuantía fija, permite que las políticas de desarrollo se adapten a los ingresos generales del Estado. A la vez, garantiza la libertad del legislador para decidir cómo invierte ese dinero dentro de las estructuras sociales. De conformidad con esto, el Estado de Bienestar tiene que tener asignado por ley un gasto público³⁰⁸⁶ anual (o bianual, que quizá tendría más sentido si es programática la consecución de objetivos), de forma totalmente detallada y especificada sobre donde se invierte ese presupuesto. Así, al igual que ocurre con el resto de las funciones del Estado, donde nadie cuestiona el montante del gasto en seguridad, o lo que cuesta realizar unas elecciones; simplemente el gasto se asume porque es necesario para preservar el Estado Democrático y de Derecho.

La transparencia de las instituciones es la base sobre la que se sustenta la implementación de este tipo de control institucional. En la actualidad no se puede constatar con exactitud cuánto implica el gasto del Estado del Bienestar, no existe un presupuesto conjunto que aúne las políticas (y su correlativo gasto) de protección y provisional de bienestar social en todo el territorio. El ciudadano tiene el derecho de conocer con exactitud dónde y cómo se invierte el dinero público. En este sentido, una vez que la sociedad digital cuente con mayores recursos, especialmente con la implantación de la Administración Digital, será más fácil analizar, controlar y publicar el destino de estas políticas públicas.

³⁰⁸⁶ *Vide* Juli PONCE SOLÉ, “Reforma constitucional y derechos sociales: la necesidad de un nuevo paradigma en el derecho público español”, *Revista española de Derecho Constitucional*, 111, (2017), p. 95.

Sin embargo, a diferencia del régimen actual, es necesario establecer criterios de verificación de la satisfacción y repercusión que esas políticas públicas están teniendo en los ciudadanos. No obstante, habrá que tener en cuenta distintas variables, especialmente, las sociodemográficas³⁰⁸⁷, socioeconómicas e ideológicas de la población³⁰⁸⁸, para analizar esos resultados. De este modo, aunque se defiende que el Estado de Bienestar va a generar obligaciones de medios, sí que hay que apostar por constatar la eficiencia y eficacia de las prestaciones³⁰⁸⁹, para mejorar de forma constante la prestación de estos servicios públicos.

2.3.2. Los derechos sociales: su carácter (ir)reversible y la intervención del Estado Administrativo.

Desde la formalización del contrato social en la Constitución de 1978, esta ha sido el motor de desarrollo del Estado Social en nuestro país (artículo 1.1 CE). La concreción en el texto de los distintos derechos sociales, y su desarrollo legislativo, son los que han configurado el Estado de Bienestar. Sin embargo, tal y como advierte la doctrina:

«el Estado Social no es, un efecto, una magnitud, una cantidad, una extensión, sino una cualidad»³⁰⁹⁰.

Por ello, cuando la Constitución promulga el “Estado Democrático, Social y de Derecho”, instaura estos principios como la razón que debe motivar cualquier acto que se preste o desarrolle dentro de su ámbito de aplicación. Pero, no existe una medida que permita cuantificar el atributo “de social” que promueven sus instituciones. La Constitución no establece un conjunto de criterios que permitan verificar si se cumplen o no con sus previsiones sociales, sino que, por el contrario, se limita a reconocer una serie

³⁰⁸⁷ Vide Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, *Reconstrucción y gestión del sistema de salud*, Comares, Granada, 2015, p. 39 y ss.

³⁰⁸⁸ Vide José María DÍAZ-PULIDO, Eloísa del PINO NAVARRO, y Pau PALOP, “Los determinantes de la satisfacción con las políticas de bienestar del Estado autonómico”, *Reis*, 139, (2012), pp. 46 y ss.

³⁰⁸⁹ Vide Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “Prólogo” en Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ (Dir), *Profesionales de la salud. Problemas jurídicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 13 y ss.

³⁰⁹⁰ Vide Luciano ALFONSO PAREJO, “El Estado social administrativo: algunas reflexiones sobre la “crisis” de las prestaciones y de los servicios públicos”, *Revista de Administración Pública*, 153, (2000), p. 221.

de derechos, en unos casos como derechos subjetivos, y en otros, como principios rectores de la actividad del Estado³⁰⁹¹.

La falta de concreción del texto constitucional de los límites de la configuración del Estado Social ha permitido que sean las políticas públicas las que amplíen y aminoren su concreción. Hasta el punto de que, se ha llegado a defender que los derechos sociales no son auténticos derechos, y que por tanto su desarrollo se encontraba condicionado a los recursos económico-financieros³⁰⁹², apoyando la reversibilidad de los mismos³⁰⁹³.

De este modo, como si los derechos sociales tuvieran una jerarquía inferior que el resto de los derechos y, más que una facultad de los ciudadanos se tratara de un premio que le concede el Estado por su buen comportamiento en sociedad. De igual manera, la falta de determinación y concreción del derecho, como ocurre con la protección de la salud y de la asistencia social, ha impedido una concreción del mínimo indisponible de los mismos, y una interpretación expansiva de su contenido.

En este sentido, se apoya por la doctrina que el desarrollo y puntualización legal de estos derechos del orden económico social irían en contra del pluralismo político y de la democracia, al impedir la posibilidad de diversas opciones de la configuración social. De manera que, el legislador tiene un amplio margen para restringir, adecuar, o eliminar las prestaciones sociales³⁰⁹⁴, pero no es ilimitado, sino que está sujeto a actuaciones no arbitrarias, discriminatorias o desproporcionadas³⁰⁹⁵. Lo que, implícitamente supone su

³⁰⁹¹ Vide Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, “Derecho público tras la crisis económica en el Estado social y democrático: Estado de Bienestar y servicios de interés general”, en XIX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, *Crisis y Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, p. 91

³⁰⁹² Vide Luciano ALFONSO PAREJO, “El Estado social administrativo: algunas reflexiones sobre la “crisis” de las prestaciones y de los servicios públicos”, *Revista de Administración Pública*, 153, (2000), p. 225.

³⁰⁹³ Vide STC 49/2015, de 5 de marzo, Voto particular: «Señalada la inviabilidad de la irreversibilidad absoluta, no es aceptable, sin más, su opuesto, la reversibilidad incondicionada o, lo que es lo mismo, el reconocimiento al legislador de una libertad omnimoda al respecto; lo que es perfectamente admisible es que la aplicación de la legislación ordinaria esté presidida por un principio interpretativo restrictivo de los eventuales recortes sociales. No ha de olvidarse que es el legislador el máximo responsable de que los principios rectores constitucionales desplieguen toda su eficacia jurídica; esto es, la Constitución configura derechos sociales jurídicamente exigibles, pues no de otra forma puede entenderse el art. 53.3 CE, que expresamente ha querido remitir la decisión sobre la concreción en derechos de los principios socioeconómicos constitucionales al plano de la legislación ordinaria».

³⁰⁹⁴ Vide Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, “Estado del Bienestar y derecho sociales en un mundo transnacional”, en Benigno PENDAS GARCÍA, *España constitucional (1078-2018) trayectorias y perspectivas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, p. 737.

³⁰⁹⁵ Vide Marcos VAQUER CABALLERÍA, “Derechos sociales, crisis económica y principio de igualdad”, *Informe comunidades autónomas*, (2011), pp. 85 y ss.

adecuación a las posibilidades reales de los recursos económico-financieros de la comunidad³⁰⁹⁶. Así, tal y como afirma la doctrina:

«Frente a ello podría sostenerse que los principios rectores, por su propia ubicación en el Título I de la Constitución y por ser la concreción del valor superior de la igualdad y la idea de Estado social y democrático, tienen una resiliencia que impide su plena y absoluta disponibilidad por el legislador o, en todo caso, que la forma en que puede disponer de ellos exige adaptarlos a las necesidades del momento cuando sea indispensable, pero en disposición de recuperar el alcance y virtualidad ya conseguidos, tan pronto como sea posible»³⁰⁹⁷.

La realidad es que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sólo ha ayudado a refrendar esta postura, olvidándose por completo de ese valor supremo que debe inspirar las políticas del legislador³⁰⁹⁸. Hasta el momento, no ha entrado a resolver la cuestión de la reversibilidad o no de los derechos sociales³⁰⁹⁹. Su postura (hasta ahora incomprensible) se basa en defender que los derechos sociales son reversibles siempre que exista “razón suficiente”, y siempre en atención a las circunstancias económicas del

³⁰⁹⁶ Vide Francisco LÓPEZ MENUDO, “Los derechos sociales en los estatutos de Autonomía”, *Revista Andaluza de Administración pública*, 73, (2009), p. 185.

³⁰⁹⁷ Vide Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, “Derecho público tras la crisis económica en el Estado social y democrático: Estado de Bienestar y servicios de interés general”, en XIX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, *Crisis y Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, p. 76.

³⁰⁹⁸ Vide STC 81/1982, de 21 de diciembre, FJ 3: *«Dado el carácter social y democrático del Estado de Derecho que nuestra Constitución erige y la obligación que al Estado imponen los arts. 9.2 y 35 de la Constitución de promover la condiciones para que la igualdad de los individuos y los grupos sean reales y efectivas y la promoción a través del trabajo, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón del sexo, debe entenderse que no se puede privar al trabajador sin razón suficiente para ello de las conquistas sociales ya conseguidas».*

³⁰⁹⁹ Vide Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, “Estado del Bienestar y derechos sociales en un mundo transnacional”, en Benigno PENDAS GARCÍA, *España constitucional (1078-2018) trayectorias y perspectivas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, p. 738: *«En lo que hace nuestro TC, tampoco acaba de encontrar el papel que le correspondería en la interpretación de su función en relación con la legislación relativa a tales derechos. Ninguna duda cabe de que el intérprete supremo de la Constitución debe tener una especial deferencia en este campo con el legislador. Pero esa deferencia no puede llegar a tal punto de que no se percate del enorme significado y relevancia que los derechos sociales juegan en nuestro modelo constitucional».*

momento que son principios imperativos para la propia viabilidad y eficacia de estos derechos³¹⁰⁰.

Sin embargo, ni siquiera se restringen los instrumentos de regresión autorizados, pudiendo ser desde normas con rango legal, reglamentario, o a través de políticas públicas relativas a la organización de los servicios públicos que afectan a la cantidad o calidad de esas prestaciones³¹⁰¹. No obstante, hay un sector de la doctrina que defiende que ante la posibilidad de que se produzcan estos recortes sociales, tiene que existir una contraprestación a la supresión de estos derechos³¹⁰² y, en ningún caso se puede atacar al núcleo indisponible³¹⁰³ de los derechos socioeconómicos³¹⁰⁴.

En consecuencia, la doctrina y la jurisprudencia defienden el carácter reversible de los derechos sociales en base a cuatro argumentos: en primer lugar, que la Constitución no los reconoce como auténticos derechos subjetivos³¹⁰⁵; en segundo lugar, dependen de la disponibilidad de recursos económicos para su satisfacción³¹⁰⁶; en tercer lugar, los derechos sociales dependen del desarrollo programático³¹⁰⁷ de los poderes públicos³¹⁰⁸; y en cuarto lugar, se cuestiona la legitimidad del Estado social administrativo³¹⁰⁹. Sin

³¹⁰⁰ Vide SSTC 65/1990, de 7 de mayo, FJ9 Y 128/2009, de 1 de junio, FJ 4.

³¹⁰¹ Vide Juli PONCE SOLÉ, *El derecho y la (ir) reversibilidad limitada de los derechos de los ciudadanos. Las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social*, INAP, Madrid, 2013, p. 24.

³¹⁰² Vide Juan Luis BELTRÁN AGUIRRE, "Prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud: aspectos jurídicos", *Derecho y Salud*, 2, (1994), p. 89.

³¹⁰³ Vide STC 37/1994, de 10 de febrero, FJ 3, en referencia al artículo 41 CE: «En otros términos, el referido precepto consagra en forma de garantía institucional un régimen público "cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, estableciendo... un núcleo o reducto indisponible por el legislador" (STC [32/1981](#), fundamento jurídico 3º), de tal suerte que ha de ser preservado "en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar" (STC [26/1987](#), fundamento jurídico 4º, y [76/1988](#), fundamento jurídico 4º)»

³¹⁰⁴ Vide José Luis CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, "Derechos fundamentales socioeconómicos y prestaciones esenciales", en Iñagi AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA y Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al Prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*, La justicia de Aragón, Zaragoza, 2008, p. 381.

³¹⁰⁵ Vide Eva Mª MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *La Administración al servicio de la justicia social*, Iustel, Madrid, 2016, pp. 63 y ss.

³¹⁰⁶ Vide STC 49/2015, de 5 de marzo, FJ 5.

³¹⁰⁷ Vide Pascual SALA SÁNCHEZ, "La normatividad de la Constitución y sus principales aplicaciones, especialmente la configuración del Estado Social y Democrático de Derecho", en Benigno PENDAS GARCÍA, *España constitucional (1078-2018) trayectorias y perspectivas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, p. 739, p. 913.

³¹⁰⁸ Vide STC 134/1987, de 21 de julio, FJ5.

³¹⁰⁹ Vide Luciano ALFONSO PAREJO, "El Estado social administrativo: algunas reflexiones sobre la "crisis" de las prestaciones y de los servicios públicos", *Revista de Administración Pública*, 153, (2000), p. 238.

embargo, tal y como defiende Ponce Solé³¹¹⁰ todos estos argumentos se caen por su propio peso.

En primer lugar, porque tanto el Tribunal Constitucional³¹¹¹ como el Tribunal Supremo³¹¹² han declarado el carácter vinculante de los preceptos del Capítulo III del título I. En este sentido, los derechos sociales no sólo deben ser reconocidos en la estructura del Estado Social, sino que, imponen auténticos derechos a los ciudadanos. La única salvedad es que estos derechos no obligan a obtener resultados, sino a disponer de los medios necesarios para su consecución. Así, ocurre en el supuesto del derecho a la salud, no se trata de garantizar que nadie tenga ningún padecimiento a lo largo de su vida, sino de dotar los medios necesarios para prevenir y proveer de asistencia sanitaria cuando estos se produzcan. En este sentido, Vaquer Caballería apunta que:

«no podemos seguir haciendo una interpretación tópica del Título I de la Constitución, sobre la que debe primar una interpretación sistemática y finalista capaz de descubrir las relaciones existentes entre ellos al servicio de la dignidad de la persona y de relativizar las fronteras entre derecho de libertad, de participación y de prestación y entre derechos subjetivos y principios objetivos o mandatos del legislador, como propugna la doctrina más progresiva en la materia. En todos los bienes jurídicos protegidos en el título I de la Constitución

³¹¹⁰ Vide Juli PONCE SOLÉ, *El derecho y la (ir) reversibilidad limitada de los derechos de los ciudadanos. Las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social*, INAP, Madrid, 2013, pp. 32 y ss.

³¹¹¹ Vide SSTC 19/1982, de 5 de mayo, FJ 6, y 14/1992, de 10 de febrero, FJ 11.

³¹¹² Vide STS 2325/1986, de 9 de mayo, FJ2: «A la misma conclusión hay que llegar si se trae a colación el artículo 49 de la vigente Constitución española, conforme al cual «los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este título otorga a todos los ciudadanos», derechos entre los que se encuentra, por ejemplo, el de circulación (artículo 19), debiendo recordarse que este mandato del artículo 49, pese a estar incluido bajo la rúbrica «de los principios rectores de la política social y económica», no es una mera norma programática, que limite su eficacia al campo de la retórica política o de la estéril semántica de una declaración demagógica. Porque como ya precisó hace años el Tribunal Supremo norteamericano, en el caso *Trop versus Duller*, «las declaraciones de la Constitución no son adagios gastados por el tiempo; ni una contraseña vacía de sentido. Son principios vitales, vivos, que otorgan y limitan los poderes del Gobierno de nuestra Nación. Son regulaciones del Gobierno». Y esta doctrina, aunque establecida por un Tribunal extranjero con referencia a la Constitución de su país, es perfectamente trasladable a nuestro ámbito para subrayar el sentido de los artículos 9,1 y número 3 de la Disposición Derogatoria de la Constitución española. De manera que ese artículo 49, como los demás de esa misma rúbrica, como la totalidad de los que integran la Constitución, tienen valor normativo y vinculan a los poderes públicos, cada uno en su respectiva esfera, a hacerlos eficazmente operativos».

podemos hallar una diversa combinación de todo ello, por lo que las diferencias son de grado, no de esencia»³¹¹³.

No obstante, lo que más llama la atención es que los tribunales no han una interpretación de los derechos sociales de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales válidamente ratificados por España³¹¹⁴. El artículo 10.2 CE es claro en este sentido, obligando a que los derechos fundamentales y las libertades que se recogen en el texto constitucional deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos y el resto de las normas vinculantes en la materia. Por esta razón, es llamativo que la interpretación que se está realizando de los derechos sociales en nuestro ordenamiento jurídico no está en sintonía con la lectura internacional que se hace de los derechos sociales. No se puede obviar que, como ha sido expuesto en el primer capítulo de esta tesis, la mayor parte de todos estos derechos sociales cuenta con homólogos internacionales, y que han sido objeto de numerosos desarrollos legislativos, jurisprudenciales y doctrinales³¹¹⁵.

En este sentido, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) reconoce en el artículo 11:

«el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Parte tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento».

Y en relación con el artículo 2 se complementa el régimen de estas obligaciones:

³¹¹³ Vide Marcos VAQUER CABALLERÍA, “Derechos sociales, crisis económica y principio de igualdad”, *Informe comunidades autónomas*, (2011), pp. 79 y ss.

³¹¹⁴ Vide Juli PONCE SOLÉ, “Reforma constitucional y derechos sociales: la necesidad de un nuevo paradigma en el derecho público español”, *Revista española de Derecho Constitucional*, 111, (2017), pp. 76 y ss.

³¹¹⁵ Vide Luis Jiménez QUESADA, Estado social: el futuro de la sociedad del bienestar, en Benigno PENDAS GARCÍA, *España constitucional (1078-2018) trayectorias y perspectivas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, p. 1766.

«cada uno de los Estados Parte en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos».

En consecuencia, el PIDESC obliga a que España adopte las medidas necesarias, para “*hasta el máximo de los recursos que disponga*” alcanzar de forma paulatina la efectividad y plena garantía de los derechos sociales. Por esta razón, aunque sí que es cierto que el desarrollo de los derechos sociales depende de los recursos disponibles de acuerdo con un momento histórico-temporal concreto, no implica que la regresión o limitación de estos se permita sin ningún tipo de condición. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha manifestado que los derechos que se incluyen en el PIDESC cuentan con un mínimo núcleo de obligaciones por parte de los Estados, para asegurar que se satisfacen unos niveles esenciales de cada derecho³¹¹⁶. Y, pese a lo dispuesto, una parte de la jurisprudencia y la doctrina española reman en sentido contrario a las corrientes internacionales sobre la interpretación y adecuación que se debe realizar de los derechos sociales.

En segundo lugar, es un error vincular la efectividad de los derechos sociales a los recursos económicos o financieros disponibles, porque no son los únicos derechos que implican una inversión pública para su consecución. En este sentido, los derechos de participación política exigen una gran inversión económica y un fuerte despliegue de la actividad pública; de igual manera, ocurre con las funciones de autoridad del Estado, en lo que se refiere al mantenimiento de las fuerzas y cuerpos de seguridad; y con la

³¹¹⁶ *Vide* COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, Y CULTURALES, Observación General nº3, 14 de diciembre de 1990, párrafo 10: «*si el Pacto se ha de interpretar de tal manera que no establezca una obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser. Análogamente, se ha de advertir que toda evaluación en cuanto a si un Estado ha cumplido su obligación mínima debe tener en cuenta también las limitaciones de recursos que se aplican al país de que se trata. El párrafo 1 del artículo 2 obliga a cada Estado Parte a tomar las medidas necesarias "hasta el máximo de los recursos de que disponga". Para que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas».*

materialización del derecho a la tutela judicial efectiva³¹¹⁷. De este modo, por el mero hecho de tener la naturaleza de derechos sociales no se puede condicionar su ejercicio a la disponibilidad presupuestaria.

La interpretación que realiza el Tribunal Constitucional no tiene un fundamento constitucional, propiamente dicho³¹¹⁸. No existe ningún precepto que condicione estos derechos a la existencia de recursos. Así, en una interpretación extensiva de lo establecido por el Tribunal Constitucional habría que aplicárselo a cualquier derecho constitucional de nuestro ordenamiento y, sin embargo, eso no se concibe.

En tercer lugar, en lo que se refiere al contenido de estos derechos es cierto que la Constitución no es clara en su determinación, pero este carácter se desprende de forma similar de todo el texto constitucional. En este sentido, la Constitución, atendiendo a la naturaleza neutral que tiene en todos los aspectos, no hace pronunciamientos exhaustivos o concretos de los derechos de los ciudadanos. Y, sin embargo, nadie cuestiona su exigibilidad a los poderes públicos. La totalidad de los derechos que se recogen en la Carta Magna han necesitado de un desarrollo legislativo y de interpretaciones jurisprudenciales para aclarar el sentido de las palabras del legislador³¹¹⁹. El lenguaje en

³¹¹⁷ Vide Juli PONCE SOLÉ, *El derecho y la (ir) reversibilidad limitada de los derechos de los ciudadanos. Las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social*, INAP, Madrid, 2013, pp. 35 y ss.

³¹¹⁸ Vide STC 49/2015, de 5 de marzo, FJ 5: «La remisión que la LGSS y la Ley de clases pasivas del Estado hacen a la Ley de presupuestos generales del Estado no es, por tanto, una mera remisión a los efectos de que esta Ley habilite la correspondiente partida del gasto presupuestario, sino que supone el reconocimiento al legislador de un margen de discrecionalidad a la hora de concretar la eventual actualización de la revalorización en función de las circunstancias económicas y sociales en cada momento existentes, todo ello con la finalidad de asegurar la suficiencia y solvencia del sistema de Seguridad Social. Sobre la base de la doctrina constitucional anteriormente expuesta, el legislador no ha hecho sino reconocer que la actualización de la revalorización de las pensiones efectuada al principio del ejercicio pueda ser modulada por la Ley de presupuestos generales del Estado en función de las circunstancias socioeconómicas concurrentes y, por ello, habilita a la Ley de presupuestos para que decida cuál es el alcance de la actualización».

³¹¹⁹ Vide Fernando LÓPEZ RAMÓN, “El derecho subjetivo a la vivienda”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 102, (2014), pp. 62 y ss.: «En definitiva, cada vez parecen existir menos argumentos jurídicos para no concordar con quienes (...) propugnan que los derechos reconocidos en la Constitución son derecho y no otra cosa. La fuerza de las palabras utilizadas, por lo que ellas mismas significan, junto con la fuerza de la conciencia social sobre la necesidad de compromisos exigibles en torno a ciertos valores del texto fundamental, confirmados y potenciados nada menos que en la Declaración Universal de Derechos Humanos, además de en el Derecho comparados, todos ellos son elementos que justifican interpretar que la palabra “derecho” equivale, como es habitual en el lenguaje jurídico, a derecho subjetivo, esto es, a una situación de poder individual susceptible de tutela judicial. Estamos ante un derecho subjetivo que puede ser calificado de constitucional al haberse garantizado en la Constitución, pero no de fundamental con el significado que a esta última categoría se da en la misma Constitución; su efecto esencial, propio de todo derecho subjetivo garantizado en el ordenamiento jurídico, consiste en proporcionar al titular una acción judicial para el reconocimiento de los mismos derechos frente a quien (...) lo desconozca».

sí mismo de la Constitución³¹²⁰ es vago (salvo en contadas excepciones) e indeterminado, por lo que este criterio no puede ser sólo aplicable a los derechos sociales, sino al conjunto del texto constitucional³¹²¹.

Por otro lado, apunta Díez-Picazo que no puede ser el Tribunal Constitucional el que se encarga de determinar el contenido de los derechos sociales, en tanto que, estaría produciéndose una invasión de competencias del poder judicial sobre la de los poderes públicos. Si así fuese, se estaría permitiendo que el poder judicial decidiese sobre el gasto público del Estado³¹²². En otras palabras, si el legislador no proporciona un régimen adecuado para el desarrollo de los derechos, bien sea por falta de previsión presupuestaria, o bien porque no efectúa ningún tipo de desarrollo legislativo, no se puede instar a los tribunales a que realicen una función que no les corresponde.

Sin embargo, tal y como señala Ponce Solé esta afirmación pierde su fundamento, en tanto que, existe una obligación (esta vez si específicamente creada en la Constitución) de los poderes públicos “*para promover las condiciones que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integre sean reales y efectivas*” (art. 9.2 CE). En consecuencia, ¿cómo no se va a poder exigir ante los tribunales que los poderes públicos realicen sus obligaciones? La inactividad pública también puede ser objeto de recurso, con la salvedad de que no se le pueden exigir resultados, pero si el desarrollo de una obligación de medios³¹²³.

En cuarto lugar, Parejo Alfonso señala que el reconocimiento de los derechos sociales no tiene porqué estar vinculado al Estado Administrativo o de provisión de servicios. En otras palabras, que la prestación o el desarrollo de estas actividades puede estar gestionada perfectamente por el mercado, y no asumida como propia de las

³¹²⁰ Vide Ramón TEROL GÓMEZ, Alberto PALOMAR OLMEDA Y Javier VÁZQUEZ GARRANZO, *Constitución española*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, in totum.

³¹²¹ Vide Gerardo Pisarello, *Los derechos sociales y sus garantías*, Trotta, Madrid, 2007, p. 68: «*Que el grueso de la actividad legislativa, jurisdiccional e incluso doctrinal se dedique a elucidar el alcance de los derechos civiles y político no obedece a una suerte de insalvable oscuridad estructural de los derechos sociales, sino a una opción deliberada, muchas veces fundada en simples perjuicios ideológicos. Al igual que se han dedicado códigos, leyes y reglamentos enteros a esclarecer el derecho a la propiedad comprende los tesoros hallados en fundo ajeno, si el derecho a la vida establece algún tipo de tutela sobre los embriones o excluye la posibilidad de eutanasia, si la habitación de un hotel se encuentra protegida por el derecho a la inviolabilidad del domicilio o si la libertad de expresión incluye la publicidad comercial (...)*».

³¹²² Vide Luis Díez-Picazo, *Sistema de derechos fundamentales*, Madrid, Civitas, 2003, p. 63.

³¹²³ Vide Juli PONCE SOLÉ, *El derecho y la (ir) reversibilidad limitada de los derechos de los ciudadanos. Las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social*, INAP, Madrid, 2013, pp. 38 y ss.

Administraciones Públicas. En este sentido, se defiende que la Administración sigue definiéndose como la encargada de ejecutar las leyes, lo que, en sentido contrario, no implica la gestión de determinados servicios, y que estos adquieran la naturaleza de servicio público³¹²⁴. Sin embargo, no se puede estar en mayor desacuerdo con el autor, en tanto que, no existe otro medio más efectivo para alcanzar la consecución de los derechos que su prestación a través de un servicio público. Especialmente, para lograr salvar el derecho a la igualdad de todos los ciudadanos, y garantizar el acceso a unos derechos que están directamente relacionados con la preservación de la dignidad³¹²⁵ del individuo³¹²⁶.

No obstante, sí que hay que darle la razón en cuanto a su afirmación de que la Constitución no hace previsiones específicas de su prestación como servicio público, pero es que ni siquiera se habla en el texto constitucional de estos de forma elocuente y detallada. La teoría del servicio público otorga suficiente discrecionalidad y libertad de apreciación para su ejecución administrativa, en tanto que, son estos quiénes deciden qué actividades se prestan por la Administración, siempre que se den unos requisitos previos. A la par, los derechos sociales no son un premio o una recompensa por ser ciudadanos ejemplares, sino que son derechos reconocidos formalmente y que deben contar con las garantías necesarias para su desarrollo. No es una opción del legislador, sino una obligación disponer de los medios suficientes para alcanzar o cumplir con la finalidad prevista.

³¹²⁴ Vide Luciano ALFONSO PAREJO, “El Estado social administrativo: algunas reflexiones sobre la “crisis” de las prestaciones y de los servicios públicos”, *Revista de Administración Pública*, 153, (2000), p. 238.

³¹²⁵ Vide Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, “Estado del Bienestar y derecho sociales en un mundo transnacional”, en Benigno PENDAS GARCÍA, *España constitucional (1078-2018) trayectorias y perspectivas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, p. 739: «El Tribunal debiera ser más riguroso en la aplicación de técnicas que tienen que ver con la exigencia de mayor motivación y justificación de las leyes, especialmente cuando suponen un retroceso de las conquistas sociales ya conseguidas, o con un mayor uso del principio de proporcionalidad en la valoración de la oportunidad de determinadas medidas que afectan a tales derecho sociales o en el reconocimiento de la resiliencia de tales derecho en su eficacia directa cuando conectan con valores y principios como la igualdad o la dignidad de la persona. Se echa de menos en su jurisprudencia una mayor conciencia de papel y significado de los derechos sociales en nuestra Constitución».

³¹²⁶ Vide STC 57/1994, de 28 de febrero, FJ3: «la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, constituyendo, en consecuencia, un minimum invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales no conlleven un menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona, aunque “sólo en la medida en que tales derechos sean tutelables en amparo y únicamente con el fin de comprobar si se han respetado las exigencias que, no en abstracto, sino en el concreto ámbito de cada uno de aquéllos, deriven de la dignidad de la persona, habrá de ser tomada en consideración por este Tribunal como referente».

En mi opinión, el principal problema de los derechos sociales es este: la falta de consideración como un auténtico derecho. Resulta inverosímil que se continúe cuestionando su aceptación (ya sea total o parcial) cuando estos derechos cuentan con un reconocimiento formal desde el S. XIX. Por ello, la defensa que se hace de su carácter reversible, de la falta de programación o el cuestionamiento de la legitimidad del Estado en su prestación, parece más propia del pensamiento de la época absolutista que de una mentalidad del S. XXI. En este sentido, se pueden cuestionar muchas cosas, desde cuál es el núcleo indispensable del derecho y qué ramificaciones o prestaciones concretas puede realizar el Estado; las fórmulas de su gestión; los mecanismos de control o de efectividad del desarrollo de estos derechos; o incluso la delimitación presupuestaria para su ejercicio. Pero, lo que no se puede es divagar sobre su existencia, o su falta de reconocimiento constitucional.

La reforma de la Constitución no tiene porqué derivar en una modificación de los derechos en cuanto a su naturaleza se refiere. En mi opinión, los derechos sociales no tienen porque perder concreción de “sociales” para añadir el de fundamentales. No creo que la solución a todos los problemas que presenta el sistema sea convertir todos los derechos en fundamentos, puesto que no va a arreglar el problema. El ejemplo más paradigmático es el de la educación, configurado como un derecho fundamental, y que, sin embargo, ha sido tratado de igual forma que el resto solo por ser un derecho social. En consecuencia, no se trata de convertir en fundamentales todos los derechos, sino de que gocen de garantías suficientes para su correcto ejercicio. Por tanto, los derechos sociales deben conservar su carácter, y diseñar un régimen de protección adecuado a las obligaciones que se imponen al Estado, en este caso de medios y no de resultados³¹²⁷.

Ahora bien, los derechos sociales deben incluirse dentro del apartado del Estado de Bienestar como las partes mínimas que configuran el sistema de protección social. Sin embargo, a diferencia del régimen actual, habrá que ser más precisos describiendo al menos el núcleo mínimo del derecho y las concretas prestaciones que este conlleva para alcanzar su efectiva materialización. Y, establecer, en idénticos términos que se reconoce

³¹²⁷ *Vide* Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, “Derecho público tras la crisis económica en el Estado social y democrático: Estado de Bienestar y servicios de interés general”, en XIX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, *Crisis y Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, pp. 152 y ss.

en los acuerdos internacionales, su carácter de progresión de acuerdo con los recursos disponibles.

Esto sería una consecuencia de la falta de atención que se ha tenido hasta ahora sobre su consideración como derecho, y la posibilidad de reversibilidad que el texto constitucional y la jurisprudencia han permitido. Así, tal y como advierte Ponce Solé, no sólo hay que proteger ese mínimo indispensable del derecho, sino que no se pueda modificar utilizando cualquier instrumento legislativo, significativamente a través de Decreto-Ley. La motivación de esta afirmación está sustentada por el mal uso que se hace en la actualidad de esta figura, donde todo encaja dentro del pretexto de “extrema y urgente necesidad”. El poder ejecutivo se ha excedido de sobremanera en sus facultades, abusando de un instrumento que, ni mucho menos, estaba pensado para ser utilizado de esta manera. En consecuencia, los derechos sociales deben contener un núcleo indisponible, y de igual manera, no cualquier norma puede modificarlos³¹²⁸.

2.4. Los derechos digitales o de cuarta generación.

2.4.1. Consideraciones previas.

La reforma de la Constitución sería poco útil si sólo se recogen los aspectos desarrollados hasta ahora, puesto que, no permitiría englobar los nuevos derechos y necesidades que entraña la sociedad de la Era Digital. Por esta razón, tal y como ha sido expuesto, esta debe incorporar los acuerdos derivados del pacto digital, más concretamente los denominados como derechos digitales. En este sentido, la mayoría de estos derechos aún no se han terminado de concretar, puesto que, no ha surgido la necesidad de regularlos. Sin embargo, como cada vez es más inminente que ésta surja, es por lo que van a ser objeto de desarrollo en este apartado de la tesis. Así, aunque no existe una catalogación oficial de los derechos digitales, se apuesta por dividirlos en cuatro grandes grupos: en primer lugar, los derivados de Internet y la actividad que se desarrolla en el ciberespacio; en segundo lugar, los derechos derivados de la protección de datos; en tercer lugar, aquellos relacionados con el Derecho Artificial; y, en cuarto lugar, los

³¹²⁸ Vide Juli PONCE SOLÉ, “Reforma constitucional y derechos sociales: la necesidad de un nuevo paradigma en el derecho público español”, *Revista española de Derecho Constitucional*, 111, (2017), p. 94.

derechos vinculados a los avances producidos en las ciencias biológicas. A partir de esta clasificación general, se derivan o concretan derechos independientes.

2.4.2. Los derechos derivados del acceso a Internet.

Los derechos digitales son una consecuencia de la evolución y modificaciones que ha experimentado la sociedad a partir de la implantación de Internet como medio de comunicación y sistema de relaciones. En este sentido, Internet ha pasado de ser una herramienta de comunicación a un completo mundo (virtual) que posibilita infinidad de relaciones y actuaciones³¹²⁹. En consecuencia, la expansión de Internet y el desarrollo de las TIC son una de las causas principales que han provocado el nacimiento de los derechos digitales. Por esta razón, el orden más coherente de análisis de los derechos digitales tiene que comenzar desde el reconocimiento del derecho de acceso a Internet. En caso contrario, no tiene sentido reconocer el derecho a la identidad en la red, el derecho a la protección de datos personales, o el derecho al olvido, puesto que, todos dependen de Internet para su desarrollo.

A. El derecho de acceso a Internet.

El derecho de acceso a Internet, pese a su expansión y consolidación global, no cuenta con un reconocimiento internacional reflejado en un texto jurídico vinculante, es decir, que no tenga menor valor declarativo, lo que se ha convertido hasta el momento en el mayor obstáculo para su desarrollo. Sin embargo, si que hay reconocimientos estatales por parte de algunos países, tal es el caso de México³¹³⁰ o Perú³¹³¹. O, el caso de otros países de Europa como Estonia que lo declaró un derecho humano básico; en el caso de Francia es considerado como un derecho fundamental; o en Finlandia que se ha

³¹²⁹ Vide Jorge VILLARINO MARZO, “Cuarta generación de derechos: reflexiones sobre la libertad de expresión en Internet”, *Revista de las Cortes Generales*, 100-102, (2017), p. 51

³¹³⁰ Vide CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, 1917, artículo 6: «El Estado garantizará el derecho de acceso a las tecnologías de la información y comunicación, así como a los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, incluido el de banda ancha e internet. Para tales efectos, el Estado establecerá condiciones de competencia efectiva en la prestación de dichos servicios».

³¹³¹ Vide CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ, 1993, artículo 14 a): «El Estado reconoce el derecho de toda persona de acceder a internet en forma progresiva y universal, el Estado garantiza y promueve el acceso a internet y a la formación en las tecnologías de la información y la comunicación en el marco de la inclusión social, priorizando su cobertura en las zonas rurales y de frontera. Elimina el sector rural, como facilitador de otros derechos fundamentales».

determinado una velocidad mínima para garantizar la calidad del servicio³¹³². E incluso, la Corta Federal de Apelaciones del Distrito de Columbia, en Estados Unidos, determinó que el acceso a la red debería ser considerado como un servicio público, como el agua y la luz³¹³³. No obstante, nuestro ordenamiento jurídico cuenta con un reconocimiento del derecho de acceso a Internet (artículo 81 de la Ley 3/2018, de Protección de Datos Personales y de Garantía de los Derechos Digitales), aunque los límites de su ejercicio y condiciones son más que mejorables³¹³⁴.

Sin embargo, en mi opinión el derecho de acceso a Internet tiene dos naturalezas o perspectivas de actuación distintas. En primer lugar, este es un derecho independiente, en tanto que, a su alrededor se generan una serie de derechos que configuran su núcleo fundamental. Sin embargo, hay que reconocer que existe una tendencia a que sea considerado como un derecho fundamental autónomo, pero su falta de determinación internacional no permite concretarlo en este momento³¹³⁵.

Y, en segundo lugar, es un derecho del que depende el ejercicio de estos derechos³¹³⁶. Así, el acceso a Internet se convierte en un derecho social³¹³⁷, en tanto que, su disposición condiciona el ejercicio de otros derechos, y permite su adaptación al contexto actual. Por esta razón, dependiendo del tipo de análisis o perspectiva desde el que se estudie este derecho, podemos hablar de un derecho que protege un bien jurídico innovador relacionado con las nuevas posibilidades que nos ofrece el ciberespacio; pero

³¹³² Vide Kay LEVIN, Sofía DE ROA, Víctor SAMPEDRO y Virginia UZAL, “Internet debe ser de acceso gratuito” <http://blogs.publico.es/el-cuarto-poderen-red/2014/02/04/internet-debe-ser-de-accesogratis/> febrero 2014

³¹³³ Vide Corte Federal de Apelaciones del Circuito del Distrito de Columbia, *Sentencia C-403/10*, 27 de mayo de 2010.

³¹³⁴ Vide Loreto CORREOIDORA Y ALFONSO, “Lectura de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 en el paradigma de la nueva sociedad de la información”, en Lorenzo COTINO HUESO, *Libertad en Internet. La red y las libertades de expresión e información*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 70.

³¹³⁵ Vide Lorenzo COTINO HUESO, “Las obligaciones del Estado: el nuevo derecho fundamental de acceso a Internet y las garantías a partir de la redefinición de las clases libertades informativas”, en *La responsabilidad del Estado por la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC)*, Universidad Católica de Colombia, Bogotá, 2015, p. 59.

³¹³⁶ Vide Frank LA RUE, “*Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*”, Nueva York, Naciones Unidas, 16 de mayo de 2011, «*dado que Internet se ha convertido en una herramienta indispensable para la realización de una amplia gama de derechos humanos, combatir la desigualdad, y acelerar el desarrollo y el progreso humano, asegurar el acceso universal a Internet debería ser una prioridad para todos los Estados*».

³¹³⁷ Vide Haideer MIRANDA BONILLA, “El acceso a Internet como derecho fundamental”, *Revista Jurídica IUS Doctrina*, 15, (2016), pp. 9 y ss.

también, como un derecho que permite adecuar otros derechos reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico (tanto de primera como de segunda generación).

En este sentido, el derecho de acceso a Internet está relacionado con el derecho a la igualdad; el derecho a la no discriminación; el derecho a la libertad de expresión e información; el derecho de acceso a la información; y el derecho de participación política. Si bien, también afecta a otros, como puede ser el derecho a la educación, el trabajo y la libertad de empresa³¹³⁸.

En mi opinión, el acceso a Internet (tanto en su vertiente positiva como negativa) es una de las causas que más condiciona el desarrollo de la personalidad, el ejercicio de ciertos derechos (singularmente, el derecho a la libertad de expresión y de información)³¹³⁹, y el progreso de la sociedad en general. A modo de ejemplo, la crisis del Covid-19 ha evidenciado la estrecha relación existente entre el acceso a Internet y el derecho a la igualdad y no discriminación. Esta crisis está destapando (o más bien ratificando) las carencias que presenta el ordenamiento jurídico, y exhibiendo ante los poderes públicos la necesidad de concreción de este derecho. Si bien, el derecho de acceso a Internet se presumía como suficientemente consagrado y, sin embargo, se está demostrando que ni cuenta con un marco de regulación y desarrollo adecuado, ni tampoco con las garantías suficientes para su ejercicio.

En este sentido, y a modo de crítica, los poderes del Estado no pueden ignorar por más tiempo el proceso de digitalización social, y que éste, no culminará hasta que no exista una garantía de acceso a Internet para los ciudadanos. Sólo hay que pensar en las situaciones de desigualdad que se han creado en materia educativa, y que han impedido continuar en algunos casos con un curso académico normal durante el confinamiento general de la población. De manera que, se puede distinguir entre los alumnos que tienen acceso a Internet (y contaban con los recursos materiales y formativos necesarios) y aquellos otros que no disponían de los medios. Y, de igual manera, es lo que ha sucedido con los ciudadanos en sus relaciones con la Administración, donde el sistema de llamadas de teléfono, prácticamente con todas las instituciones, pero especialmente sanitarias, se

³¹³⁸ Vide Moisés BARRIO ANDRÉS, *Fundamentos del Derecho de Internet*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2017, p. 270.

³¹³⁹ Vide Lorenzo COTINO HUESO, “La necesaria actualización de los derechos fundamentales como derechos digitales ante el desarrollo de Internet y las nuevas tecnologías”, en Benigno PENDAS GARCÍA, *España constitucional (1078-2018) trayectorias y perspectivas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, p. 2348

colapsó durante la crisis del Covid-19, aún cuando todos los trámites se podían realizar a través de Internet y de forma más o menos sencilla.

Por ello, el derecho de acceso a Internet debe tener vocación de universalidad, es decir, que esté destinado a todos los ciudadanos³¹⁴⁰. Así, al igual que los servicios de agua y luz, Internet se ha convertido en una herramienta doméstica que no puede faltar en ningún hogar. En lo que se refiere a los sujetos que tienen mayores probabilidades de ser objeto de discriminación, nuestro ordenamiento jurídico describe una lista acertada de los mismos (artículo 81 de la Ley 3/2018, de Protección de Datos Personales y de Garantía de los Derechos Digitales). En este sentido, la brecha digital afecta en mayor medida a personas de mediana edad, con necesidades especiales, mujeres, o que viven en entornos rurales. Junto a estos grupos, hay que tener en consideración los problemas de capacidad económica y las condiciones sociales de las personas.

Todos estos sectores son tratados de forma diferenciada en la Agenda Digital para el año 2025, desarrollando distintos planes con objetivos similares. Por ejemplo, el “*Plan de Conectividad*” que profundizará la conexión de las redes de acceso a Internet de banda ancha, en áreas rurales, centros urbanos, cascos históricos, y ámbitos industriales, y promueve medidas como los bonos sociales de conexión a Internet para los colectivos más vulnerables³¹⁴¹; el “*Plan Nacional de Competencias digitales*” dirigido a todos los sectores de la población que incluye competencias digitales básicas y avanzadas, en tratamiento de datos y uso de la Inteligencia Artificial³¹⁴²; o la elaboración de una *Carta de Derechos Digitales* que tiene como objetivos superar las brechas digitales³¹⁴³, entre otras medidas.

Por otro lado, en lo que se refiere a los elementos del derecho de acceso a Internet este se compone de varios que se convierten en un eje de actuación para el Estado, con la finalidad de establecer las garantías necesarias para el correcto ejercicio de este derecho. El primer eje es el derecho de acceso a la red o de conexión, en el sentido más literal del derecho. Si bien, el acceso a Internet es un servicio que se presta por empresas privadas

³¹⁴⁰ Vide Loreto CORREOIDORA Y ALFONSO, “Lectura de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 en el paradigma de la nueva sociedad de la información”, en Lorenzo COTINO HUESO, *Libertad en Internet. La red y las libertades de expresión e información*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 70.

³¹⁴¹ Vide GOBIERNO DE ESPAÑA, “*Plan España Digital 2025*”, Madrid, 2020, pp. 16-18.

³¹⁴² *Ibidem* pp. 30-31.

³¹⁴³ *Ibidem* pp. 75-76.

en régimen de libre mercado, aunque sometido a ciertas obligaciones propias del servicio público³¹⁴⁴.

Pero, dada la trascendencia que tiene este derecho y su proyección en otros derechos sociales, los poderes públicos deberían plantearse la posibilidad de convertirlo en un servicio público, *sui generis*. No obstante, a pesar de la afirmación que acabo de realizar, soy consciente de la improbabilidad de que eso ocurra, teniendo en cuenta los condicionantes e imposibilidad que actualmente presentaría esa transformación.

Por esta razón, quizá sería más acertado proponer que el acceso a Internet mantenga su naturaleza jurídica, pero que se amplíen sus condiciones y garantías, especialmente, en lo que se refiere a su calidad, velocidad y precio³¹⁴⁵. El Estado debe adoptar medidas sobre el precio de este servicio para garantizar que sea accesible para toda la población. Y, además, prever un sistema de ayudas para aquellos cuya situación económica no les permita contratar este servicio, con la finalidad de que así quede garantizado su acceso universal por los ciudadanos. Los bonos sociales parecen la figura más acertada para corregir esas desigualdades, de manera que, se otorguen a aquellos núcleos familiares que no se pueden permitir pagar el coste del servicio.

Y, de igual manera, el Estado debe garantizar que todo el territorio español cuente con las infraestructuras necesarias para posibilitar su acceso, sin excepciones o estableciendo discriminaciones entre entornos rurales o urbanos. No obstante, como medida conjunta, los Ayuntamientos deberían contar con zonas de wifi o acceso a Internet gratuito, no sólo en espacio cerrados como Bibliotecas, o zonas de ocio público, sino en espacios abiertos (tales como plazas, o calles más céntricas de la ciudad). Aunque, ya hay ciudades que tienen wifi público en todas partes, como es el caso de Barcelona, Perth, Wellington, New York, Tel Aviv, Seúl, Osaka, París, Helsinki, San Francisco o Tallin³¹⁴⁶

El segundo eje sobre el que el Estado debe actuar es la disponibilidad de instrumentos o herramientas que posibiliten su conexión. Desde el inicio de esta tesis, se reitera la misma idea: Internet es inmaterial, necesita de un elemento corpóreo que

³¹⁴⁴ *Vide* Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, 25.1. a).

³¹⁴⁵ *Vide* Jaime ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, “Reflexiones en torno a e. Fosthoff y el resurgir de la idea de un “mínimo vital” tecnológico en épocas de pandemia y en escenarios de economía de mercado”, *Ponencia en Jornada Anual de la Asociación venezolana de Derecho Administrativo*, 2020, p. 8.

³¹⁴⁶ *Vide* <https://red-viajes.com/11-ciudades-con-wifi-publico-gratuito-en-todas-partes/>

traduzca los bits (1-0) en un lenguaje comprensible por el ser humano. De manera que, este implica disponer de cualquier sistema de ordenador diseñado para acceder a la red³¹⁴⁷.

En este sentido, las personas en situación de vulnerabilidad o con rentas bajas difícilmente pueden acceder a comprar un dispositivo de estas características, puesto que, implica el desembolso de una gran cantidad de dinero, atendiendo a sus rentas. Pensemos que dentro de este grupo se incluyen a los afortunados que tienen trabajo, pero que no disponen de un empleo fijo con nómina estable, o de tarjetas de créditos que les permitan financiar el pago. De este modo, el Estado debe comprometerse especialmente con este eje de actuación, de manera que, se garantice a todas las familias que residan en territorio español una herramienta o instrumento que permita conectarse a Internet, siempre atendiendo a la determinación de unos requisitos previos.

Y, el tercer eje de actuación está destinado a la formación. Si bien, de nada vale tener acceso a Internet y un ordenador, sin saber cómo utilizarlo. El Estado debe diseñar una política pública de formación en competencias digitales por sectores de edad que garantice que todos los ciudadanos cuentan con los conocimientos suficientes para utilizarlo³¹⁴⁸. El último Plan en esta materia es el de Digitalización y Competencias Digitales del Sistema educativo que se centra en la adquisición de recursos y la capacitación de los alumnos y profesores, y la creación de materiales adecuados³¹⁴⁹. Sin embargo, aún no se ha determinado el montante del presupuesto que se va a invertir en esta materia, ni por tampoco el nivel de capacitación y formación que recibirán alumnos y profesores.

En consecuencia, se puede afirmar que las políticas públicas realizadas hasta el momento no cuentan con interés suficiente por parte de sus responsables, lo que ha conllevado que tampoco se doten presupuestariamente de manera adecuada. Por lo que, los proyectos de transformación que han precedido al actual plan de transformación digital no han tenido los resultados esperados, y se parte en esta carrera desde una posición desaventajada con respecto a otros competidores europeos. En mi opinión, las

³¹⁴⁷ Vide Ricardo FERNÁNDEZ MUÑOZ, *Marco conceptual de las nuevas tecnologías aplicadas a la educación*, Universidad de Castilla La Mancha, España, 2005, <http://www.uclm.es/profesorado/ricardo>.

³¹⁴⁸ Vide Carlos MARTÍN GONZÁLEZ, “Reforma laboral, empleo y rendimiento de los estudios”, *Gaceta Sindical*, 28, (2017), p. 184.

³¹⁴⁹ Vide GOBIERNO DE ESPAÑA, *Plan Nacional de Competencias Digitales*, 27 de enero de 2021, p. 28

competencias digitales deben garantizarse a la población alrededor de tres grandes grupos.

En primer lugar, los menores que recibirán la formación necesaria en los centros educativos atendiendo a la regulación que experimenten los planes de estudios. Y, cómo se desarrollará en los siguientes párrafos, se torna trascendental convertirla en una asignatura obligatoria en todos los cursos que permita consolidar el aprendizaje y el desarrollo de esas competencias digitales.

En segundo lugar, la población activa que en este caso deberá ser el Servicio de Empleo de la Comunidad Autónoma que corresponda el encargado de prestar el servicio formativo a todas las personas en edad de trabajar que quieran formarse en estas competencias.

Y, por último, un grupo mixto conformado por las personas con la capacidad modificada, dependientes, y personas de mayor edad fuera del mercado laboral. La formación de este grupo sería algo más compleja puesto que la podrían recibir desde los centros asistenciales para personas dependientes, centros de día, asociaciones de vecinos que así lo soliciten, o desde organizaciones del Tercer Sector. Si bien, la financiación deberá proveerse íntegramente por el Estado.

Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en el supuesto anterior, que parte de la idea de que la formación en competencias digitales debe ser obligatoria para los menores de edad, no ocurre igual con los otros dos grupos. En estos supuestos es necesario contar con la voluntariedad de los sujetos para formarse. Hay que partir de la base de que no se puede imponer las condiciones digitales a todas las generaciones. En nuestra sociedad existen grupos que parten de situaciones complejas y que carecen del interés necesario para aprender y formarse en competencias digitales. Hay colectivos que ni se encuentran atraídos por las nuevas tecnologías, ni quieren aprender a utilizarlas, y debemos respetar su decisión.

De este modo, el acceso a Internet considerado como un derecho puede o no ser ejercitado por los ciudadanos, no constituyéndose como un medio obligatorio de relaciones. Por tanto, hay que partir de la voluntariedad de los ciudadanos para su ejercicio. En consecuencia, el derecho de acceso a Internet cuenta con una vertiente negativa a la que también se debe dotar de las suficientes garantías para su respeto por parte de los poderes públicos: el derecho a no utilizar Internet. La vertiente negativa de

este derecho genera una obligación directa para los poderes públicos en sus relaciones con los ciudadanos.

En este sentido, estos deberán disponer de los medios necesarios para que, aquellos que no deseen utilizar Internet, cuenten con los canales tradicionales para posibilitar sus relaciones con el Estado. Así, al menos hasta que la sociedad digital no se consolide, y deje de ser una cuestión generacional, debe conservarse un sistema de comunicación con las instituciones públicas que no sea en formato electrónico o digital.

No obstante, el ejercicio del derecho de acceso a Internet tiene que contar con una serie de condiciones y garantías para preservarlo, puesto que, en caso contrario, menoscabaría el ejercicio de otros derechos tales como la libertad de información, de expresión y de acceso a la información pública³¹⁵⁰. En primer lugar, estaría el principio de neutralidad de la red que debe ser garantizado respecto de dos sujetos. Por un lado, respecto de los proveedores de servicios de la sociedad de la información. El Estado debe garantizar que los datos que se transmiten en la red son tratados en idénticas circunstancias, con independencia de quién sea el proveedor y su posición en el mercado. De esta manera, esta relación llevaría aparejadas dos compromisos: la prestación de un servicio de carácter universal con un mínimo de calidad y de las garantías necesarias para preservar los datos que se transmiten; y el servicio de transporte de datos debe producirse en condiciones de igualdad, razonabilidad, y respetando el principio de no discriminación entre las distintas partes de las relaciones³¹⁵¹.

Y, por otro lado, el Estado asume un compromiso de neutralidad o de baja intervención sobre el control de la información que se transmite en la red (lo que se ha denominado por la doctrina como velos y vallas³¹⁵²). En este sentido, cualquier restricción que se establezca sobre los flujos de datos dentro del ciberespacio debe contar con las mismas garantías que en el mundo real. De este modo, las limitaciones a la circulación

³¹⁵⁰ Vide Loreto CORREOIDORA Y ALFONSO, “Lectura de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 en el paradigma de la nueva sociedad de la información”, en Lorenzo COTINO HUESO, *Libertad en Internet. La red y las libertades de expresión e información*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 70.

³¹⁵¹ Vide Lucrecio REBOLLO DELGADO y Pilar ZAPATERO MARTÍN, *Derechos digitales*, Dykinson, Madrid, 2019, pp. 19 y ss.

³¹⁵² Vide Pablo GARCÍA MEXÍA, “El derecho de acceso a Internet”, en Tomás DE LA QUADRASALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, *Sociedad digital y Derecho*, Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, Madrid, 2018, pp. 397 y ss.

de los datos deben estar lo suficientemente motivadas conforme a derecho³¹⁵³ y respetar los valores y principios del ordenamiento jurídico, especialmente, aquellos en los que se funda la democracia (libertad, igualdad, y pluralismo político)³¹⁵⁴.

En consecuencia, este derecho implica dos obligaciones para el Estado: por un lado, la conservación y protección de las infraestructuras que posibilitan el intercambio de datos en el entorno de Internet; y, por otro lado, la no injerencia en la información que se transmite, salvo que exista un bien jurídico superior en juego, y así lo determine el juez competente. Nada que ver con las limitaciones³¹⁵⁵ que se permiten en la actualidad³¹⁵⁶, cuyo régimen jurídico no atenta contra la neutralidad de Internet, en sentido estricto, sino contra el funcionamiento democrático del sistema por no establecer ningún tipo de garantías judiciales y administrativas ante este tipo de actuaciones.

B. El derecho a la ciberseguridad.

De forma concomitante a estas obligaciones, el Estado debe asumir otro compromiso para con los usuarios que acceden a Internet. Los usuarios del ciberespacio tienen derecho a acceder a la red y a los servicios que ésta presta de forma segura, y sin que quepan vulneraciones de sus derechos, ya sea bien fuera o bien dentro de la intranet. Lo que, en sentido contrario, genera una obligación para el Estado de proveer o diseñar los medios necesarios para garantizar que este sea un entorno seguro para el desarrollo de las actividades de los ciudadanos.

Si bien, hasta ahora la ciberseguridad ha sido abordada por el Estado como una potestad para defenderse ante los hipotéticos ataques que impidan el normal funcionamiento de las actividades y servicios que presta, no debe ser esta la tendencia

³¹⁵³ *Vide* STEDH, de 18 de diciembre de 2012, asunto Ahmet Yildirim c. Turquía, apartado 64: «es necesario un marco legal para garantizar tanto un control estricto sobre el alcance de las prohibiciones y con la garantía de la tutela judicial efectiva para prevenir cualquier abuso de poder (...) la revisión judicial de la medida sobre la base de una ponderación de los intereses contrapuestos ha de estar diseñada para lograr un equilibrio entre estos intereses».

³¹⁵⁴ *Vide* Lorenzo COTINO HUESO, “La (in)constitucionalidad de la “intervención”, “mordaza”, o “apagón” de las telecomunicaciones e Internet por el Gobierno en virtud del Real Decreto-Ley 14/2019”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 54, (2020), p. 6.

³¹⁵⁵ *Vide* Pablo GARCÍA MEXÍA, “El derecho de acceso a Internet”, en Tomás DE LA QUADRA SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, *Sociedad digital y Derecho*, o.c., pp. 397 y ss.

³¹⁵⁶ *Vide* Real Decreto-ley 14/2019, de 31 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes por razones de seguridad pública en materia de administración digital, contratación del sector público y telecomunicaciones.

que debe seguir su evolución. Es decir, las políticas de ciberseguridad se han limitado a preservar las actuaciones que este desarrolla, o los servicios que presta a los ciudadanos. Lo que no ha impedido que desde las autoridades policiales se persigan conductas ilícitas que se producen dentro del ciberespacio, y que serían reprendidas en iguales términos en el mundo físico³¹⁵⁷.

Pero, esta tendencia debe ser corregida para abarcar un ámbito de protección mayor, ampliando las obligaciones del Estado en materia de ciberseguridad a todas las actividades que los ciudadanos desarrollen en el ciberespacio³¹⁵⁸. La actividad de ciberseguridad de los poderes públicos debe comprender todas las relaciones que puedan verse amenazadas dentro del mundo virtual y no únicamente las que tengan como interesado, o puede verse afectado de su desarrollo al Estado³¹⁵⁹.

En este sentido, el derecho a un ciberespacio seguro se encuentra directamente relacionado con el derecho a la protección y confidencialidad de los datos que se transmiten. El Tribunal Constitucional ha ratificado la importancia que la ciberseguridad y la protección del ciberespacio tienen para el desarrollo económico y social de las relaciones:

«El uso cotidiano de las tecnologías de la información y la comunicación ha provocado que se conviertan en un elemento esencial para el desarrollo económico y las relaciones sociales. No obstante, es también un hecho constatado que las amenazas a la seguridad de la red comportan un riesgo que afecta a los ámbitos más diversos, por cuanto pueden afectar a la disponibilidad, integridad y confidencialidad de la información»³¹⁶⁰.

La ciberseguridad, tal y como ha sido analizado, no sólo comporta un elemento tuitivo o de protección de las redes y sistemas de información, sino que, también debe incorporar todos los aspectos que se encargan de prevenir las amenazas del sistema,

³¹⁵⁷ Vide GOBIERNO DE ESPAÑA, Estrategia Nacional de ciberseguridad, Madrid, 2019, p. 5.

³¹⁵⁸ Vide Ricard MARTÍNEZ MARTÍNEZ, “Un acuerdo nacional sobre ciberseguridad, *Bez*, (2016), p. 2 y ss.

³¹⁵⁹ Vide José Julio FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Ciberseguridad: ¿desafío insuperable? En búsqueda de escenarios de respuesta”, en César GARCÍA NOVOA y Diana SANTIAGO IGLESIAS, *4ª Revolución Industrial: impacto de la automatización y la inteligencia artificial en la sociedad y la economía digital*, o.c., pp. 58-60.

³¹⁶⁰ Vide STC 142/2018, de 20 de diciembre de 2018, FJ 4.

especialmente cuando atenten contra derechos de los ciudadanos; de advertir de los fallos o grietas de seguridad; y reparar de forma inmediata las infraestructuras de protección en caso de que hayan sido dañadas³¹⁶¹. Por tanto, dentro del derecho de acceso a Internet debe recoger el ejercicio de este derecho desde una perspectiva que garantice la seguridad en el ejercicio de sus derechos a los ciudadanos. De manera que, la ciberseguridad se comporta en el elemento fundamental que posibilitará esas actuaciones. Por ello, no es desacertado proponer la creación de un nuevo órgano judicial que se encargue exclusivamente de los supuestos en los que pueda existir una vulneración de derechos de los ciudadanos en el ciberespacio. Al menos, hasta que estas relaciones se consoliden y sean habituales o la norma general entre la población.

C. Derecho a participar en los asuntos públicos a través de los canales del ciberespacio.

Nuestro ordenamiento jurídico ya recoge algunos instrumentos de participación ciudadana, propias de la democracia directa como es el caso de la iniciativa legislativa popular (art. 87.3); el referéndum (art. 92.1), y el régimen de concejo abierto (artículo 140), como modalidades de participación directa que entroncan con el artículo 23.1 CE. Sin embargo, el sistema de funcionamiento que va a adoptar como marco de referencia la toma de decisiones públicas de la sociedad digital obliga a configurar un derecho específico a partir en los asuntos públicos a través de las webs, plataformas u otros recursos de los que se pueda disponer. La democracia debe ser reformada en perspectiva digital y, por tanto, también lo son las vías de participación ciudadana³¹⁶².

En este sentido, a pesar de que el estado de la técnica impide garantizar procesos democráticos, tales como unas elecciones generales de carácter digital, porque el Estado no cuenta con las herramientas necesarias para preservar la protección de los datos de los ciudadanos. Sin embargo, esto no impide afirmar que llegará un momento en el que la tecnología avance lo suficiente y estemos preparados para esas formas “digitales” de

³¹⁶¹ *Vide* Daniel MADRID, “Anticipación, alineamiento y adaptabilidad, las tres herramientas de ciberseguridad de las organizaciones en tiempos de incertidumbre”, *Diario LA LEY CIBERDERECHO*, 40, (2020), pp. 3 y ss.

³¹⁶² *Vide* Eduardo GAMERO CASADO, “El derecho digital a participar en los asuntos públicos: redes sociales y otros canales de expresión”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO y José Luis PIÑAR MAÑAS, *Sociedad digital y derecho*, o.c., p. 236.

participación ciudadana. Mientras tanto, se pueden articular el resto de las vías, de participación menos directa, que han sido referidas en el apartado anterior.

D. Recopilación de derechos.

En consecuencia, se puede desgranar el derecho de acceso a Internet en el siguiente subconjunto de derechos que configuran el núcleo indisponible del mismo:

- a) El derecho de conexión a la red.
- b) El derecho a disponer de los recursos materiales y formativos necesarios para su acceso.
- c) El derecho universal de acceso a un Internet asequible, y que existan garantías de la adecuación de su calidad y velocidad en su prestación conforme avancen las nuevas tecnologías.
- d) El derecho de acceso neutral a las infraestructuras que permiten el intercambio de datos.
- e) La garantía de la transmisión neutral de la información dentro del ciberespacio, cuya injerencia o intromisión por los prestadores de servicios o del Estado debe estar debidamente justificada por ley, y siempre respetando los valores y principios de la democracia.
- f) El derecho a la seguridad en la red, o derecho a la ciberseguridad.
- g) El derecho a no utilizar Internet.
- h) El derecho de participación ciudadana en los asuntos públicos a través del ciberespacio.

2.4.3. Los derechos derivados de la protección de datos.

Los datos personales se han convertido en el ladrillo que sustenta la construcción de la sociedad digital, a partir de éstos, se está diseñando los pilares sobre los que se sustentan y los servicios que presta³¹⁶³. Todo a punta a que los datos, especialmente, los personales, se han convertido en la nueva fuente de producción y creación de riqueza del S. XXI, y de igual manera, se configurado como un auténtico poder. De este modo, haciendo un balance de la importancia que han adquirido los datos en nuestra sociedad,

³¹⁶³ *Vide* Miguel MORENO MUÑOZ, “Privacidad y procesado automático de datos personales mediante aplicaciones y bots”, *Dilemata*, 24, (2017), p. 9.

no podía ser de otra manera que el segundo eslabón de esta cadena sea el derecho a la protección de datos³¹⁶⁴.

A. El derecho a la protección de datos.

El derecho a la protección de datos está reconocido en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho fundamental (artículo 18 de la CE), vinculado a la protección de la intimidad personal. Sin embargo, este es un derecho de creación relativamente reciente que encuentra reconocido en pocos Estados, por ejemplo, es el caso de Portugal (artículo 35) que haya incorporado a su texto fundamental la protección de este derecho. No obstante, el derecho a la protección de datos está reconocido por el derecho internacional en textos vinculantes, como es el caso del Convenio para la protección de las personas físicas en relación con el tratamiento automatizado de datos personales (Convenio 108), o la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea que también incorpora este derecho (artículo 8).

Sin embargo, de acuerdo con la doctrina³¹⁶⁵ el derecho a la protección de datos de carácter personal ha evolucionado hacia un derecho autónomo e independiente del derecho a la protección de la intimidad del individuo³¹⁶⁶. Así, por ejemplo, Díaz Revorio habla de un “derecho a la intimidad genética o de “intimidad informática”³¹⁶⁷. O, para quién la protección de la privacidad implica la parte de la vida de una persona que puede ser vigilada o controlada a través de las redes; o aquella que puede ser buscada en el ciberespacio³¹⁶⁸. En consecuencia, el contenido del derecho a la protección de datos se asemeja a lo que, en una primera instancia se pretendía proteger, pero su evolución ha

³¹⁶⁴ Vide Juan Carlos RIOFRÍO MARTÍNEZ-VILLALBA, “La cuarta ola de derechos humanos: los derechos digitales”, *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, 35, (2014), p. 31.

³¹⁶⁵ Vide Pablo Lucas MURILLO DE LA CUEVA, y José Luis PIÑAR MAÑANAS, *El derecho a la autodeterminación informativa*, Fundación coloquio jurídico europeo, Madrid, 2009, p. 93; Vide Álvaro CANALES GIL, “El derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, 12, (2007), p. 21.

³¹⁶⁶ Vide José Luis PIÑAR MAÑANAS, “Protección de datos. Las claves de un derecho fundamental imprescindible”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 88-89, (2020), p. 11.

³¹⁶⁷ Vide Francisco Javier Díaz Revorio, “Los Derechos Humanos ante los nuevos avances científicos y tecnológicos. Genética e Internet ante la Constitución”, en *Derecho y TICs*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 37

³¹⁶⁸ Vide Lawrence LESSING, “The architecture of privacy”, *TaiwanNET98*, in Taipei, marzo de 1998, p. 2 y ss.

provocado el nacimiento de un derecho ligado a las nuevas tecnologías, y especialmente, a su ejercicio dentro del ciberespacio³¹⁶⁹.

Por tanto, este derecho cuanto con un núcleo independiente que, a su vez, ha derivado en ulteriores derechos más específicos y concretos. De este modo, el núcleo del derecho a la protección de datos lo encontramos en las características y garantías que se deben poner al tratamiento de los datos que se consiguen o se ceden a través de los servicios de la sociedad de la información, especialmente, en lo que se refiere al respeto de la confidencialidad de la información³¹⁷⁰.

En este sentido, el análisis debe partir de la necesidad de consentimiento³¹⁷¹ para que se produzca ese tratamiento de los datos, que además deberá ser expreso y revocable³¹⁷². El sistema debe prever las garantías necesarias para que los interesados puedan retirar en cualquier momento ese consentimiento prestado para el tratamiento de sus datos. De manera que, la irrevocabilidad del consentimiento sólo puede darse en supuestos tasados, determinados por ley y atendiendo a los bienes jurídicos en juego. Y, de igual forma, debe garantizarse su utilización exclusiva para los fines sobre los que se vierte el consentimiento. En consecuencia, rige el principio general de transparencia e información³¹⁷³ al afectado que debe conocer en todo caso quién es el responsable del tratamiento, la finalidad que se persigue, y la posibilidad de ejercer los derechos de

³¹⁶⁹ Vide Artemi RALLO LOMBARTE, “Nuevas tecnologías, nuevos derechos”, en Benigno PENDAS GARCÍA, *España constitucional (1078-2018) trayectorias y perspectivas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, p. 2378: «Sin embargo, el reconocimiento constitucional o europeo, legal o constitucional, del derecho fundamental a la protección de datos no agota la necesidad de establecer un nuevo marco de protección de los ciudadanos en la Era Digital. Esto es, resulta ineludible la necesidad de reconocer nuevos derechos digitales bien en el ámbito legal como constitucional».

³¹⁷⁰ Vide Monserrat AUZMENDI DEL SOLAR, “Incidencia del Reglamento General de Protección de datos en los Parlamentos”, en Rosario GARCÍA MAHAMUT y Beatriz TOMÁS MALLÉN, *El Reglamento General de Protección de Datos: Un enfoque nacional y comparado*, Tirant, Valencia, 2019, pp. 422 y ss.

³¹⁷¹ Vide José DÍAZ LAFUENTE, “Los desafíos de la sociedad global digitalizada y la protección de datos personales. Análisis de la elaboración de perfiles en el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea”, en Rosario GARCÍA MAHAMUT y Beatriz TOMÁS MALLÉN, *El Reglamento General de Protección de Datos: Un enfoque nacional y comparado*, Tirant, Valencia, 2019, pp. 295.

³¹⁷² Vide Mónica VILASAU SOLANA, “Las exigencias de información en el RGPD y en la LO 3/2018 de protección de datos y garantía de los derechos digitales, ¿contribuyen a la formación de un consentimiento de mejor calidad?”, en Rosario GARCÍA MAHAMUT y Beatriz TOMÁS MALLÉN, *El Reglamento General de Protección de Datos: Un enfoque nacional y comparado*, Tirant, Valencia, 2019, pp. 210 y ss.

³¹⁷³ Vide Beatriz TOMÁS MALLÉN, “Las sinergias entre el Reglamento General de Protección de datos de la Unión Europea y el Convenio 108+ del Consejo de Europa”, en Rosario GARCÍA MAHAMUT y Beatriz TOMÁS MALLÉN, *El Reglamento General de Protección de Datos: Un enfoque nacional y comparado*, Tirant, Valencia, 2019, pp. 78 y ss.

rectificación, supresión, limitación o portabilidad sobre éstos³¹⁷⁴. El uso desleal de esta información, para un uso distinto que el aceptado con el consentimiento, debe ser castigado por el ordenamiento jurídico.

B. Los derechos sobre la preservación de la identidad.

En lo que se refiere a los derechos derivados de esa confidencialidad o protección de los datos encontramos el derecho a la preservación de la identidad. La identidad de una persona está relacionada con un conjunto de datos que la identifican frente al resto de la colectividad. De este modo, el derecho estaría relacionado con la posibilidad de que, a partir de un conjunto mínimo de datos personales, se puede identificar a alguien dentro del ciberespacio. Sin embargo, la identidad virtual no tiene porqué ser equivalente o exacta con la identidad física, de manera que, son ambas identidades las que deben preservarse, es decir, mi usuario o perfil dentro de los servicios de la sociedad de la información, pero también la que se corresponde con mis datos reales o administrativos.

En sentido contrario a este derecho, se debe reconocer el derecho al anonimato o al pseudoanonimato dentro del ciberespacio³¹⁷⁵, es decir, que el tratamiento de los datos que se recojan sobre la persona, no permitan individualizarlo. En este sentido, entran en juego las técnicas de anonimización de la información para impedir o dificultar que se pueda identificar a la persona o individuo que está detrás de esos datos personales. Los cibernautas tienen derecho a que se preserven los datos que puedan identificar su identidad física real, salvo en excepciones determinadas y siempre conformes al ordenamiento jurídico³¹⁷⁶. No obstante, los límites de ejercicio de este derecho tienen que respetar los derechos individuales de otras personas (el derecho al honor, la intimidad, y la propia imagen especialmente). En caso contrario, la sociedad podría intentar encubrir sus actuaciones en su identidad virtual, y evitar así las consecuencias jurídicas de estos.

³¹⁷⁴ *Vide* Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, artículo 11.

³¹⁷⁵ *Vide* José Luis PIÑAR MAÑAS, “Identidad y persona en la sociedad digital”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO y José Luis PIÑAR MAÑAS, *Sociedad digital y derecho*, o.c., pp. 99 y ss.

³¹⁷⁶ *Vide* Patrizia MAGARÒ “Abbigliamento, diritto e identità nazionale. Spunti comparatistici”, in P. COSTANZO (a cura di), *L’abbigliamento nel prisma del diritto*, Genova University Press, 2019, pp. 65 y ss.

En relación con el derecho a la identidad digital, y la protección de los datos que lo configuran, se desprende también otro derecho: a no ser vigilado o controlado dentro del ciberespacio. Este derecho está vinculado con la protección del derecho a la intimidad del individuo, y a la salvaguarda de los datos que lo identifican como persona física. En todo caso, el derecho a la no geolocalización o el control de la persona estaría sujeto a los límites legalmente aceptados dentro del Estado de Derecho.

Relacionado con este derecho, se encuentra del libre desarrollo de la personalidad (artículo 10 de la CE). En este sentido, el libre desarrollo de la personalidad en la red está relacionado con la posibilidad de que se utilice la información que se recoge a través de los servicios de la información para influir o manipular los pensamientos o comportamientos del individuo. Sin embargo, el derecho al libre desarrollo de la personalidad no sólo debe ser respetado por los poderes del Estado, sino también por los prestadores de servicios, especialmente, los algoritmos de dirección conductuales³¹⁷⁷.

C. El derecho al olvido y al recuerdo.

Dentro de la protección de datos, también se encontraría el derecho al olvido que es, en la actualidad, el derecho más extendido o reconocido por todos. Tras la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 13 de mayo de 2014, en el caso Google-España, este derecho se ha incorporado en los distintos ordenamientos con un núcleo y caracteres propios. En este sentido, el derecho al olvido está más relacionado con el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la preservación del honor que puramente el derecho a la protección de la intimidad³¹⁷⁸. De este modo, el derecho al olvido está relacionado con el interés legítimo de una persona pueda defenderse para que los datos concernientes a su persona no aparecen de forma indefinida en el ciberespacio³¹⁷⁹.

³¹⁷⁷ Vide José Luis PIÑAR MAÑAS, “Identidad y persona en la sociedad digital”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO y José Luis PIÑAR MAÑAS, *Sociedad digital y derecho*, o.c., pp. 101-103.

³¹⁷⁸ Vide STC 58/2018, de 4 de junio, FJ 5: «el derecho al olvido es una vertiente del derecho a la protección de datos personales frente al uso de la informática (art. 18.4 CE), y es también un mecanismo de garantía para la preservación de los derechos a la intimidad y al honor, con los que está íntimamente relacionado, aunque se trata de un derecho autónomo».

³¹⁷⁹ Vide Diego CÓRDOBA CASTROVERDE e Ignacio DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, “Reflexiones sobre los retos a la protección de la privacidad en un entorno tecnológicos”, en ASOCIACIÓN DE LETRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *El derecho a la privacidad en un entorno tecnológico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016, p. 110.

La regulación jurídica de este derecho, tanto desde el Reglamento General de Protección de Datos (artículo 17), como desde la Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y de Garantía de los Derechos Digitales, se está desarrollando desde una perspectiva errónea. El ordenamiento lo que garantiza es que los datos no aparezcan en los buscadores principales de la red, lo que dificulta o reduce la posibilidad de su difusión, pero no erradica el problema; o la eliminación de datos vertidos en los servicios de la sociedad de la información en circunstancias donde se vulnera claramente los derechos del individuo (es el caso de los menores de edad).

El derecho al olvido debe evolucionar para garantizar que los datos que ya no cuentan con el consentimiento del titular desaparezcan, y de igual modo, eliminar aquellos que ya no sean objeto de tratamiento o simplemente sean innecesarios. En este sentido, el derecho al olvido debería consistir en la eliminación o supresión de estos datos, cuando no exista un interés legítimo superior que permita su conservación.

Desde la perspectiva contraria al derecho al olvido, se encontraría el derecho al recuerdo digital. El derecho al recuerdo digital se representaría en el derecho de los ciudadanos a conservar la datos e información que se producen en los servicios de la sociedad de la información³¹⁸⁰. En este sentido, la última polémica está relacionada con las políticas de almacenamiento de Google que eliminará el contenido de las cuentas de Gmail, Drive y Google Fotos, para las cuentas que estén inactivas por un período de dos años³¹⁸¹. Si que es cierto que no existe un contrato entre las partes, a partir del cual Google se compromete a guardar “gratuitamente” toda la información que se produce a través de estos canales por siempre. Pero, la realidad es que nos hemos acostumbrado a tener esa información disponible sin límite cuantitativo o temporal, y ahora comienzan a aplicarse restricciones.

En mi opinión, estamos hablando de eliminar millones de datos privados sin contar con el consentimiento de los afectados, lo que puede implicar la desaparición de millones de e-mails, vídeos, fotografías, audios, conversaciones, o documentos. De este modo, aunque se haya convertido en la nueva política de la empresa, no debería permitirse que estos datos se eliminarán sin un consentimiento explícito de su titular.

³¹⁸⁰ Vide Carlos B. FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, “El Gobierno pone en marcha la elaboración de una Carta de Derechos Digitales”, *Diario LA LEY CIBERDERECHO*, 41, (2020), p. 2.

³¹⁸¹ Vide <https://support.google.com/accounts/answer/3036546?hl=es>

El derecho al recuerdo digital no es una cuestión intrascendente, y generará multitud de controversias en los próximos años. La cantidad de datos que producimos de forma diaria en el ciberespacio hace inviable que toda la información que se genera pueda conservarse sin fecha límite, básicamente porque tiene un coste económico que hasta el momento están asumiendo las empresas prestadoras de estos servicios. Sin embargo, esto no quiere decir que tengan derecho a eliminar información de carácter privado sin advertir previamente a los consumidores, nada más que con una mera circular informativa de cuáles son sus políticas a partir del 1 de enero de 2021.

Por otro lado, con un núcleo similar al derecho al recuerdo se encuentra el derecho al testamento digital. En este sentido, los servicios de la sociedad de la información recogen infinidad de datos relacionados con nuestra actividad física o virtual. Por ello, hay que reflexionar qué ocurre con toda esa información una vez que la persona causante fallece³¹⁸². Tal y como ya se ha advertido, algunos de estos datos tienen cierto valor económico ocurre, por ejemplo, con las cuentas de redes sociales con millones de seguidores (a partir de un millón de seguidores es cuando se consideran rentables) que tienen un valor económico en el mercado. Y, por tanto, deberían ser tenidas en cuentas como un bien mueble que se puede heredar. No obstante, el derecho al testamento digital no sólo incumbe la parte económica del perfil de redes sociales, sino la gestión o el tratamiento de la personalidad digital. De este modo, en sentido contrario, estaría el derecho a recibir el legado digital de una persona fallecida.

El ordenamiento jurídico debería incluir los bienes digitales y la gestión del patrimonio digital de la persona fallecida con métodos similares a lo que sucede en el mundo físico³¹⁸³. En mi opinión, este derecho está vinculado al recuerdo digital y no es un derecho con un núcleo independiente, puesto que, el patrimonio de una persona lo configuran todos sus bienes ya sean físico o digitales. De manera que, no creo que haya que establecer un Registro de voluntades digitales, sino aplicar las mismas reglas que se utilizan en el Derecho de sucesiones.

³¹⁸² Vide Judith SOLÉ RESINA “Gestión del acervo digital y derechos fundamentales: el testamento digital”, en Luis Martínez, VÁZQUEZ DE CASTRO, *Internet y los derechos de la personalidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 442.

³¹⁸³ Vide Carlos LLUCH CERDÁ, “El resto de una muerte digital...digna”, en Ricardo OLIVA LEÓN y Sonsoles VALERO BARCELÓ, *¿Testamento digital?*, Juristas con futuro, Madrid, 2016, p. 18.

D. Recopilación de derechos.

En virtud de lo anteriormente expuesto, se puede concretar el derecho a la protección de datos en el siguiente subconjunto de derechos que configuran el mismo:

- a) La protección de los datos que se transmiten y circulan por el ciberespacio, garantizando el consentimiento de su titular para su utilización, y siempre respetando el principio de lealtad en cuanto a la finalidad de su utilización.
- b) El derecho a la identidad digital.
- c) El derecho al psdeunonimato o anonimato.
- d) El derecho a no ser vigilado o geolocalizado.
- e) El derecho al olvido.
- f) El derecho al recuerdo digital.
- g) El derecho al testamento y el legado digital.

2.4.4. El Derecho Artificial y los derechos derivados.

Tal y como ha sido analizado en las páginas precedentes, la inteligencia artificial y la robótica comparten el mismo núcleo de actuación, y es que, los datos que recogen son la base que les permite adoptar decisiones. En este sentido, se había determinado el Derecho Artificial como la rama del ordenamiento jurídico que, en contraposición al Derecho Natural³¹⁸⁴, se encargaría de regular las actuaciones de la inteligencia artificial y la robótica avanzada, una vez que éstos adquieran personalidad jurídica (artificial). No obstante, el Derecho Artificial no sólo se encargaría de verificar el cumplimiento de los requisitos para el funcionamiento de la inteligencia artificial y ordenar las relaciones, sino que también, englobaría la creación de derechos concretos. Por tanto, el Derecho Artificial incluiría un conjunto de derechos propios del ser humano y sus relaciones con el medio dentro de la sociedad digital.

A. El derecho de acceso a las tecnologías de la Revolución Digital.

Como ya ha sido expuesto anteriormente, describir un conjunto de derechos propios de las relaciones de la sociedad digital sin tener garantizado el acceso a estas

³¹⁸⁴ Vide Vittorio FROSINI, *Cibernética, derecho, internet y sociedad*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2019, p. 39.

nuevas tecnologías, convierte el sistema en una quimera de difícil cumplimiento. Así, como ocurría con el derecho de acceso a Internet, habrá que plantearse hasta qué punto el Estado debe comprometerse con dotar o facilitar que los ciudadanos tengan acceso a estas tecnologías. Ahora mismo parece algo utópico que tener un sistema de inteligencia artificial o un robot en casa pueda generar desigualdades sociales, pero en un futuro cercano representará elemento diferenciador entre las distintas clases sociales.

En este sentido, el acceso a estas nuevas tecnologías como facilitadores de la actividad no sólo debe verse como una delimitación entre las jerarquías sociales, sino como un elemento que favorezca la lucha contra la desigualdad social. Reflexionemos sobre cuánto puede cambiar el acceso a estos dispositivos para personas con movilidad reducida, enfermos con patologías graves o crónicas, con la capacidad modificada, o más sencillo aún, como un complemento en la formación de menores, en el caso de que necesiten una mayor dedicación. La Revolución Digital debe observarse como una herramienta para romper con las barreras de la desigualdad social, y no como el elemento que las estratifique.

Quizá en la actualidad, por la evolución que experimentan estas tecnologías es impensable que esto se convierta en una necesidad social y que se inste a los poderes públicos a garantizar su acceso. No obstante, esto no implica que sean gratuitas o que no tengan ningún coste para los usuarios, sino una colaboración de los poderes públicos al menos para poder adquirirlas. Pero, si que es más viable, teniendo en cuenta el estado de la técnica y la evolución de la ciencia, que se pida su colaboración para personas a las que les pueda cambiar la vida y garantizar una inserción plena en la sociedad. Por ejemplo, Sophia (el robot humanoide más conocido) se está fabricando en masa para ayudar en hospitales³¹⁸⁵. Y, yo me pregunto, ¿cuánto tardarán en producirse este tipo de robots pensados para satisfacer las necesidades de cada hogar? Los asistentes de voz ya nos hacen la vida cada día más fácil³¹⁸⁶, ¿por qué pensar que estas tecnologías no van a producir el mismo efecto en las relaciones? Debemos estar preparados para la peor, pero también pensar en lo mejor.

³¹⁸⁵ Vide “Sophia, el robot 'social' que ayudará contra la pandemia cuidando a ancianos y enfermos de coronavirus”, https://www.antena3.com/noticias/tecnologia/sophia-el-robot-social-que-ayudara-contr-la-pandemia-cuidando-a-ancianos-y-enfermos-de-coronavirus_20210125600e6d57a81ee90001d4d512.html

³¹⁸⁶ Vide Ricard MARTÍNZ MARTÍNEZ, “Internet de los objetos, domótica e inteligencia artificial: la nueva frontera del derecho a la vida privada y familiar”, *Diario LA LEY CIBERDERECHO*, 31, (2019), p. 3.

B. El derecho a no ser objeto de actuaciones automatizadas.

Relacionado con el derecho de acceso a estas tecnologías, se encuentra el derecho a no ser objeto de una decisión automatizada. Si bien, este derecho ya está garantizado por el Reglamento General de Protección de Datos en el artículo 22 se garantiza que *«todo interesado tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar»*.

Sin embargo, debería contar con mayores garantías para preservar que los datos o la información relativa al individuo no sea objeto de tratamiento automatizado por la inteligencia artificial. Esta cuestión va a generar muchísimo debate en el futuro, en tanto que, la ciudad inteligente se construye básicamente a través de la aglomeración de estos datos y la creación de perfiles³¹⁸⁷. Junto a este derecho, debe existir un derecho de oposición a las decisiones que adopte la inteligencia artificial, garantizando a través del derecho a la información la fundamentación que promueve el acto desarrollado. En consecuencia, debería existir una legislación que se encargue de desarrollar los límites legales, conforme al Estado de Derecho que serían aplicables.

C. El derecho al tratamiento por ser un humano.

Desde la perspectiva contraria, si se garantiza el derecho a no ser objeto de un tratamiento automatizado (como el que realiza la inteligencia artificial con la información para dar respuesta a las solicitudes) debe garantizarse el derecho al tratamiento por un ser humano. En el ámbito de las Administraciones Públicas se examinó que no era necesario establecer estas garantías, puesto que, el modelo organizativo en distintos órganos y que su responsabilidad recaiga siempre sobre una persona, garantiza que siempre habrá un ser humano que se responsabilice y controle la actuación³¹⁸⁸.

No obstante, creo que es necesario proclamar este derecho, como propio de la sociedad digital, ante el avance de las nuevas tecnologías y su adquisición de una

³¹⁸⁷ Vide Carlos M. ROMEO CASABONA y Guillermo LASCOZ MORATINOS, “Inteligencia artificial aplicada a la salud: ¿qué marco jurídico?”, *Revista Derecho y Genoma Humano*, 52, (2020), p. 152.

³¹⁸⁸ Vide Juli PONCE SOLÉ, “Inteligencia artificial, derecho administrativo y reserva de humanidad: algoritmos y procedimiento administrativo debido tecnológico”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 50, (2019), p. 32.

personalidad jurídica propia³¹⁸⁹. Una de las pautas principales para que la sociedad digital avance, gracias a la confianza de los usuarios, es que las personas sigan teniendo el control de las instituciones³¹⁹⁰. En caso contrario, la falta de referencias personales convertiría las actuaciones del Estado en combinaciones de números, cuando detrás hay personas que sufren las consecuencias de esos actos.

En este sentido, habría que garantizar un derecho a la protección de la dignidad humana en el supuesto de que lleguen a convivir con en una sociedad altamente robotizada. Los poderes del Estado deben garantizar que las actuaciones que realicen la inteligencia artificial o los robots nunca atenten o denigren la dignidad de los seres humanos. Así, en el caso de que se produzca una convivencia entre ambos sujetos, especialmente, si se les reconoce una personalidad jurídica propia, habrá que sentar las bases que delimiten los límites en las actuaciones de estos.

D. La obligación de ayudar con el sostenimiento de las cargas del Estado.

Relacionado con el derecho anterior, se encuentra el derecho a garantizar que estas tecnologías ayudan al sostenimiento de las cargas del Estado. Hasta el momento, los impuestos derivados de la actividad humana son los únicos que ayudan a soportar el desarrollo de la actividad pública, pero esta tendencia debe variar. Más aún, en el caso de que adquieran una personalidad jurídica propia, el sistema debe adaptarse para que estos también colaboren con el sostenimiento de las cargas del Estado. La cantidad de puestos de trabajo que van a desaparecer en pocos años³¹⁹¹ justifica una tributación conjunta entre seres humanos y máquinas, al menos hasta que de forma transitoria se encuentren soluciones a los problemas del empleo en nuestro país.

³¹⁸⁹ Vide PARLAMENTO EUROPEO, *Resolución (2015/2103 INL)*, de 16 de febrero, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica, Estrasburgo, p. 17.

³¹⁹⁰ Vide Agustí CERRILLO I MARTÍNEZ, “El procedimiento administrativo electrónico”, *A las puertas de la Administración Digital: una guía detallada para la aplicación de las Leyes 39/2015 y 40/2015*, INAP, Madrid, 2016, p. 25.

³¹⁹¹ Vide PwC, “Will robots steal our jobs? The potential impact of automation on the UK and other major economies”, Madrid, 2017.

E. Derechos relacionados con el funcionamiento de estas tecnologías.

Una vez definidos estos derechos, se podrían señalar otros derivados del funcionamiento de estas tecnologías. En primer lugar, habría que determinar un derecho a que la información que utilicen estas tecnologías sean datos puros, no sesgados, minados o manipulados. En este sentido, si la materia prima que se utiliza para adoptar decisiones está contaminada o no representa la realidad no se pueden adoptar resoluciones acertadas. Además, hay que tener en cuenta la facilidad para manipular a la ciudadanía si son las máquinas las que adoptan las resoluciones (erróneas), evitando las responsabilidades derivadas de estos actos³¹⁹².

La idea es que si estas tecnologías se utilizan en esferas públicas deben contar con todos los datos más puros posibles para evitar que se cometan errores. En caso contrario, las personas que, manipulen, tergiversen, o modifiquen, estos datos serían los responsables de las actuaciones llevadas a cabo por estas tecnologías.

Por otro lado, el sistema de funcionamiento de estas tecnologías se perfecciona a medida que aumentan los datos que recogen y se agregan a los perfiles para adoptar las decisiones. Sin embargo, habría que establecer un derecho a que sólo se utilicen los datos estrictamente necesarios³¹⁹³, evitando la utilización de aquellos que se refieran a la intimidad o la vida privada del individuo. Y, de igual manera, en el caso de que fuesen necesarios que sólo se conserven el tiempo imprescindible para la formación o el enriquecimiento del sistema de autoaprendizaje de estas tecnologías³¹⁹⁴.

Reflexionemos, por ejemplo, en lo que pueda implicar tener un sistema de inteligencia artificial que recoge y conserva todos los datos íntimos a los que tiene acceso, desde la compra semanal, las personas con las que te comunicas, lo que se dice en esas conversaciones, hasta tus hábitos rutinarios. Hay que sentar un límite a la información

³¹⁹² Vide Lorenzo COTINO HUESO, “Riesgos e impactos del Big Data, la inteligencia artificial y la robótica. Enfoques, modelos y principios de la respuesta del derecho”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 50, (2019), p. 14.

³¹⁹³ Vide PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, *Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril, 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)*, Estrasburgo, artículo 5.1: «Los datos personales serán: c) adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados (“minimización de datos”)».

³¹⁹⁴ Vide Víctor MAYER-SCHÖNBERGER y Kenneth CUKIER, *Big data. La revolución de los datos masivos*, Turner Publicaciones, Madrid, 2013, pp. 4 y ss.

que se conserva, y por supuesto, éste debe respetar el derecho a la privacidad y la intimidad de los ciudadanos.

Con posterioridad, habría que determinar los derechos derivados del sistema de funcionamiento de estas tecnologías. El derecho a la transparencia algorítmica es la base que permite corroborar que las decisiones adoptadas por la inteligencia artificial se ajustan a los principios y valores del Estado de Derecho³¹⁹⁵. Por ello, es importante que el algoritmo sea inteligible, al menos por expertos en ciencias numéricas, para comprobar que este respeta los valores de la democracia y los derechos de los ciudadanos³¹⁹⁶. De igual modo, estas tecnologías deben contar con las herramientas necesarias para que permitan rendir cuentas de la motivación que subyace en las resoluciones adoptadas, es decir, en que se fundamenta su decisión para que sea en un sentido, y no en el contrario³¹⁹⁷. Este derecho permitirá comprobar que no se adoptan decisiones discriminatorias, sino resoluciones en base a datos o hechos verídicos³¹⁹⁸. El caso SyRI³¹⁹⁹ ha puesto de manifiesto la necesidad de regular este aspecto a la mayor brevedad posible, sino queremos que se perpetúen decisiones poco igualatorias o basadas en razones discriminatorias.

Y, finalmente, en relación con las actuaciones realizadas por estas tecnologías, habría que reconocer un derecho a la responsabilidad de los daños causados. Con la regulación actual de la responsabilidad patrimonial, los poderes públicos no se harían cargo de los daños provocados por la utilización de estas tecnologías. Más aún, si se les llega a reconocer capacidad jurídica propia³²⁰⁰. Sin embargo, si lo que pretendemos es

³¹⁹⁵ Vide Wilma ARELLANO TOLEDO, “El derecho a la transparencia algorítmica en el Big Data e inteligencia artificial”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 50, (2019), p. 6.

³¹⁹⁶ Vide José VIDA FERNÁNDEZ, “Los retos de la regulación de la inteligencia artificial: algunas aportaciones desde la perspectiva europea”, en Tomás DE LA QUADRA SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO y José Luis PIÑAR MAÑAS, *Sociedad digital y derecho*, o.c., p. 222.

³¹⁹⁷ *Ídem* p. 215.

³¹⁹⁸ Vide Lorenzo COTINO HUESO, “La necesaria actualización de los derechos fundamentales como derechos digitales ante el desarrollo de Internet y las nuevas tecnologías”, en Benigno PENDAS GARCÍA, *España constitucional (1078-2018) trayectorias y perspectivas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, p. 2360: «Ahora bien, el acceso a la información algorítmica no es suficiente, puesto que muy pocos humanos están cualificados hoy día para efectuar una fiscalización y control de tal información. Por ello, (...) hay que reforzar las facultades y medios de las autoridades y de sus agentes para poder controlar efectivamente los usos algorítmicos y los datos manejados».

³¹⁹⁹ Vide Sentencia de la Corte de la Haya, de 5 de febrero de 2020, of NJCM c.s./De Staat der Nederlandem (SyRI), case C/09/550982/HA ZA 18/388páf. 3. 3.

³²⁰⁰ Vide Ricard MARTÍNEZ MARTÍNEZ, “Inteligencia artificial desde el diseño. Retos y estrategias para el cumplimiento normativo”, *Revista catalana de Derecho público*, 58, (2019), pp. 73-78.

generar confianza y que la sociedad digital avance, la tendencia a no responsabilizarse de los daños causados debe cambiar. El Estado debe articular los mecanismos necesarios para que, en el caso de que estos daños lleguen a producirse, cuenten con la garantía de que se hará cargo de resarcir a los perjudicados por las decisiones de estas tecnologías.

F. Recopilación de derechos.

En consecuencia, se puede resumir que dentro del Derecho Artificial deberá regularse los siguientes derechos:

- a) El derecho de acceso a sistemas de inteligencia artificial o robótica.
- b) El derecho a no ser objeto de una decisión automatizada.
- c) El derecho a ser tratado por un ser humano.
- d) El derecho a garantizar la protección de la dignidad humana de una sociedad en convivencia con robots o inteligencia artificial.
- e) El derecho a que estas tecnologías colaboren al sostenimiento de las cargas del Estado.
- f) El derecho a que estas tecnologías utilicen datos puros, no sesgados, minados o manipulados.
- g) El derecho a la protección de la intimidad y privacidad de las personas, y que no se usen o conserven los datos que no sean imprescindibles para la adopción de decisiones automatizadas.
- h) El derecho a la transparencia algorítmica, es decir, que los algoritmos puedan ser inteligibles, permitan rendir cuentas de sus actuaciones y se respeten los derechos democráticos, especialmente, el derecho a la no discriminación y el respeto a la igualdad.
- i) El derecho a la responsabilidad de los daños causados por las actuaciones o decisiones adoptadas por estas tecnologías.

2.4.5. Los derechos derivados de las ciencias biológicas.

Si en el caso de la inteligencia artificial se planteaba el acceso a la inteligencia artificial o la robótica como un derecho que delimitaría la condición o pertenencia a una clase social u otra, en el caso de los avances en las ciencias biológicas va a suponer la ruptura definitiva al sistema preestablecido. De igual manera que en el supuesto anterior,

hay que comenzar garantizando que acceder a estas técnicas de modificación genética o de mejora a través de la inserción de estas tecnologías en nuestro organismo cuente con las garantías necesarias para todas las personas con independencia de situación socioeconómica.

Ahora mismo, plantear este derecho como un servicio público que se preste dentro del derecho general a la salud, es inviable. En primer lugar, porque el estado de la ciencia no garantiza una intervención segura y la consecución de unos objetivos determinados. De este modo, hasta que ésta no progrese y se consolide, no es acertado hablar de su concreción como un derecho de todos los ciudadanos. Y, de forma relacionada, desconocemos cuál es el gasto que va a suponer para el Estado y en qué medida se puede o no asumir.

A. El derecho de acceso a estas tecnologías derivadas de los avances en ciencias biológicas.

Pese a lo afirmado anteriormente, como la temática de esta tesis se está abordando desde una postura a favor del progreso, y a corto-medio largo plazo si que será necesario poder garantizar este derecho en el futuro es por lo que se pueden realizar algunas consideraciones. Así, siempre que se den las condiciones y requisitos necesarios, el sometimiento a estas intervenciones será el punto de inflexión que marcará las diferencias entre las distintas clases sociales.

No existirá otro elemento más contundente que clasifique a los seres humanos como el no padecimiento de determinadas enfermedades, y, en consecuencia, el aumento de la longevidad y disfrute de una mayor calidad³²⁰¹ de vida general³²⁰². En los apartados precedentes de esta materia, se hablaba de la posibilidad de diferenciar a los seres humanos entre semidioses y el resto de las personas mundanas. Así, las posibilidades socioeconómicas serán el criterio determinante entre aquellos que puedan tener acceso o

³²⁰¹ Vide Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “El personal del servicio andaluz de salud: código numérico, acreditación y carrera profesional”, en José María PÉREZ MONGUIÓ y Severiano FERNÁNDEZ RAMOS (Coordinadores), *El derecho de salud de Andalucía*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2015, pp. 255 y ss.

³²⁰² Vide Rafael DE ASÍS ROIG, “Algunos de los retos del constitucionalismo del S. XXI: especial atención a los derechos humanos”, en Luciano José PAREJO ALFONSO y José VIDA FERNÁNDEZ, *Los retos del Estado y la Administración en el S. XXI: libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 418.

no a utilizar estas tecnologías. La brecha entre las jerarquías sociales aumentará como no ha ocurrido antes.

Las clases con mayores recursos se convertirán en casi “inmortales”, mientras el resto seguirá padeciendo las enfermedades propias del ser humano. El Estado deberá prever que, en un futuro, todas las personas puedan someterse a este tipo de intervenciones que, en mayor o menor medida, preservan su derecho a la protección de la salud. Sin duda esto implica una ventaja dentro del Estado de Bienestar, cuyo gasto económico en la protección de la salud tiene tendencia ascendente desde hace años, y esta sería una forma de frenar o reducir la inversión en este sector³²⁰³. Por esta razón, hay que reconocer el derecho al acceso equitativo de estas tecnologías.

B. El derecho a la información genética.

En este supuesto, el derecho estaría relacionado a que las personas conocieran, antes de que se llegaran a producir, las enfermedades o patologías que tiene mayores posibilidades de padecer a lo largo de su vida³²⁰⁴. Una forma de cuidar la salud es desde la postura de la prevención de estos padecimientos. Por ejemplo, conocer que se tiene un alto riesgo de tener a lo largo de tu vida un cáncer de mamá, puede ser una solución para evitar esa enfermedad, tomar medidas con anterioridad, como puede ser el vaciado de las mismas.

En este sentido, la enfermedad actual que todos tememos oír es el padecimiento de cualquier tipo de cáncer, aún habiendo avanzado la ciencia y las posibilidades de sobrevivir a ésta. De este modo, hasta que no se descubra una cura contra esta enfermedad, ya sea a través de una vacuna, modificación del genoma humano, u otro tipo de intervención, las personas tienen derecho a actuar desde una postura preventiva. Por esta razón, los ciudadanos tienen derecho a poder acceder a esa información, relativa a las enfermedades que puedan padecer a lo largo de su vida, si así pueden prevenir o ralentizar el proceso.

³²⁰³ Vide Alejandro MARTÍNEZ NAVARRO, “Genética y Derecho. La medicina genómica en el Sistema Nacional de Salud”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 54, (2019), p. 364.

³²⁰⁴ *Ídem* p. 3645

C. El derecho al respeto a la diversidad genética.

Por otro lado, habría que garantizar el respeto a la diversidad genética. La sociedad digital no puede escudarse en el no padecimiento de enfermedades para garantizar la supervivencia de determinados genes. En este sentido, tal y como ha demostrado la historia, hay que preservar la diversidad genética por la que se caracteriza el ser humano, y no imponer unos rasgos frente a otros, siempre que no exista una justificación médica. La sociedad digital tiene que ser plural y respetar los rasgos que identifican al ser humanos, puesto que, en caso contrario se estaría actuando en contra el derecho a la igualdad y a la no discriminación. Por esta razón, desde el ordenamiento jurídico no puede permitirse ningún tipo de discriminación genética, o desigualdad de desarrollo entre el genoma de los seres humanos. Y, por tanto, también debe reconocer el derecho a preservar la identidad de los seres humanos, lo que no va en deterioro de mejorar o proteger su salud; y de igual manera, establecer las medidas necesarias para garantizar la protección contra sesgos y discriminaciones genéticas.

D. El derecho a la privacidad mental o de protección de los neurodatos.

Si algo caracteriza al ser humano es su capacidad de reflexionar y emitir pensamientos, al menos dentro de su cabeza, de forma libre y el sometimiento a los prejuicios sociales. Por esta razón, se debe garantizar el derecho a la inviolabilidad de la privacidad mental o de los neurodatos. La información neurológica del ser humano debe ser protegida por exceso, imposibilitando que alguien llegue a acceder al contenido de ese pensamiento, sin el consentimiento expreso y eficaz de su titular³²⁰⁵.

El Estado debe prohibir cualquier comportamiento que suponga una injerencia o violación sobre la privacidad mental de los ciudadanos³²⁰⁶. E incluso, su utilización por los poderes públicos debe contar con unas garantías y requisitos lo suficientemente amplios para que no se menoscabe la dignidad del individuo. Si bien es cierto que este tipo de técnicas podrían llegar a ser muy útiles dentro de las funciones de autoridad del

³²⁰⁵ Vide Rafael DE ASÍS ROIG, “Algunos de los retos del constitucionalismo del S. XXI: especial atención a los derechos humanos”, en Luciano José PAREJO ALFONSO y José VIDA FERNÁNDEZ, *Los retos del Estado y la Administración en el S. XXI: libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 419.

³²⁰⁶ Vide Carlos Alberto AMOEDO SOUTO, “De las neurociencias al neuroderecho: perspectivas de regulación jurídica del cerebro”, *El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 78, (2018), pp. 42 y ss.

Estado para investigar actos delictivos y encontrar a los responsables. Sin embargo, esto conllevaría cambiar el sistema de infracciones y sanciones de nuestro ordenamiento jurídico, puesto que la persona perdería su derecho a alegar lo que a su derecho convenga.

Sin contar que en el ámbito del proceso penal supondría la ruptura del derecho a no declararse culpable y a defender su inocencia. Este tipo de tecnologías impediría el correcto ejercicio de estos derechos, puesto que, sería una presunción *iuris et de iure*, de que se ha cometido la actuación. Por tanto, hay que pensar (llegado el momento) en unos límites adecuados para la utilización de estas técnicas, respetando los derechos del Estado democrático y de Derecho.

E. El derecho a decidir sobre la utilización de estas tecnologías en sus organismos.

Quizá más cercano de lo que nos imaginamos, en cuanto las impresoras 3D estén funcionando a pleno rendimiento, la utilización de los órganos o sistemas basados en compuestos artificiales se extenderán dentro del sistema sanitario. Por ello, habrá que garantizar que existe un derecho del ciudadano a decidir si quiere que se inserten en su organismo este tipo de órganos artificiales. Y, de igual manera, un poco más lejano en el tiempo, el derecho a decidir sobre la utilización de órganos o sistemas biológicos modificaciones genéticamente para no padecer ciertas enfermedades, o para mejorar su funcionamiento.

F. El derecho a decidir sobre el sometimiento a una intervención de modificación genética o de implantes robóticos.

Relacionado con el derecho anterior, se encuentra el derecho a decidir sobre la intervención a una modificación genética o la implantación de robots en su organismo³²⁰⁷, pero esta vez fuera de las consideraciones médicas. En este caso, la incorporación de estos al organismo humano no tendría como finalidad erradicar el padecimiento de determinadas enfermedades, sino con el objetivo de aumentar o potenciar las capacidades

³²⁰⁷ *Vide* Vicente BELLVER CAPELLA, “La revolución de la edición genética mediante CRISPR-Cas9 y los desafíos éticos y regulatorios que comporta”, *Cuadernos de bioética*, XXVII, (2016), pp. 234 y ss.

del ser humano. El caso paradigmático es el de los ciborgs³²⁰⁸, puesto que, realmente no buscan curar o prevenir enfermedades, sino experimentar o aumentar sus posibilidades de relación con el medio.

G. El derecho a la responsabilidad por estas actuaciones.

Y, finalmente, habría que establecer un derecho que garantice que del uso de estas tecnologías existirá un responsable que, en el caso de producir daños, resarza a los afectados. Al igual que ocurría en el caso de la robótica y la inteligencia artificial, según el régimen jurídico actual los poderes públicos no se harían cargo de los daños causados, en tanto que, el estado de la ciencia no permite aseverar que estos no se produzcan. Sin embargo, esta tendencia tiene que variar, y generar la suficiente confianza (cuando cuente con las garantías suficientes) para que los ciudadanos cuenten con las garantías necesarias para someterse a este tipo de intervenciones.

H. Recopilación de derechos.

En consecuencia, los derechos relativos a las ciencias biológicas quedarían resumidos de la siguiente forma:

- a) El derecho a un acceso equitativo a estas tecnologías, tanto como tratamiento médico, mejora o aumento de las capacidades del ser humano.
- b) El derecho a la información genética.
- c) El derecho al respeto de la identidad del ser humano y a la diversidad genética.
- d) El derecho a la inviolabilidad de la privacidad mental.
- e) El derecho a decidir sobre el uso de órganos o sistemas biológicamente modificados en nuestro organismo.
- f) El derecho a decidir sobre el sometimiento a una modificación genética o implantación robótica, fuera de los límites de la protección estricta de la salud.
- g) El derecho a la responsabilidad de los daños causados por el uso de estas tecnologías.

³²⁰⁸ Vide Sandra CAMACHO CLAVIJO, “La subjetividad cyborg”, en Susana NAVAS NAVARRO, *Inteligencia artificial: tecnología y derecho*, o.c., pp. 233 y ss.

III. Rediseñando los pilares del Estado de Bienestar.**1. Los servicios públicos digitales.****1.1. Introducción.**

El diseño del Estado de Bienestar 4.0 se ha abordado hasta el momento desde un plano conceptual o formal, especialmente, sobre la modificación o reconocimiento de nuevos derechos dentro del ordenamiento jurídico. Sin embargo, si se aspira a convertir el Estado de Bienestar en una estructura superior de protección de los ciudadanos, no basta con introducir modificaciones formales sobre su estructura y contenido, sino que, también hay que adaptarla al Derecho a través de la cual se materializa esta prestación. En caso contrario, no es posible que los poderes públicos puedan adecuar sus servicios a las necesidades que experimenta la población. Por esta razón, hay que repensar la institución del servicio público, pero esta vez desde una perspectiva digital.

La evolución de los servicios públicos hacia la digitalización se ha asociado con nuevas prestaciones que posibilita el Estado a través de las plataformas habilitadas al efecto. Así, en general, el proceso de conversión de los servicios públicos ha consistido en adaptar las actuaciones que se venían prestando al formato electrónico. Por ejemplo, es el caso de la matrícula a los centros escolares a través de la página web de la Comunidad Autónoma, la emisión de certificados sobre las cotizaciones a la seguridad social, o la implantación de la historia clínica electrónica³²⁰⁹.

Sin embargo, esta conversión de los servicios públicos se asemeja más a su adecuación a la tramitación electrónica que a la transformación hacia la digitalización de la prestación. En otras palabras, este cambio ha estado más enfocado a acondicionar los servicios públicos a la Administración electrónica, que a buscar una auténtica innovación o superación de las convencionalidades de los servicios públicos. No obstante, hay que destacar el importante papel que han tenido algunos de estos servicios, especialmente, los de identificación y firma electrónica, puesto que son el presupuesto habilitante para identificar el ciudadano en el ciberespacio. Sin embargo, los servicios públicos digitales

³²⁰⁹ *Vide* Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ y Antonia OLIVA VILLEGAS, “El conjunto mínimo de datos de los informes de la historia clínica en salud mental”, *European Journal of Education and Psychology*, Vol. 4, 2, (2011), pp. 120 y ss.

entrañan una evolución superior de esa figura que se acerca más a la instauración de las posibilidades que ofrece la Revolución Digital.

1.2. Concepto y caracteres.

Si la definición de la figura del servicio público ha suscitado polémica en la doctrina para acordar un consenso sobre los caracteres que la definen, no va a ser mucho más sencillo delimitar la figura del servicio público digital. En este sentido, el servicio público había sido definido como una figura dinámica que cambia y evoluciona según las necesidades concretas de la población³²¹⁰, especialmente, atendiendo al interés general³²¹¹. Las características básicas del servicio públicos van a perdurar en esta nueva modalidad digital, de manera que, conservará el carácter orgánico (una Administración Pública seguirá siendo la titular del servicio)³²¹², el elemento teleológico (cubrir una necesidad de interés general)³²¹³ y el régimen jurídico exorbitante³²¹⁴. Sin embargo, lo que va a cambiar de esta figura es la materialización de la prestación, especialmente, en lo que se refiere al proceso de toma de decisiones sobre la su gestión, referidos al qué, cómo, cuándo y dónde.

Hasta el momento, las decisiones sobre las fórmulas de gestión y administración de los servicios públicos estaban sujeta a la discrecionalidad política³²¹⁵, puesto que, no existen consideraciones legales sobre cómo deben prestarse los servicios públicos, más allá de las previsiones normativas sobre el elemento objetivo y subjetivo de la relación. En sentido contrario, este vacío es lo que ha permitido que sean los poderes del Estado quienes decidan cómo y en qué medida se deben desarrollar estos servicios. Así, por ejemplo, los tribunales han reconocido que los servicios públicos se ajusten a la

³²¹⁰ Vide José María SOUVIRÓN MORENILLA, *La actividad de la Administración y el servicio público*, o.c., p. 123 y ss.

³²¹¹ Vide Tatiana SAURIS, “La riorganizzazione delle politiche sociali e i confini della eccezionalità”, en *Gli operatori sociali nel nuovo welfare*, Carocci editore, Roma, 2017, p. 46.

³²¹² Vide Gaspar ARIÑO ORTIZ, “Servicio público y libertades públicas”, en Fernando GARRIDO FALLA, *Actualidad y perspectivas del Derecho Público a fines del S. XX, Homenaje al profesor Garrido Falla*, Vol. II, Editorial Complutense, Madrid, 1992, p. 1319.

³²¹³ Vide Juan Miguel DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, *La actividad de la Administración*, Madrid, Tecnos, 1983, p. 122.

³²¹⁴ Vide Francisco SOSA WAGNER, *La gestión de los servicios públicos locales*, o.c., pp. 41-42.

³²¹⁵ Vide José María SOUVIRÓN MORENILLA, *La actividad de la Administración y el servicio público*, o.c., p. 206.

disponibilidad de recursos económicos con los que decidan dotarlos, en relación con las decisiones políticas que se adopten en esa materia³²¹⁶.

Sin embargo, la sociedad digital permite introducir nuevos indicadores sobre cómo debe materializarse la prestación de los servicios públicos. En este sentido, el aumento de la participación ciudadana en la toma de decisiones públicas favorecerá la implantación de unos servicios públicos más adecuados y eficaces en relación con las necesidades de los ciudadanos o de la voluntad general. En consecuencia, esa discrecionalidad de los poderes políticos para gestionar los servicios públicos podría verse limitada por aquello que exprese o decida la población³²¹⁷. Por tanto, una de las primeras medidas que se debe adoptar es delimitar la vinculación de la voluntad o de los comportamientos de los ciudadanos en la gestión de los servicios públicos. En caso contrario, todo el sistema complejo de servicios públicos digitales que se va a exponer podría verse truncado, y con este la expectativa de evolución del Estado de Bienestar.

De este modo, habrá que determinar legalmente cómo informan los datos recogidos o el análisis de la participación ciudadana en las decisiones políticas. Así, si las conclusiones o predicciones sobre las decisiones de gestión de los servicios públicos no van a vincular o ser determinantes para la gestión política, no tiene sentido articular este complejo proceso. No obstante, con esta afirmación no pretendo reducir o eliminar la potestad de gestión de los servicios públicos que tienen encomendadas las distintas Administraciones, sino que, lo que se pretende es garantizar que, al menos, la voluntad general sea tenida en cuenta para adecuar la prestación de los servicios públicos. De alguna manera ¿qué sentido tendría lo opuesto?

La instauración de la participación³²¹⁸ ciudadana en la gestión de los servicios públicos va a reflejarse a través de dos ámbitos de actuación diferenciados: por un lado, el carácter directo de sus aportaciones; y, por otro lado, el indirecto o inconsciente. Los modos de participación directa de la ciudadanía se han abordado de forma generalizada en el capítulo tercero de esta tesis, referido tanto a la apertura de las instituciones,

³²¹⁶ *Vide* SSTC 65/1990, de 7 de mayo, FJ9 y 128/2009, de 1 de junio, FJ 4.

³²¹⁷ *Vide* Eduardo GAMERO CASADO, “El derecho digital a participar en los asuntos públicos: redes sociales y otros canales de expresión”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO y José Luis PIÑAR MAÑAS, *Sociedad digital y derecho*, o.c., p. 236.

³²¹⁸ *Vide* Jaime Orlando SANTOFIMIO GAMBOA, *Procedimientos administrativos y tecnología*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2011, pp. 118 y ss.

especialmente, de la Administración Pública, para la construcción del Gobierno y el Parlamento Abiertos³²¹⁹.

En es sentido, me reitero en lo dispuesto en estos apartados, sobre la necesidad de articular mecanismos a través de las distintas Administraciones Públicas para recabar información suficiente sobre la voluntad de los ciudadanos. Las herramientas de las que podría servir esa Administración son las páginas web, las plataformas y las redes sociales, como canales de extracción de información, o más concretamente de metadatos, de forma colateral o espontánea³²²⁰. Mientras que, para un conocimiento más profundo y exacto sobre determinadas materias, la figura del ágora digital³²²¹ sería la que mejor se adecuaría en la recepción de ese deseo o voluntad de los ciudadanos.

En lo que se refiere al carácter indirecto, la información que se recoge en la gestión de los distintos servicios será también determinante para mejorar o adecuar su administración. En este sentido, el Big Data de la ciudad será la herramienta básica que permitirá la adecuación y adaptabilidad de los servicios públicos a las necesidades sociales³²²². Sin embargo, para que se genere esta producción de información masiva es necesario implantar elementos IoT en distintos puntos de la ciudad. Sin duda esta es la base para poder aspirar a una ciudad inteligente y más eficiente en la gestión de los recursos³²²³. No obstante, aunque el IoT no va a recoger datos personales de los ciudadanos, no significa que no se deban establecer medidas para que esos no terminen siendo (a través de otros procesos) identificativos del individuo.

³²¹⁹ Vide Emilio GUICHOT REINA, “El sentido, el contexto y la tramitación de la Ley de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno”, en *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, Tecnos, Madrid, 2014, p. 17.

³²²⁰ Vide J. Ignacio CRIADO GRANDE, “Administración Pública en la web y redes sociales para la prestación de servicios públicos”, en Isaac MARTÍN DELGADO, *El procedimiento administrativo y el régimen jurídico de la Administración Pública desde la perspectiva de la innovación tecnológica*, Iustel, Madrid, 2020, pp. 302.

³²²¹ Vide Dolors CANALS AMETLLER, “El proceso normativo ante el avance tecnológico y la transformación digital (inteligencia artificial, redes sociales y datos masivos)”, *Revista general de Derecho Administrativo*, 50, (2019), p. 10; Vide Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, “Retos, riesgos y oportunidades de la sociedad digital”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO y José Luis PIÑAR MAÑAS, *Sociedad digital y derecho*, o.c., p. 34

³²²² Vide Lorenzo COTINO HUESO, “Big Data e inteligencia artificial: una aproximación a su tratamiento jurídico desde los derechos fundamentales”, *Dilemata*, 24, (2017), p. 136

³²²³ Vide Moisés BARRIO ANDRÉS, *Ciberderecho: bases estructurales, modelo de regulación e instituciones de gobernanza*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 25.

En este sentido, por ejemplo, se trata de que se cuenten cuántas personas se suben a los autobuses, en qué tramos horarios hay mayor o menor afluencia, o los puntos de la ciudad con mayor incidencia de solicitud de transporte público. A partir del análisis de estos datos se pueden establecer correlaciones para mejorar la prestación del servicio. El ejemplo que se expone es lo suficientemente sencillo como para ver la relación beneficiosa que puede generarse entre las tecnologías de la Revolución Digital y los servicios públicos. Sin embargo, la simplicidad de este irá incrementándose a medida que aumenten los datos a los que se tiene acceso y las opciones en su gestión que nos proponga o facilite la inteligencia artificial.

Por último, en favor del carácter de adaptabilidad que define el servicio público, este no sólo tendrá que adecuarse a cubrir las nuevas necesidades de la población, sino que también, sus principios, medios y recursos. En consecuencia, la transformación digital del servicio público está referida a dos perspectivas: por un lado, la adecuación de la gestión de los servicios públicos que se prestan a las nuevas posibilidades que ofrecen estas tecnologías; y, por otro lado, de la creación de nuevos servicios públicos destinados a cubrir las nuevas necesidades digitales de la sociedad.

En lo que atiene a estos últimos, el estado de la ciencia no permite (por ahora) establecer cuáles van a ser esos futuros servicios públicos digitales. En este sentido, en esta tesis se proponen cuáles podrían ser algunos de los derechos relacionados con la Revolución Digital, pero no hay aún una certeza absoluta de que esa predicción llegue a materializarse. Por esta razón, hasta que no se cree una evidente necesidad general que el Estado deba cubrir con nuevas prestaciones, no se puede valorar qué nuevos servicios públicos se deben concebir en nuestro ordenamiento jurídico. Sin duda estos serán objeto de futuras investigaciones en el mañana más próximo. En consecuencia, me centraré en cómo tienen que digitalizarse los servicios públicos que se prestan en el marco del Estado del Bienestar 4.0.

1.3. Elementos.

El proceso de digitalización de los servicios públicos se basa en los siguientes elementos: instauración del IoT, una estructura de red pública de almacenamiento de la información, el Big Data “civis”, y el uso de la inteligencia artificial.

En primer lugar, para iniciar la transformación de los servicios públicos es necesario instalar o colocar elementos de IoT en lugares que sean relevantes o estratégicos para recibir información sobre la gestión del servicio público que se trate. No obstante, en la recogida de esa información debe regir el principio de aprovechar al máximo las oportunidades y los beneficios que esta pueda implicar para el conjunto de la sociedad. Por esta razón, si bien la implantación del IoT tiene que estar relacionada con el servicio que se quiere analizar, esta información puede ser útil para otros fines, por lo que hay favorecer su divulgación (con fines legítimos por supuesto) instaurando la obligación de compartirlo en régimen de Datos Abiertos³²²⁴.

En este sentido, lo que puede ser óptimo para la gestión de los servicios de transporte, también puede utilizarse en otros ámbitos, como en las funciones de seguridad o control de las infraestructuras de las carreteras. Sin embargo, lo expuesto va en contra del principio de minimización del tratamiento de los datos que se impone por el RGPD³²²⁵, por lo que habrá que establecer los mecanismos legales necesarios para mejorar la convivencia jurídica entre el progreso social y el tratamiento de los datos bajo el principio de minimización.

Huelga decir que, cuando se hace referencia al IoT, esta entraña todos los elementos que lo configuran (hardware, elementos técnicos y software), por lo que remito a las consideraciones que se hacen al respecto en el capítulo segundo de esta tesis. No obstante, tengo que reiterar mis consideraciones sobre que, si el IoT se pretende utilizarse como un elemento básico en la gestión de los servicios públicos, este no cuenta con un régimen jurídico idóneo³²²⁶. Esta deficiencia debe ser solucionada en aras de alcanzar el

³²²⁴ Vide Lorenzo COTINO HUESO, “Hacia la transparencia 4.0: el uso de la inteligencia artificial para la lucha contra el fraude y la corrupción y las (muchas) exigencias constitucionales”, en Carles Ramió Matas, *Repensando la Administración Digital y la Innovación Pública*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2021, p. 2: «En este proceso de difusión activa de información pública, se trata, además, de ir poniendo la información de modo reutilizable, esencialmente, que se difundan datos e información legibles por máquinas. Ello es esencial en el ámbito de la reutilización desde la Directiva 2013/37/UE y especialmente en la Directiva (UE) 2019/1024 de 20 de junio de 2019 (Considerando 35, art. 2.13o3, arts. 5.1o y 8o, 9. 1o, 14. 1 b). Sin embargo, no es una exigencia jurídica clara, sino un principio preferente a fomentar en el ámbito de la transparencia y la publicidad activa (arts. 5. 1o y 11 Ley 19/2013)».

³²²⁵ Vide PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, *Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril, 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)*, Estrasburgo, artículo 5.1: «Los datos personales serán: c) adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados (“minimización de datos”)».

³²²⁶ Vide Javier PUYOL MONTERO, *Una aproximación a los aspectos legales de las nuevas tecnologías*, SEPIN, Madrid, 2017, pp. 3 y ss.; Vide Paloma LLANEZA GONZÁLEZ, *Seguridad y responsabilidad en*

máximo rendimiento de sus funciones, y sin que disminuyan los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos. En la actualidad, a esta figura le resulta de aplicación el régimen general o común de protección de datos, y aún siendo esta su materia prima, debería contar con un régimen jurídico adecuado a las características de esta tecnología.

El segundo elemento sería la red general de recogida y conservación de esta información pública. Las posibilidades del IoT no tienen sentido si no se ponen en relación con una estructura digital que permita la acumulación de todos esos datos para ser analizados con posterioridad. La figura del Cloud Computing, o más conocida como la nube, es la herramienta que va a posibilitar recoger esos datos puros o metadatos para que sean analizados, y así dotarlos de un valor superior³²²⁷. El problema es que una estructura pública como esta conlleva una inversión importante para su configuración, quizá no tanto en su creación inicial, como en su mantenimiento y protección. En este sentido, la base para que el sistema participación ciudadana en la gestión de los servicios públicos funcione correctamente es que la información se custodie sin que esta sufra modificaciones, ni tampoco injerencias de terceros. Huelga decir, que lo más importante en este punto, es preservar la seguridad física de la herramienta (es decir, el IoT), pero también la ciberseguridad de la información que se trata.

El tercer elemento de esta relación sería la figura del Big Data³²²⁸ que, en lo que se refiere a sus elementos y caracteres, me remito a lo ya dispuesto en apartados anteriores de esta tesis³²²⁹. Este Big Data que va a utilizar los servicios públicos es especial, en tanto que, los datos que se van a recoger tienen una finalidad concreta: satisfacer el interés general de la población. En consecuencia, no estamos ante el supuesto de la empresa privada que almacena y analiza estos datos con fines lucrativos o en busca de crecimiento económico, sino de la gestión de un servicio público donde, en todo caso, debe primar el interés general de la población sobre el resto de los aspectos. La instauración de este

la Internet de las Cosas, Bosch, Madrid, 2018, pp. 20 y ss.; *Vide* Moisés BARRIO ANDRÉS, *Internet de las cosas*, Reus, Madrid, 2018, pp. 24 y ss.

³²²⁷ *Vide* Lucía REY ARES, David RODEIRO PAZOS, Sara FERNÁNDEZ LÓPEZ y Guillermo ANDRÉS ZAPATA HUMANÍ, “La 4ª Revolución industrial: industria 4.0”, en César GARCÍA NOVOA y Diana SANTIAGO IGLESIAS, *4ª Revolución Industrial: impacto de la automatización y la inteligencia artificial en la sociedad y la economía digital*, o.c., pp. 211.

³²²⁸ *Vide* Wilma ARELLANO TOLEDO, “El derecho a la transparencia algorítmica en el Big Data e inteligencia artificial”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 50, (2019), p. 4.

³²²⁹ *Vide* Javier PUYOL MONTERO, *Aproximación jurídica y económica al Big Data*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 79.

principio no es baladí, más aún en los supuestos que se trate de servicios públicos gestionados de forma indirecta. Por esta razón, habría que otorgarle un nombre en consonancia con la institución a la que representa como Big Data “civis” (de los ciudadanos)³²³⁰.

En consecuencia, se deben establecer los mecanismos necesarios para que, en el caso de que se desarrolle una gestión indirecta de los servicios públicos, el control y gestión de esa información recaiga sobre la Administración titular del servicio. En este sentido, no tiene cabida dentro del ordenamiento jurídico que las empresas que gestionan los servicios públicos utilicen la información que recogen para venderla a otras empresas, y sacar provecho de los datos. Todo lo contrario: esa información debe ser utilizada en beneficio del interés general de la población.

A modo de ejemplo paradigmático, la Comunidad Valencia y el Ayuntamiento de Valencia introducen ya la “clausula Smart”, en los contratos del Sector Público, dentro del marco del crecimiento de la Ciudad Inteligente en Valencia³²³¹. De esta forma, cualquier tercero que gestione servicios públicos y que recoja información potencialmente útil para desarrollar la ciudad inteligente y mejorar la prestación de los servicios públicos, debe remitirlos a la plataforma general de la ciudad para que sean procesados. De este modo la información de la sociedad retorna para ser utilizada de nueva en su propio beneficio.

Y, finalmente, para complementar los elementos que configuran los servicios públicos digitales debe incluirse la utilización de la inteligencia artificial, o en su defecto (o hasta que adquiera la suficiente solvencia en su sistema de funcionamiento y de seguridad de sus decisiones) de algoritmos simples. En este sentido, en lo que se refiere a los caracteres y elementos que implican la inteligencia artificial me remito a lo dispuesto en apartados anteriores de esta tesis. La inteligencia artificial se presenta como un gran aliado para la mejorar la eficiencia y eficacia de los servicios públicos, siempre y cuando se solventen los problemas que esta presenta³²³².

³²³⁰ Del latín ciudadano, conjugado en genitivo.

³²³¹ Vide <https://www.google.com/search?q=cl%C3%A1usulas+smart&oq=cl%C3%A1usulas+smart&aqs=chrome..69i57j69i60.4353jlj7&sourceid=chrome&ie=UTF-8>

³²³² Vide José VIDA FERNÁNDEZ, “Los retos de la regulación de la inteligencia artificial: algunas aportaciones desde la perspectiva europea”, en Tomás DE LA QUADRA SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO y José Luis PIÑAR MAÑAS, *Sociedad digital y derecho*, o.c., p. 207.

1.4. La relación entre los algoritmos y el Derecho Público: su incidencia en el desarrollo de los servicios públicos.

1.4.1. Consideraciones previas.

La Unión Europea ya ha advertido de la multitud de usos que se les pueda dar a la inteligencia artificial en relación con los servicios públicos digitales. En primer lugar, para el análisis predictivo, simulación y visualización de datos, para identificar patrones de comportamientos en la sociedad y adaptar a estos la administración y gestión de los servicios públicos. En segundo lugar, permiten facilitar o automatizar los procesos de toma de decisiones en el seno de la Administración Pública. En tercer lugar, para la gestión del conocimiento como, por ejemplo, crear grandes colecciones de supuestos de tratamiento, para apoyar el desarrollo de la actividad pública. En cuarto lugar, se puede utilizar para el reconocimiento de audio o vídeo, y de procesamiento de lenguaje natural. En quinto lugar, para los procesos de Data mining y análisis de la información recopilada, especialmente, en el reconocimiento de identidad del sujeto. En sexto lugar, para reforzar la actividad desarrollada por los empleados públicos, utilizando dentro de las Administraciones a los asistentes digitales inteligente o agentes virtuales, como agentes de asesoramiento genérico o recomendaciones a los ciudadanos. En séptimo lugar, en la automatización de procesos cognitivos, esta vez ya más relacionados con la robótica avanzada. Y, finalmente, para su utilización en el análisis de inteligencia y seguridad de amenazas³²³³.

Sin embargo, la utilización de los algoritmos dentro del Derecho Público entraña dificultades específicas, más aún cuando se pretende su utilización para la gestión de los servicios públicos. Tal y como señala Huergo:

«el concepto de algoritmo es demasiado amplio como para que pueda tener siempre la misma naturaleza o régimen jurídico»³²³⁴.

³²³³ Vide COMISIÓN EUROPEA, “*AI Watch. Artificial Intelligence in public services. Overview of the use and impact of AI in public services in the EU*”, July de 2020, 2.1.1.

³²³⁴ Vide Alejandro HUERGO LORA, *La regulación de los algoritmos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020, p. 65

En este sentido, como afirma Cotino no es lo mismo la actuación automatizada de una Administración que la de una empresa privada en atención a los objetivos que tiene encomendados (artículo 9.2 CE y 103.2 CE). Por esta razón, estas actuaciones deberían tener una cobertura legal suficiente en todas sus fases, y eso, ahora mismo, el ordenamiento jurídico no lo garantiza³²³⁵.

El régimen jurídico-administrativo sólo custodia las actuaciones realizadas a través de procesos automáticos una vez que se haya iniciado el procedimiento administrativo (artículo 41 LRJSP). Esta laguna legal facilita que las Administraciones Públicas contraten servicios de consultoría estratégica que les facilitan informes sobre predicciones algorítmicas, puesto que son previas al acto administrativo por el que se inicia el procedimiento, dejando totalmente fuera la aplicación del régimen jurídico-administrativo³²³⁶.

De este modo, a la vez que la determinación de su naturaleza jurídica, se deben establecer medidas que protejan o garanticen la seguridad de los bienes jurídicos en juego. La idea de incluir la inteligencia artificial dentro de la gestión de los servicios públicos está mucho más que cerca de lo que podemos imaginar en nuestro país. En este sentido, por ejemplo, el informe elaborado por la consultora Ey para Microsoft ha señalado que el 33% del Sector Público en España ya ha implementado soluciones de inteligencia artificial en su gestión³²³⁷.

Sin embargo, sorprende que a pesar del incremento del uso de estas tecnologías dentro de las Administraciones Públicas no se han llegado a plantear conflictos judiciales de esta materia. No obstante, ¿significa esto que no está presentando ninguna dificultad su implantación dentro del seno de las Administraciones Públicas? En mi opinión, la razón de esa falta de jurisprudencia parece estar más bien, en que no somos conocedores

³²³⁵ Vide Lorenzo COTINO HUESO, “Garantías frente a la huida del Derecho Administrativo del uso de la inteligencia artificial en el sector público”, Ponencia en Observatorio de Transformación digital del Sector Público, 11 de noviembre de 2020, <https://www.uv.es/fatwireed/catedra-pagoda/es/novedades-1286053802801/Novetat.html?id=1286153114002>: «Como hemos afirmado, no es lo mismo una Administración asistida por algoritmos que una administración impartida por la inteligencia artificial. A mayor impacto, mayor necesidad de regulación y garantías».

³²³⁶ Vide Alejandro HUERGO LORA, “Utilización de algoritmos predictivos por las Administraciones públicas”, Ponencia en Observatorio de Transformación digital del Sector Público, 11 de noviembre de 2020, <https://www.uv.es/fatwireed/catedra-pagoda/es/novedades-1286053802801/Novetat.html?id=1286153337552>

³²³⁷ Vide MICROSOFT Y EY, “Inteligencia artificial en el Sector público: España. Perspectivas europeas para 2020 y años siguientes”, noviembre de 2020, p. 2.

de que se están utilizando estas herramientas en el seno del procedimiento administrativos y de la adopción de resoluciones con efectos jurídicos.

La falta de información que reciben los ciudadanos sobre su uso en los procedimientos administrativos es la causa de que no se este cuestionando la legitimidad de las decisiones que emanan de la Administración³²³⁸. En este sentido, como el ordenamiento lo que obliga es a informar sobre aquellas decisiones que se adopten a través criterios automatizados (artículo 22 del Reglamento General de Protección de Datos y artículo 41 de la Ley 40/2015), no se aplica a los supuestos previos a la instrucción del procedimiento administrativo. Por tanto, como no se toman decisiones de manera automatizada, sino que, únicamente se informa a los órganos competentes sobre evidencias de situaciones anómalas o de comportamientos que podrían efectuar, no es necesario dar a conocer que se están utilizando herramientas de inteligencia artificial. Con posterioridad, será la unidad competente quién decida si se inicia la instrucción del procedimiento administrativo, ya si respetando la legalidad formal de este.

Sin embargo, debemos reflexionar sobre sí el funcionamiento de estos algoritmos puede derivar en una hipotética responsabilidad patrimonial de la Administración, si se producen o causan daños a los derechos de los administrados³²³⁹. En este sentido, si el algoritmo que toma la decisión, aunque sea previa al inicio del procedimiento, tiene un vicio de nulidad radical (como podría ser aquel que atente contra derechos y libertades fundamentales) todo el procedimiento administrativo sería declarado nulo (artículo 47.1). Esto podría generar multitud de responsabilidades patrimoniales, y el continuo cuestionamiento de la eficacia de los actos administrativos que se dicten (artículo 39 LPAC). En consecuencia, se deben prever los mecanismos necesarios para que no se vulneren los derechos de los administrados, y preservar las actuaciones de la Administración, siempre que existen presupuestos suficientes de que son legítimas.

³²³⁸ *Vide* Lorenzo COTINO HUESO, “Hacia la transparencia 4.0: el uso de la inteligencia artificial para la lucha contra el fraude y la corrupción y las (muchas) exigencias constitucionales”, en Carles Ramió Matas, *Repensando la Administración Digital y la Innovación Pública*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2021, p. 3.

³²³⁹ *Vide* Juli PONCE SOLÉ, “Inteligencia artificial, Derecho Administrativo y reserva de la humanidad: algoritmos y procedimiento debido tecnológico”, *Revista general de Derecho Administrativo*, 50, (2019), pp. 35 y ss.

1.4.2. Análisis de casos: la falta de desarrollo jurisprudencial en el ordenamiento jurídico español.

Hasta el momento, los casos del Gobierno holandés y el uso del algoritmo SyRI³²⁴⁰, o la automatización de grandes de datos por la ley de finanzas francesa para 2020³²⁴¹, son los ejemplos judiciales que se disponen en esta materia. No obstante, estos suponen una advertencia suficiente al legislador español sobre las dificultades que la inteligencia artificial plantea dentro del ámbito del Derecho Público.

Sin embargo, ya hay algunas herramientas que están suscitando cierta polémica en nuestro ordenamiento jurídico. Es el caso del sistema inteligente antifraude SALER³²⁴², utilizado en la Comunidad Valenciana. Este sistema para la lucha contra la corrupción³²⁴³ que hubiera evitado tramas como la Gürtel o el caso Taula se incluye dentro de las herramientas que pueda utilizar la Inspección General de Servicio³²⁴⁴.

El problema es que la Generalitat Valenciana ha afirmado que las actuaciones que desarrolla este sistema no quedan sometidas al régimen general de control de la Ley 40/2015, obligando a poner a disposición de la ciudadanía esta información pública, puesto que el programa no toma ningún tipo de decisiones³²⁴⁵. Esta negación categórica

³²⁴⁰ Vide Sentencia de la Corte de la Haya, de 5 de febrero de 2020, of NJCM c.s./De Staat der Nederlandem (SyRI)”, case C/09/550982/HA ZA 18/388.

³²⁴¹ Vide Decisión 2019-796 DC de 27 de diciembre del Consejo Constitucional francés, sobre la Loi de finances para 2020.

³²⁴² Vide Ley 22/2018, de 6 de noviembre, de la Generalitat de la Comunidad Valenciana, artículos 17 a 36.

³²⁴³ Vide Patrizia MAGARÒ, “Public Administration and Anti-Corruption efforts in Italy”, in C. Hințea, B. RADU, R SUCIU (eds.), *Collaborative Governance, Trust Building and Community Development*, Cluj-Napoca, 2020, pp. 56 y ss.

³²⁴⁴ Vide Alfonso PUNCEL CHORNET, “Inteligencia artificial para la transparencia pública. El sistema de Alertas tempranas (SALER) de la Generalitat Valencia”, *Boletín Económico de IC, Información Comercial Española*, (2019), p. 9: «La idea del SALER es muy simple. Se trata de utilizar la creciente información digitalizada de la que dispone la Administración de la Generalitat Valenciana y toda aquella información externa (bases de datos de registradores, notarios, entidades de propiedad intelectual, etcétera) que sea relevante para analizar cualquier procedimiento administrativo y que sea de interés para las funciones de un compliance officer convertido en información digital (prácticamente cualquier información administrativa puede convertirse, incluso aquella más cualitativa) para ser tratada digitalmente. A estos datos digitalizados les aplicamos «instrucciones o reglas bien definidas, ordenadas y finitas que permiten llevar a cabo una actividad mediante pasos sucesivos que no generen dudas a quien deba hacer dicha actividad»; es decir, aplicamos algoritmos matemáticos e informáticos para averiguar si estos cumplen con determinadas pautas o se salen de la conducta normal, en cuyo caso activaría una alerta que se convierte en un aviso para que la IGS actúe de la forma más rápida y menos burocrática para identificarla (origen, procedimiento, ámbito de gestión gestor involucrado) y clasificarla (positivo o falso positivo), y, en caso de tratarse de una alerta positiva resolverla».

³²⁴⁵ Vide Dirección General de Planificación Estratégica, Calidad y Modernización de la Consellería de Justicia, Decisión GVRTE/2020/1163199, p. 4: «El sistema SALER es una herramienta informática que no se incardina en ningún procedimiento administrativo sino que, como ya se ha comentado en la respuesta

de la aplicación de las normas de Derecho Público llama bastante la atención, en tanto que, no está tan claro su no aplicación.

Si bien es cierto que las fases previas o de instrucción al procedimiento administrativo quedan fuera de los supuestos de acceso a la información pública, puesto que, ni siquiera se tiene derecho a conocer el estado de las actuaciones como consecuencia de que aún no existe un procedimiento administrativo (artículo 55 de la Ley 39/2015). El problema es que las evidencias o los hechos que inspiran iniciar el procedimiento si que están basados en lo que determinan estas herramientas.

Por esta razón, el ordenamiento jurídico debería diferenciar entre una actuación automatizada o de mero trámite, y una actuación que se fundamenta en base a la inteligencia artificial para desplegar efectos jurídicos. En este sentido, si la Administración utiliza la inteligencia artificial para agilizar el desarrollo de su actividad, asume con ésta un mayor riesgo de lesionar los derechos de los administrados en sus actuaciones, lo que, en consecuencia, lleva aparejado imponer mayores garantías para que los derechos de los ciudadanos no se vean vilipendiados.

En este sentido, la decisión que adopte la inteligencia artificial será determinante para la resolución del procedimiento administrativo, puesto que, indicará tanto la apertura como la conclusión del mismo. Lo que, en sentido contrario implica, que si no se respetan los derechos garantizados en nuestro ordenamiento jurídico en todas las actuaciones que lleve a cabo la Administración puede derivar en nulidad de pleno derecho del procedimiento, o en el mejor de los casos, de su anulabilidad³²⁴⁶. Por tanto, si un acto administrativo encuentra su fundamento en una decisión inicial viciada irremediablemente, el vicio se hará extensivo a todos los actos posteriores (teoría del fruto del árbol envenenado³²⁴⁷).

anterior, la información que genere puede servir de base para tomar decisiones, como puede ser abrir unas diligencias previas de investigación o, en el caso de actuar otros órganos diferentes a la inspección y así tenerlo previsto, iniciar el correspondiente procedimiento administrativo. También puede aportar información que justifique realizar alguna actuación de mejora de la calidad de los servicios públicos. Por tanto, no se trata de una actuación administrativa automatizada, de las previstas en el artículo 41 de la Ley 40/2015, ya que para ello se requiere que la actuación sea realizada íntegramente a través de medios electrónicos y en el marco de un procedimiento administrativo».

³²⁴⁶ Vide Ángel Manuel MORENO MOLINA, “Los vicios del procedimiento administrativo y su control judicial”, en Luciano PAREJO ALFONSO y Marcos VÁQUER CABALLERÍA, *Estudios sobre procedimiento administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 307 y ss.

³²⁴⁷ Vide STC 144/1984 de 29 de noviembre, FJ5.

En este sentido, la jurisprudencia debería tender a realizar una interpretación similar a la que se realiza por el tribunal neerlandés. Pero, si atendemos a las interpretaciones poco extensivas y literales que realizan nuestros tribunales seguramente sigan fuera de control administrativo las actuaciones automatizadas previas al procedimiento, puesto que, permiten una verificación posterior³²⁴⁸. De ahí, deriva la especial importancia de que las decisiones sean controladas por la persona autorizada, verificando que se dan los requisitos necesarios, y se respetan los derechos y valores fundamentales, de forma previa a iniciar la tramitación del procedimiento administrativo. Lo que, no impiden que se establezcan otros mecanismos de control posterior a la producción del acto administrativo.

1.4.3. La necesidad de regulación de los algoritmos en el marco del Derecho Administrativo: ¿son los algoritmos una nueva forma de reglamento?

En virtud de las razones expuestas es necesario que se impongan mayores garantías al tratamiento de esta información desde las siguientes perspectivas. En primer lugar, reconocer el derecho de los ciudadanos a saber cuando se utilizan decisiones automatizadas dentro de la actuación administrativa, tanto antes como durante la tramitación del procedimiento. En caso contrario se estaría favoreciendo que el uso de la inteligencia artificial huyera de la aplicación del Derecho Administrativo³²⁴⁹.

En segundo lugar, garantizar el principio de transparencia algorítmica que permitiera controlar el sistema de funcionamiento utilizado, así como también, los hechos que fundamentaron adoptar la resolución. En este sentido, el principio de transparencia algorítmica debe relacionarse con el derecho de acceso a la información pública y las

³²⁴⁸ Vide Alejandro HUERGO LORA, “Utilización de algoritmos predictivos por las Administraciones públicas”, *Ponencia en Observatorio de Transformación digital del Sector Público*, 11 de noviembre de 2020, <https://www.uv.es/fatwireed/catedra-pagoda/es/novedades-1286053802801/Novetat.html?id=1286153337552>

³²⁴⁹ Vide Lorenzo COTINO HUESO, “Garantías frente a la huida del Derecho Administrativo del uso de la inteligencia artificial en el sector público”, *Ponencia en Observatorio de Transformación digital del Sector Público*, 11 de noviembre de 2020, <https://www.uv.es/fatwireed/catedra-pagoda/es/novedades-1286053802801/Novetat.html?id=1286153114002>:

políticas de Open Data, al menos en lo que se refiere a dar a conocer la información que va a utilizar el algoritmo para adoptar las decisiones³²⁵⁰.

Y, en tercer lugar, habría que establecer los mecanismos de control necesarios para que la decisión que adopta el algoritmo no sea una mera predicción, sino que se constate que efectivamente es un hecho con suficiente base jurídica³²⁵¹. Así, por ejemplo, señala Huergo que:

«Por ejemplo, sólo se puede imponer una sanción cuando se haya constatado la comisión de una infracción. Pues bien, no podemos considerar acreditado el supuesto de hecho sólo porque haya una predicción algorítmica que nos diga que es muy verosímil que se produzca o se haya producido. Dicho de otro modo, las decisiones administrativas tienen que poder justificarse en el cumplimiento de los requisitos establecidos en la normativa que las regule, no en los resultados de un algoritmo»³²⁵².

En este sentido, la doctrina defiende que, en tanto que, son los algoritmos los que van a determinar la actuación administrativa, deberían adquirir dentro de nuestro ordenamiento jurídico las garantías legales suficientes. Así, atendiendo a cómo este se comporta deberían tener la misma naturaleza jurídica de un reglamento³²⁵³. El reglamento es una figura del ordenamiento que sirve para ordenar supuestos concretos de las

³²⁵⁰ Vide Laura DRECHSLER y Juan Carlos BENITO SÁNCHEZ, “The Price is (not) right: data protection and discrimination in the age of Pricing Algorithms”, *Revista Europea de Derecho y Tecnología*, 9, 3, (2018), p. 310

³²⁵¹ Vide STS 3023/2020 de 1 de octubre, FJ 5: *«No pueden servir de base, para autorizar la entrada, los datos o informaciones generales o indefinidos procedentes de estadísticas, cálculos o, en general, de la comparación de la situación supuesta del titular del domicilio con la de otros indeterminados contribuyentes o grupos de estos, o con la media de sectores de actividad en todo el territorio nacional, sin especificación o segmentación detallada alguna que avale la seriedad de tales fuentes. Tal análisis, de hacerse excepcionalmente, debe atender a todas las circunstancias concurrentes y, muy en particular, a que de tales indicios, vestigios o datos generales y relativos -verificado su origen, seriedad y la situación concreta del interesado respecto a ellos- sea rigurosamente necesaria la entrada, lo que exige valorar la existencia de otros factores circunstanciales y, en particular, la conducta previa del titular en respuesta a actuaciones o requerimientos de información efectuados por la Administración».*

³²⁵² Vide Alejandro HUERGO LORA, “Utilización de algoritmos predictivos por las Administraciones públicas”, *Ponencia en Observatorio de Transformación digital del Sector Público*, 11 de noviembre de 2020, <https://www.uv.es/fatwireed/catedra-pagoda/es/novedades1286053802801/Novetat.html?id=1286153337552>

³²⁵³ Vide Andrés BOIX PALOP, “Los algoritmos son reglamentos: la necesidad de extender las garantías propias de las normas reglamentarias a los programas empleados por la Administración para la adopción de decisiones”, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 1, (2020), p. 262.

relaciones de la Administración, y que se aplica con carácter supletorio a la norma o ley general. Los algoritmos se convierten en reglamentos en tanto que dirigen la actuación de la Administración, ya sea de forma previa o durante, a la tramitación del procedimiento administrativo. Así, al dotarles de un valor de reglamento que se caracteriza por esa fácil adaptación a las circunstancias, y de adecuación a los objetivos que se persiguen, permite a los ciudadanos controlar las actuaciones que desarrolle la Administración.

El carácter público de los reglamentos se convierte en el primer paso para garantizar la transparencia del sistema de funcionamiento de la inteligencia artificial. Sin embargo, la doctrina entiende que hay problema con la difusión del Código fuente del algoritmo, puesto que, iría en contra de los derechos de propiedad del mismo, en tanto que, podría ser imitado o copiado. Sin embargo, tal y como ya se ha puesto de manifiesto en esta tesis, no interesa tanto la difusión del algoritmo, sino cuáles son los datos que utiliza para adoptar esas decisiones. Estos son la mayoría de las veces el criterio determinante para asegurar el cumplimiento de la legalidad vigente.

Por otro lado, hay quién advierte que informar sobre estos a la población puede conllevar que se encuentren los vacíos legales del algoritmo, para que, modificando su conducta o actuaciones impidan aplicar el derecho. No obstante, esto no es una práctica nueva en nuestro ordenamiento, todo lo contrario, es muy común dentro del mundo físico³²⁵⁴. Por esta razón, considero muy acertada la proposición que hace la doctrina en esta materia, de manera que, convirtiendo a los algoritmos en reglamentos dotaría de suficientes garantías y seguridad jurídica a las actuaciones que se llevan a cabo a través de los mismos.

2. La repercusión de la Revolución Digital en el trabajo.

2.1. Consideraciones previas.

La economía española se basa principalmente en lo que produce el sector servicios. La estructura productiva lleva años sin atraer a actividades económicas con elevado valor añadido e innovadores, que inviertan en los avances tecnológicos y ayuden

³²⁵⁴ *Vide* Andrés BOIX PALOP, “Los algoritmos son reglamentos: la necesidad de extender las garantías propias de las normas reglamentarias a los programas empleados por la Administración para la adopción de decisiones”, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 1, (2020), p. 264.

a emplear al excedente de población formada³²⁵⁵. Así, aunque una parte importante de los trabajadores en situación de desempleo tienen una baja o ninguna cualificación, hay un importante número de personas altamente cualificadas que el mercado español no es capaz de acoger. Lo que, en parte, fomenta los empleos de baja productividad, muy ligados a las condiciones temporales y a la creación de empleo precario³²⁵⁶.

No se puede olvidar que el empleo precario está considerado un determinante clave sobre las condiciones de vida y trabajo, y el consecuente aumento del gasto social que esto puede conllevar³²⁵⁷. Y, sin embargo, el Estado no ha intercedido para frenar la devaluación de las condiciones laborales que se están produciendo, sino que, ha dejado que siga su ritmo evolutivo con absoluta indiferencia.

De este modo, los sectores innovadores o estratégicos que son los que generan un empleo de mayor calidad, están siendo ignorados o poco favorecidos dentro del tejido económico. No existen ayudas o bonificaciones por parte del Estado a la realización de determinadas actividades, especialmente, en el ámbito tecnológico. Por lo que no se entiende, cómo pretenden los poderes públicos que se produzca un crecimiento económico, sin apostar por un cambio del modelo productivo. El Estado debe guiar la actividad económica del país (que no es lo mismo que dirigirla), ayudando a las empresas a crear empleo de calidad en sectores que puedan ser especialmente interesantes dentro el marco productivo³²⁵⁸.

Por ello, el primer eje de actuación en esta materia tiene que estar destinado a la reorientación de las políticas macroeconómicas del Estado. Los poderes públicos tienen que sentarse a debatir cuál será el modelo económico con mayores ventajas para fomentar el crecimiento del país. El Estado debe adoptar una postura clara sobre los sectores más interesantes en esta materia, y apostar por su desarrollo de forma significativa. En este sentido, no se trata de reconvertir el grueso de la economía hacia una única dirección, puesto que, sería igual de errónea que lo es en la actualidad.

³²⁵⁵ Vide Manuel MORENO y Pablo MORENO, *Socialdemocracia o liberalismo: la política económica en España*, Catarata, Madrid, 2016, pp. 229 y ss.

³²⁵⁶ Vide Inmaculada CEBRIÁN LÓPEZ, “Radiografía de la evolución del empleo y las reformas laborales”, *Gaceta sindical*, 28, (2017), p. 166.

³²⁵⁷ Vide Amat SÁNCHEZ VELASCO y otros, “Empleo y salud laboral: los efectos tóxicos de la precariedad”, *Gaceta Sindical*, 28, (2017), p. 224.

³²⁵⁸ Vide Carlos MARTÍN GONZÁLEZ, “Reforma laboral, empleo y rendimiento de los estudios”, *Gaceta Sindical*, 28, (2017), p. 187.

La idea es perseguir una transición justa del modelo económico español, sin olvidarnos del sector servicios como su principal motor, pero procurando el cambio. Además, este proceso de transición debe hacerse en conjunto con los problemas de la robotización y automatización del empleo que se esperan en nuestro país. Para que se produzca este proceso, es imprescindible que exista un ordenamiento jurídico que facilite esa transición, y que asegure unas condiciones de trabajo estables y de calidad.

Reflexionemos sobre que antes de la crisis del Covid-19, sólo el 8% de las empresas industriales se consideraban que estaban a un nivel de digitalización avanzado. Este sector sufre un atraso crónico en materia de innovación. Pero, es que los datos demuestran que en un 20% de las empresas no se realiza ningún tipo de formación digital, y las empresas que la ofrecen (alrededor del 62%) menos del 40% de los trabajadores han recibido los cursos³²⁵⁹. El modelo tiene que comenzar a cambiar, y eso sólo es posible desde la actividad y acción de los poderes públicos, en colaboración en algunas parcelas con el sector privado.

2.2. La relación entre los nuevos modelos de trabajo y el Estado del Bienestar.

2.2.1. Las modelos de trabajo y las relaciones laborales en la sociedad digital.

El Estado del Bienestar proporciona el acceso a una calidad de vida en mejores condiciones de la que disfrutaron nuestros padres y abuelos. La estructura del Estado del Bienestar pivota en torno al mercado laboral; así los cambios que se producen en este tienen efectos sobre la provisión del bienestar. Por esta razón, cualquier cambio que se produzca en este preocupa a la sociedad, dado que, puede tener múltiples consecuencias sobre sus condiciones sociales. Hasta ahora, la historia avala que el desarrollo tecnológico, propio de las distintas revoluciones, ya ha posibilitado una mejor distribución de la renta y la riqueza de los países globalizados.

En este sentido, los trabajadores cualificados han sido los mayores beneficiados de este sistema, pudiendo acceder a un mayor bienestar y creando la denominada “clase

³²⁵⁹ Vide Agustín MARTÍN, “La industria 4.0: implicarnos en su desarrollo y anticipar sus efectos”, *Gaceta Sindical*, 27, (2017), p. 270 y ss.

media”. Sin embargo, la Revolución Digital parece tener el efecto contrario, puesto que, está aumentando las desigualdades sociales y promoviendo la concentración de la riqueza en unos pocos afortunados.

El reto al que se enfrentan los Gobiernos no es detener el desarrollo tecnológico, sino encontrar la manera de gestionar la transformación digital estimulando el crecimiento, pero sin perder de vista la necesidad de reducir el crecimiento de la desigualdad social. Y, esto no es una tarea fácil. En este sentido, para garantizar la proporción de bienestar a los ciudadanos, el Estado tiene que encontrar la manera de garantizar una transición que proteja a las personas, en lugar de a los puestos de trabajo³²⁶⁰. Por esta razón, se torna imprescindible diseñar políticas de educación, de empleo y de equidad para preservar los derechos sociales.

El principal cambio en el mercado laboral lo encontramos en el tipo de empleo que se está creando³²⁶¹. Ahora mismo, teniendo en cuenta los datos previos a que se produjera la pandemia del Covid-19, el problema no se centraba en la inexistencia o disminución de los puestos de trabajo, sino en el tipo de empleo y condiciones en las que se estaba generando. Desde la reforma laboral, el empleo que se ha creado en nuestro país está relacionado con la temporalidad, parcialidad de la jornada, interinidad, o los falsos autónomos³²⁶². Las tendencias más evidentes ya han sido puestas de manifiesto en tesis como es el caso de las plataformas colaborativas, o el crowdwork. Este tipo de empleos lo que hacen es trasladar los riesgos propios del negocio a los trabajadores, desprotegiéndolos respecto a sus derechos sociales y fomentando el crecimiento de la desigualdad³²⁶³.

³²⁶⁰ Vide Rafael DOMENECH VILARIÑO, “El impacto del cambio tecnológico y el futuro del empleo”, en María Emilia CASAS BAAMONDE y Carlos DE LA TORRE GARCÍA, *El futuro del trabajo en España: impacto de las nuevas tendencias*, Wolters Kluwer, Madrid, 2019, p. 48.

³²⁶¹ Vide Luis DONCEL, “El nuevo paso en la precarización digital: pagar por trabajar”, *El País Digital*, 3 de marzo de 2018,

³²⁶² Vide Javier DOZ, “La economía digital desde la perspectiva del CESE”, *Gaceta Sindical*, 27, (2017), p. 141: «Las nuevas relaciones de empleo incluyen los contratos de “cero horas”, “por llamada”, o “durante el vuelo”, “miniempleos”, “trabajos para diversas carteras”, trabajo por vales a cambio de trabajo, contratos de Derecho civil y modalidades de trabajo compartido. Van acompañadas de una variedad de formas contractuales nuevas según las cuales el trabajo se organiza a través de intermediarios, entre los que se incluyen “empresas matrices”, “agencias de empleo por cuenta propia”, “agencias de coempleadores”, o “plataformas de trabajo en línea en régimen de externalización abiertas. En muchas de estas formas, se hace referencia a los trabajadores como contratistas independientes, asociados, encargados de la tarea, colaboradores u otra terminología que a veces desdibuja su situación laboral».

³²⁶³ Vide John EVANS y Anna Byhovskaya, “La gestión de la economía digital, hacia un cambio tecnológico abierto, equitativo e incluso: una perspectiva sindical”, *Gaceta Sindical*, 28, (2017), p. 112.

Reflexionemos, por ejemplo, sobre las condiciones de un trabajador de Glovo. Los tribunales han reconocido que no existe actividad laboral, en tanto que, el trabajador no está sometido a las condiciones propias de esta. A pesar de que, la situación de subordinación el empleador sea tan evidente como el bloqueo o negativa a dejar que trabaje por parte de estas plataformas³²⁶⁴. Este trabajador en el mejor de los casos está dado de alta como autónomo, a pesar de que reciba casi la totalidad de sus ingresos de este tipo de plataformas. De alguna manera, lo que hace este nuevo modelo de negocio es mercantilizar la relación, lo que impide la aplicación del derecho laboral que va desde el salario mínimo, los tiempos de descanso, o el derecho de vacaciones. Pero, más importante aún es que pierden los derechos fundamentales relativos a sindicarse³²⁶⁵.

En este sentido, a pesar de la fuerza que los sindicatos han perdido en nuestro país para negociar, estos son los que tienen la potestad para pactar y mejorar las condiciones de los trabajadores. La inexistencia de negociaciones colectivas lleva irremediabilmente hacia la desigualdad, dada la falta de poder para convenir sus condiciones contractuales. Estos trabajadores sólo tienen dos opciones: o aceptan las condiciones, o las rechazan, a pesar de que tengan precios muy por debajo del mercado, y estén completamente fuera de los acuerdos sindicales. Retomemos la idea de los primeros obreros que durante la I Revolución Industrial tenían jornadas extraordinariamente largas y con una mínima retribución por la desigualdad de poder de las partes para negociar. Y, es a través de los sindicatos como se consigue la auténtica protección de los trabajadores³²⁶⁶. En

³²⁶⁴ Vide María Luz RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, “Protección social para los trabajadores de la economía de plataforma: propuestas para aliviar su vulnerabilidad”, *Revista General del Trabajo y de la Seguridad Social*, 57, (2020), p. 185.

³²⁶⁵ Vide Antón COSTAS COMESAÑA, “Ruptura del contrato social y pérdida de la legitimidad del sistema de economía de mercado”, en Benigno PENDAS GARCÍA, *España constitucional (1078-2018) trayectorias y perspectivas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, p. 4537: «En el terreno de las relaciones laborales y del propio Derecho del Trabajo, el cambio más importante ha sido el viraje de orientación de su regulación desde el derecho constitucional a la negociación colectiva y a la fuerza vinculante de los convenios (que es la negociación típica del ordenamiento español) al derecho de la empresa a determinar casi libremente las relaciones laborales y la fijación de los salarios. Amparándose en los objetivos de libertad de empresa y de defensa de la productividad, el legislador ha favorecido el margen de poder de decisión del empresario en perjuicio de la negociación colectiva y de la función negociadora de los sindicatos. El resultado ha sido, como ya he señalado, deslizar el sistema de economía de mercado hacia un modelo de economía de libre empresa».

³²⁶⁶ Vide Josep CATÀ, “Los repartidores que trabajan para aplicaciones móviles se organizan”, *El País Digital*, 8 de junio de 2017, «Los conductores de bici o moto que trabajan para aplicaciones móviles de envía a domicilio como Deliveroo, Glovo o Stuart han decidido crear una plataforma para defender sus derechos laborales (...). Los conductores, que denuncian una situación de precariedad laboral en los nuevos modelos de negocio asociados a las aplicaciones móviles, piden que se les garantice un volumen de trabajo mínimo y que las empresas paguen un seguro por accidente laboral».

consecuencia, la tecnología ha impuesto un nuevo modelo de negocio que hace al trabajador más independiente en su relación, pero que no implica que no necesite protección por parte del sistema³²⁶⁷.

En consecuencia, es evidente que estas personas se encuentran sometidos a una situación completamente precaria. Sin embargo, el problema no se soluciona reconociendo caso por caso la existencia de una relación laboral, sino que, el Estado debe centrarse en establecer los mecanismos necesarios que protejan a las personas. La primera disyuntiva que nos encontramos para materializar esa protección de la persona es que el sistema de protección de los trabajadores no está pensando para este modelo de empleo. El modelo fordista concentra su actuación en aquellas personas que trabajan a tiempo completo y que tienen un contrato indefinido, los cuales acceden a unas mejores políticas de protección social. Por tanto, el primer paso es encontrar la forma de regular este trabajo atípico, para que cuente con las garantías necesarias dentro del sistema general de protección³²⁶⁸.

Ante la carencia de un régimen regulatorio propio, se habían previsto dos mecanismos diferentes por la doctrina. Por un lado, aquellos que apuestan por dotar el negocio jurídico de seguridad suficiente, una vez que éste se produce, es decir, la translación del régimen convencional al digital³²⁶⁹. Y, por otro lado, quienes entienden que es más eficaz desplegar una regulación jurídica a partir del origen del negocio jurídico³²⁷⁰. Así, a raíz del elemento tecnológico que caracteriza esta nueva forma de

³²⁶⁷ Vide Adrián TODOLOSÍ SIGNES, “Los retos del Derecho del Trabajo ante la irrupción de la economía de plataformas de empresa”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 75, (2018), p. 51.

³²⁶⁸ Vide Raymond TORRES, “Transformación productiva y futuro del trabajo”, en María Emilia CASAS BAAMONDE y Carlos DE LA TORRE GARCÍA, *El futuro del trabajo en España: impacto de las nuevas tendencias*, Wolters Kluwer, Madrid, 2019, pp. 148 y ss.

³²⁶⁹ Vide COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO, *Dictamen (2014/C 177/01) sobre consumo colaborativo o participativo: un modelo de sostenibilidad para el S. XXI*, Bruselas, 11 de junio de 2014, p. 8.

³²⁷⁰ Vide COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA, *Informe CNMC/003/18,, sobre el Real Decreto-Ley 13/018, de 28 de septiembre, que modifica la ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres en materia de arrendamiento de vehículos con conductor*, de 17 de enero de 2019, p. 35, «Establecer un régimen flexible en cuanto a la posibilidad de prestación temporal de servicios VTC en Comunidades Autónomas distintas a la de origen, en beneficio de los usuarios finales; Flexibilizar el régimen regulatorio del taxi, revisando la regulación y eliminando numerosas restricciones que impiden o dificultan la mayor eficiencia y la mejora de la calidad del servicio y posibilitando la existencia de un mayor número de operadores; por último, se recomienda que las anteriores reformas de la normativa se realicen con la máxima coordinación entre Administraciones, al objeto de evitar una mayor compartimentación de estas actividades por territorios. Se recuerda que tanto las CC.AA. como las Corporaciones locales pueden solicitar la asistencia técnica de la CNMC y de las

negocio, se estudia cómo es posible que la Administración regule el fenómeno. No obstante, la eficacia de estos sistemas depende del tipo de actividad que se desarrolla dentro de las plataformas, es decir, si existe ánimo de lucro, o si son o no profesionales de la actividad. En todo caso la intervención de la Administración en el establecimiento del régimen jurídico debe basarse siempre en el respeto a los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad de las relaciones adoptadas en el sentido más estricto³²⁷¹. Y, de igual manera, el régimen de responsabilidad de la prestación de estos servicios de carácter colaborativo debe ser el mismo que el tipo de actividad que se presta en la plataforma digital³²⁷².

De este modo, a partir de la regulación que experimenten estas plataformas, habrá que determinar el régimen jurídico del empleo que se genera a su alrededor. El problema es que, esta modalidad de prestación de servicios no parece ser una tendencia que vaya a decaer con el paso del tiempo, sino que se prevé su perpetuidad dentro del sistema. Estas nuevas empresas generar un modelo de empleo determinado, y a medida que estas aumentan, se expande esta forma de prestar servicios y ser parte del capital humano de la sociedad. Por ello, quizá tendría más sentido adaptar la estructura general y los caracteres del trabajo, para adecuarlos a las modificaciones y cambios de la sociedad digital, para favorecer el desarrollo del Estado de Bienestar.

2.2.2. El nuevo concepto de trabajo: la intervención de las políticas públicas en su configuración.

Tal y como advierte la doctrina, quizá tendría mucho más sentido readaptar el concepto de trabajo que cada vez más, difiere de su origen, para adecuarlo a las nuevas formas de prestación de servicios. Si tenemos en cuenta que el crecimiento de este modelo no ha hecho nada más que comenzar, lo más lógico es apostar por una regeneración

autoridades de competencia autonómicas para minimizar el impacto negativo sobre la competencia de sus regulaciones».

³²⁷¹ Vide Rosa CERNADA BADÍA, “Economía colaborativa: límites a la libertad de empresa e intervención administrativa”, en Mustapha M-LMAIN AHMED, *Economía colaborativa y bancos de tiempo*, o.c., pp. 155-160.

³²⁷² Vide Julián VALERO TORRIJOS, “La intervención administrativa en la economía colaborativa desde la perspectiva de los servicios de la sociedad de la información”, en Rosalía ALFONSO SÁNCHEZ y Julián VALERO TORRIJOS, *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital*, Aranzadi, Navarra, 2017, pp. 210.

completa del sistema³²⁷³. En este sentido, encontramos un panorama completamente distinto desde todas las perspectivas. En primer lugar, existe un nuevo puesto de trabajo. La relación laboral se fundamentaba en un trabajador que prestaba sus servicios en un lugar concreto, y a partir de ahí, se vinculaban una serie de elementos como la clasificación profesional, la formación o la instrucción que recibía. Sin embargo, por las tendencias que se ha evidenciado a lo largo de esta tesis, especialmente, en el supuesto del teletrabajo, esta idea de tener un puesto específico en el centro de trabajo desaparece por completo³²⁷⁴.

Tal y como advierte la doctrina, la relación laboral se va a desarrollar en lugares menos tradicionales y con estructuras de gestión más innovadores. La flexibilidad³²⁷⁵ se va a convertir en el nuevo carácter de las relaciones laborales³²⁷⁶. En este sentido, la flexibilidad está también relacionada con la jornada laboral y su distribución temporal. Poco sentido tiene ya tener unas jornadas maratónicas, cuando ha quedado demostrado que la eficiencia de la relación laboral no está relacionada con el tiempo de trabajo³²⁷⁷. En este sentido, reflexionemos sobre si los modelos de empleo que no aporten un valor añadido a la relación son los que más rápido van a desaparecer, o serán absorbidos por los robots³²⁷⁸.

Además, la flexibilidad también va a estar referida al diseño de entornos laborales menos jerárquicos o subordinados. En este sentido, una de las características más relevantes de las relaciones laborales es la subordinación o dependencia del empleador., sin embargo, este nuevo modelo de negocio abandona el control de la ejecución del

³²⁷³ Vide Daniel CIFUENTES MATEOS y Juan PASCUAL CABALLERO, “Impacto de la economía de plataformas en las relaciones laborales”, en María Emilia CASAS BAAMONDE y Carlos DE LA TORRE GARCÍA, *El futuro del trabajo en España: impacto de las nuevas tendencias*, Wolters Kluwer, Madrid, 2019, p. 260.

³²⁷⁴ Vide M^a Belén FERNÁNDEZ COLLADOS, “El uso de las nuevas tecnologías en las relaciones laborales: propuesta y soluciones ante nuevos retos y viejos conflictos”, *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 57, (2020), p. 345.

³²⁷⁵ Vide José Luis REY PÉREZ, “¿Un nuevo modelo de bienestar?”, en José Luis REY PÉREZ, y Alberto COLINO, *Sostenibilidad del Estado de Bienestar en España*, Dykinson, Madrid, 2015, p. 63.

³²⁷⁶ Vide Antón COSTAS COMESAÑA, “Ruptura del contrato social y pérdida de la legitimidad del sistema de economía de mercado”, en Benigno PENDAS GARCÍA, *España constitucional (1078-2018) trayectorias y perspectivas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, p. 4541.

³²⁷⁷ Vide Jordi GARCÍA VIÑA, “¿Cómo puede ser el trabajo en el futuro próximo?”, en María Emilia CASAS BAAMONDE y Carlos DE LA TORRE GARCÍA, *El futuro del trabajo en España: impacto de las nuevas tendencias*, Wolters Kluwer, Madrid, 2019, p. 125.

³²⁷⁸ Vide Luis MORENO FERNÁNDEZ y Raúl JIMENEZ TELLADO, *Democracias robotizadas: escenarios futuros en Estados Unidos y la Unión Europea*, Catarata, Madrid, 2018, p. 55.

trabajo, y pasa a evaluar los resultados que se obtienen por el empleado. De manera que, ya no existe una relación plena de subordinación, debiendo dejar de ser esta la característica principal de las relaciones laborales. En este sentido, la doctrina señala unos nuevos indicios de laboralidad en las relaciones digitales. En primer lugar, la reputación on-line, o la calidad del servicio que se presta, que se consigue gracias a la valoración de los consumidores del servicio. En segundo lugar, la propiedad de la información, es decir, quién controla los datos en este modelo económico. En tercer lugar, la aportación del prestador de servicios al negocio, es decir, si este solo aporta mano de obra, o conocimientos, habilidades y experiencia al negocio para fomentar su capacidad de crecimiento. Y, en cuarto lugar, la ajenidad de la marca en relación con quién presta el servicio, puesto que, no le permite ser reconocido en el mercado con su nombre propio³²⁷⁹.

En segundo lugar, hay una nueva empresa. Las plataformas digitales son una potencia dentro del mercado económico y es innegable el poder que han adquirido. Este nuevo modelo se caracteriza principalmente porque no implica grandes inversiones, especialmente, en infraestructuras, ni tampoco requiere mucho personal. Por ejemplo, Instagram, antes de que fuera adquirido por Facebook, tenía solamente 13 trabajadores que permitían la prestación de este servicio a millones de usuarios de todo el mundo³²⁸⁰. En consecuencia, los nuevos modelos de negocio se caracterizan por combinar las nuevas tecnologías con el trabajo bajo demanda. Aunque pueda parecer un absurdo, esta nueva forma de trabajar tiene consecuencias positivas para el medio ambiente, en tanto que, en poco tiempo nunca más se producirá en masa o en cantidades excesivas, sino que, será bajo petición y de forma controlada.

La doctrina habla también de unos nuevos trabajadores como el tercer elemento en esta cadena. Sin embargo, en este aspecto debo mostrar mi disconformidad. En este sentido, se describe a unos trabajadores que no están interesados en realizar una única carrera profesional, y que prefieren obtener un desarrollo personal o profesional más

³²⁷⁹ Vide Adrián TODOLOSÍ SIGNES, “Los retos del Derecho del Trabajo ante la irrupción de la economía de plataformas de empresa”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 75, (2018), pp. 47 y ss.

³²⁸⁰ Vide REDACCIÓN ABC, “Instagram la nueva adquisición Facebook, de fundadores veinteañeros y solo 13 empleados”, *ABC Digital*, 11 de abril de 2012.

rico³²⁸¹. En mi opinión, esto no se ajusta a la realidad. El cambio de tendencia de los trabajadores no está motivado en una modificación de sus expectativas, sino de adaptación a las condiciones de trabajo. En caso contrario, no se explicaría como miles de personas se presentan año tras años a las convocatorias de empleo público³²⁸². Al final, parece que la única relación (y no es laboral)³²⁸³ que va a conservar esos elementos propios del trabajo va a ser la que se desarrolla dentro de las Administraciones Públicas. No obstante, me pregunto si cambia la concepción del trabajo de forma generalizada, ¿afectará también a los servicios que prestan los empleados públicos? ¿estaremos ante una transformación del empleo público, o este sector será el único que sobrevivirá?

Las políticas públicas³²⁸⁴ tienen que estar encaminadas a fijar unas condiciones de trabajo justas para todos, es decir, al diseño de un modelo de trabajo “decente” o “digno”³²⁸⁵. Tal y como señala la doctrina, este es un trabajo “con derechos, sin discriminación, saludable, bien remunerado y con protección social”³²⁸⁶. En este sentido, la desregularización del trabajo está provocando la pérdida de los derechos de los trabajadores. A la vez, el trabajo del futuro debe dejar de ser discriminatorio, especialmente, reduciendo la brecha con la situación de empleabilidad de las mujeres³²⁸⁷. Uno de los principales problemas que tiene que afrontar el Estado es el tránsito del empleo no remunerado que estas venían realizando. Es el caso del cuidado de los hijos, de las

³²⁸¹ Vide Jordi GARCÍA VIÑA, “¿Cómo puede ser el trabajo en el futuro próximo?”, en María Emilia CASAS BAAMONDE y Carlos DE LA TORRE GARCÍA, *El futuro del trabajo en España: impacto de las nuevas tendencias*, Wolters Kluwer, Madrid, 2019, p. 132.

³²⁸² Vide Jesús FUENTETAJA PASTOR, “La carrera administrativa en la función pública: teoría (general) y modelos (comparados), en Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, *Retos y propuestas para el sistema de Salud*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 267.

³²⁸³ Vide Juan LORENZO DE MEMBIELA, *Derechos fundamentales de los funcionarios en la Administración: nuevos retos en las organizaciones burocráticas*, Cizur Menor, Navarra, 2010 pp. 4494: «es una relación jurídico-administrativa caracterizada por una duradera y efectiva inserción del administrado en la esfera organizativa de la Administración, a resultas de la cual individuo queda sometido a un régimen jurídico peculiar que se traduce en un especial tratamiento de la libertad y los derechos fundamentales, así como de sus instituciones de garantía, de forma adecuada a los fines típicos de cada relación»

³²⁸⁴ Vide Consuelo LEÓN LLORENTE, “Robotización, ¿solo cambiará el empleo?”, *Revista empresa y humanismo*, 1, (2020), p. 16

³²⁸⁵ Vide Arne L. KALLEBERG, “Precarious work, insecure works: employment relation in transition”, *American Sociological Review*, 74, (2009), p. 6.

³²⁸⁶ Vide Eva M^a BLÁZQUEZ AGUDO, “Trabajo decente y sostenible: con derechos, sin discriminación, saludable, bien remunerado y con protección social”, en María Emilia CASAS BAAMONDE y Carlos DE LA TORRE GARCÍA, *El futuro del trabajo en España: impacto de las nuevas tendencias*, Wolters Kluwer, Madrid, 2019, p. 90.

³²⁸⁷ Vide Cecilia CASTAÑO, “La brecha de género en la 4^o Revolución Industrial”, *Gaceta Sindical*, 27 (2017), p. 104.

personas dependientes, o las tareas del hogar³²⁸⁸. En este sentido, el trabajo de la mujer se ha concentrado históricamente en el sector servicios, especialmente, en tareas repetitivas, o rutinarias que, en principio son más proclives a sufrir las consecuencias de esta revolución. Por ello, las políticas públicas deben tener una especial visión de género en su diseño, puesto que, pueden ser uno de los sectores más desfavorecidos por esta revolución³²⁸⁹.

Además, el trabajo debe ser saludable, y este carácter de salubridad no sólo está relacionado con las condiciones del desempeño de la actividad, sino con el acceso a un salario decente. La no remuneración adecuada repercute directamente sobre la salud de los trabajadores. En este sentido, la fijación de los salarios mínimos no lo es todo para adecuar las condiciones laborales. Así, en la actualidad, España tiene un salario mínimo interprofesional de 950€ al mes, y eso no ha solucionado los problemas de precariedad de las condiciones laborales. El salario es adecuado cuando le permite a la persona costear sus necesidades vitales, y esto incluye el acceso a una vivienda (con todos sus gastos intrínsecos), a una alimentación adecuada, y a los elementos más básicos de bienestar social, lo que, en consecuencia, dependerá de la situación económica del país. Además, la remuneración adecuada del trabajo está directamente relacionada con el acceso a la protección social suficiente.

Reflexionemos sobre qué va a ocurrir con todos estas personas que trabajan en estas condiciones en el momento en el que tengan que jubilarse, si no han alcanzado los límites legales establecidos para acceder a la prestación. En este sentido, el Estado de Bienestar perpetua la precariedad y las condiciones indignas dentro del sistema³²⁹⁰. Por tanto, habrá que pensar cómo establecer una protección social suficiente por parte de los poderes públicos, respecto de todas aquellas personas cuya falta de dependencia laboral, los condena a un menor régimen de garantías y de protección.

El objetivo fundamental es avanzar hacia una regulación eficiente y equitativa del mercado de trabajo que aúne las necesidades del trabajador y los nuevos intermediarios del mercado. Por ello, es urgente reformar la regulación jurídica de estas figuras para

³²⁸⁸ Vide Bharati SADASIVAM, “El trabajo de las mujeres importa”, *El País Digital*, 29 de agosto de 2017.

³²⁸⁹ Vide Mariola SERRENAO ARGUESO y Maialén ABOITIZ CAZALIS, “Las nuevas tecnologías en el ámbito laboral: oportunidades y amenazas para la eliminación de la brecha salarial entre mujeres y hombres”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 56, (2020), p. 54.

³²⁹⁰ Vide José Luis REY PÉREZ, ¿Un nuevo modelo de bienestar?, José Luis REY PÉREZ, y Alberto COLINO, *Sostenibilidad del Estado de Bienestar en España*, Dykinson, Madrid, 2015, p. 67.

encontrar la forma de que los nuevos modelos de trabajo colaboren en la financiación del Estado del Bienestar. Lo que, a la par, lleva implícito un aumento de la eficiencia de la estructural fiscal³²⁹¹. La idea que tiene que perdurar es que la regulación jurídica que se emplee para legislar sobre esta materia tiene que tener en cuenta que es a partir de estas relaciones cómo se sustenta el Estado del Bienestar. En este sentido, solo hay dos opciones: o se prevé la forma de que este nuevo modelo de trabajo coopere en el sostenimiento del Estado del Bienestar, a través del sistema de Seguridad Social como venía produciéndose hasta ahora; o habrá que crear un impuesto finalista con este objetivo, imitando el modelo de los países nórdicos.

2.3. La robotización y los empleos sustituidos: el futuro del trabajo compartido.

2.3.1. Los efectos de la robotización y automatización en el empleo.

El miedo a que los robots sustituyan la actividad de los humanos se encuentra cada vez más latente en las sociedades desarrolladas. Sin embargo, antes de comenzar este apartado, es necesario advertir que lo que hay son estadísticas o estudios basados en los criterios de una sociedad pre-digital. En consecuencia, de estas conclusiones no se pueden extraer verdades absolutas. Parece claro que la robotización del empleo va a destruir millones de puestos de trabajo, pero no existe seguridad de qué cantidad y tipo es el empleo que esta revolución va a crear³²⁹². Así, siguiendo los efectos que han tenido el resto de las revoluciones basadas en el progreso tecnológico, a la larga estas han creado más puestos de trabajo de los que han destruido³²⁹³. En consecuencia, por mucho que la doctrina se empeñe en afirmar que, al contrario que en las revoluciones anteriores, en esta

³²⁹¹ Vide Rafael DOMENECH VILARIÑO, “El impacto del cambio tecnológico y el futuro del empleo”, en María Emilia CASAS BAAMONDE y Carlos DE LA TORRE GARCÍA, *El futuro del trabajo en España: impacto de las nuevas tendencias*, Wolters Kluwer, Madrid, 2019, p. 50.

³²⁹² Vide John EVANS y Anna Byhovskaya, “La gestión de la economía digital, hacia un cambio tecnológico abierto, equitativo e incluso: una perspectiva sindical”, *Gaceta Sindical*, 28, (2017), p. 117: «Aún no podemos prever todas las consecuencias del cambio digital, pero lo que ahora se requiere es examinar los retos y oportunidades derivados de este y crear los instrumentos legales y marcos normativos que permitan maximizar los beneficios y minimizar los costes de una transición a gran escala hacia una mayor extensión del trabajo digital».

³²⁹³ Vide José María GOERLICH, “¿Repensar el derecho del trabajo?”, *Gaceta Sindical*, 27, (2017), p. 178.

no se crearán más empleos de los que se van a destruir, por lo que, el número de empleados será menor al existente³²⁹⁴; no existen datos que permitan corroborarlo.

De este modo, lo único que es evidente es que se van a producir cambios en el mercado, que ya estamos experimentando en el caso del trabajo bajo demanda o por aplicaciones. Por tanto, el objetivo debe ser el diseño de políticas públicas que permitan una transición justa de un modelo a otro, y que posibilitan el establecimiento de unas condiciones dignas para los seres humanos. Hasta el momento, no existe un régimen jurídico que ordene estas relaciones y los problemas que van a surgir de la convivencia entre ambos:

«Los robots desempeñarán un papel importante pero siempre necesitaremos las competencias genéricas únicas de los humanos para interpretar, generar e impulsar el valor de la tecnología. A medida que las tecnologías se fusionan y se utilizan en formas que antes no se habían previsto, se necesita una nueva forma de pensar para los trabajadores del mañana. Necesitaremos personas que puedan identificar ideas y superar las divisiones tradicionales sectoriales para extraer valor de la innovación tecnológica»³²⁹⁵.

En este sentido, la convivencia entre humanos y robots es ya un hecho indiscutible, así estemos de acuerdo o no con su avance, una gran parte de las funciones que realizaba el ser humano, ya las lleva a cabo la inteligencia artificial o la robótica³²⁹⁶. Por esta razón, hay que comenzar a plantear otras cuestiones como ¿cuánto tiempo tardarán las nuevas tecnologías en sustituir el trabajo que realiza el ser humano? o ¿cuáles son los puestos más perjudicados por la robotización del empleo?

En lo que se refiere a la primera pregunta, el período de tiempo de que disponemos depende directamente de la evolución que experimenten estas tecnologías, y estas lleva un ritmo de ascenso vertiginoso como se ha podido constatar a lo largo de esta tesis. En

³²⁹⁴ Vide Luis MORENO FERNÁNDEZ y Raúl JIMENEZ TELLADO, *Democracias robotizadas: escenarios futuros en Estados Unidos y la Unión Europea*, Catarata, Madrid, 2018, p. 54.

³²⁹⁵ Vide ROBOT PEPPER, en una audiencia en la Cámara de los Comunes del Reino Unido, 16 de octubre de 2018.

³²⁹⁶ Vide María Teresa IGARTUA MIRÓ, “El impacto de la robótica en el mundo laboral: nuevos retos para la seguridad y salud en el trabajo”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 57, (2020), pp. 38 y ss.

España se estima que más de un tercio de la fuerza laboral podrían estar en riesgo de desaparecer por el progresivo proceso de automatización para el año 2030³²⁹⁷. Es decir, España cuenta con menos de diez años para prever los mecanismos y sistemas las bases del desarrollo de las relaciones laborales en convivencia con estas tecnologías. Tal y como advierte la doctrina:

«el reto es gobernar la transformación tecnológica y digital, con niveles reducidos de desigualdad y de tasa de desempleo»³²⁹⁸.

Por otro lado, se prevé que los empleos más perjudicados serán los de baja cualificación y menores salarios, en tanto que, en su mayoría son actividades repetitivas y que no necesitan del pensamiento o formación específica en la materia. Pero, el problema no sólo recae sobre estos trabajadores, sino que la Revolución Digital va a hacer desaparecer determinados puestos de trabajo, y toda esa población ocupada requerirá de nuevas cualificaciones y adaptaciones de la formación que reciben actualmente. Por lo tanto, es necesario actualizar las políticas educativas y de formación para adecuarlas a las necesidades del mercado. De este modo, el único aspecto que produce cierto sosiego o calma es que la adaptación a esta nueva forma de producir se hará de forma progresiva, puesto que, implica una importante inversión de capital por parte del empleador, y la formación específica de los empleados (supervivientes)³²⁹⁹.

El problema es que hay que buscar una solución, al menos transitoria, que garantice la protección social de los ciudadanos. En este sentido, las personas trabajan para poder vivir, y es mediante los salarios como sustentan sus gastos y cubren sus necesidades. En el momento en el que no haya trabajo, habrá que prever un modelo o sistema para que estas personas tengan cubiertas sus necesidades vitales³³⁰⁰. Estas nuevas condiciones pueden implicar un nuevo equilibrio social distinto al que conocíamos.

³²⁹⁷ Vide PwC, “Will robots steal our jobs? The potential impact of automation on the UK and other major economies”, Madrid, 2017.

³²⁹⁸ Vide Jesús R. MERCADER UGUINA, “El futuro del trabajo y el empleo en la Era de la digitalización y la robótica”, en Tomás DE LA QUADRA SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, *Sociedad Digital y Derecho*, Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, Madrid, 2018, p. 630.

³²⁹⁹ Vide Luis MORENO FERNÁNDEZ y Raúl JIMENEZ TELLADO, *Democracias robotizadas: escenarios futuros en Estados Unidos y la Unión Europea*, Catarata, Madrid, 2018, p. 55.

³³⁰⁰ Vide Jorge ARAGÓN, “Notas sobre ¿una nueva revolución industrial?, *Gaceta Sindical*, 27, (2016), p. 18.

En este sentido, la brecha social entre ricos y pobres es cada vez más amplia. La clase media en España está desapareciendo, como consecuencia de una caída del nivel de ingresos, y también de las expectativas de la posición que esperaban ocupar. En nuestro país en los años 60, ser licenciado era equiparable a tener un nivel de medio y el acceso a comodidades³³⁰¹. Hoy en día, ser graduado no te asegura tener acceso a un trabajo mejor remunerado y, en consecuencia, el acceso a ese privilegio de pertenecer a la clase media³³⁰².

La precarización del empleo está provocando que, hasta estos trabajadores a quién se les prometió una vida mejor por el sistema, se encuentren sometidos a unas condiciones pésimas. Esta situación continuará degradándose en los próximos años si no se adoptan políticas públicas concretas que estabilicen el mercado y las condiciones laborales.

2.3.2. Las soluciones ante el fenómeno de robotización del empleo.

Hasta el momento las dos opciones que se barajan para preservar el bienestar social están relacionadas con dos posibilidades: la aportación de los robots al sostenimiento del Estado de Bienestar y el ingreso mínimo vital de la ciudadanía.

A. La tasa a las máquinas.

La posibilidad de cotización de los robots se ve cada día más factible para asegurar el mantenimiento de la Seguridad Social en nuestro país³³⁰³. En mi opinión, los robots no pueden cotizar en la Seguridad Social dado que el régimen está previsto para conceder determinadas prestaciones, por ejemplo, en caso de desempleo o problemas de salud del trabajador. Sin embargo, el robot no va a sufrir problemas para encontrar trabajo, ni tampoco se pone enfermo. Por esta razón, habría que crear un impuesto destinado a gravar

³³⁰¹ Vide Leopoldo TOLIVAR ALAS, “La Universidad de Clarín”, *Boletín de Letras del Real Instituto de Estudios Asturianos*, 62, (2008), pp. 171 y ss.

³³⁰² Vide Álvaro DELGADO GAL, ¿Democracia en crisis o sociedad en crisis?, en Benigno PENDAS GARCÍA, *España constitucional (1078-2018) trayectorias y perspectivas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, p. 1492: «La alfabetización masiva y la multiplicación de universidades le han dispensando una identidad social ficticia, por desplazada en el tiempo: le han entregado instrumentos que ya no sirven para lo mismo que sesenta años atrás, o si quieren, le han hecho creer (o él y sus próximos han querido creer) que obtenía, junto al título, credenciales solo concebibles en una circunstancia histórica desaparecida».

³³⁰³ Vide Luis MORENO FERNÁNDEZ y Raúl JIMENEZ TELLADO, *Democracias robotizadas: escenarios futuros en Estados Unidos y la Unión Europea*, Catarata, Madrid, 2018, p. 146

el ejercicio de la actividad que desarrolla en función de la personalidad jurídica (artificial).

En este sentido, la condición de sujeto se torna trascendental porque hasta ahora las cosas nunca han sido objeto de tributación, sino los seres humanos respecto de sus pertenencias o actividades. Además, tampoco considero necesario que ese dinero este destinado íntegramente a la Seguridad Social, sino que, habrá que elegir en qué segmentos del Estado del Bienestar tiene mayores beneficios esa inversión, puesto que, puede ser mucho más eficiente si se invierte en la formación y capacitación de los trabajadores.

En consecuencia, la “tasa a las máquinas” se podría determinar atendiendo a los distintos niveles de capacidad de autoaprendizaje y autonomía en las decisiones que tengan estos robots, en tanto que, son estos los que suplirán el intelecto o actividad humana. Así, en función de la escala de personalidad jurídica que se les otorgue (en caso de que esto se produzca) se podrá determinar una cuantía económica que deben aportar para el sostenimiento de las cargas del Estado. En este sentido, la tasa a las máquinas no debe ser contemplada como un gravamen impositivo, sino entendida como un reparto de los beneficios potenciales entre el conjunto de la sociedad. Esta sería una forma de participación en la sociedad, aportando para ayudar al sostenimiento de las cargas públicas, como el resto de los sujetos. En consecuencia, se podría establecer un régimen atendiendo a uno o varios de estos criterios: los beneficios obtenidos, el uso del medio ambiente, por la generación de residuos, o por el gasto de energía que implican.

B. La renta básica.

Por otro lado, el ingreso mínimo vital de la ciudadanía tiene como base la necesidad de garantizar a toda la población la satisfacción de las necesidades esenciales, para preservar su derecho a la dignidad. Los programas de rentas mínimas han sido duramente criticados por la doctrina liberal, puesto que, entienden que no tiene cabida que sea el Estado quién provea de los recursos económicos necesarios, sino que debe ser el mercado. En este sentido, el mercado neoliberal se sustenta sobre las relaciones laborales y el trabajo que desempeñan los ciudadanos. Por esta razón, la idea de que sea el Estado quién proporcione un salario sin contraprestación a los ciudadanos no tiene ningún tipo de lógica para estos. Sin embargo, en esa ecuación lo que no ha entrado es el factor tecnológico o del progreso. En su momento, cuando se desarrollan estas teorías,

estas tecnologías son vistas como un aliado para producir más y a menor coste, lo que implica una reducción del gasto de los empresarios. El problema es que, si no se prevén garantías sociales, todo lo que se produzca no tendrá consumidores que puedan acceder a estos productos³³⁰⁴.

Sin embargo, la renta básica no tiene que concebirse como un instrumento de distribución de la riqueza de carácter universal, sino que, la progresividad debe ser el principio que inspire la configuración de este régimen. En caso contrario, ¿qué sentido tiene que todos tengan acceso a lo mismo? La focalización de la renta básica a través de este criterio tiene sus complejidades administrativas. En primer lugar, porque hay que detectar a la población que realmente lo necesita. En este sentido, la construcción de la Administración Digital es la base para efectuar de una manera correcta la distribución del dinero público. En consecuencia, habrá que determinar los mecanismos oportunos dentro del sistema, tanto desde de recogida de los datos, como algorítmico, y de personal para hacer efectiva su materialización. Y, en segundo lugar, hay que determinar los mecanismos más efectivos para disminuir la desigualdad social. En algunos casos, el pago en especie, accediendo directamente a determinados servicios o bienes, es mucho más efectivo, que el pago de la prestación en metálico³³⁰⁵.

El ingreso mínimo vital, previsto ya en nuestro ordenamiento jurídico³³⁰⁶, y pensando en gran parte de Europa³³⁰⁷, puede suponer la ruptura tradicional de relaciones por la que se distribuye o configura la sociedad. En este sentido, el ingreso mínimo vital no implica que sea el Estado quien conceda a las personas una cuantía mínima que le permita cubrir sus necesidades más básicas, sino que, este complemente el salario que recibiría una persona³³⁰⁸.

Si partimos de la base de que una gran parte de los trabajos realizados por personas van a desaparecer habrá que repartir ese trabajo que quede entre la población activa. En

³³⁰⁴ Vide Jorge ARAGÓN, “Notas sobre ¿una nueva revolución industrial?, *Gaceta Sindical*, 27, (2016), p. 20.

³³⁰⁵ Vide Yannick VANDERBORGHT, “Las tensiones en la reforma del Estado de Bienestar: qué podemos aprender del debate de la renta básica”, en José Luis REY PÉREZ, y Alberto COLINO, *Sostenibilidad del Estado de Bienestar en España*, Dykinson, Madrid, 2015, p. 91.

³³⁰⁶ Vide Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital.

³³⁰⁷ Vide Hugo GUTIÉRREZ, “España se suma a la veintena de países europeos que ya tienen renta mínima”, *El País Digital*, 30 de mayo de 2020.

³³⁰⁸ Vide Manuel MORENO y Pablo MORENO, *Socialdemocracia o liberalismo: la política económica en España*, Catarata, Madrid, 2016, p. 185.

consecuencia, si las jornadas de cuarenta horas semanales parecen tener poco sentido en la actualidad, menos aún tendrán en el futuro. Por ello, habrá que reducir las jornadas laborales, y prever un complemento social que permita garantizar que los salarios recibidos por los trabajadores puedan cubrir sus necesidades vitales³³⁰⁹. No obstante, también hay que realizar modificaciones del régimen fiscal y tributario de aquellas empresas que sigan generando puestos de trabajo, puesto que, habrá que beneficiar de alguna manera su actividad.

La pregunta que debemos realizar es ¿qué va a ocurrir con el resto de la población? ¿a qué van a dedicar su tiempo cuando tengan todas sus necesidades mínimas cubiertas? Desde la perspectiva más positivista, se espera que al liberar a los humanos del trabajo estos se dediquen a mejorar la sociedad o el entorno que les rodea. Así, se espera que aumente la cooperación y la ayuda social, o los trabajos de voluntariado, como una forma de devolver a la sociedad parte de lo que ella recibimos. Pero, está claro que esta es una perspectiva demasiado positiva y que en muchos casos tendrá que enfrentarse a la dura realidad de una sociedad más egoísta e individualista, únicamente preocupada de sí misma.

En este sentido, señala la doctrina de manera muy acertada, que durante la época griega y romana se produjo un importante crecimiento y expansión económica, gracias a la esclavitud. Esta institución abolida en los ordenamientos democráticos permitía que los ciudadanos gozaran de mayores tiempos de ocio que de trabajo, gracias a la negación de los derechos civiles a los esclavos³³¹⁰. Pues bien, en este sentido, los robots se convertirían en los nuevos esclavos del S. XXI, realizando funciones por las que los humanos ya no tendrán nunca más que preocuparse, y a los que no sólo se les va a negar los derechos civiles, también los sociales o digitales. Así, “*los humanos nos*

³³⁰⁹ Vide Luis MORENO FERNÁNDEZ y Raúl JIMENEZ TELLADO, *Democracias robotizadas: escenarios futuros en Estados Unidos y la Unión Europea*, Catarata, Madrid, 2018, p. 85: «en la medida en que se produce una bajada en los sueldos de los empleos susceptibles de automatización o baja cualificación, menguan las ofertas laborales que las fábricas sí hacían tras la segunda y tercera revolución industrial».

³³¹⁰ Vide Jesús R. MERCADER UGUINA, “El futuro del trabajo y el empleo en la Era de la digitalización y la robótica”, en Tomás DE LA QUADRA SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, *Sociedad Digital y Derecho*, Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, Madrid, 2018, p. 631.

concentraremos en aquello que no se puede robotizar y donde ninguna inteligencia artificial puede sustituirnos”³³¹¹. ¿Será este el futuro de la sociedad digital?

A modo de conclusión, esta es la situación en la que nos encontramos sumergidos: cambios en los modos de producir, en las modalidades de negocio, la creación de nuevos puestos de trabajo, y la modificación de las condiciones y de las relaciones laborales que implican cambios en el régimen general de la seguridad social, en el tratamiento de la salud, la educación y la asistencia social. En consecuencia, es necesario comenzar el abordaje de los cambios que se están produciendo en la sociedad repensando el concepto de trabajo, y con éste modificar el pacto social instaurado de forma global en los países desarrollados, para adaptarlo a los condicionamientos expuestos, y configurar un sistema de prestación de servicios por parte del Estado adecuado a las necesidades que éstos presentan.

Ésta es una ardua labor para la que el Estado español necesitará, al menos, un período de cuarenta años para poder culminar este proceso. Sin embargo, los primeros pasos hay que darlos ya, adaptando el sistema educativo y también el sistema impositivo de las empresas recientes y las cotizaciones de los trabajadores, para conseguir sostener el Estado de Bienestar hasta que se produzca la completa transformación.

2.3.3. Algunas consideraciones sobre la protección de los trabajadores.

El efecto de la robotización y la automatización del trabajo va a generar una alta tasa de desempleo, mucho más de lo que están acostumbradas las economías liberales. Las desigualdades sociales que se van a generar entre la población obligarán al Estado a intervenir para corregir estos fenómenos. Por esta razón, se debe reflexionar sobre estas políticas públicas que se deben articular para proteger a los trabajadores. La tasa a los robots y el ingreso mínimo vital son dos instrumentos necesarios para preservar la integridad y funcionamiento del Estado del Bienestar, pero también se puede optar por otras medidas.

El Estado debe lidiar entre las necesidades de la empresa y el nivel de formación de los trabajadores y entre la oferta y la demanda de puestos de trabajo. La educación

³³¹¹ *Vide* Migle LAUKYTE, “Robots y sanidad”, en Tomás DE LA QUADRA SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, *Sociedad Digital y Derecho*, Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, Madrid, 2018, p. 867.

como veremos es la clave para que el sistema continúe funcionando, pero no sólo en los más jóvenes o niveles inferiores. En este sentido, la formación de los trabajadores de otras generaciones que continuarán activas al menos durante veinte años permitirá que se adecúen en cierta medida a esa demanda de puestos de trabajo que hace el mercado³³¹². Por ello, habrá que encontrar la fórmula para que estas personas que sigan formando parte de los recursos humanos del país.

De este modo, junto las prestaciones por desempleo, el Estado tiene que centrarse en establecer políticas activas de empleo. Los servicios públicos de empleo agotan prácticamente su actividad en la gestión administrativa de las prestaciones por desempleo, cuando deberían evolucionar hacia el asesoramiento, seguimiento e intermediación de la búsqueda de trabajo. Y, al mismo tiempo, aportar por actividades formativas y de reciclaje que mejoren las probabilidades de encontrar un mejor empleo³³¹³.

En mi opinión, este tipo de políticas públicas debería ser gestionada de forma indirecta, a través de empresas privadas. Ahora bien, tendrían un sistema de funcionamiento distinto, recibirían una cuota fija que cubriera los gastos de tramitación y de gestión, y un plus adicional en función de cada persona desempleada que ocupara un puesto de trabajo. Y, de igual manera, ocurre con la formación. En mi opinión, habría que darles a los desempleados, aunque también a los trabajadores, pero con un sistema de financiación mixto entre la empresa y el Estado, un crédito anual de formación. Estos decidirían en qué cursos o tipo de información invierte ese crédito, y de igual forma que empresa, público o privada deciden.

Igual que lo anterior, se hace necesaria una intervención del Estado fijando las condiciones laborales de los trabajadores en este nuevo contrato social. El establecimiento del salario mínimo es un buen paso, pero si no se adoptan medidas complementarias para que todos los trabajadores reciban ese salario es imposible que el sistema funcione. En este sentido, es necesario aumentar la presión de la inspección laboral de las empresas. Sin embargo, para ello se cuenta con un gran aliado como son

³³¹² Vide Luis PARDO CÉSPEDES, *Viaje al centro del humanismo digital*, Versus, Vizcaya, 2019, p. 115.

³³¹³ Vide Manuel MORENO y Pablo MORENO, *Socialdemocracia o liberalismo: la política económica en España*, Catarata, Madrid, 2016, p. 200.

los algoritmos y la inteligencia artificial permitirán detectar anomalías en la empresa e iniciar procedimientos de verificación y control de forma asidua³³¹⁴.

La Inspección de Trabajo ya cuenta con herramientas de inteligencia artificial, hasta el punto de que se les permite emitir sanciones automatizadas sin la intervención de funcionarios. La doctrina aún no se ha pronunciado al respecto, pero las voces de crítica a este sistema no tardarán demasiado llegar. No sólo porque la modificación de la ley se hace a través de un Real Decreto-Legislativo, sino que este es relativo a cuestiones directamente relacionadas con la gestión y dotación de recursos en el contexto de la pandemia, como es la prorrogación de los ERTES, lo que enmascara su contenido³³¹⁵. En este sentido a aprueba en la Disposición final cuarta, lo siguiente:

«Modificación del texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto legislativo 5/2000, de 4 de agosto.

Se da nueva redacción al párrafo a) del artículo 53.1, que queda redactado en los siguientes términos: “a) Los hechos constatados por el Inspector de Trabajo y Seguridad Social o Subinspector de Empleo y Seguridad Social actuante, que motivaron el acta, destacando los relevantes a efectos de la determinación y tipificación de la infracción y de la graduación de la sanción. En el caso de actas extendidas en el marco de actuaciones administrativas automatizadas, los hechos constitutivos de la infracción cometida”.»

De este modo, se permite dentro del procedimiento administrativo sancionador en el orden social, iniciar el procedimiento a través de actas de infracción automatizadas, es decir, sin que exista la intervención directa de un funcionario actuante que dicte su emisión. Así, aunque desde el Ministerio de Trabajo se advierte que este tipo de actuaciones es:

«exclusivamente para aquellas infracciones cuya existencia se puede detectar automáticamente, de los registros de las bases de datos de las

³³¹⁴ Vide Manuel MORENO y Pablo MORENO, *Socialdemocracia o liberalismo: la política económica en España*, Catarata, Madrid, 2016, p. 201.

³³¹⁵ Vide Real Decreto-ley 2/2021, de 26 de enero, de refuerzo y consolidación de medidas sociales en defensa del empleo.

Administraciones Públicas, en particular de la Administración de la Seguridad Social, que en ningún caso requiere un proceso de investigación previa e individualizada mediante visitas a los centros de trabajo o comprobaciones en los locales de las Inspecciones Provinciales de Trabajo y Seguridad Social, ni una valoración o apreciación jurídica de hechos y pruebas»³³¹⁶.

Sin embargo, se puede advertir que esto es contrario al régimen general de la Administración Pública, en tanto que, el artículo 41 de la LPAC advierte: *«en caso de actuación administrativa automatizada deberá establecerse previamente el órgano u órganos competentes, según los casos, para la definición de las especificaciones, programación, mantenimiento, supervisión y control de calidad y, en su caso, auditoría del sistema de información y de su código fuente. Asimismo, se indicará el órgano que debe ser considerado responsable a efectos de impugnación»*. Todos estos elementos se convierten en garantías formales de la actuación administrativa, de manera que, se garantiza que cumple con los requisitos para asegurar las máximas garantías de protección de los derechos de los ciudadanos³³¹⁷.

En consecuencia, la norma prevé la modificación general del régimen del procedimiento administrativo a través de un Real Decreto que no de una norma con rango legal, lo que va en contra del principio de jerarquía normativa. Pero, es que, además, el acto automatizado no puede identificar al órgano responsable de su actuación dentro de la Administración, puesto que no exista una actuación del órgano en sentido estricto. En este sentido, estamos hablando de un conjunto de datos que forman parte de la base general de las distintas Administraciones que, una vez analizados, reportan una información, y a partir de esta, se adopta una resolución automatizada. Así, en primer lugar, no existe en la norma una delimitación de la información que va a ser objeto de análisis, en que órgano o unidad concreta dentro de la Inspección de Trabajo se va a incorporar el uso de estas herramientas, ni tampoco se establecen garantías adicionales de verificación de que se cumplen los presupuestos necesarios para emitir el acto.

³³¹⁶ Vide Gorka R. PÉREZ, “Trabajo podrá levantar actas automatizadas de infracción sin necesidad de inspectores”, *El País Digital*, 27 de enero de 2021.

³³¹⁷ Vide Ignacio ALAMILLO DOMINGO y Xavier URIOS APARISI, *La actuación administrativa automatizada en el ámbito de las Administraciones Públicas: análisis jurídico y metodológico para la construcción y la explotación de trámites automáticos*, Escuela de Administración Pública de Catalunya, Barcelona, 2011, pp. 17 y ss.

Esta muy bien que la Administración quiera automatizar los procedimientos en aquellos supuestos en los que puede ser beneficioso para la gestión y el desarrollo de sus servicios, pero no es aceptable que se haga sin establecer garantías y límites suficientes para preservar los derechos de los ciudadanos. Por tanto, no es aceptable que se haga esta modificación a través de un Real Decreto Ley; no se determina sobre qué materias o actividades podrá versar esa automatización del procedimiento; tampoco se determina la información que va a ser utilizada para emitir esos actos administrativos; y, en todo caso, la no identificación de la persona responsable iría en contra de los derechos consolidados de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración (artículo 41 LPAC).

El otro eje de intervención es el papel que debe ocupar la negociación colectiva en este nuevo pacto social. Hasta el momento, el Gobierno actual está haciendo parte a los sindicatos de los acuerdos en materia laboral, pero no se puede negar el peso que estos han perdido en la negociación colectiva. La solución, si no queremos que esta figura desaparezca, es reformar sus funciones y papel en la norma, obligando a las partes a negociar sobre las condiciones laborales, imitando al sistema francés³³¹⁸. Los convenios colectivos tienen que ser actualizados, pero más aún, aplicados en su totalidad. Y, eso sólo es posible si los sindicatos cuentan con poder para negociar.

El reto del empleo es doble puesto que no sólo hay que reducir la tasa de desempleo, sino luchar contra la precariedad laboral y las condiciones de trabajo presentes. Por ello, las políticas de empleo público tienen que centrarse en proteger al trabajador y no a los puestos de trabajo. La calidad de la regulación es un elemento clave para el buen funcionamiento de la economía. Por ello, hay que establecer un sistema centrado en el trabajador, y no en el tipo de contrato que tiene. Además, el número de contratos debería de reducirse y equiparar las cotizaciones de estos. De esta forma, junto con la tasa a las máquinas, se garantizará una protección integral del trabajador, ante las inclemencias del mercado³³¹⁹.

Por último, esta nueva realidad obliga a replantear las cotizaciones sociales de los trabajadores para hacer factible cumplir con sus necesidades³³²⁰. Si bien, esta no es mi

³³¹⁸ Vide Code du travail, Article [L2242-1](#).

³³¹⁹ Vide Manuel MORENO y Pablo MORENO, *Socialdemocracia o liberalismo: la política económica en España*, Catarata, Madrid, 2016, p. 205.

³³²⁰ Vide Salvador CRUZ RAMBAUD, “Salud y economía: la gestión de un recurso social”, en Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, *Retos y propuestas para el sistema de Salud*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 429.

especialidad, no creo que haga falta ser experto en la materia para darse cuenta de que el sistema es insostenible con el tipo de cotizaciones actuales: si una persona pasa los primeros treinta años de su vida formándose gracias al Estado; ayuda al sostenimiento del Estado durante treinta años; y luego vive de sus aportaciones durante otros treinta. En consecuencia, si sólo durante un tercio de nuestra vida contribuimos al sostenimiento del Estado del Bienestar, recibimos más de lo que realmente aportamos con nuestras cotizaciones³³²¹. La solución es sencilla o aportamos mucho más durante el período activo, de manera que, me garantice que en los otros dos tercios tendré mis necesidades cubiertas, o se tienen que ampliar los períodos de trabajo, cotizando al menos durante cincuenta años.

Lo que el Estado no debe perder de vista es la sostenibilidad y la equidad de las pensiones. Así, nuestro sistema de pensiones que vienen dando muestras de desequilibrios prácticamente desde su configuración, no puede dejarse de lado en este momento de conversión. El aumento del envejecimiento de la población, junto la baja tasa de natalidad complica sobremanera la aplicación del principio de solidaridad generacional del sistema. En este sentido, estos trabajadores que no lleguen a las cotizaciones suficientes son condenados a vivir en la pobreza de por vida, y sólo el salario mínimo vital podría corregir esas desigualdades. Y, no sólo esto, es que, si las pensiones no se revalorizan de acuerdo con el poder adquisitivo real, estamos condenando a las futuras generaciones a vivir en una situación precaria³³²². El Estado Social no puede permitir estas situaciones.

2.3.4. Las consecuencias de la robotización en el empleo público.

Los empleados públicos no van a ser ajenos al proceso de robotización del trabajo, así que habrá que comenzar a abordar una estrategia para repensar qué medidas va a adoptar la Administración frente a los puestos de trabajo que desaparezcan. Así, si la implantación de la Administración electrónica no ha contado con una aceptación o buena acogida por gran parte de los empleados públicos, la Revolución Digital no va a tener mejores efectos.

³³²¹ *Vide* Lorenzo CAPPELLARI, Claudio LUCIFORA y Alessandro ROSINA, *Invecchiamento attivo, mercato del lavoro e benessere*, Il Mulino, Bologna, 2018, pp. 25 y ss.

³³²² *Vide* Manuel MORENO y Pablo MORENO, *Socialdemocracia o liberalismo: la política económica en España*, Catarata, Madrid, 2016, p. 181.

En este sentido, señala Carles Ramiò que los ámbitos más susceptibles de ser robotizados son: transportistas; empleadores de correos; trabajos de carácter administrativo y auxiliar; trabajos de carácter burocrático de elevado nivel; cuerpos de seguridad; personal penitenciario; fuerzas armadas; trabajadores sanitarios; trabajadores de los servicios sociales; y la Administración de justicia. Mientras que, los perfiles profesionales que no van a desaparecer son los puestos de trabajo que conlleven una alta dosis de empatía; con alto componente de creatividad; puestos en lo que se requiera la inteligencia social; y las profesiones en las que haya un componente de negociación³³²³.

Sin embargo, no determina cuáles van a ser los empleos del futuro en el seno de las Administraciones Públicas. Realmente no hay estudios concretos sobre cómo será el futuro de la prestación de los servicios en las Administraciones, puesto que, éste depende en gran parte de la inversión económica que se haga al respecto. No obstante, si se puede hacer una traslación de lo que requieren los nuevos servicios digitales³³²⁴ que insta la población, a las competencias y habilidades que deben tener los empleados públicos. Por ejemplo, ingeniero de tratamientos de datos; especialista en inteligencia artificial y machine learning; transformador digital; especialista en ciberseguridad, o en Cloud Computing. De este modo, lo que necesita la Administración, al igual que el resto de los sectores productivos, es incorporar personal con competencias digitales avanzadas para garantizar el mantenimiento adecuado de los servicios públicos.

La conversión hacia la construcción de una Administración Digital integral no va a ser sencilla. Sin embargo, la Administración cuenta a su favor con una plantilla envejecida que en poco tiempo tendrá que jubilarse. Sin duda, la desaparición de estos puestos de trabajo para adaptarlos a las necesidades de la sociedad digital será el factor clave que permite su evolución. El problema es que previamente tendrá que invertir en actualizar el aparato burocrático y adquirir recursos tecnológicos. En este sentido, si el proceso no se hace de forma sinérgica nos podremos encontrar ante la paradoja de tener el mejor sistema de inteligencia artificial del mercado y desconocer cómo funciona y sacar su máximo rendimiento. Por ello, hay que repensar las pruebas de acceso al empleo público, estas tienen que estar basadas en evaluar la capacidades y habilidades imperantes

³³²³ Vide Carles RAMIÒ MATAS, *Inteligencia artificial y Administración pública: robots y humanos compartiendo el servicio público*, Editorial Catarata, Madrid, 2019, p. 147.

³³²⁴ Vide WORLD ECONOMIC FORUM, “*The future of Jobs Report 2020*”, octubre de 2020, p. 30.

en la sociedad digital. No tiene sentido continuar con un modelo de pruebas memorístico como el que exige el sistema³³²⁵.

Además, también habrá que invertir en los nuevos empleados públicos “robotizados”: robots tramitadores de procesos; de mantenimiento y limpieza; prestadores de servicios como personales auxiliar o de fuerzas armadas; robots de gestión de redes organizativas que evaluarán la gestión y organización de servicios públicos prestados de forma indirecta; robots reguladores; robots secretarios y asistentes, especialmente, de los directivos públicos; robots de asesoría técnica, o política; robots jefes sustituyendo a los responsables de las unidades de tramitación; robots directivos; robots entrenadores; o robots de reciclaje del personal³³²⁶.

Este proceso si no cuenta con la aprobación y consenso de los seres humanos está condenado a fracasar, puesto que, serán los propios empleados públicos quienes boicotean el funcionamiento del sistema. En este sentido, el pacto social se hace más importante aún, porque habrá que concebir una manera de dar a los humanos su protagonismo en las relaciones, y establecer un régimen de convivencia que permita la colaboración y el progreso constante de la sociedad.

La robotización y automatización del empleo no va a ser sencilla en ninguno de los sectores de la sociedad, pero la Administración tiene que dar ejemplo y liderar el proceso de cambio dentro de sus instituciones. La confianza en estos sistemas será mucho más fácil de trasladar una vez que esté incorporada como un elemento más dentro del sistema de funcionamiento de nuestras relaciones. Por esta razón, lo primero que hay que hacer es establecer un plan de actuación a corto-medio plazo, sobre cómo se van a reconvertir los empleos públicos, es decir, la formación y los recursos con los que voy a adoptar al personal; y posteriormente, pensar en cuáles son las nuevos servicios públicos y necesidades que tengo que incorporar en las prestaciones y servicios que ya desarrollaba. Este proceso complejo requiere calma, sosiego y un estudio profundo. Estamos hablando del futuro del empleo en nuestro país, lo que no significa tomar las decisiones cuando la necesidad ya sea inminente.

³³²⁵ Vide Andrés PASTOR BERMÚDEZ y Pedro NOGALES FUENTES, “El futuro del trabajo en la Administración Pública ¿estamos preparados?”, *Revista Vasca de Gestión de personas y Administraciones Públicas*, 3, (2019), p. 49.

³³²⁶ Vide Carles RAMIÒ MATAS, *Inteligencia artificial y Administración pública: robots y humanos compartiendo el servicio público*, Editorial Catarata, Madrid, 2019, p. 163.

3. La digitalización del sistema educativo.

3.1. Introducción.

Tal y como se ha advertido en los epígrafes anteriores, la educación y formación de los ciudadanos es el eje transversal que permitirá una transición más equitativa el mercado y al modelo de empleo de la Era Digital. En este sentido, lo que se puede extraer de los apartados previos es que la sociedad digital es cada vez más dependiente de las nuevas tecnologías, y a la par, estas reinventan los escenarios sociales, económicos y políticos. Por esta razón, sólo se puede garantizar una economía y sociedad integrados, si se asegura la formación y capacitación de los ciudadanos y las empresas³³²⁷.

Sin embargo, la educación no es sólo un derecho más, es el presupuesto habilitante para que el resto de los derechos se puedan cumplir. En este sentido, el derecho a la educación garantiza la igualdad de oportunidades en un mundo cambiante, hasta el punto de que la ignorancia o la desinformación se convierte en la nueva forma de esclavitud. Por esta razón, existe un consenso general de la doctrina que avala la intervención del Estado en materia, en tanto que, el aumento del nivel educativo de la población beneficia a la sociedad en su conjunto, promoviendo la innovación y el avance científico. Sin embargo, la inversión en formación del capital humano ante la Revolución Digital se ha convertido aún en más importante para asegurar el funcionamiento del Estado del Bienestar. Desde que la Revolución Digital ha comenzado a producir efectos han aumentado las desigualdades sociales, lo que, hace más necesaria la aplicación de los sistemas de protección social.

La única solución para salvar las diferencias entre los cambios en el sistema productivo y el modelo de empleo es capacitar a la población para asegurar su inserción en el mercado. Sin embargo, las deficiencias del sistema educativo se están profundizando y acrecentándose a medida que avanza la revolución tecnológica. Los poderes públicos no tienen un plan de acción claro, sobre cómo enfocar los cambios del sistema educativo para que se encuentre en sinergia con las necesidades del mercado. El problema es que, o los cambios se introducen de forma inmediata, o el sistema educativo seguirá formando a profesiones que van a desaparecer. Lo que, en sentido contrario, conlleva aumentar el

³³²⁷ Vide Cristina GARMENDIA, “La educación, principal reto de la sociedad digital”, *Gaceta Sindical*, 27, (2016), p. 193.

gasto en políticas de protección social para cubrir las necesidades mínimas vitales de estos ciudadanos cuyas expectativas laborales se vean arrasadas por el tsunami del progreso digital.

3.2. El marco normativo de los proyectos de educación digital.

3.2.1. El marco estratégico para la cooperación europea en el ámbito de la educación y la formación para 2020, y otros planes posteriores.

A partir del año 2010, la Unión Europea ha incrementado su preocupación por la educación y la formación de los trabajadores en el contexto de la sociedad digital, aunque cada Estado miembro es responsable de su propio sistema educativo y de formación de los ciudadanos. Sin embargo, la función política de la Unión Europea permite apoyar y ayudar a los Estados a afrontar problemas de carácter común para toda Europa, como puede ser el envejecimiento de la población activa, o el déficit de trabajadores cualificados³³²⁸.

Por esta razón, la Unión Europea dentro del marco estratégico para la cooperación europea en el ámbito de la educación 2020³³²⁹, emitió el informe Conjunto del Consejo y la Comisión sobre la aplicación del marco estratégico para la cooperación en el ámbito de la educación y la formación. En este informe se destaca la preocupación por el empleo, por mejorar la cualificación de los futuros trabajadores, y de un tratamiento homogéneo de la cuestión desde el seno de la Unión Europea³³³⁰. Y, además, se señalan los ámbitos

³³²⁸ Vide Pedro A. PERNÍAS PECO, “Nuevos empleos, nuevas habilidades: ¿estamos preparando el talento para la cuarta revolución industrial?”, *ICE*, 888, (2017), p. 60.

³³²⁹ Vide CONSEJO EUROPEO, *Conclusiones del Consejo de 12 de mayo de 2009 sobre un marco estratégico para la cooperación europea en el ámbito de la educación y la formación («ET 2020»)*.

³³³⁰ Vide CONSEJO Y COMISIÓN EUROPEA, *Informe conjunto de 2015 del Consejo y de la Comisión sobre la aplicación del marco estratégico para la cooperación europea en el ámbito de la educación y la formación (ET 2020) Nuevas prioridades para la cooperación europea en educación y formación (2015/C 417/04)*, p. 1. «En este contexto, la educación y la formación contribuyen de forma sustancial a varias estrategias e iniciativas de la UE, como la Estrategia Europa 2020, la Garantía Juvenil, la Iniciativa de Empleo Juvenil, la iniciativa del Mercado Único Digital, la Agenda Europea de Seguridad y la Agencia Europea de Migración y el Plan de Inversiones para Europa, con pleno respeto de las competencias de los Estados miembros en lo que se refiere a sus sistemas de educación y formación. La cooperación dentro del ET 2020 («Marco estratégico para la cooperación europea en el ámbito de la educación y la formación 2020») complementa y apoya la actuación nacional de los Estados miembros mediante los intercambios de homólogos, el aprendizaje mutuo y la recopilación de conocimientos y datos, a la hora de proseguir las reformas para mejorar su rendimiento».

prioritarios de actuación: la adquisición de conocimiento, capacidad y competencias de alta calidad, centradas en la empleabilidad y la innovación de la ciudadanía; una educación y formación adecuada a las exigencias de la Era Digital; promover la equidad, cohesión social y la ciudadanía activa; e incrementar la creatividad y la innovación en todos los niveles de educación y de formación³³³¹. De este modo, estas se convierten en las estrategias claves para afrontar el cambio disruptivo que presenta la Revolución Digital.

Recientemente, se ha aprobado el nuevo Plan de Acción de Educación Digital 2021-2027, cuyo principal objetivo es adaptar la educación y la formación al nuevo contexto de relaciones de la sociedad digital. El Plan señala los efectos que la Revolución Digital está teniendo sobre el conjunto global, y además culpa a la crisis del Covid-19 como el factor que ha acelerado el proceso de cambio y la transformación tecnológica. Sin duda, la crisis sanitaria del Covid-19 ha mostrado las deficiencias que presentaba el sistema en lo que a digitalización se refiere, y el ejemplo paradigmático de lo que tenemos que corregir y evitar en el futuro.

No obstante, esta crisis ha supuesto una experiencia inigualable en lo que supone la introducción de las TICs en la educación³³³² (que no la educación digital). La Unión Europea se ha dado cuenta de la importancia transversal y estratégica que tiene la educación en perspectiva para el crecimiento económico. Por esta razón, las autoridades europeas han cambiado las prioridades estratégicas en esta materia por: fomentar el desarrollo de un ecosistema educativo digital de alto rendimiento, y mejorar las competencias y capacitación digital para la transformación digital.

³³³¹ Vide CONSEJO Y COMISIÓN EUROPEA, *Informe conjunto de 2015 del Consejo y de la Comisión sobre la aplicación del marco estratégico para la cooperación europea en el ámbito de la educación y la formación (ET 2020) Nuevas prioridades para la cooperación europea en educación y formación (2015/C 417/04)*, p. 8.

³³³² Vide COMISIÓN EUROPEA, Comunicación, COM (2020) 624, de 30 de septiembre, de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Plan de Acción de Educación Digital 2021-2027: Adaptar la educación y la formación a la era digital”, p. 23: «La pandemia de COVID-19 está teniendo una repercusión considerable en los sistemas de educación y formación. En circunstancias especialmente difíciles, ha acelerado la transformación digital y provocado un cambio rápido y a gran escala. Un proceso de desarrollo que podría haber tardado años tuvo lugar en unas pocas semanas. Ahora nos encontramos no solo frente a desafíos, sino también a oportunidades. Esto significa que debemos utilizar las lecciones extraídas en los últimos meses para redoblar nuestros esfuerzos y evolucionar gradualmente de una educación a distancia temporal, centrada en la situación de emergencia, a una educación digital más eficaz, sostenible y equitativa, como parte de una educación y formación creativas, flexibles, modernas e inclusivas. Este proceso debería fundamentarse en las prácticas de enseñanza y la investigación contemporáneas».

En relación con el fomento del desarrollo del ecosistema digital, la Comisión propone las siguientes medidas. En primer lugar, iniciar un diálogo estratégico de colaboración entre los Estados miembros con la intención de abordar una posible propuesta sobre los factores propicios para una educación digital exitosa. En segundo lugar, aprovechar las lecciones del Covid-19 para proponer una recomendación sobre el aprendizaje en línea para la educación primaria y secundaria. En tercer lugar, desarrollar un marco europeo de contenidos de educación digital para sectores específicos de la educación y sus necesidades. En cuarto lugar, apoyar la conectividad general en las escuelas, a través de los distintos mecanismos y fondos que se prevén en la Unión. En quinto lugar, utilizar los proyectos de cooperación Erasmus para apoyar los planes de transformación digital de los centros de educación, primaria, secundaria, formación profesional, superior y de adultos. Y, en sexto lugar, potenciar la comprensión de las tecnologías emergentes y su aplicación en la educación, desarrollando directrices sobre inteligencia artificial y el uso de datos en la educación y la formación para los educadores³³³³.

Y, en lo que se refiere a la mejora de las competencias y capacidades digitales para la transformación digital, se proponen las siguientes medidas. En primer lugar, desarrollar directrices comunes para profesores y personal educativo respecto al uso de la educación y la formación como medio para fomentar la alfabetización digital y abordar la desinformación. En segundo lugar, actualizar el marco europeo de competencias digitales, para incluir la inteligencia artificial y las capacidades relacionadas con los datos. En tercer lugar, desarrollar un certificado europeo de capacidades digitales que reconozcan los gobiernos y las empresas de toda Europa. En cuarto lugar, proponer una recomendación sobre la mejora de la provisión de capacidades digitales en la educación y en la formación. En quinto lugar, mejorar el seguimiento y el apoyo a la recogida transnacional de datos en materia de capacidades digitales de los estudiantes por medio de la participación en la Asociación para la Evaluación del Rendimiento Escolar. En sexto lugar, incentivar el desarrollo de capacidades digitales avanzadas a través de distintos planes educativos. En séptimo lugar, promover la participación de las mujeres en estudios

³³³³ *Vide COMISIÓN EUROPEA, Comunicación, COM (2020) 624, de 30 de septiembre, de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Plan de Acción de Educación Digital 2021-2027: Adaptar la educación y la formación a la era digital*, pp. 13 y ss.

de enseñanza superior para las ingenierías y las tecnologías de la información y la comunicación³³³⁴.

3.2.2. Los problemas del sistema educativo español: la aceleración del proceso de digitalización tras la crisis del Covid-19.

A. Las dificultades del sistema educativo antes de la crisis del Covid-19.

Desde el año 2010, la Unión Europea dentro del marco estratégico para la cooperación en el ámbito de la educación y la formación, advierte a España a través de sus Documentos de Trabajo de los problemas del sistema educativo, siendo las consideraciones al respecto prácticamente idénticas desde el año 2016³³³⁵. El último informe emitido³³³⁶, antes que se desataran los efectos provocados por la pandemia del Covid-19, informaba a España de las deficiencias del sistema educativo español en comparación con la media o expectativas europeas.

En primer lugar, se advertía de que la inversión en educación continúa siendo baja atendiendo al gasto directo por estudiante en relación con el PIB per cápita, que se situaba de forma consecutiva en el 23%, justo en la media europea. Desde la crisis económica, la tendencia de reducción de gasto en sector se ha ido consolidado. Así, tal y como se ha

³³³⁴ Vide COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación, COM (2020) 624, de 30 de septiembre, de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Plan de Acción de Educación Digital 2021-2027: Adaptar la educación y la formación a la era digital*”, pp. 18 y ss.

³³³⁵ Vide COMISIÓN EUROPEA, *Informe sobre España 2016, con un examen exhaustivo relativo a la prevención y la corrección de los desequilibrios macroeconómicos*, de 26 de febrero, p. 64: «El elevado nivel de cualificaciones alcanzado en España es un activo para la competitividad, pero las amplias brechas educativas y persistente desajuste de las aptitudes siguen siendo un freno importante. Por un lado, España presenta un elevado porcentaje de titulados universitarios, aunque los resultados no son plenamente acordes con la demanda del mercado laboral y la cooperación entre la universidad y la empresa sigue siendo escasa. Por otro lado, registra uno de los porcentajes más elevados de adultos poco cualificados y la tasa más alta de abandono escolar temprano de Europa, estrechamente ligada a la situación socioeconómica de los estudiantes, con notables desigualdades territoriales. La mejora de la educación y las aptitudes es un elemento esencial para que España transforme su modelo de crecimiento económico».

³³³⁶ Vide COMISIÓN EUROPEA, *Documento de trabajo de los servicios de la Comisión, de 26 de febrero de 2020 Informe sobre España 2020 que acompaña al documento COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO EUROPEO, AL CONSEJO, AL BANCO CENTRAL EUROPEO Y AL EUROGRUPO Semestre Europeo 2020: Evaluación de los avances en lo que respecta a las reformas estructurales y la prevención y la corrección de los desequilibrios macroeconómicos, y resultados de los exámenes exhaustivos conforme al Reglamento (UE) n.º 1176/2011*, pp. 70 y ss.

defendido al inicio de este capítulo consolidar los derechos sociales como derechos fundamentales en la Constitución no garantiza que tengan una protección inquebrantable.

En segundo lugar, los niveles de capacidades básicas de los alumnos han retrocedido ligeramente respecto de los datos del período anterior, y aumentan las desigualdades por territorios. El hecho de tener diecisiete sistemas educativos sin tener marcada una estrategia común de país en el que al desarrollo de competencias y habilidades de los estudiantes se refiere, sólo está acrecentando aún más las diferencias entre unos territorios y otros. Así, por ejemplo, el nivel de los estudiantes de Galicia y Castilla y León están por encima de los resultados de Andalucía o Extremadura³³³⁷.

En tercer lugar, España continúa teniendo la tasa más alta de abandono prematuro en educación de toda la Unión Europea con cerca de un 18%. Además, las probabilidades de abandonar los estudios sin un título dependen en gran medida del nivel educativo de los padres. De esta forma, se puede establecer una relación directa entre la situación educativa de los alumnos y el nivel socioeconómico de los padres. El problema en España de los ni-nis se perpetúa, sin saber bien los poderes públicos cómo atajar o solucionar esta brecha generacional que se está consolidando año tras año, situándose cercano al 18%, y el 35% de los jóvenes (entre 25 y 34 años) no alcanza el nivel de educación secundaria superior. Y, además, el sistema educativo no genera suficientes técnicos de nivel medio a alto, lo que está frenando la capacidad de innovación del país, y su transición a una economía digital y verde, más concienciada con los recursos y las nuevas tendencias de mercado.

En cuarto lugar, los titulados universitarios tienen problemas para encontrar un empleo de acuerdo con su formación y cualificación. Así, a pesar de que la media de titulados universitarios es superior a la de UE (42,1 % de la población de entre 30 y 34 años en 2018, frente a un 40,2 %), cerca del 38% ocupa un puesto de trabajo que no requiere titulación superior. En este sentido, también parece afectar a esta situación que la orientación vocacional de los estudiantes no está teniendo en cuenta las necesidades del mercado de trabajo. O, también puede ser visto como una consecuencia de la falta de orientación profesional por parte de los centros educativos. Los estudiantes cada vez están más perdidos acerca de su identidad o su desarrollo profesional, muchas veces motivado por esa sobreinformación a la que están expuestos.

³³³⁷ Vide <https://www.epdata.es/datos/espana-pisa-datos-graficos/484>

En quinto lugar, la participación en programas para la formación de adultos está por debajo de la media europea (11,1%), pero es aún más bajo con las personas poco cualificados (3,7%). En consecuencia, ante la transformación que estamos experimentando en lugar de invertir en formar a los trabajadores para que cuenten con mayores recursos y se adapten a las necesidades del mercado, se opta por ayudas sociales para que cubran sus necesidades. Si el Estado continúa pensando de esa forma terminará por ejecutar él mismo con sus políticas la estabilidad del Estado de Bienestar.

En sexto lugar, la inestabilidad laboral es una de las dificultades principales a las que se enfrenta el personal docente. El largo camino desde que se terminan los estudios hasta que se adquiere un trabajo estable y bien remunerado, es decir, con el acceso al empleo público, se convierte en una quimera para los profesionales. Así, tal y como señala el informe, aunque el procedimiento de contratación se ha reformado, el contenido de los exámenes se ha mantenido en idénticas condiciones desde 1990, por lo que no existen modificaciones en los planes de acceso a la profesión.

En séptimo lugar, en lo que se refiere al profesorado³³³⁸, las Administraciones se enfrentan a la dificultad de lidiar con el envejecimiento de la plantilla, lo que obligará a aumentar el número de convocatorias públicas de empleo para solucionar los problemas de la tasa de reposición de los centros educativos. Sin olvidar, que los docentes tienen dificultades a la hora de utilizar las TIC en la enseñanza, donde sólo el 15% del personal declara abiertamente necesitar iniciar y desarrollar sus capacidades en materia de TIC. Sin embargo, la cifra sería mayor si se hicieran evaluaciones de competencias en esta materia a los profesionales, la mayoría ni se ha adaptado al proceso digital, ni está en su pensamiento adaptarse a estas modificaciones. Sin duda, la Unión Europea no podía resumir mejor el problema al que se enfrenta el sistema educativo español. Para ser exactos, sólo le ha faltado señalar la falta de consenso político a lo largo de toda la democracia para establecer cuál debe ser el plan general de educación en nuestro país.

³³³⁸ Vide Miriam CUETO PÉREZ, “Régimen jurídico del profesorado universitario vinculado a las instituciones sanitarias: necesidad de revisión”, *Revista de Administración Pública*, 205, (2017), pp. 340 y ss.

B. La crisis sanitaria que aceleró la digitalización de la educación.

Si parecían pocos todos los problemas que presentaba el sistema educativo español, la crisis del Covid-19 ha agravado, como en el resto de los sectores de la sociedad, todas las disyuntivas relacionadas con la digitalización de la educación y la formación. Si bien, la actividad educativa en nuestro país se ha mantenido gracias a los medios electrónicos, hay que ser realistas, y ésta se ha desarrollado más con pena que con gloria. La falta de requisitos de homogenización del tratamiento de la cuestión, a nivel de las CC.AA., ha promovido una actividad educativa heterogénea en todo el país. En este sentido, cada centro educativo ha seguido el curso escolar cómo ha podido, atendiendo a las circunstancias específicas de los alumnos y profesores.

De este modo, a pesar de que la Ley 3/2018, de 5 de diciembre, prevé la consolidación de las competencias digitales entre los estudiantes de todas las etapas y niveles formativos, enseñándoles a usar los medios digitales³³³⁹, no se puede afirmar que el sistema educativo en digital haya funcionado. La regulación de las competencias digitales deja bastante que desear respecto del régimen jurídico, y de garantías aplicables, que debería estar establecido en nuestro país.

El legislador es experto en aprobar leyes que garantizan derechos formales, pero en los que se olvida de adoptar medidas que posibiliten su consecución material. Es absurdo que se forme a los alumnos en competencias digitales, si éstos no tienen acceso a los recursos necesarios. El derecho de acceso a Internet no cuenta con el respaldo jurídico adecuado³³⁴⁰, dada la trascendental influencia que tiene la construcción de la sociedad del mañana y asegurar el derecho de igualdad entre la población. En consecuencia, la norma no yerra cuando prevé que los menores deben aprender competencias digitales, básicas y avanzadas, dentro de los programas de los centros escolares, en consonancia con la cualificación que se pide en el entorno globalizado. Sin embargo, parece que las instituciones han presumido que, sólo por el hecho de pertenecer a la generación *zeta*, saben utilizar bien las nuevas tecnologías.

La aplicación de la educación a distancia, durante la crisis del Covid-19, ha manifestado estas limitaciones del derecho en buena parte de España, donde las

³³³⁹ *Vide* Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y de Garantía de los Derechos Digitales, artículo 83.

³³⁴⁰ *Ibidem* Artículo 81.

desigualdades sociales se han acrecentado sobre los niveles educativos y formativos de los menores³³⁴¹. Los centros escolares urbanos cuentan con mayores recursos digitales que los situados en zonas rurales. Además, la diferencia ha sido mucho mayor entre los centros privados y los públicos, puesto que, los primeros contaban con plataformas digitales previamente configuradas y con las que los alumnos estaban acostumbrados a relacionarse. Mientras que, en algunos centros públicos, se han tenido que crear “deprisa y corriendo” por los propios profesores, de manera que, muchos alumnos han tenido que aprender a utilizarlas de forma autodidacta.

Sin embargo, el principal problema de desigualdad social es el que han enfrentado los alumnos que no contaban con las herramientas necesarias (internet y un ordenador, u otro dispositivo conectable) para continuar con el aprendizaje. Los centros educativos han tenido que adaptarse a esta circunstancia, y en colaboración con los Ayuntamientos, han intentado proveer de material a los alumnos que contaban con menos recursos³³⁴². En consecuencia, la brecha digital entre los estudiantes de toda España no ha hecho nada más que acrecentarse durante la crisis del Covid-19. En la actualidad, no tener acceso a los recursos y herramientas digitales, en las etapas formativas, supone una de las mayores desventajas mundiales, en tanto que, los empleos del futuro serán en su mayoría a través del medio digital. Por ello, aunque el ejecutivo está en la senda contra la lucha de la brecha digital con los últimos planes aprobados³³⁴³, falta incluir una formación real de los profesionales.

No obstante, la situación en las Universidades no ha sido muy distinta al resto de centros de etapas inferiores. Sin embargo, estas si presuponían un nivel avanzado de competencias digitales, tanto por parte de los alumnos, como de los profesores. Pero, en

³³⁴¹ Vide Julio CABERO ALMANERA y Rubicella VALENCIA, “Y el Covid-19 transformó al sistema educativo: reflexiones y experiencias por aprender”, *Revista Internacional de Investigación e Innovación Educativa*, 15, (2020), p. 4.

³³⁴² Vide Victoria TORRES BENAYAS, “Sólo mil jóvenes sin recursos recibirán una Tablet prestada para poder seguir sus clases online”, *El País Digital*, 2 de abril de 2020.

³³⁴³ Vide Elisa SILIÓ y Ignacio ZAFRA, “Gobierno y comunidades comprarán medio millón de ordenadores y tabletas para los colegios”, *El País Digital*, 16 de junio de 2020, p. 2, «La ministra de Educación, [Isabel Celaá](#), ha anunciado este martes [un programa específico](#) de 260 millones de euros para la distribución de 500.000 dispositivos electrónicos para cerrar la brecha digital en el sistema educativo. Los ordenadores y tabletas tendrán acceso a Internet y serán entregados a los centros públicos, que serán los dueños de los mismos y a su vez los prestarán a los estudiantes que los necesiten. El objetivo, ha declarado Celaá en la conferencia de prensa posterior al Consejo de Ministros, es que “todo el alumnado tenga el acceso garantizado”, a diferencia de [los problemas de desconexión](#) que se han puesto de manifiesto durante este periodo de cierre escolar, en el que prácticamente la única forma de enseñanza ha sido a distancia. El Ejecutivo también ha aprobado, en paralelo, ayudas para las universidades».

algunos casos, se han sucedido situaciones de descontrol y desorden injustificables. Los alumnos se han quejado de tener horas lectivas en las que no han tenido profesor, exámenes sin las lecciones de preparación necesarias y la indisponibilidad de los materiales para estudiar las asignaturas. Nota aparte merecen la celebración de éstos.

La mayoría de las plataformas universitarias se han visto colapsadas y los servidores han sido incapaces de atender a la totalidad de las personas para las que están diseñadas, lo que provocaba, la ralentización y caída constante del sistema. Además, salvo las Universidades a distancia, el resto ha tenido que inventar sobre la marcha un sistema digital para evaluar a los alumnos. Estos sistemas de valorar el conocimiento de los alumnos han inspirado poca confianza entre el profesorado, por la facilidad de los estudiantes para copiarse; y el temor de los alumnos por desconocer el funcionamiento y los términos de evaluación de éstos. En definitiva, estos meses han puesto de manifiesto el atraso tecnológico que experimentan las instituciones públicas, pero también la ciudadanía en general³³⁴⁴.

El ejecutivo ha tenido un año para instaurar un plan coherente de educación a distancia, para que, en el caso de que los alumnos tuvieran que volver a dejar las aulas físicas y regresar a formarse a casa (como ha ocurrido) contaran con las herramientas y recursos adecuados. Este plan para situaciones excepcionales debería haber previsto unos mínimos en la actividad docente, para asegurar la igualdad de todos los estudiantes, no ya de las distintas Comunidades Autónomas, sino en los centros educativos de una misma provincia. Si bien es cierto que esta situación nos ha pillado a todos desprovistos de las herramientas necesarias, pero eso sólo puede ocurrir una vez. Si sucede más veces implica una desidia o desinterés de la Administración por corregir el problema, tal y como parece estar ocurriendo.

C. Las medidas en materia de educación del Gobierno tras la crisis sanitaria.

La solución del Gobierno a estos problemas ha girado en torno a dos actuaciones, enmarcadas dentro del Plan España Digital 2025: el Plan Educa en Digital y la modificación de la Ley de Educación.

³³⁴⁴ *Vide* Ariana EXPÓSITO GÁZQUEZ, “El caos (kaos) de la Administración electrónica en tiempos de pandemia”, *Revista de Derecho Administrativo V-LEX*, 4, (2020), p. 44 y ss.

En primer lugar, se ha aprobado el Plan Educa en Digital, en colaboración entre el Ministerio y Formación Profesional, el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital y la entidad Pública Empresarial Red.es³³⁴⁵ que tiene cuatro ejes de actuación. El primer eje se centra en dotar de dispositivos y conectividad a los centros educativos, y a los alumnos que carezcan de recursos. El segundo eje persigue impulsar la puesta a disposición de aplicaciones, herramientas y recursos que faciliten la educación digital, tanto en el centro educativo, como en el hogar. El tercer eje consiste en la capacitación y adquisición de competencias digitales, en su caso, del conjunto del profesorado. Y, el cuarto eje pretende dotar al sistema educativo de una plataforma inteligente de asistencia a docentes, alumnos y autoridades educativas, que permita el establecimiento de itinerarios personalizados para los alumnos, y el análisis individual y agregado de su evolución³³⁴⁶.

Los primeros ejes de actuación parecen sencillos de ejecutar, en tanto que, no se genera demasiada controversia alrededor de los mismos. En este sentido, se basa simplemente en dotar de los recursos materiales y de conectividad a los alumnos que tanta falta han hecho durante la crisis sanitaria. Sin embargo, al determinarse esta como una aportación conjunta entre la Red.es y las Comunidades Autónomas, un año después de que se declarara el primer confinamiento general de la población, no se ha puesto a disposición de los alumnos este material³³⁴⁷. Y, por supuesto, el tratamiento también difiere de los territorios. Así, mientras en el País Vasco todos los alumnos desde quinto de primaria tendrán un ordenador de subvención pública³³⁴⁸, en Andalucía sólo se prevé dar a los más necesitados y en forma de préstamo³³⁴⁹.

En lo que se refiere al segundo y tercer eje debe ser puesto en relación con el Plan de Digitalización y Competencias Digital del Sistema educativo que se centra en la adquisición de recursos y la capacitación de los alumnos y profesores, y la creación de

³³⁴⁵ Vide Resolución de 7 de julio de 2020, de la Subsecretaría, por la que se publica el Convenio entre el Ministerio de Educación y Formación Profesional, el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital y la Entidad Pública Empresarial Red.es, M.P., para la ejecución del programa "Educa en Digital".

³³⁴⁶ *Ibidem* pp. 13 y ss.

³³⁴⁷ Vide Cristina DE LA HOZ, "Los 500.000 ordenadores que prometió Celaá en junio todavía no han llegado", *El independiente*, 2 de febrero de 2021, <https://www.elindependiente.com/espana/2021/02/02/los-500-000-ordenadores-que-prometio-celaa-en-junio-todavia-no-han-llegado/>

³³⁴⁸ Vide <https://www.20minutos.es/noticia/4520495/0/el-gobierno-vasco-destinara-35-millones-a-dotar-de-ordenadores-portatiles-a-todos-los-alumnos-de-entre-12-y-17-anos/>

³³⁴⁹ Vide <https://www.europapress.es/esandalucia/sevilla/noticia-junta-destina-45-millones-compra-ordenadores-portatiles-centros-educativos-20200728160230.html>

materiales adecuados³³⁵⁰. En este sentido, aún no se ha determinado el presupuesto que se va a invertir en esta materia, ni por supuesto el tipo de capacitación y formación que van a recibir los profesores, y si alguien se va a encargar de verificar las competencias adquiridas.

Y, finalmente, el cuarto eje que es sin duda el más interesante de todos, por los buenos resultados que está dando en otros países de Europa y Estados Unidos, no se prevé que se implante en el sistema educativo hasta finales de 2023. La introducción de la inteligencia artificial y el análisis de datos puede ser un buen punto de partida para favorecer el sistema o modo de aprendizaje de los alumnos. Pero, dejar que esta conversión del sistema no se produzca hasta finales del 2023, que nunca será esa fecha porque la Administración normalmente se retrasa en la ejecución proyectos, no anima a pensar que se están haciendo las cosas lo suficientemente bien. Sin contar que no se ha fijado aún la inversión del presupuesto que se va a hacer en esta materia.

En segundo lugar, la última actuación del Gobierno en la renovación del sistema educativo ha sido la aprobación de la modificación de la Ley 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, más conocida como la ley Celaá³³⁵¹. La norma reconoce la necesidad de adaptar la formación de los alumnos a las necesidades del mercado digital, pero las reformas en materia digital se limitan a incluir la asignatura de tecnologías y digitalización de primero a tercer curso³³⁵², a preparar en materia de digitalización a los alumnos de formación profesional en su sector productivo³³⁵³; y de igual manera en la formación de adultos³³⁵⁴.

Además, se reforma el artículo 83.1 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales que añade la parte que esta en negrita:

«1. El sistema educativo garantizará la plena inserción del alumnado en la sociedad digital y el aprendizaje de un consumo responsable y un uso crítico y

³³⁵⁰ Vide GOBIERNO DE ESPAÑA, *Plan Nacional de Competencias Digitales*, 27 de enero de 2021, p. 28

³³⁵¹ Vide Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.

³³⁵² Vide Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, artículo 24.

³³⁵³ *Ibidem* Artículo 40.1 k)

³³⁵⁴ *Ibidem* artículo 70 bis

seguro de los medios digitales y respetuoso con la dignidad humana, la justicia social y la sostenibilidad medioambiental, los valores constitucionales, los derechos fundamentales y, particularmente con el respeto y la garantía de la intimidad personal y familiar y la protección de datos personales. Las actuaciones realizadas en este ámbito tendrán carácter inclusivo, en particular en lo que respecta al alumnado con necesidades educativas especiales»

La crítica a la reforma introducida es más que merecida en lo que se refiere a competencias digitales y adaptación a las necesidades de la sociedad del S. XXI. En este sentido, no se puede afirmar que *«La Ley insiste en la necesidad de tener en cuenta el cambio digital que se está produciendo en nuestras sociedades y que forzosamente afecta a la actividad educativa. El desarrollo de la competencia digital no supone solamente el dominio de los diferentes dispositivos y aplicaciones. El mundo digital es un nuevo hábitat en el que la infancia y la juventud viven cada vez más: en él aprenden, se relacionan, consumen, disfrutan de su tiempo libre»*³³⁵⁵; para luego adoptar medidas con poca repercusión como las expuestas. La construcción de la educación en digital, que no “digital” en sí misma, no puede implantarse si no se adoptan otras reformas más contundentes previamente en el sistema.

Lo que se traslada con todo lo expuesto es que el Gobierno quiere actuar para adecuar el sistema educativo a las necesidades de la Era Digital, pero sin invertir dinero suficiente, ni tampoco desarrollando una estrategia y procesos de implementación claros. En mi opinión, el Gobierno sabe qué cosas tienen que empezar a cambiar dentro del sistema, pero desconoce cómo iniciar esa conversión.

La evidencia más clara es el caso del cuarto eje, y el análisis predictivo de los alumnos mediante el uso de inteligencia artificial o algoritmos avanzados. En el Plan no se prevé como va a implementar este mecanismo dentro del sistema educativo, dado que, es conocedor que previamente tiene que digitalizar la actuación administrativa. Sin los datos en su formato más puro, es decir, los megadatos no se puede aspirar a convertir el sistema en digital. Y, para ello, habría que modificar previamente la Administración que todavía no ha completado la transformación electrónica. De este modo, las expectativas

³³⁵⁵ Vide Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, preámbulo.

de actualización del sistema educativo asombran, pero desde una perspectiva muy negativa, porque los planes de digitalización son insuficientes en términos económicos y programáticos.

3.3. La educación (en perspectiva) “digital”.

3.3.1. Consideraciones previas.

La referencia para abordar la transformación del sistema educativo español debe ser la transformación digital que está sufriendo el mercado de trabajo y las relaciones laborales derivadas de éste. La idea es adecuar la capacitación y formación de los estudiantes a lo que este reclama, para evitar que el proceso de digitalización siga aumentando la brecha social y la tasa de desempleo. De este modo, el primer paso es comprender qué está sucediendo en el mercado, teniendo en cuenta el nuevo pacto social instaurado. Esta es la primera barrera a la que tendremos que enfrentarnos para propiciar el cambio de modelo.

Por esta razón, si los poderes públicos no son capaces de comprender la naturaleza de estos cambios, no pueden adecuar el ordenamiento jurídico a las relaciones y las necesidades derivadas de estas. En mi opinión, hay un evidente problema generacional y de cambio de mentalidad para afrontar o comprender la transformación que estamos experimentando. La clase política es la mejor representación de la brecha existente entre las distintas generaciones que, sin duda, es una de las razones que está frenando la expansión de este movimiento. Las profesiones que son ya tendencia en nuestra sociedad, ni siquiera les suenan a nuestros padres.

De este modo, si reflexionamos sobre la estructura del sistema educativo esta sigue pensando en educar y formar a la generación de nuestros abuelos, como mucho, se ha reformado para adecuarla a las necesidades de nuestros padres. El sistema educativo no está pensado para satisfacer las necesidades de un mundo plenamente tecnificado, dependiente de las nuevas tecnologías y globalizado. El mercado laboral, presente y futuro, no tiene nada que ver con la sociedad postindustrial que lo motivó.

Por tanto, el valor principal que tiene que mover los cambios del modelo educativo tiene que ser el acceso al conocimiento bajo el prisma de la igualdad de oportunidades³³⁵⁶ porque, en sentido contrario, jamás podrá solventarse el problema de la movilidad de clases. De esta forma, en España a pesar de haberse convertido en una sociedad más abierta y democrática, que permite una mayor formación de sus estudiantes, el nivel socioeconómico de los padres sigue influyendo en las posibilidades de sus hijos. Más aún si tenemos en cuenta que, la formación y la cualificación de los estudiantes no les garantiza acceder a mejores condiciones socioeconómicas. Por esta razón, el sistema educativo no está contribuyendo a aumentar igualitariamente las oportunidades, sino que, está estratificando las clases sociales.

En consecuencia, el debate en la educación no es si la asignatura de religión debe ser obligatoria o no, o si es necesaria una asignatura de educación para la ciudadanía³³⁵⁷. El debate político debe centrarse en afrontar los cambios sociales de raíz, y desde el único punto de partida que permitirá el progreso social: un sistema educativo que garantice tener acceso a las mismas oportunidades.

3.3.2. La educación digital.

El caos que ha dejado la crisis del Covid-19 en la sociedad está provocando que se confundan términos. Cuando a lo largo de esta tesis se habla de educación digital, no implica que la prestación del servicio sea en su totalidad en términos virtuales o distancia, como parece defenderse desde algunos sectores. El principal error del sistema es concretamente ese: creer que la educación digital es un sinónimo de la educación a distancia. La educación en perspectiva digital consiste en adaptar el sistema educativo a las posibilidades que ofrece la Revolución Digital. Sin embargo, utilizar estas herramientas no implica eliminar o reducir la enseñanza presencial, sino adaptarla a los

³³⁵⁶ Vide Cristina GARMENDIA, “La educación, principal reto de la sociedad digital”, *Gaceta Sindical*, 27, (2016), p. 193.

³³⁵⁷ Vide Xavier MARTÍNEZ CELORRIO, “Innovación y reestructuración educativa en España: las escuelas del nuevo siglo”, en Agustín BLANCO y Antonio CHUECA, *Informe España 2016*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2016, p. 80: «Sin embargo, las administraciones y los políticos de todo signo esquivan esta incómoda cuestión y evitan abrir un debate público, informado y con evidencias sobre el modelo de enseñanza y aprendizaje que quiere la sociedad española para el siglo XXI. Es un debate obstaculizado por el cortoplacismo de nuestra élite política, el exceso de la retórica mágica que critica Víctor Lapuente y la ausencia de políticas exploradoras».

recursos³³⁵⁸. Así, al igual que ocurre en otros sectores, hay que verificar donde es más efectiva la implantación de estas tecnologías y cuáles son los beneficios reales que van a proporcionar a la sociedad. No se trata de incrementar el gasto en recursos tecnológicos, sino en hacer un esfuerzo responsable en aquellas áreas que mayor beneficio reporten.

En este sentido, la educación digital no es digitalizar los mismos recursos que se utilizaban en el aula, sino crear desde cero los materiales con las posibilidades que estas tecnologías implican. En consecuencia, al igual que ocurría dentro de la Administración electrónica y su evolución hacia la digitalización, no se trata de modificar las fichas o los materiales creados para el formato físico, y que sean utilizadas desde un ordenador. O, de igual manera, proyectar un PowerPoint a través de la plataforma como se haría en la normalidad. La educación digital consiste en aprovechar todo lo que esta nos ofrece para facilitar el procedimiento de aprendizaje.

En la actualidad, existen numerosas herramientas de aprendizaje como las plataformas MOOC que permiten extender la oferta educativa, y también la calidad de la formación de los alumnos. O, también las plataformas de Moodle que consiste en un software gratuito que simula una clase virtual y permite funciones como: la adaptación de los ritmos de aprendizaje; la organización de contenidos y actividades; la creación de recursos propios; el registro de calificaciones de los alumnos; la interacción con el alumnado; distintas formas de evaluación; o la atención a la diversidad³³⁵⁹.

En consecuencia, el nuevo sistema educativo consiste en compartir, ideas, recursos y materiales para implantar un modelo de educación más flexible y abierto, que se adapte a la realidad cambiante y la evolución constante de la sociedad. El problema es que, si cuando se analizó la situación en la que se encontraba la instauración de la Administración electrónica difería considerablemente de unos territorios a otros, la situación se traduce en igual sentido en materia de implantación de estas plataformas dentro del plano educativo.

Así, cada Comunidad Autónoma en el régimen de sus competencias ha ido creando estructuras digitales concretas para la prestación del servicio de educación. De

³³⁵⁸ Vide Carlos CONTRERAS GÓMEZ, “Gasto social en la era digital (I): Educación virtual”, en *El papel del Gobierno en la Era Digital: un enfoque de economía política*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2017, p. 291.

³³⁵⁹ Vide Félix SERRANO DELGADO, “Educación y formación en el S. XXI”, en Ana CARO MUÑOZ, *E-juristas: más allá de la tecnología legal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 90.

este modo, en lugar de crear una plataforma web que permita compartir todos los proyectos docentes e ideas innovadoras por cursos, áreas, o asignaturas, y por supuesto los recursos utilizados y los resultados obtenidos, lo que ayudaría a implantar el mismo modelo de educación, se vuelve a restringir y a delimitar como ocurre en materia sanitaria.

En este sentido, estas son las plataformas que utiliza cada Comunidad Autónoma:

COMUNIDAD AUTÓNOMA	PROGRAMA
ANDALUCÍA	eAprendizaje ³³⁶⁰ y BlogAverroes ³³⁶¹
ARAGÓN	Aeducar ³³⁶²
CANARIAS	En_familia ³³⁶³
CANTABRIA	Yedra ³³⁶⁴
CASTILLA LA MANCHA	EducamosCLM ³³⁶⁵
CASTILLA Y LEÓN	Educacyl ³³⁶⁶
CATALUÑA	XTEC ³³⁶⁷
COMUNITAT VALENCIANA	MULAN ³³⁶⁸

³³⁶⁰ Vide <https://www.juntadeandalucia.es/educacion/eaprendizaje>

³³⁶¹ Vide <https://blogsaverroes.juntadeandalucia.es/>

³³⁶² Vide <http://innovacioneducativa.aragon.es/educacion-presenta-una-plataforma-online-para-que-pueda-ser-usada-por-todos-los-centros-de-la-comunidad/>

³³⁶³ Vide https://www.gobiernodecanarias.org/educacion/web/servicios/en_familias/#:~:text=%C2%BFQu%C3%A9%20es%20en_familia%3F,las%20familias%20del%20alumnado%20canario.

³³⁶⁴

Vide <https://yedra.educantabria.es/MODACC/#:~:text=Plataforma%20Educativa%20YEDRA%20%2D%20Identificaci%C3%B3n>

³³⁶⁵ Vide <https://educamosclm.castillalamancha.es/>

³³⁶⁶ Vide <https://www.educa.jcyl.es/es>

³³⁶⁷ Vide <http://xtec.gencat.cat/ca/recursos/>

³³⁶⁸ Vide <https://portal.edu.gva.es/mulan/es/13/>

CAPÍTULO CUARTO

EL ESTADO DE BIENESTAR 4.0: BASES Y REFORMA PARA SU SOSTENIBILIDAD

EXTREMADURA	eScholarium ³³⁶⁹
GALICIA	espazoAbalar ³³⁷⁰
ILLES BALEARS	Formació i innovaió educativa ³³⁷¹
LA RIOJA	RACIMA ³³⁷²
MADRID	EducaMadrid ³³⁷³
NAVARRA	ikasNOVA ³³⁷⁴
PAÍS VASCO	Amarauna ³³⁷⁵
PRINCIPADO DE ASTURIAS	Educastur ³³⁷⁶
REGIÓN DE MURCIA	Educarm ³³⁷⁷

La Administración tiene que ser conocedora de que este tipo de metodología ahorra costes al sistema, de manera que, implantar un modelo interconectable que permita intercambiar los datos e información entre las distintas Comunidades no sólo beneficia el aprendizaje, sino también, la reducción del gasto público. Además, no se entiende cómo resultando de aplicación lo dispuesto en la Ley 39/2015, sobre la obligación de reutilizar los sistemas y aplicaciones entre las Administraciones Pública³³⁷⁸ no se obligue a su utilización dentro del sistema educativo. De este modo, tengo que volver a retomar la

³³⁶⁹ Vide <https://escholarium.educarex.es/LMS/index.php?bd=escholarium>

³³⁷⁰ Vide <https://www.edu.xunta.gal/espazoAbalar/es/espazo/proxecto-abalar/contidos-educativos>

³³⁷¹ Vide <http://formacioinnovacio.cat/>

³³⁷² Vide <https://www.larioja.org/educarioja-centros/es/programas-gestion/racima>

³³⁷³ Vide <https://www.educa2.madrid.org/educamadrid/>

³³⁷⁴ Vide <https://ikasnova.digital/>

³³⁷⁵ Vide <https://www.gnoss.com/recurso/amarauna/c5913f54-3adc-4e61-af59-7f9a3a55af96#:~:text=Amarauna%3A%20la%20plataforma%20inteligente%20de,contenidos%20expresados%20en%20lengua%20vasca.>

³³⁷⁶ Vide <https://www.educastur.es/>

³³⁷⁷ Vide <https://www.educarm.es/home>

³³⁷⁸ Vide Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, artículo 157.

misma idea que se perseguía cuando se analizaba la conversión hacia la Administración Digital, y recalcar los mismos fallos que existían al respecto. No entiendo cómo es posible que con la cantidad de datos que se recogen por parte de los centros educativos públicos no exista una base de datos que permita extraer conclusiones de los mismos. Y, de igual manera, aprovechar las posibilidades que ofrece los servicios de la sociedad de la información para compartir y expandir propuestas docentes.

No obstante, tal y como se viene advirtiendo, la perspectiva que mayor expectación por los efectos que va a generar es la implantación de la inteligencia artificial en el sistema educativo. Pero ¿cómo va a ser eso posible si aún no existe un Big Data propio? En consecuencia, si no se promueve que el sistema educativo vaya hacia la digitalización, como ocurre con el sistema de funcionamiento de la Administración es imposible adaptarla a las necesidades de la sociedad digital³³⁷⁹. Por tanto, si se pretende implantar una educación “digital” hay que hacer una importante inversión pública: tanto de la estructura de funcionamiento para el análisis y procesamiento del Big Data procedente de los datos de los estudiantes; y de formar a los profesionales para sacar el máximo provecho a todas las posibilidades que ofrece la Revolución Digital en materia educativa.

3.3.3. La organización del centro educativo y el uso de la inteligencia artificial como elementos de gestión y administración de la educación.

El primer punto de esta materia tenemos que focalizarlo alrededor de la organización del centro educativo. Las tendencias actuales y la globalización reclaman cada vez más un incremento de la autonomía del aprendizaje en los alumnos. En este sentido, la metodología flipped classroom, o aprendizaje invertido en las aulas está teniendo grandes resultados formativos, pero también de adquisición de las capacidades y habilidades que se demandan en la Era Digital. Así, se ha demostrado que el aumento de la autonomía del alumnado fomenta su creatividad y el desarrollo de habilidades relacionales³³⁸⁰. No obstante, este proceso tiene que relacionarse con implantar cambios

³³⁷⁹ Vide Luis PARDO CÉSPEDES, *Viaje al centro del humanismo digital*, Versus, Vizcaya, 2019, p. 117.

³³⁸⁰ Vide Xavier MARTÍNEZ CELORRIO, “Educación y competencias para vivir en la economía digital”, *Gaceta Sindical*, 27, (2016), p. 199: «Este objetivo implica universalizar el sentido crítico, el trabajo en equipo, el pro-común, la creatividad, la argumentación, la alternación con los otros y la empatía emocional, desarrollando competencias adecuadas para entornos complejos y siempre con utilidad social».

organizativos en las aulas y en los espacios educativos. La clase típica de alumnos observando la pizarra, con todas las mesas en fila, y completamente callados, a las órdenes del profesor, debe eliminarse para siempre. Ese tipo de formación del alumnado representa todo aquello que el nuevo sistema debe hacer desaparecer.

El aula debe convertirse en un espacio completamente interactivo. En este sentido, se torna imprescindible para el desarrollo de la actividad tanto la conexión a Internet como a un dispositivo digital, pero también serán grandes aliados en esta materia otras tecnologías, como las herramientas de realidad virtual, las impresoras 3D, o el IoT, pero también de videojuegos o entornos virtuales que ayuden a ese proceso de aprendizaje³³⁸¹. De este modo, si los profesionales del futuro van a tener estos útiles como básico para el desempeño de su relación laboral, pero también social, lo normal es que se incorporen a las aulas como un elemento más.

Con posterioridad, será la robótica y también la inteligencia artificial la que se integre como aliado de los docentes en el aprendizaje de los alumnos. La idea es que en el futuro en cada aula haya un robot que ayude a los docentes en su labor, facilitando la interacción entre los menores y las nuevas tecnologías³³⁸². Los alumnos tienen que aprender jugando y relacionándose con el medio que les rodea. Así, por ejemplo, ¿qué sentido tiene explicar sobre el papel las posibilidades de la física cuándo se pueden realizar experimentos que lo demuestran, o visualizar vídeos o imágenes que lo prueban? Lo mismo ocurre con otras ramas como la historia o el arte.

El segundo punto es la implementación de la inteligencia artificial, pero esta vez como herramienta de cooperación con el centro para dar soporte y establecer currículums personales para los alumnos en el desarrollo de sus habilidades³³⁸³. Este tipo de herramientas no sólo va a servir para detectar de forma más temprana problemas en el aprendizaje de los alumnos, sino para prevenir y establecer mecanismos que faciliten su

³³⁸¹ Vide M^a Paz PRENDES ESPINOSA, “Tecnologías avanzadas para afrontar el reto de la innovación educativa”, *Revista Iberoamericana de Educación a Distancia*, 24, (2021), p. 36

³³⁸² Vide Yolvi OCAÑA FERNÁNDEZ, Luis Álex VALENZUELA-FERNÁNDEZ Luzmilla Lourdes GARRO-ABURTO, “Inteligencia artificial y sus implicaciones en la educación superior”, *Propósito y representación*, 27, (2019), p. 546: «América del Norte apuesta para los próximos quince años el uso de la tutoría inteligente y otras tecnologías basadas en IA para auxiliar la labor de los maestros en el aula y es muy probable que dichas experiencias se expandan significativamente, al igual que el aprendizaje basado en aplicaciones de realidad virtual».

³³⁸³ Vide Omar D. CASTRILLÓN y William SARACHE, “Predicción del rendimiento académico por medio de técnicas de inteligencia artificial”, *Formación Universitaria*, 13, (2020), pp. 4 y ss.

formación. En este sentido, la inteligencia artificial debe ser utilizada para fomentar las cualidades y habilidades de cada niño. Por tanto, la prestación del servicio público de educación variará considerablemente, puesto que, nunca más se prestará el mismo servicio para todos. La educación, mucho más que hasta ahora, se va a personificar en cada individuo y en sus necesidades³³⁸⁴.

Hasta el momento, las principales posibilidades de la inteligencia artificial en el sistema educativo se concentran en los siguientes aspectos. En primer lugar, en evaluar y abordar las habilidades y debilidades de los estudiantes. En este sentido, destacan plataformas como ThinksterMath que utiliza el aprendizaje automático para seguir los pasos que los estudiantes toman para resolver los problemas, sobre estos se genera un informe y da un reporte al tutor en función de las fortalezas y debilidades del estudiante³³⁸⁵. En segundo lugar, empoderar al estudiante en el proceso de aprendizaje, así existen aplicaciones como Brainly³³⁸⁶ que funciona como una red social donde se comparten preguntas y respuestas (verificadas por la plataforma). En tercer lugar, crear materiales de aprendizaje personalizados, como por ejemplo Content Technologies que usa el aprendizaje profundo para crear aprendizajes personalizados³³⁸⁷. Y, finalmente, disminuir el tiempo de dedicación a la calificación con aplicaciones como Gradescope que mediante inteligencia artificial evalúa las prácticas y exámenes de los estudiantes. Además, proporciona un análisis detallado de qué entendió el alumno y que no, para establecer una tutoría individualizada y volver a retomar esos conceptos³³⁸⁸.

Tal y como ya se ha señalado, para cumplir con este cometido previamente será necesaria la construcción de una base de datos que recoja la información de cada uno de los estudiantes, es decir, un Big Data específico del sistema educativo. Esta realidad queda perfectamente enmarcada dentro de la construcción de la Administración Digital que se proponía. No obstante, sí que es cierto que existirá un plan de actuación general

³³⁸⁴ Vide Xavier MARTÍNEZ CELORRIO, “Educación y competencias para vivir en la economía digital”, *Gaceta Sindical*, 27, (2016), p. 201: «*El futuro robotizado y la economía digital apelan la necesidad de una educación que sea emancipatoria y crítica, asegurando el derecho a aprender con equidad para que todos desarrollen su pleno potencial y todas sus inquietudes. Supone un cambio cultural disruptivo y radical que algunas escuelas ya están empezando a concretar, a contracorriente del actual sistema escolar*»

³³⁸⁵ Vide <https://hellothinkster.com/>

³³⁸⁶ Vide <https://brainly.com/>

³³⁸⁷ Vide <http://contenttechnologiesinc.com/>

³³⁸⁸ Vide <https://www.gradescop.com/>

como el implantado hasta ahora, sobre los conocimientos que deben aprenderse según el curso, pero el concreto proceso de aprendizaje dependerá de las destrezas y posibilidades de cada niño.

Como se puede observar, la inteligencia artificial no viene a suplir, por ahora, las tareas del docente, sino a facilitar su labor y permitir que se concentre en sus funciones. Por ello, lo que hay que apostar es por docentes muy formados (tanto en el ámbito general de su materia de conocimiento, como competencias digitales) para sacar partido a todas estas herramientas. Tal y como ha sido expuesto, la inteligencia artificial da un reporte o un informe sobre aquello que dificulta el aprendizaje el alumno, o si algo no se ha comprendido bien. De manera que, es mucho más sencillo atajar los problemas, de forma individualizada, ayudando a corregir esas dificultades. En consecuencia, no sólo tenemos dónde se equivoca, sino la forma de solucionarlo a través de ejercicios específicos³³⁸⁹.

No obstante, no se puede perder de vista los problemas derivados de estas tecnologías, más aún cuando lo que se trata es de trabajar con menores, cuyos datos merecen una protección superior. En este punto, reitero mis consideraciones sobre la necesidad de incrementar el principio de transparencia algorítmica, la puridad de los datos, aunque estén anonimizados o pseudoanonimizados, la necesidad de supervisión, y el establecimiento de medidas de ciberseguridad suficientes. Reflexionemos, por ejemplo, que las consecuencias que pueden tener los algoritmos que cuenten con un vicio en su origen que estigmatiza a los alumnos entre hombres o mujeres, o por su raza. De manera que, a todas las mujeres les hace las mismas consideraciones, o a todas las personas extranjeras. Más aún, si esos datos trasgreden del uso por el interés general, y se utilizan con otros fines, especialmente, con análisis predictivo para determinar el tipo de formación, y por ende el puesto de trabajo que debería desempeñar cada persona, en función de criterios discriminatorios. Este no es sin duda el uso que se le debe dar a la inteligencia artificial.

La inteligencia artificial puede proponer fórmulas de aprendizaje, o cómo mejorar el rendimiento del alumno, no puede clasificar a las personas en grupos estigmatizados, sino que, debe proponer soluciones individuales para cada uno. Sin duda, la utilización de la inteligencia artificial en esta materia no va a ser pacífica, puesto que, se pueden

³³⁸⁹ *Vide* Lorenzo GARCÍA ARETIO, “Necesidad de una educación digital en un mundo digital”, *Revista Iberoamericana de Educación a Distancia*, 22, (2019), p. 20.

generar situaciones antidemocráticas y contra los derechos fundamentales. En este sentido, la inteligencia artificial puede limitar la capacidad decisoria de las personas sobre su futuro, y esto es algo que debemos controlar. La inteligencia artificial no nos va a obligar a estudiar ingeniería o robótica, simplemente va a proponer cuál es la formación más idónea, atendiendo a nuestras capacidades y habilidades, pero no implica que tengamos que hacerle caso. El ser humano debe seguir siendo dueño de sus propias decisiones, y encontrar el camino a su felicidad que, aunque influenciado por las máquinas, no puede estar dirigido en su totalidad.

3.3.4. La restructuración de los planes educativos: formar para las profesiones del futuro.

En segundo lugar, si queremos que los resultados del sistema educativo cambien, no sólo tenemos que introducir las nuevas tecnologías en los planes de estudio, o incorporarlos al centro como si fueran un elemento decorativo. Los planes de estudio tienen que adecuarse a las demandas laborales del mercado de la sociedad digital.

La formación y la educación de nuestro país deben evolucionar de la memorización del conocimiento hacia la adquisición de competencias y habilidades. El sistema actual está centrado en aprehender el conocimiento, sin analizarlo y comprenderlo, para volcarlo en pruebas cognitivas que evalúan de forma estandarizada lo aprendido. Pero, en la actualidad, esto ha dejado de tener sentido, porque el conocimiento nos acompaña allá donde vayamos, teniendo acceso a Internet y a un dispositivo conectable³³⁹⁰. Las tendencias actuales demuestran que la sociedad está en el polo opuesto, dado que, se entiende que está sobreinformada, y no dispone de criterios para verificar si esa información se corresponde con la realidad o no. Es el caso de las Fakes News, por ejemplo.

En sentido contrario, lo que hay que enseñar a los alumnos son principios, valores y criterios para que sepan enfrentarse a un mundo globalizado y en constante cambio. Por esta razón, el sistema educativo tiene que dejar de lado la retención del conocimiento,

³³⁹⁰ Vide Pedro A. PERNÍAS PECO, “Nuevos empleos, nuevas habilidades: ¿estamos preparando el talento para la cuarta revolución industrial?”, *ICE*, 888, (2017), p. 66: «*El sistema educativo actual tiene su base en la primera revolución industrial (...) Siglo y medio después, y tras numerosos cambios que han transformado radicalmente nuestra sociedad, el parecido entre las estructuras educativas actuales y las que se crearon entonces guarda una semejanza alarmante.*»

puesto que ha perdido el sentido en pleno S. XXI, para dar el salto hacia el pensamiento racional y crítico. No obstante, hay que advertir que hay centros educativos que ya han comenzado esa transformación, aunque dependen en su mayoría de la iniciativa de la dirección, y no de una política conjunta que surja del Gobierno³³⁹¹. Es el caso, por ejemplo, del CEIP Clara Campoamor en Almería, caracterizado por implantar un plan educativo innovador de trabajo por proyectos que deja de lado el libro de texto, y se centra en la educación por experiencias, además de que las decisiones organizativas del centro las deciden los propios alumnos a través de asambleas de representantes³³⁹².

Por esta razón, la modificación de los planes educativos tiene que realizarse desde dos perspectivas distintas. En un primer punto hay que adecuar el proceso de aprendizaje de las asignaturas tradicionales a los medios y recursos relacionados con la Revolución Digital. En otras palabras, esto se traduce en adaptar los planes curriculares a las nuevas herramientas, y también a las recomendaciones que realiza el Big Data en esta materia. Y, en un segundo punto, relacionado con la implantación de las competencias digitales y el uso de estas tecnologías (como la inteligencia artificial, la robótica, la programación, o a utilizar el Big Data) en los alumnos. En este sentido, debería ser obligatorio incluir una asignatura en todos los cursos, en este caso impartida por un profesional con competencias específicas en esta materia, adecuadas al nivel y características de cada ciclo. Así, ocurre ya por ejemplo en algunos centros educativos del País Vasco³³⁹³.

En este punto es necesario reflexionar sobre las profesiones del futuro. La realidad a la que nos enfrentamos es poco halagüeña si se tomamos literalmente lo que disponen los informes más relevantes en esta materia. En este sentido, The report “Future of Job”, establece que casi la mitad del trabajo existente en 2025 será para las máquinas, de manera que la automatización de la fuerza laboral será del 47%, frente al 33% que lo es en la actualidad. Y, por el contrario, los trabajos humanos únicamente representarán el 53% del cómputo global, por lo que se predice que serán 85 millones de puestos de trabajo que desaparecerán. En este sentido, se señala como aquellos que mayor riesgo tienen de desaparecer a: los empleados de entrada de datos, seguramente en el futuro cercano eso

³³⁹¹ Vide Xavier MARTÍNEZ CELORRIO, “Innovación y reestructuración educativa en España: las escuelas del nuevo siglo”, en Agustín BLANCO y Antonio CHUECA, *Informe España 2016*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2016, p. 58.

³³⁹² Vide <http://ceipzonalospinos.blogspot.com/>

³³⁹³ Vide <https://www.lavanguardia.com/local/paisvasco/20190404/461454397276/mas-de-300-escolares-de-16-centros-educativos-muestran-sus-proyectos-cientificos-y-artisticos-este-viernes-en-bilbao.html>

lo haga la IA; los secretarios o administrativos, empleados de contabilidad y nóminas, en su mayoría puestos de trabajo suprimidos por la informatización y los programas en la materia; contadores y auditores, empleados de estadística, finanzas y seguros, gerentes de administración y servicios comerciales, o analistas financiero, todas estas ya están siendo suplidas por las Fintech; y trabajadores de servicios informativos y de atención al cliente, en este caso sustituidos por simples bots³³⁹⁴.

Sin embargo, se prevé que en su lugar surgirán 97 millones de nuevos empleados que se acomodarán a la nueva división entre humanos, máquinas y algoritmos. En este sentido, apunta el informe que los nuevos trabajos a partir de 2025 estarán relacionados con el Big Data, Cloud Computing, el comercio electrónico, la inteligencia artificial, desarrollo y control de los robots y el diseño de algoritmos. En concreto se señala que los empleos emergentes a partir de 2025 en España serán: especialista en Internet de las cosas; analistas y científicos de datos; especialistas en Big Data; especialistas en inteligencia artificial y machine learning; especialistas en transformación digital; desarrolladores de software y aplicaciones; Project managers; especialistas en procesos de automatización; ingenieros de finanzas tecnológicas; y trabajadores para montaje y fabricación³³⁹⁵. Por otro lado, las competencias más demandas serán el pensamiento crítico y de innovación; estrategias de aprendizaje activo; análisis y pensamiento crítico; creatividad, originalidad e iniciativa; resolución de problemas complejos; control, monitoreo y uso de la tecnología; flexibilidad, tolerancia y resiliencia; influencia social y liderazgo; programación y diseño tecnológico; e inteligencia artificial³³⁹⁶.

En idénticos términos se expresa el informe de empleos emergentes de LinkedIn, que señala como las quince profesiones emergentes en España para 2025 son especialista en inteligencia artificial; desarrollador de salesforces; especialista en Customer Success; ingeniero de robótica; especialista en ciberseguridad; agile Coach; consultor de Cloud; desarrollador de Python; científico de datos; desarrollador de Big Data; ingeniero de Datos; representante de Help Desk; representante de desarrollo de negocio; representante de desarrollo de ventas; e ingeniero de Cloud³³⁹⁷.

³³⁹⁴ Vide WORLD ECONOMIC FORUM, “*The future of Jobs Report 2020*”, octubre de 2020, p. 16.

³³⁹⁵ *Ibidem* p. 30.

³³⁹⁶ *Ibidem* p. 36.

³³⁹⁷ Vide LINKEDIN, “*Informe de empleos emergentes 2020*”, 2020, p. 6.

En consecuencia, las habilidades transversales que se van a necesitar están relacionadas con datos y tomar decisiones sobre esos datos; para resolver problemas complejos; para persuadir, inteligencia emocional y para enseñar; cognitivas, especialmente de creatividad; y procedimentales y de pensamiento crítico³³⁹⁸. De este modo, estas son las competencias que tiene que enseñar nuestro sistema educativo, encontrar la fórmula para ser desarrolladas en los estudiantes, y descubrir la manera de evaluarlas en su conjunto. Por esta razón, las carreras profesionales tienen que ser flexibles y de formación permanente, y cuáles serán las claves de esa formación: tecnología, y más tecnología³³⁹⁹.

Por tanto, el papel de la Administración es establecer una regulación de la formación y educación de forma que, no se produzca un desajuste entre oferta y demanda, y así favorecer la plena inserción de los trabajadores en el mercado. Para ello, habrá que colaborar con las empresas privadas, orientado a los jóvenes, tanto desde los centros educativos, como desde el sector privado. El desarrollo de prácticas durante la formación se convierte en el eje que provocará el cambio del sistema. Mientras que, en algunos grados estas prácticas son coherentes a su formación, como medicina, enfermería³⁴⁰⁰, y en menor medida educación, en el resto de los grados no es adecuado a las necesidades de los estudiantes³⁴⁰¹.

En este sentido, deberían aumentarse los periodos prácticos y mejorar el sistema de control y evaluación de los mismos. La Administración tiene que animar a las empresas a que colaboren de alguna manera con el interés general, no sin establecer incentivos por supuesto. La Administración puede establecer bonificaciones o reducciones fiscales a todos los que sumen a este proyecto de formación. La educación es un problema conjunto de la sociedad, y, por tanto, no debemos escatimar en recursos y medios para alcanzar el fin propuesto.

³³⁹⁸ Vide Pedro A. PERNÍAS PECO, “Nuevos empleos, nuevas habilidades: ¿estamos preparando el talento para la cuarta revolución industrial?”, *ICE*, 888, (2017), p. 62.

³³⁹⁹ Vide Consuelo LEÓN LLORENTE, “Robotización, ¿solo cambiará el empleo?”, *Revista empresa y humanismo*, 1, (2020), p. 23.

³⁴⁰⁰ Vide Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, *Régimen jurídico de las especialidades en enfermería*, Comares, Granada, 2006, pp. 28 y ss.

³⁴⁰¹ Vide Stefania CAPECCHI y Amalia CAPUTO, “il raccordo scuola-lavoro nella formazione secondaria tecnica e professionale, en Ugo ASCOLI y otros, *Investire nel sociale: la difficile innovazione del welfare italiano*, Il Mulino, Bologna, 2015, p. 131.

A la vez, la Administración tendrá que poner en valor la formación profesional que, hasta el momento, carece de la repercusión o aceptación social suficiente. A mi generación se nos ha hecho entender que si no tienes un grado y un máster, no tienes posibilidades de tener estabilidad laboral, es decir, pertenecer a esa clase media prometida. Sin embargo, la realidad demuestra lo contrario. La educación superior ha reducido tanto sus estándares de calidad y el nivel formativo de los estudiantes que cada vez están menos preparados, mucho más en un entorno cambiante y globalizado como el nuestro. No obstante, si que es cierto que los estudios superiores han ayudado a ascender de clase social, pero el salario que reciben no está en consonancia con la formación que han recibido. Al final el problema es que hemos convertido la Universidad en un “café con leche” para todos. Un chiringuito de playa que mueve dinero público y que cuantas más personas recibe más aumenta su presupuesto. Así, todos tienen acceso a esa formación, cuando realmente no todos tienen la capacidad y habilidades para ello.

En este sentido, si buscamos la excelencia de nuestro país, la formación universitaria debe ser excelente, y por tanto también implica trabajar en un cuerpo docente de calidad. Las Universidades tienen que comenzar a plantearse que los mejores investigadores no tienen porqué ser buenos profesores, y viceversa. Y, siendo necesarias las dos aptitudes en un profesor universitario habrá que revisar si se cumplen. La excelencia solo puede venir engendrara de los mejores, y estos son tanto los alumnos como los profesores. El sistema educativo tiene que ser capaz de dar soluciones formativas a todas las personas atendiendo a sus posibilidades. Pero, la única manera de asegurar a las personas que, cuando terminen su formación van a adquirir las capacidades para ser contratados en el mercado laboral es regulando la oferta educativa de la formación universitaria. No obstante, esta limitación de la oferta puede ir acompañada de mejores becas y ayudas para aquellos que reciben la formación universitaria.

3.3.5. La formación de los que educan: los profesores deben ser los mejor formados del sistema.

La conversión del sistema es imposible si no se capacita al factor humano que tiene que llevar a cabo el proceso de cambio. En este sentido, la UNESCO en el estudio “Replantear la educación”, insiste en que:

«Los educadores, en este nuevo mundo cibernético, están obligados. A preparar mejor a las nuevas generaciones de “nativos digitales”, para que puedan hacer frente a las dimensiones éticas y sociales o sólo de las tecnologías digitales existentes, sino de las que están aún por inventar»³⁴⁰².

En mi opinión, la primera actuación en esta materia consiste en adecuar el sistema de formación para que los profesores y maestros del sistema educativo sean los mejor formados. La educación universitaria en esta materia deja mucho que desear, no sólo porque se ha convertido en un desguace de estudiantes sin vocación real, sino porque la formación que reciben es claramente deficitaria. De este modo, los planes educativos, al igual que el resto del sistema, contemplan la memorización de contenidos, pero no el aprendizaje de recursos y práctica para implantar en el aula. Además, tampoco existen pruebas de habilidades docentes que podría ser una especie de “MIR educativo” que evalúe sus competencias y destrezas para situarlos en la formación más adecuada que pueden realizar³⁴⁰³. A la par, el sistema debe complementarse con una formación continua del profesorado y una evaluación, al menos bianual, para verificar el grado de cumplimiento de los planes. Los profesores como el importante eslabón de la cadena que representan deben estar a la vanguardia de los sistemas de aprendizaje y formación, para proyectar lo aprendido en sus alumnos³⁴⁰⁴.

En esta materia, el sistema español tiene mucho que aprender del modelo finlandés que puede servir de referencia, por sus buenos resultados en la formación de los alumnos. El acceso a la formación universitaria para ser maestro sólo lo tienen aquellos con una mayor calificación en las pruebas de acceso. Estas plazas están reservadas para alumnos brillantes y con vocación, y donde se evalúan sus condiciones mientras dura la formación. El Estado finlandés se asegura de este modo que su recurso más importante sea cuidado con el esmero y la dedicación que merece. Si por algo se caracteriza este sistema es por la formación específica de sus profesores en cursos y áreas, así los profesores con mejores

³⁴⁰² Vide ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA EDUCACIÓN, LA CIENCIA Y LA CULTURA, “*Replantear la educación ¿hacia un bien común mundial?*”, 2015, p. 27.

³⁴⁰³ El Ministerio de Educación ha planteado ya que, en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la Ley Celaá, habrá una propuesta normativa que regule la formación, el acceso a la profesión y el desarrollo de la carrera docente.

³⁴⁰⁴ Vide Lorenzo GARCÍA ARETIO, “Necesidad de una educación digital en un mundo digital”, *Revista Iberoamericana de Educación a Distancia*, 22, (2019), p. 20.

habilidades tienen acceso a los cursos de 6-8 años que es donde comienzan con la lecto-escritura. El sistema de formación se acompaña de periodos de prácticas donde se convierten en el profesor en el aula. En este sentido, destaca la figura del mentor o supervisor que funciona como un auténtico evaluador de las capacidades del futuro profesor, lo que implica una formación adicional para poder medir, en función de los estándares estatales, esas habilidades docentes. Sin duda, la parte más gratificante del sistema educativo finlandés es que terminar la formación universitaria (tanto de grado como de máster) asegura prácticamente tener un trabajo estable. No obstante, estos están sometidos a evaluación y formación continua durante el ejercicio de su profesión³⁴⁰⁵.

Sin embargo, no sólo se trata de formar a los mejores, sino de que adquieran las competencias necesarias en materia de TIC para enseñárselas a los alumnos. ¿Pero qué son esas competencias digitales a las que tanto se aluden? En este sentido, la Unión Europea las ha definido como:

«La competencia digital entraña el uso seguro y crítico de las tecnologías de la sociedad de la información (TSI) para el trabajo, el ocio y la comunicación. Se sustenta en las competencias básicas en materia de TIC: el uso de ordenadores para obtener, evaluar, almacenar, producir, presentar e intercambiar, información y comunicarse y participar en redes de colaboración a través de Internet»³⁴⁰⁶.

Las competencias digitales son valores globales que deben ser iguales en todas las sociedades. Por esta razón, se entiende la implicación en esta materia de entidades como la UNESCO, y el establecimiento del marco de competencias de los docentes sobre las TIC³⁴⁰⁷, o en la Unión Europea el marco Europeo de Organizaciones educativas digitalmente competentes³⁴⁰⁸. Sobre esta base, la Unión Europea a través del organismo de investigación JRC (Joint Research Centre), trabaja en la definición de competencias

³⁴⁰⁵ Vide Riitta JYRHÄMÄ, "La función de los estudios en la formación del profesorado", en Ritva JAKKU-SIHVONEN y otros, *Aprender de Finlandia: la apuesta por un profesorado investigador*, Editorial Kaleida Forma SL, 2014, pp. 78 y ss.

³⁴⁰⁶ Vide PARLAMENTO EUROPEO, RECOMENDACIÓN DE 18 DE DICIEMBRE DE 2006.

³⁴⁰⁷ Vide UNESCO, *Marco de competencias de los docentes de TIC*, 2019.

³⁴⁰⁸ Vide COMISIÓN EUROPEA, *Promoción de un aprendizaje eficaz en la Era Digital: un marco europeo para organizaciones educativas digitalmente competentes*, 2015.

digitales y su aplicación en la educación. Así, se publica de forma actualiza el Digital Competence framworkd for Citizen, el último de 2019³⁴⁰⁹. Así mismo, a partir de este, el Instituto Nacional de Tecnologías educativas y de, junto con las Comunidades Autónomas diseñan el Marco Común de Competencia Digital Docente, cuya última actualización fue en 2017³⁴¹⁰.

Así, se fijan como competencias que deben adquirir los profesores las siguientes: la sólida formación científico-cultural y tecnológica; la capacidad para analizar y cuestionar las aplicaciones de las TIC en educación, así como las propuestas de la Administración; capacidad para utilizar e incorporar en las actividades las tecnologías de la información y la comunicación; capacidad para preparar o construir materiales didácticos y utilizarlos en los marcos específicos de las distintas disciplinas; y participar en proyectos de investigación relacionados con la innovación y la mejora de la calidad educativa. En este sentido, la implementación de estas capacidades en la práctica docente vincula las políticas educativas con el desarrollo económico. Así, se incrementa la comprensión tecnológica de los estudiantes, mediante la integración de competencias de TIC en los planes de estudios; se aumenta la capacidad para utilizar estos conocimientos en adicionar valor a la sociedad; y acrecienta la capacidad de los estudiantes para innovar y producir nuevo conocimiento³⁴¹¹.

3.3.6. El papel del Estado y las Comunidades Autónoma en la educación digital.

La actuación del Estado sobre el servicio público de educación en nuestro país se tiene que reconfigurar desde dos perspectivas: por un lado, en la prestación del servicio; y, por otro lado, el planteamiento de los planes y programas docentes que son aplicables tanto para los centros públicos como los privados.

³⁴⁰⁹ Vide <https://ec.europa.eu/jrc/en/publication/eur-scientific-and-technical-research-reports/digcomp-21-digital-competence-framework-citizens-eight-proficiency-levels-and-examples-use>

³⁴¹⁰ Vide GOBIERNO DE ESPAÑA, “Marco común de competencias digitales docentes”, octubre de 2017.

³⁴¹¹ Vide M^a Jesús GALLEGO ARRAFUT, Vanesa M^a GÁMIZ SÁNCHEZ, y Elba GUTIÉRREZ SANTIUSTE, “Competencias en la formación del futuro docente. Propuestas didácticas”, en José MANUEL PÉREZ TORNEO y otros, *Alfabetización mediática y culturas digitales*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2010, p. 4

En lo que se refiere a la prestación del servicio, es evidente que hay que incrementar el gasto público en la adquisición de plataformas y herramientas de aprendizaje adecuadas a las necesidades de la sociedad digital. Por ahora, el Estado no parece ser consciente del ahorro que implicaría proyectar toda la educación del país bajo la misma plataforma, aunque gestionada y controlada por las Comunidades Autónomas. Esto permite que varios centros accedan a los mismos módulos de formación, lo que reduce los costes totales por estudiante³⁴¹². No se puede perder de vista que tiene que ser la Administración General del Estado quién coordine el desarrollo de esa actividad, tanto de provisión de los recursos y medios como del seguimiento del proceso de cambio por parte de los docentes.

Sin embargo, no se trata de invertir más, sino de invertir mejor y de forma más eficiente. Así, tal como se ha advertido ya, no se trata de instaurar las nuevas tecnologías en los centros educativos sin recapacitar o reflexionar en qué sectores se convierte en una oportunidad y va a tener grandes beneficios, y donde se va a convertir en un mero elemento decorativo³⁴¹³.

En consecuencia, los cambios que necesita el sistema educativo son enormes y de una complejidad técnica y de disposición de recursos, que el Estado va a necesitar no menos de veinte años para poder afrontarlos. Cuanto antes comience a modificarse el sistema educativo, menores efectos tendrán sobre la población la instauración de la sociedad digital. Además, hay que tener en cuenta que, sin la implantación de todas estas modificaciones, los problemas de empleabilidad de la población activa generarán a la larga un mayor gasto del Estado de Bienestar para cubrir sus necesidades vitales. De manera que, dónde quiere invertir el dinero el Estado dependerá de las decisiones políticas.

4. El Sistema Nacional de salud: hacia la digitalización de la protección de la salud.

³⁴¹² Vide Carlos CONTRERAS GÓMEZ, “Gasto social en la era digital (I): Educación virtual”, en *El papel del Gobierno en la Era Digital: un enfoque de economía política*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2017, p. 291.

³⁴¹³ Vide Manuel MORENO y Pablo MORENO, *Socialdemocracia o liberalismo: la política económica en España*, Catarata, Madrid, 2016, pp. 158 y ss.

4.1. El derecho a la salud: la importancia de su protección y la necesidad de dotación suficiente para el mantenimiento del sistema.

El papel de los Estados en la proporción de salud ha aumentado en las últimas décadas, y se prevé que siga acrecentando a medida que avance la revolución tecnológica. La causa de ese incrementado del gasto en políticas de protección sanitaria no está determinada, puesto que, se vincula a diversos factores, tales como, el aumento de la renta, la expectativa de una mejor calidad de vida gracias a las innovaciones tecnológicas, o el proceso de envejecimiento de la población y la cronicidad de las enfermedades³⁴¹⁴. En consecuencia, la protección de la salud dentro del Estado de Bienestar 4.0 debe diseñarse a partir del reconocimiento de este derecho como fundamental del ser humano en el nuevo pacto social. Sin embargo, no se niega con esta afirmación su naturaleza como derecho social, sino que, se insta a que los poderes públicos a que lo doten de suficiente protección y garantías. De este modo, en consonancia con la importancia que este derecho ocupa en el ámbito internacional, su reconocimiento en nuestro ordenamiento jurídico debe corresponderse en iguales términos.

La Constitución española no regula de forma suficiente el régimen jurídico de la protección de la salud. El problema no es sólo porque se integre como un principio rector de la economía que, como se ha señalado, representa solo una cuestión de falta de interpretación de los poderes públicos de lo que este representa; sino que, no regula de forma suficiente el régimen jurídico y el contenido mínimo que implica este derecho. En este sentido, la falta de determinación constitucional es lo que ha permitido su carácter reversible en tiempos de recesión económica. Si bien, a pesar del desarrollo legislativo que ha experimentado este derecho, incorporando multitud de prestaciones asistenciales, derechos propios de los pacientes, y su adaptación constante al progreso tecnológico, éste se ha devaluado tras cada crisis económica³⁴¹⁵.

³⁴¹⁴ Vide Carlos CONTRERAS GÓMEZ, *El papel del gobierno en la Era Digital*, Ramón Areces, Madrid, 2017, p. 309.

³⁴¹⁵ Vide Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “La e-salud: retos que plantea la evolución tecnológica y su incidencia en el sistema sanitario”, *Derecho y Salud*, 25, Extraordinario XXIV Congreso, (2015), p. 18: «La situación actual (en referencia al momento posterior a la crisis del año 2008) se caracteriza por una amplitud de prestacional que ha crecido más que nuestro producto interior bruto, falta de identidad en el modelo de gestión, crisis identitaria al promover una competencia dentro de las organizaciones, y de éstas con las privadas sobre bases estructurales muy endeblés, y la crisis financiera y económica que han sumido a nuestro país y al sistema sanitario en una encrucijada difícil de resolver»

Por esta razón, el primer paso para garantizar un efectivo derecho de protección de la salud es necesario blindar su contenido esencial, convirtiéndolo en indisponible para los poderes públicos encargados de su organización y gestión³⁴¹⁶. Y, de igual manera, concretar la necesidad de que se dote de los recursos necesarios para su desarrollo. La asistencia sanitaria en nuestro país no puede seguir dependiendo de la situación económica, sino que, a pesar de las condiciones financieras, este sector debe contar con los recursos suficientes para garantizar que el sistema funcione adecuadamente. En este sentido, la regulación legal del derecho debe prever un sistema de financiación más apropiado para la envergadura de los retos a los que se enfrenta, especialmente, en relación con la alta tasa de envejecimiento y de multimorbilidad de la población³⁴¹⁷.

El gran debate de la protección de la salud se sitúa alrededor de su financiación, el coste actual de sus estructuras y servicios, y la necesidad de incrementar su presupuesto en los próximos años. Por ello, hay que blindar el derecho, pero también garantizarle una financiación adecuada para garantizar su protección. De este modo, su financiación tiene que estar compuesta de impuestos indirectos (como son parte del IRPF, el IVA o los impuestos autonómicos) e impuestos directos para garantizar la sostenibilidad económica del sistema. Por ejemplo, los impuestos derivados del consumo de tabaco, bebidas alcohólicas y la más reciente incorporación a nuestro sistema de gravamen “el impuesto al azúcar”, aunque expandiendo su ámbito de aplicación a todos los productos que excedan de las cantidades recomendados por las organizaciones internacionales. No es comprensible que en nuestro país sea más económico comprar productos ultra procesados que naturales.

Con posterioridad, habría que rediseñar el sistema de competencias simplificando su tratamiento y reduciendo el ámbito legislativo. La administración y gestión de la salud pública debe ser evaluada por una agencia externa que delimite cuáles son los órganos que deben suprimirse, cuáles modificarse y los que son necesarios crear. Además, deberá detectar las duplicidades administrativas, y señalar los modos de simplificar la gestión y

³⁴¹⁶ Vide Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, “Derecho público tras la crisis económica en el Estado social y democrático: Estado de Bienestar y servicios de interés general”, en XIX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, *Crisis y Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, pp. 93 y ss.

³⁴¹⁷ Vide Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, *Prescripción, indicación, uso y autorización de dispensación de medicamentos y productos sanitarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 55 y ss.

coordinar los medios comunes³⁴¹⁸. Así, al igual que se creó la CORA en su día, es necesario realizar la misma actuación con el sistema de salud español, con la especial complejidad que supone su titularidad y gestión por parte de las Comunidades Autónomas³⁴¹⁹. Y, de igual modo, analizar y proponer cómo debe abordarse la transformación tecnológica del Sistema Nacional de Salud.

Después, habrá que abordar un proceso de simplificación y uniformidad legislativa en la materia. De este modo, la prestación de servicios, los derechos de los ciudadanos, la calidad asistencial del sistema o las listas de espera deben ser regulador de manera uniforme, garantizando que no existan desigualdades territoriales como las que se perpetúan en la actualidad. El desarrollo legislativo del derecho y la concreta materialización de la actividad sanitaria no puede ser tan dispar en nuestro territorio. En conclusión, es imprescindible afrontar la reconfiguración estructural, administrativa y de gestión del Sistema Nacional de Salud “sui generis”, para detectar las deficiencias del sistema y proponer un desarrollo tecnológico que haga más eficiente el sistema.

4.2. La implantación y el desarrollo de las nuevas tecnologías en el sistema sanitario.

4.2.1. La salud electrónica.

A. Concepto y caracteres.

Al igual que ocurre con otros binomios de palabras (como la Administración electrónica, o el e-Government), la salud electrónica implica la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación en el ámbito sanitario. En este sentido, Martínez Navarro define la salud electrónica como *«el conjunto de servicios sanitarios*

³⁴¹⁸ Vide Andreu SEGURA BENEDICTO, “Establecimiento de prioridad en las políticas sanitarias y de salud: una responsabilidad ética”, *Derecho y Salud*, 28, (2017), p. 71

³⁴¹⁹ Vide Francisca LÓPEZ RUIZ, Principios estatutarios y competencias en salud en el Estatuto de Andalucía, en Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, *Retos y propuestas para el sistema de Salud*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 417 y ss.

prestados de forma telemática o en relación con las Tecnologías de la información y la Comunicación, (...) interconectado entre sí»³⁴²⁰.

El término “salud electrónica” es complejo a la par que mutable, en tanto que, las tecnologías e innovaciones que lo soportan se encuentran en constante evolución al mismo ritmo que el resto de los ámbitos vinculados a las TIC. De esta manera, a medida que las tecnologías de la información y la comunicación han ido progresando, los sistemas y aplicaciones de la salud electrónica lo han hecho con estos. En consecuencia, la salud electrónica no puede definirse como un término unívoco, sino que se encuentra en desarrollo, y que, además, se puede confundir con otras figuras similares como: la telemedicina, o teleasistencia relacionada con los avances en telecomunicaciones; la ciber salud vinculada al desarrollo de Internet; o la salud móvil, en este caso en referencia a las aplicaciones de telefonía móvil y otros dispositivos tecnológicos³⁴²¹.

En mi opinión, la salud electrónica es la consecuencia de aplicar los avances en el sector de las telecomunicaciones, y especialmente, de la revolución que supone Internet al sector de la salud. Por ello, debe ser contextualizado en un concreto momento histórico-temporal relacionado con el avance de la Revolución de Internet. De este modo, el término de salud electrónica no debe enfocarse sólo a los productos relacionados con la provisión de salud, en sentido estricto, es decir, con la introducción de las TIC en la prestación de servicio sanitario, sino también, a las formas de gestión y administración del sistema³⁴²². De este modo, la salud electrónica se convierte en la extensión de un tipo generalizado de administración (la administración electrónica) sobre el servicio de asistencia sanitaria. Por tanto, el sistema de salud adapta sus servicios y forma de gestión a las nuevas posibilidades que permiten Internet y las TIC.

Así, al igual que ha ocurrido con las Administraciones territoriales que han adaptado la prestación de los servicios públicos al ámbito electrónico, ha sucedido con la provisión de la salud pública en nuestro país. En este sentido, la salud electrónica no sólo implica productos sanitarios de tratamiento y control de las enfermedades, sino también

³⁴²⁰ Vide Alejandro MARTÍNEZ NAVARRO, *Régimen jurídico de la Salud electrónica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 29.

³⁴²¹ Vide Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “La sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud”, en Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, *La sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud en el Siglo XXI*, Comares, Granada, 2015, pp. 27 y ss.

³⁴²² Vide Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “Personal sanitario y salud electrónica: perspectiva y retos pendientes”, *Salud electrónica. Perspectiva y realidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 22 y ss.

todas las herramientas que permiten una gestión (electrónica) del servicio asistencial, como puede ser la histórica clínica o la receta médica electrónica³⁴²³. Por ello, la garantía de los principios de interoperabilidad e interconexión de los distintos sistemas se torna trascendental para el correcto funcionamiento y desarrollo de la salud electrónica, al igual que ocurría con el diseño de la Administración electrónica en general. En consecuencia, el concepto de salud electrónica implicaría: aquellos productos sanitarios que puedan mejorar el sistema de protección de la salud (como pueden ser las aplicaciones móviles o dispositivos que controlan ciertos valores para constatar un buen estado de salud); y los implicados en la dirección y gestión del sistema (aquellos destinados a una administración más ágil, eficaz y eficiente).

Sin embargo, hay un sector doctrinal que entiende que el concepto de salud electrónica engloba también ciertos avances que con anterioridad se han catalogado como propios de la Revolución Digital. Por ejemplo, es el caso de la nanotecnología y la cirugía robótica como productos sanitarios. En mi opinión, esta sistematización es propia del contexto de desarrollo en el que se realiza que pretende abarcar todas las innovaciones referentes a las nuevas tecnologías en esta materia. Pero, sería más acertado desligar la salud electrónica de los avances propios de la Revolución Digital, puesto que, implican una elevación y mejora del servicio de asistencia sanitaria. En este sentido, tal y como será expuesto en los párrafos sucesivos, la salud electrónica siguiendo el proceso evolutivo que experimenta la Administración, está evolucionado hacia la salud digital³⁴²⁴. Por esta razón, cuando Martínez Navarro advierte la necesidad de incluir que estas tecnologías estén conectadas entre sí, refleja ese anticipo de la doctrina a lo que ya se vislumbra que será el futuro en casi todas las disciplinas: la transferencia y análisis de datos³⁴²⁵.

³⁴²³ Vide Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “Administración sanitaria y telemedicina”, *Actualidad Administrativa*, 27, (2003), edición electrónica sin numerar, «Estas capacidades permitirán construir entornos virtuales de colaboración en medicina, que cambiarán radicalmente la manera de cooperar de los profesionales en el cuidado de la salud. La consulta de atención primaria en el siglo XXI se va a parecer poco a la actual».

³⁴²⁴ Vide Carlo BOTTARI, *Profili innovativi del sistema sanitario*, Rotatorio, Torino, 2018, p. 284.

³⁴²⁵ Vide Alejandro MARTÍNEZ NAVARRO, *Régimen jurídico de la Salud electrónica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 29.

B. Naturaleza jurídica.

La salud electrónica no ha sido desarrollada en nuestro ordenamiento jurídico de forma orgánica, o atendiendo a un núcleo común, sino que presenta una extensión dispersa y carente de uniformidad. La salud electrónica comporta distintas aplicaciones y sistemas que pueden tener naturaleza pública o privada, dependiendo de quién sea el titular del servicio que se presta. En el caso que a esta tesis compete, la salud electrónica analizada estará relacionada con su prestación por parte del Sistema Nacional de Salud, limitando así el órgano titular encargado de su gestión al ámbito del Derecho Público.

La salud electrónica se diseña como un servicio que se presta dentro el sistema sanitario, utilizando los medios personales y materiales, con carácter de continuidad, y que se organiza bajo el régimen jurídico del Derecho Administrativo³⁴²⁶. En consecuencia, la salud electrónica debe comprenderse como un servicio público que presta la Administración competente, para adaptar y mejorar el desarrollo de los servicios sanitarios. La base que fundamenta el nacimiento de este servicio es el derecho que tienen los ciudadanos a relacionarse electrónicamente con las Administraciones Públicas (artículo 14 de la LPAC). En este sentido, el núcleo de la actividad es la prestación de servicios sanitarios utilizando las TIC, abriendo nuevas vías de relación entre los pacientes y el personal sanitario³⁴²⁷ dentro del régimen del sistema de salud público. De este modo, la salud electrónica consiste en una adaptación de la asistencia sanitaria a las posibilidades de mejora en la comunicación y el tratamiento de la información que estas nuevas tecnologías posibilitan.

En este sentido, no existe un derecho a la salud electrónica propiamente dicho, aunque si puede extraerse o vincularse con el derecho de los ciudadanos a relacionarse por los medios electrónicos con la Administración, en este caso en lo que se refiere a la prestación de servicios sanitarios³⁴²⁸. Sin embargo, este derecho está limitado a los canales o vías de comunicación que la LPAC y la LRJSP recogen. En mi opinión, la salud electrónica es un concepto demasiado amplio que debe concretarse en prestaciones o servicios concretos, de manera que, a lo que el ciudadano tiene acceso no es a la salud

³⁴²⁶ Vide Fernando GARRIDO FALLA, “El concepto de servicio público en derecho español”, *Revista de Administración Pública*, 135, (1994), p. 21.

³⁴²⁷ Vide Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “El vínculo del personal estatutario de los servicios de salud y la competencia jurisdiccional”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, 53, (2004), p. 52 y ss.

³⁴²⁸ Vide Alejandro MARTÍNEZ NAVARRO, *El derecho a la salud electrónica*, Universidad de Almería, 2017, p. 517 y ss.

electrónica, sino a los servicios que esta incluye. Reconocer un derecho a la salud electrónica supone limitar la protección de la salud relacionada con una revolución concreta, lo que estancaría su proyección y desarrollo. Por esta razón, creo que la defensa de la protección de la salud que debe realizarse tiene que ser más amplia, de forma que, pueda amparar todo el progreso que nos depara el desarrollo tecnológico. En consecuencia, es más acertado defender el derecho a la protección de la salud en relación con el desarrollo tecnológico y el nivel de vida de un determinado momento histórico. ¿De qué sirve garantizar los servicios sanitarios electrónicos, si cada día estamos más cerca de reivindicar servicios de carácter digital?

C. Clasificación.

La doctrina no ha establecido una clasificación general de los distintos ámbitos que se distinguen dentro de la salud electrónica. No obstante, Martínez Navarro clasifica la salud electrónica en torno a tres grandes grupos. En primer lugar, se puede distinguir entre: las aplicaciones destinadas a la gestión de los servicios de salud, donde destacaría la historia clínica electrónica³⁴²⁹, o los sistemas de acceso y recepción y pacientes; o los destinados al tratamiento y diagnóstico, como puede ser la telemedicina o las aplicaciones de diagnóstico³⁴³⁰. En segundo lugar, las aplicaciones destinadas a la gestión de medicamentos como puede ser la receta electrónica o la dispensa de medicamentos online. En tercer lugar, las innovaciones que sirven de herramientas propiamente dichas para incrementar y mejorar el sistema de protección de la salud, como puede ser la nanotecnología o la robótica. Y, finalmente, dependiendo a quién vayan dirigidas las aplicaciones se puede distinguir entre profesionales y pacientes³⁴³¹.

³⁴²⁹ Vide Lucía CRISTEA UIVARU, “Big Data en la salud y sus implicaciones jurídicas”, en *La protección de datos de carácter sensible: historia clínica y Big Data en Salud*, Bosch, Barcelona, 2018, p. 178: «La historia clínica digital es una recopilación informatizada de los detalles de salud de un paciente, que podemos definir como el conjunto de documentos que contiene los datos, valoraciones e información de cualquier índole sobre la situación y la evolución clínica de un paciente a lo largo del proceso asistencial. Se compone del conjunto de documentos, tanto escritos como gráficos o por imágenes, que hacen referencia a los sucesos de salud y enfermedades de un paciente, y la actividad sanitaria que se genera con motivo de esos sucesos. Pero es aún más que eso, es una nueva manera de almacenar y organizar la información del paciente»

³⁴³⁰ Vide Iván ALONSO, “El gobierno británico ofrece consultas por Skype en la sanidad pública para ahorrar”, *El País Digital*, 8 de enero de 2019.

³⁴³¹ Vide Alejandro MARTÍNEZ NAVARRO, *El derecho a la salud electrónica*, Universidad de Almería, 2017, p. 518 y ss.

En mi opinión, la clasificación de los distintos elementos que configuran la salud electrónica debería establecerse atendiendo al elemento teleológico o la finalidad que tiene el producto sanitario. Este criterio permitiría realizar una sistematización de la salud electrónica distinguiendo entre dos grandes grupos: gestión o administración del servicio de salud, o producto sanitario de tratamiento o diagnóstico. Una vez delimitados en esa clasificación es más fácil aplicar los distintos subgrupos, es decir, concretando si son herramientas de la mejora de la salud, o meros agentes o sistemas de comunicación bidireccional entre paciente y personal sanitario.

D. Grupo normativo regulador.

a) Derecho comunitario.

En el ámbito de la Unión Europea la salud electrónica³⁴³² no se encuentra regulada en un régimen específico, sino que, su desarrollo se produce por soft law.³⁴³³ De manera que su está condicionada por proyectos concretos de desarrollo y la financiación que cada Estado miembro decida invertir, al no ser una competencia propia de la Unión³⁴³⁴.

En este sentido destaca el proyecto europeo de e-salud de “servicios abiertos inteligentes para pacientes europeos” (en adelante epSOS) que tuvo una vigencia de cinco años (desde 1 de julio de 2008 hasta finales del año 2013). Los objetivos principales del proyecto eran el desarrollo de una historia clínica³⁴³⁵ resumida que abarcara el conjunto de datos mínimos que se necesita en caso de asistencia no programada, y el tratamiento

³⁴³² Vide Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “Telecomunicaciones y salud electrónica en Europa”, *Opera Prima de Derecho Administrativo, Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo*, 1, (2007), p. 230.

³⁴³³ Vide Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “Telecomunicaciones y salud electrónica en Europa”, *Revista Internacional de Administración Pública*, Vol. III, Instituto de Administración Pública de Jalisco y sus municipios A.C., Guadalajara, Jalisco, México, (2006), p. 143 y ss.

³⁴³⁴ Vide Mark L. FLEAR, *Governing Public Health*, Hart, Oxford, 2018, pp. 44 y ss.

³⁴³⁵ Vide Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “La nueva dimensión de la historia clínica en el siglo XXI”, *Actualidad Administrativa*, 36, (2003), edición electrónica sin numerar, «La historia clínica comprende el conjunto de los documentos relativos a los procesos asistenciales de cada paciente, con la identificación de los médicos y de los demás profesionales que han intervenido en ellos, con objeto de obtener la máxima integración posible en la documentación clínica de cada paciente, al menos, en el ámbito de cada centro. Y por tanto es el reflejo de todas las actuaciones con el paciente, de toda la relación profesional sanitario-paciente, de la calidad de la asistencia sanitaria que se le presta y de todos los conocimientos, medios y actuaciones que se ponen a su disposición. Por tanto es el documento fundamental e imprescindible para que los profesionales puedan prestar una asistencia de calidad y para que el paciente pueda recibirla».

de la receta electrónica dentro de la Unión Europea³⁴³⁶. EpSOS puede denominarse un proyecto piloto que intentaba promover el desarrollo de la salud electrónica dentro de los Estados miembros, legislando de forma sinérgica sobre estas materias. En España participaron distintas Administraciones de diferente nivel: el Ministerio de Sanidad, la Comunidad Autónoma de Andalucía, Comunidad Valenciana, Illes Balears, Castilla La Mancha y Cataluña. Los objetivos eran definir los servicios de historia clínica resumida y de receta electrónica, y los lugares más apropiados para probar el proyecto³⁴³⁷.

Con posterioridad, se aprueba la Directiva 2011/24/UE relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia transfronteriza. Si bien, esta Directiva tiene como finalidad establecer un conjunto de reglas que simplificaran y facilitarían la asistencia sanitaria transfronteriza, hace algunas consideraciones en materia de salud electrónica y realza la importancia de trabajar de forma conjunta en esta materia³⁴³⁸. En lo que se refiere al desarrollo de la salud electrónica, destaca la constitución de la red sanitaria electrónica con la finalidad de aumentar el grado de confianza y seguridad de los servicios sanitarios europeos, elaborar directrices para diseñar un historial electrónico compartido, y fomentar el uso de medidas de identificación y autenticación comunes entre los distintos Estados miembros³⁴³⁹. Y, también, la creación de la red de evaluación de las tecnologías sanitarias para facilitar la cooperación y el intercambio de información entre los Estados miembros dentro de una red que conecte a las autoridades sanitarias de evaluación dentro de la Unión³⁴⁴⁰.

³⁴³⁶ Vide Iciar ABAD ACEBEDO y otros, “Algunas consideraciones sobre seguridad de la información en el proyecto europeo de Historia clínica digital (proyecto epSOS)”, *Derecho y Salud*, 18, 1, (2009), pp. 88 y ss.

³⁴³⁷ Vide Resolución de 8 de septiembre de 2011, de la Secretaría General de Sanidad, por la que se publica el Convenio de colaboración con las Comunidades Autónomas de Andalucía, Baleares, Castilla-La Mancha, Cataluña y Comunitat Valenciana, para cumplir el acuerdo marco Framework Agreement, cláusula segunda.

³⁴³⁸ Vide Directiva 2011/24/UE relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia transfronteriza, considerando 56: «*debe reconocer por ello tanto la importancia de trabajar en favor de la interoperabilidad, por una parte, como la adecuada división de competencias, por otra, disponiendo a tal fin lo necesario para que la Comisión y los Estados miembros sigan cooperando en la elaboración de medidas que, sin ser jurídicamente vinculantes, constituyan herramientas entre las que los Estados miembros puedan elegir para facilitar una mayor interoperabilidad de los sistemas de tecnologías de la información y la comunicación en el ámbito de la asistencia sanitaria y respalden el acceso de los pacientes a las aplicaciones de sanidad electrónica en aquellos casos en que los Estados miembros decidan introducirlos*».

³⁴³⁹ *Ibidem* Artículo 14.

³⁴⁴⁰ *Ibidem* Artículo 15.

No obstante, la base de la política europea en materia de salud electrónica se ha sustentado sobre el Plan de Acción sobre la salud electrónica 2012-2020. El Plan tenía cuatro objetivos principalmente: lograr una mayor interoperabilidad de los servicios de salud electrónica entre los Estados miembros; apoyar la investigación, el desarrollo, la innovación y mejorar la competitividad; facilitar e implantar la salud electrónica; y fomentar la cooperación y el diálogo a escala internacional en materia de salud electrónica³⁴⁴¹.

Para el año 2018 la Comisión advierte de la necesidad de conseguir una transformación digital de la sanidad y los servicios asistenciales en el mercado único digital, además, de la capacidad de los ciudadanos y la creación de una sociedad más saludable³⁴⁴². La Comisión señala que los retos a los que enfrenta los sistemas de salud europeos que conllevan un crecimiento constante del gasto público pueden encontrar respuesta en las soluciones digitales. De este modo, las herramientas digitales pueden contribuir a aplicar los conocimientos científicos de forma más eficiente dentro del sistema sanitario, puesto que, permiten un mejor uso de los datos sanitarios e innovación para promover una sanidad personalizada y mejorar las intervenciones de los pacientes.

Tal y como advertíamos, los datos se convierten en una pieza clave para la transformación digital del sistema sanitario. Por ello, la Unión Europea debe apostar por la computación de alto rendimiento, el análisis de los datos y la utilización de la inteligencia artificial para incorporar nuevos productos sanitarios y de gestión de los recursos. En este mismo sentido, la Comisión Europea propone emprender nuevas acciones en tres áreas: *«acceso seguro de los ciudadanos a datos sanitarios entre fronteras y posibilidad de compartirlos con otros países; mejor información para avanzar en la investigación, la prevención de las enfermedades y la salud y asistencia personalizada; y herramientas digitales para la capacitación de los ciudadanos y la asistencia centrada en las personas»*³⁴⁴³.

³⁴⁴¹ Vide COMISIÓN EUROPEA, Comunicación COM (2012) 736 final, de 6 de diciembre, al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Plan de acción sobre la salud electrónica 2012-2020: atención sanitaria innovadora para el S. XXI*, Bruselas, pp. 7 y ss.

³⁴⁴² Vide COMISIÓN EUROPEA, Comunicación COM (2018) 233 final, de 25 de abril, al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *relativa a la consecución de la transformación digital de la sanidad y los servicios asistenciales en el Mercado Único Digital, la capacitación de los ciudadanos y la creación de una sociedad más saludable*, Bruselas.

³⁴⁴³ *Ibidem* p. 5.

Tras la crisis del Covid-19, la Unión Europea se ha dado cuenta de la necesidad de coordinar los servicios de asistencia sanitaria en toda Europa, y así se deduce de la propuesta de reglamento relativo a la creación de un programa de acción de la Unión en el ámbito de salud para el período 2021-2027³⁴⁴⁴. Este proyecto es el más ambicioso llevado a cabo hasta el momento en términos presupuestarios. Aunque, aún es una propuesta de elaboración, se espera su aprobación para el primer trimestre de 2021. El Proyecto pretende vincular los planes de digitalización de la sociedad³⁴⁴⁵ para transformar digitalmente la asistencia sanitaria entre los Estados miembros. Realmente hasta que no concrete en un texto aprobado, sólo se puede hacer una aproximación general a las expectativas que se ciernen sobre este proyecto, convirtiéndose de una vez por todos en el que aúne las propuestas del diseño de una salud digital en Europa.

b) Derecho interno español.

En el ordenamiento jurídico español no hay normas específicas que desarrollen la “salud electrónica”. A lo sumo normas sectoriales parciales que se regulan la historia clínica electrónica³⁴⁴⁶ o la receta médica electrónica³⁴⁴⁷ de forma conjunta para todo el territorio. No obstante, si que es cierto que las Comunidades Autónomas dentro de sus competencias han llevado a cabo planes o proyectos de mejora de la asistencia sanitaria incrementando el número de servicios electrónicos.

De este modo, a pesar de los grandes beneficios que supone la implantación de la salud electrónica en el sistema de salud, hasta el momento no se habían dado los impulsos en la dirección correcta para su extensión. La salud electrónica ayuda a mejorar la valoración médica, flexibilizando el acceso a la información de los datos clínicos; permite el tratamiento y el diagnóstico a distancia; el seguimiento de las enfermedades crónicas;

³⁴⁴⁴ Vide COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación (2020) 405, 28 de mayo, Propuesta de REGLAMENTO DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO relativo a la creación de un programa de acción de la Unión en el ámbito de la salud para el período 2021-2027 y por el que se deroga el Reglamento n.º 282/2014 («programa La UE por la Salud»)*

³⁴⁴⁵ Vide COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación (2020) 67, de 19 de febrero, al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: configurar el futuro digital de Europa*, Bruselas, pp. 2-3.

³⁴⁴⁶ Vide Real Decreto 1093/2010, de 3 de septiembre, por el que se aprueba el conjunto mínimo de datos de los informes clínicos en el Sistema Nacional de Salud.

³⁴⁴⁷ Vide Real Decreto 81/2014, de 7 de febrero, por el que se establecen normas para garantizar la asistencia sanitaria transfronteriza, y por el que se modifica el Real Decreto 1718/2010, de 17 de diciembre, sobre receta médica y órdenes de dispensación

la prevención de enfermedades; o el tratamiento y rehabilitación de los pacientes. Todo esto lleva a afirmar que permite la creación de un sistema de asistencia sanitaria más igualitario y accesible en términos socioeconómicos. Además, no se puede olvidar que la implementación de la salud electrónica está relacionada con la mejora de la eficiencia y la gestión de los servicios sanitarios, reduciendo significativamente los costes de administración, a pesar del gasto inicial que implica la introducción de las nuevas tecnologías³⁴⁴⁸.

Sin embargo, no ha sido hasta la llegada de la pandemia que se ha evidenciado por la sociedad y los poderes públicos los beneficios que la salud electrónica y las nuevas tecnologías posibilitan en la atención y cuidados sanitarios. Y, no sólo esto, sino que la salud electrónica se ha convertido en el gran aliado para luchar contra la crisis sanitaria. En este sentido, la salud electrónica se convirtió en la forma más segura de prestar asistencia a los pacientes, tanto para ellos mismos, como para el propio personal y el funcionamiento del sistema, evitando el colapso de la Sanidad. Asimismo, si algo ha puesto de manifiesto la crisis del Covid-19 es la necesidad de coordinar los servicios de asistencia sanitaria desde un ámbito multinivel (internacional, comunitarios, estatal y autonómico), y eso es posible gracias a las nuevas tecnologías.

No cabe duda de que la gestión de la crisis sanitaria hubiera sido distinta, si hubiéramos contado con un sistema sanitario conectado, especialmente, dentro del marco de las ciudades inteligentes. En este sentido, los hospitales inteligentes conforman su núcleo funcional a través de la información que reciben de los pacientes, creando enormes bases de datos, que les permiten predecir desde las tendencias asistenciales de la población, las franjas de edad de los más asiduos, o los fármacos que funcionan mejor para el tratamiento de determinadas enfermedades.

El hospital es inteligente, en tanto que, gracias al uso de estos datos y, sobre todo, de la herramienta del Big Data y la inteligencia artificial, presta servicios sanitarios más eficientes a la población. Los algoritmos le permiten mejorar los flujos de pacientes para evitar los colapsos sanitarios, observar aquellas prestaciones o servicios que presentan deficiencias, e instar a que se corrijan. Sin contar que, en un futuro cercano, será común encontrar robots asistenciales, tanto para la prestación de servicios de cuidado de los

³⁴⁴⁸ Vide Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “Personal sanitario y salud electrónica: perspectivas y retos pendientes”, en *Salud electrónica. Perspectivas y realidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 34.

pacientes, pero también, como asistentes para los médicos, o especialistas sanitarios, en la ayuda de los diagnósticos³⁴⁴⁹ y la identificación de tratamientos individuales y personalizados atendiendo a cada usuario. En este sentido, el robot Sophia se está produciendo ya en masa para atender las necesidades sanitarias de los pacientes en distintos hospitales³⁴⁵⁰.

De este modo, tener ciudades inteligentes, con infraestructuras públicas conectadas, hubiera permitido conocer el inicio de la pandemia, mucho antes de lo que ha ocurrido en la actualidad. Pero, también, la gestión de los enfermos en términos logísticos, para evitar un mayor contagio de la enfermedad, y un tratamiento mucho más eficiente de sus síntomas, puesto que, la base de datos hubiera permitido conocer cuál era la medicación idónea y más efectiva para cada paciente. Además, a través de todos los datos recogidos por los diferentes hospitales, se hubiera posibilitado un mejor estudio del virus tanto de su origen, evolución y consecuencias en la población. Sin olvidar de que el uso de la inteligencia artificial hubiera ayudado a analizarlos, y a llegar a conclusiones más rápidas, en lo que respecta a la creación de una vacuna o fármacos concretos para su tratamiento³⁴⁵¹.

Al menos la crisis sanitaria del Covid-19 ha dejado algo positivo en nuestra sociedad: el Gobierno ha evidenciado la necesidad de dar un impulso de transformación digital a la asistencia sanitaria. De este modo, esto ha sido puesto de manifiesto en el Plan España Digital 2025. La concreción de los ejes de actuación y su materialización aún está por determinar, aunque se advierten que abarcará tres grandes ámbitos con un gran potencial de cambio: investigación para medir y mejorar los resultados en salud y diseñar sistemas preventivos; asistencia a pacientes para automatizar y proveer de herramientas a la ciudadanía para que dispongan de un mayor conocimiento para la toma de decisiones; y empoderamiento del paciente con herramientas de telemedicina, autodiagnóstico o mejora de la accesibilidad. Además, también se prevé la agilización de los sistemas de información para promover el intercambio de datos y la interoperabilidad de los

³⁴⁴⁹ Vide Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “Reforma y simplificación de la denominada erróneamente “prescripción de enfermería”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, 102, (2018), p. 45.

³⁴⁵⁰ Vide “Sophia, el robot 'social' que ayudará contra la pandemia cuidando a ancianos y enfermos de coronavirus”, https://www.antena3.com/noticias/tecnologia/sophia-el-robot-social-que-ayudara-contr-la-pandemia-cuidando-a-ancianos-y-enfermos-de-coronavirus_20210125600e6d57a81ee90001d4d512.html

³⁴⁵¹ Vide Luis MORENO FERNÁNDEZ y Raúl JIMENEZ TELLADO, *Democracias robotizadas: escenarios futuros en Estados Unidos y la Unión Europea*, Catarata, Madrid, 2019, p. 29.

servicios³⁴⁵². No obstante, habrá que esperar a que se ponga en marcha su ejecución para verificar el grado de evolución y transformación digital que experimente la asistencia sanitaria.

Así, tal y como señala Pérez Gálvez, en la actualidad los retos del sector sanitario español son adecuar las herramientas para garantizar la relación electrónica entre los profesionales sanitarios y los pacientes; potenciar la tramitación electrónica de los procedimientos sanitarios, de manera que éste sea plenamente interoperable, se pueda reutilizar la información y facilitar su acceso de forma solvente; fomentar el derecho de acceso a la información y a la transparencia dentro del sistema; establecer los mecanismos que garantiza un funcionamiento electrónico potente, para poder dar el paso al sistema digital; y establecer los mecanismos que permitan trabajar de forma interoperable y coordinada con los datos de salud³⁴⁵³. Una vez que se asiente todo este trabajo, podremos entonces pensar en dar el siguiente paso en la protección de la salud: la salud digital.

4.3. Hacia la protección digital de la salud.

4.3.1. Consideraciones previas.

El papel del Gobierno en la Era Digital en materia sanitaria se torna trascendental para asegurar la equidad en la protección y asistencia de la salud de los ciudadanos. En este sentido, le corresponde al Sector Público impulsar el desarrollo de los programas de salud digital, en tanto que, van a suponer una ruptura completa con el régimen preestablecido. Desde la perspectiva de la gestión y administración, estas nuevas tecnologías van a contribuir a un ahorro de los costes y van a mejorar la eficacia del sistema. Y, a pesar del coste inicial que su conversión va a suponer, a la larga se convertirá en el criterio que diferencia a los países más desarrollados.

En estos mismos términos se expresa la Estrategia Española de I+D+I en Inteligencia artificial:

³⁴⁵² Vide GOBIERNO DE ESPAÑA, “*Plan España Digital 2025*”, Madrid, 2020, pp. 60 y ss.

³⁴⁵³ Vide Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, Ponencia: “Salud electrónica: perspectiva y realidad”, *III seminario de Derecho Sanitario, Jornada sobre Telemedicina. “La salud en el S. XXI: aspectos legales y éticos de la telemedicina”*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 3 de diciembre.

«La atención sanitaria se considera un sector que se beneficiaría enormemente de la IA y es una de las áreas de enfoque clave del Plan Coordinado de la IA. La IA permitirá ahorrar miles de millones⁶⁵ de euros al mejorar la prevención, el diagnóstico y el tratamiento de la obesidad infantil, las enfermedades cardiovasculares y sus secuelas, las enfermedades neurodegenerativas y el cáncer de mama, entre otros ámbitos. Además, permitirá desarrollar nuevos medicamentos y fomentar la medicina personalizada y domiciliaria o mejorar la calidad de vida de los ancianos»³⁴⁵⁴.

4.3.2. Los datos en salud.

El Reglamento General de Protección de Datos define los datos de salud como *«datos personales relativos a la salud física o mental de una persona física, incluida la prestación de servicios de atención sanitaria, que revelen información sobre su estado de salud»³⁴⁵⁵*. En este sentido, como apunta Álvarez Rigaudias, la definición que ha adoptado el Reglamento sobre los datos relativos a la salud es bastante amplia³⁴⁵⁶. La causa a la amplitud de los términos utilizados para definir esta figura la encontramos en las reflexiones del Grupo de Trabajo del artículo 29. Este documento señala el incremento de la creación de datos relativos a la salud, tras el auge de la venta de productos no estrictamente sanitarios que permitían medir el ritmo cardíaco o las calorías de los sujetos³⁴⁵⁷.

³⁴⁵⁴ Vide GOBIERNO DE ESPAÑA, “Estrategia Española de I+D+I en Inteligencia Artificial”, diciembre de 2020, p. 30.

³⁴⁵⁵ Vide PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, *Reglamento 2016/679, de 27 de abril, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE*, Bruselas, artículo 4.15

³⁴⁵⁶ Vide Cecilia ÁLVAREZ RIGAUDIAS, “Tratamiento de datos en salud”, en José Luis PIÑAR MAÑAS, *Reglamento General de Protección de Datos: hacia un modelo de privacidad*, Reus, Madrid, 2016, p. 174.

³⁴⁵⁷ Vide GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29, “Anexo. Los datos de salud en aplicaciones y servicios”, 2015, p. 2: *«Personal data relating to health should include in particular all data pertaining to the health status of a data subject; information about the registration of the individual for the provision of health services; information about payments or eligibility for healthcare with respect to the individual; a number, symbol or particular assigned to an individual to uniquely identify the individual for health purposes; any information about the individual collected in the course of the provision of health services to the individual; information derived from the testing or examination of a body part or bodily substance, including biological samples; identification of a person as provider of healthcare to the individual; or any information on e.g. a disease, disability, disease risk, medical history, clinical treatment, or the actual physiological or biomedical state of the data subject independent of its source, such as e.g. from a physician or other health professional, a hospital, a medical device, or an in vitro diagnostic test».*

Dentro de los datos relativos a la salud se distingue dos subcategorías: los biométricos y los genéticos. En primer lugar, en lo que se refiere a los datos genéticos se describen en el Reglamento General de Protección de Datos como «*datos personales relativos a las características genéticas heredadas o adquiridas de una persona física que proporcionen una información única sobre la fisiología o la salud de esa persona, obtenidas en particular del análisis de una muestra biológica de tal persona*»³⁴⁵⁸. Mientras que, los datos biométricos se definen como «*datos personales obtenidos a partir de un tratamiento técnico específico, relativos a las características físicas, fisiológicas o conductuales de una persona física que permitan o confirmen la identificación única de dicha persona, como imágenes faciales o datos dactiloscópicos*»³⁴⁵⁹.

En este sentido, tanto el Reglamento General de Protección de Datos, como la LOPD, dotan de una categoría especial a los datos relativos a la salud de los individuos. Así, el régimen jurídico que se diseña entorno a estos es más garantista que el régimen común o general de la protección de datos, en tanto que, su utilización puede entrañar importantes riesgos para los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos³⁴⁶⁰. Por esta razón, el régimen jurídico prohíbe su tratamiento como norma general, y sólo se permite este en casos concretos y cuando se dote de al procedimiento de análisis de garantías suficientes. De este modo, el tratamiento de los datos de salud sólo está permitido cuando existe un consentimiento del interesado, o por razones médicas, de salud pública, de investigación científica o estadística³⁴⁶¹.

Sin embargo, en este último supuesto, para que el tratamiento se produzca de forma lícita³⁴⁶², es necesario que estos datos estén pseudoanonimizados³⁴⁶³. La norma

³⁴⁵⁸ Vide PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, *Reglamento 2016/679, de 27 de abril, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE*, Bruselas, artículo 4. 13.

³⁴⁵⁹ *Ibidem* Artículo 4. 14.

³⁴⁶⁰ Vide Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “Aseguramiento y protección del derecho a la intimidad del paciente cuando es atendido en presencia de alumnos, residentes en formación o profesionales en estancia formativa o prácticas”, en *La seguridad del paciente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 98 y ss.

³⁴⁶¹ Vide PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, *Reglamento 2016/679, de 27 de abril, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE*, Bruselas, artículo 9.2.

³⁴⁶² Vide Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, Disposición adicional decimoséptima, apartado 2.

³⁴⁶³ Vide GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS DEL ARTÍCULO 29, *Dictamen 5/2014 sobre técnicas de anonimización*, Estrasburgo, 10 de abril de 2014, pp. 17-20. «*generaliza o diluye los atributos de los interesados modificando las respectivas escalas u órdenes de magnitud (por ejemplo, sustituyendo una ciudad por una región, o una semana por un mes). Aunque la generalización pueda ser*

específica precisamente que deben ser pseudoanonimizados y no anonimizados completamente, para que, en el caso de que sea necesario, se pueda identificar a los sujetos. En este sentido, tal y como apunta López Calvo, una vez que los datos son generalizados para su tratamiento, estos pierden esa categoría de especial protección en tanto que, ya no son identitarios de un concreto individuo. En consecuencia, estos ya no identifican de forma unívoca a un solo individuo y, por lo tanto, pierden ese carácter personal³⁴⁶⁴. No obstante, no basta solamente con pseudoanonimizar los datos, sino que se deben establecer garantías adicionales para proteger o controlar ante qué supuestos se puede revertir el procedimiento, para identificar a los sujetos.

En este sentido, se estima que una persona produce cerca un petabyte de información sanitaria a lo largo de su vida, en la que incluye diversidad de información desde los padecimientos, tratamientos, operaciones, o pruebas médicas³⁴⁶⁵. El conjunto de toda esa información es lo que se ha denominado como “Big Data sanitario”. En este sentido, el Big Data en el sector de la salud se caracteriza por el análisis de grandes volúmenes de datos provenientes de multitud de fuentes, y anonimizados o legitimados para su uso³⁴⁶⁶. En consecuencia, el sector sanitario maneja infinidad de información valiosa, sometida a un régimen especial de protección, pero que, bien gestionada y analizada³⁴⁶⁷, tendría una utilidad innegable en la protección de la salud. Sin embargo, el problema es que hasta ahora el uso del Big Data sanitario se está planteando sólo dentro del marco de proyectos de investigación con fines concretos, en un lugar de convertirlo como una herramienta común de trabajo dentro del ámbito médico-sanitario. La regulación actual parte de la base de la solicitud previa al comité de ética de la

efectiva para descartar la singularización, no permite obtener una anonimización eficaz en todos los casos; en concreto, es necesario aplicar enfoques cuantitativos específicos y complejos para impedir la vinculabilidad y la inferencia»

³⁴⁶⁴ Vide José LÓPEZ CALVO, *Comentarios al Reglamento Europeo de Protección de Datos*, Sepin, Madrid, 2017, p. 185.

³⁴⁶⁵ Vide Ángel GAVÁN y Maole CERREZO, “Big Data y salud. El poder terapéutico de los datos”, *Heraldo de Aragón*, 7 de junio de 2017.

³⁴⁶⁶ Vide Miriam MÉNDEZ GARCÍA y Marc RODA FAURA, “Aproximación práctica al uso de las tecnologías Big Data en el Sector Salud”, *Derecho y Salud*, 27, (2017), p. 154.

³⁴⁶⁷ Vide Lorenzo COTINO HUESO, “Big Data e inteligencia artificial. Una aproximación a su tratamiento jurídico desde los derechos fundamentales”, *Dilemata*, 25, (2017), p. 132.

investigación previsto en la normativa sectorial, o en su defecto, al delgado de protección de datos o experto en esta materia³⁴⁶⁸.

El Big Data sanitario va a ser una revolución del sistema, cuando deje de enmarcarse su utilización en proyectos de investigación, para contener una estructura más amplia, encuadrada dentro de los hospitales inteligentes. En este sentido, ya no se trata de investigar con fines concretos dentro de un proyecto determinado, sino de convertir los datos de salud en una oportunidad de investigación y de progreso constante. Por ello, no sólo se trata de pedirle al sistema conclusiones determinados, en función de los datos con los que trabaja, sino de que este también pueda predecir sin la necesidad de directrices previas. Por supuesto, esto entraña inevitablemente establecer unas garantías de protección de estos datos de un carácter superior al concebido hasta ahora, especialmente, en lo que se refiere a qué persona puede tener acceso a toda esta información.

El Big Data sanitario va a transformar el tratamiento de la salud desde distintas perspectivas. En lo que se refiere al paciente sería más fácil hacer un seguimiento médico, la prescripción de tratamiento³⁴⁶⁹, y lo que es más importa la prevención médica. Mientras que, en el caso de los recursos médicos evitaría duplicidades innecesarias en la gestión de recursos, o mejores diagnósticos médicos. Además, esto permitiría el avance de los estudios clínicos e investigaciones científicas, sobre todo, respeto del uso de determinados medicamentos, para detectar efectos secundarios, eficacia o riesgos, lo que los convertiría en más seguros. Por esta razón, la verdadera revolución en el sistema sanitario, al igual que ocurre con el Estado del Bienestar, proviene del análisis y gestión de los datos de salud, puesto que, va a cambiar la forma de trabajar en hospitales y de tratar a los pacientes³⁴⁷⁰.

Sin embargo, el avance de la salud digital se enfrenta a las amenazas y riesgos que conlleva trabajar con Big Data. Por lo tanto, la prioridad del sistema debe ser garantizar la privacidad y la intimidad de los datos que se utilizan, de manera que, no permitan la (re)identificación del sujeto por personas no autorizadas. Reflexionemos sobre que estos datos pueden llegar a las manos de empresas que los utilicen para su beneficio comercial.

³⁴⁶⁸ Vide Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, Disposición adicional decimoséptima, apartado 2.

³⁴⁶⁹ Vide Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, *Prescripción, indicación, uso y autorización de dispensación de medicamentos y productos sanitarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 222 y ss.

³⁴⁷⁰ Vide Lucía CRISTEA UIVARU, "Big Data en la salud y sus implicaciones jurídicas", en *La protección de datos de carácter sensible: historia clínica y Big Data en Salud*, Bosch, Barcelona, 2018, p. 297.

Imaginemos, por ejemplo, las consecuencias que puede tener para las aseguradoras tener este tipo de información en su poder. Así, por ejemplo, la privatización de la gestión de los hospitales públicos conlleva que sean compañías externas las que tengan acceso a estos datos médicos, y que, por tanto, puedan gestionarlo como más les convenga.

Sin duda, el mercado actual cambiaría por completo. Hasta ahora, los datos que se obtienen ya clasifican al ser humano por su condición socioeconómico, por lo que, el siguiente paso será por el estado de su salud. En consecuencia, las principales preocupaciones en torno al uso del Big Data en salud pueden quedar sistematizadas de la siguiente forma. En primer lugar, el derecho a la protección de datos, con las garantías suficientes para preservar la privacidad y la intimidad de las personas. En segundo lugar, las dificultades técnicas para asegurar el almacenamiento de tal magnitud de datos, especialmente, en referencia a la computación en la nube. En tercer lugar, los problemas derivados de garantizar la ciberseguridad de estos datos, para que sea inviable cualquier tipo de injerencia sobre estos. En este sentido, el sector sanitario es uno de los más vulnerables antes este tipo de ataques. En cuarto lugar, la elaboración de los algoritmos matemáticos que deben respetar en todo caso el principio de transparencia, y de no discriminación algorítmica. En quinto lugar, el control de los resultados obtenidos por una persona que se encargue de verificarlos y cerciorar que las conclusiones obtenidas son correctas. Y, en sexto lugar, establecer un régimen jurídico adecuado que permita garantizar qué personas van a tener acceso a esos datos³⁴⁷¹.

A modo de resumen, la doctrina ha determinado, en igual sentido, los problemas a los que se enfrenta la introducción de la inteligencia artificial dentro del ámbito sanitario en los siguientes: existe un elevado riesgo de volver a reidentificar los datos; la toma de decisiones basadas únicamente en inteligencia artificial puede disminuir el derecho a la autonomía del paciente; la tendencia de automatización puede anular la iniciativa y la independencia del profesional, sustituyéndola sin fundamento suficiente; existe un riesgo a estratificar a los pacientes de acuerdo con sus perfiles personales sanitarios; la opacidad de los elementos esenciales en la toma de decisiones automatizadas conlleva a que el profesional no pueda validarla, lo que puede conducir a un supuesto de responsabilidad

³⁴⁷¹ Vide Lucia CRISTEA UIVARU, “Big Data en la salud y sus implicaciones jurídicas”, en *La protección de datos de carácter sensible: historia clínica y Big Data en Salud*, Bosch, Barcelona, 2018, p. 305.

si se identifica que hubo algún error en el proceso que era fácilmente subsanable; o el aumento de otras prácticas discriminatorias³⁴⁷².

En este sentido, es unánime la doctrina cuando afirma que es necesario que se instauren mecanismos fiables y seguros, que permitan la anonimización completa de los sujetos, puesto que, en caso contrario, nuestros datos más personales quedarían al interés de las grandes compañías³⁴⁷³. Los ciberataques a hospitales se han incrementado desde la crisis del Covid-19, exhibiendo las vulnerabilidades que presenta nuestro sistema sanitario³⁴⁷⁴. Además, hay que tener en cuenta que uno de los riesgos más importantes que asumimos con el uso del Big Data es se produzcan conclusiones erróneas, de ahí la importancia de la supervisión del proceso por una persona³⁴⁷⁵, la regulación del principio de transparencia algorítmica y la necesidad de utilización de datos puros³⁴⁷⁶.

4.3.3. Los hospitales inteligentes.

La protección de la salud del futuro se enmarca en un nuevo escenario: los hospitales inteligentes. A lo largo de esta tesis se ha hecho referencia mucha más a veces estos, pero sin definir y profundizar que implican realmente. En este sentido, los hospitales dejan de ser en el lugar físico de tratamiento de enfermedades³⁴⁷⁷ para aspirar a convertirse en una estructura de protección integral de la salud, desde una perspectiva preventiva y curativa³⁴⁷⁸. Los hospitales inteligentes han sido definidos como:

³⁴⁷² Vide Carlos ROMEO CASABONA, “Revisión de las categorías jurídicas de la normativa europea ante la tecnología del big data aplicada a la salud”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 1, (2019), pp. 85 y ss.

³⁴⁷³ Vide M^a Rosa LLÁCER MATA CÁS, y otros, *Documento sobre bioética y Big Data de salud: explotación y comercialización de los datos de los usuarios de la sanidad pública*, Editorial Universidad de Barcelona, Barcelona, 2015, pp. 33 y ss.

³⁴⁷⁴ Vide Patricia ORTEGA DOLZ, “La policía detecta un ciberataque al sistema informático de los hospitales”, *El País Digital*, 23 de marzo de 2020.

³⁴⁷⁵ Vide Carlos M. ROMEO CASABONA y Guillermo LASCOZ MORATINOS, “Inteligencia artificial aplicada a la salud: ¿qué marco jurídico?”, *Revista Derecho y Genoma Humano*, 52, (2020), p. 155.

³⁴⁷⁶ Vide Elena GIL GONZÁLEZ, *Big data, privacidad y protección de datos*, Agencia Española de protección de Datos, Madrid, 2016, p. 32.

³⁴⁷⁷ Vide Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “Bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, 84, (2012), p. 54.

³⁴⁷⁸ Vide Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “La justicia cautelar en el ámbito de la salud: valoración y ponderación circunstanciada de los intereses concurrentes”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, 100, (2018), p. 418.

«hospital that relies on optimized and automated processes built on an ICT environment of interconnected assets, particularly based on Internet of things (IoT), to improve existing patient care procedures and introduce new capabilities»³⁴⁷⁹.

En otras palabras, los hospitales optimizan su capacidad de procesamiento de información, gracias a la interconexión y al Iot, con la finalidad de mejorar los procedimientos curativos existentes e introducir nuevas capacidades. Dentro de la estructura del hospital inteligente hay distintos grados de digitalización de la actividad. Así, aunque por ahora se consideren hospitales inteligentes a aquellos que monitorizan a los pacientes a través de nuevas tecnologías. Es el caso, por ejemplo, del Hospital Universitario de Múnich o el Moorfiel Hospital de Londres. Sin embargo, esta no es la idea de hospital inteligente que se pretende trasladar, sino una primera fase de evolución para la consecución de este tipo de infraestructuras. En este sentido, no basta con que el hospital sea inteligente utilizando la tecnología más avanzada simplemente, sino que, debe incorporar mecanismos de recepción y análisis de los datos que recoge. De este modo, a partir de esta información adoptaría resoluciones que permitirían mejorar el sistema de atención sanitaria.

En consecuencia, el hospital es inteligente en tanto que los equipos hospitalarios se encuentran interconectados, permitiendo hacer un seguimiento de los pacientes mucho más personalizado y eficiente. La tecnología del Internet de las Cosas es la base de funcionamiento que permite el desarrollo de sus actividades. En este sentido, es necesario traer a colación que el IoT es una tecnología compleja con distintas partes: por un lado, la estructura física que cuenta con los elementos técnicos como los hardware, los sistemas de identificación o los sensores; y, por otro lado, la estructura interna que engloba los sistemas de software o procesamiento de la información, las plataformas donde se almacena la información, el Big Data y los algoritmos simples de funcionamiento³⁴⁸⁰.

De este modo, se podrían delimitar los elementos de los hospitales inteligentes en las siguientes partes: el equipo de red; la conexión a Internet, y el IoT. En primer lugar,

³⁴⁷⁹ Vide ENISA, “Guía de buenas prácticas de seguridad para los hospitales inteligentes”, noviembre de 2016, p. 9.

³⁴⁸⁰ Vide Moisés BARRIO ANDRÉS, *Internet de las cosas*, Reus, Madrid, 2018, pp. 34 y ss.

el equipo de red que funciona como la columna vertebral de su funcionamiento: este sería el encargado de recoger, almacenar y gestionar toda la información que recoja a través de cualquier de sus infraestructuras. En segundo lugar, la conexión a la red que no puede ser interrumpida en ninguna circunstancia, e infranqueable para garantizar que las decisiones que se adoptan están basadas en información no manipulada. Y, en tercer lugar, la introducción de distintos elementos conectables entre sí que permiten extraer los datos necesarios para su funcionamiento.

No obstante, el diseño de estos hospitales no sólo implica la inversión en nuevas tecnologías, sino que, para ser una infraestructura de protección de la salud superior tiene que abordar otras tareas. Así, por ejemplo, ENISA advierte que es necesario establecer un gobierno efectivo de protección de la ciberseguridad; implantar medidas de seguridad resiliente y adaptables; proporcionar requisitos de seguridad de carácter físico; la interoperabilidad de los sistemas de funcionamiento; los sistemas de alerta de brechas de seguridad en el sistema; y la evaluación de riesgos y de vulnerabilidad³⁴⁸¹.

Sin embargo, los beneficios que implican para el tratamiento de los pacientes y el ahorro de costes en el futuro justifican su alta inversión. El primer beneficio está asociada a la mejora de la capacidad de diagnóstico y quirúrgica. En este sentido, los avances de la Revolución Digital introducen oportunidades para modificar el sistema. En primer lugar, en lo que se refiere a la investigación clínica, permitiendo el acceso a un amplio volumen de datos de salud, lo que permitirá utilizando algoritmos o la inteligencia artificial para extraer conclusiones de forma más profunda y en menor tiempo. De este modo, se podrá comprobar y realizar determinados análisis sobre la relación entre el condicionamiento genético para el padecimiento de determinadas enfermedades; la influencia de las causas sociales; el segmento de población a la que más afecta; o la medicación o el tratamiento con mayores efectos curativos.

Y, en segundo lugar, el segundo avance que proporciona la digitalización de la salud está relacionado con el uso de la inteligencia artificial y la posibilidad de que esta ofrezca modelos de diagnóstico y de tratamiento ante las patologías que presenten los enfermos. Al final la inteligencia artificial se convertirá en el aliado de los profesionales

³⁴⁸¹ *Vide* ENISA, “Guía de buenas prácticas de seguridad para los hospitales inteligentes”, noviembre de 2016, pp. 15 y ss.

de la salud en su lucha de proteger y cuidar a las personas³⁴⁸². Por esta razón, es de vital importancia que se respeten los principios y derechos señalados para el uso de la inteligencia artificial. En este sentido, es imprescindible que los datos utilizados para adoptar estas resoluciones sean los apropiados, prohibiendo el uso de datos manipulados o de mala calidad. Y, de igual manera, la transparencia algorítmica será la base que permitirá al facultativo corroborar que la decisión es correcta y, por tanto, que permita su aplicación. En este sentido, la supervisión humana en el desarrollo de estas actividades se torna trascendental para asegurar un funcionamiento confiable de estas tecnologías³⁴⁸³.

Pero, también influirá en la mejora del flujo de pacientes. Los hospitales inteligentes podrán reducir los tiempos de espera y la duración de las estancias en los hospitales, aumentando la satisfacción de los pacientes y también de los profesionales sanitarios. En este sentido, destacan las actuaciones automatizadas que controlan y registran en tiempo real las intervenciones con los enfermos dentro del hospital. No obstante, esto también está relacionado con la asistencia médica remota o la telemedicina, utilizando equipos médicos para la telemonitorización y el telediagnóstico; la distribución de medicamentos; o las aplicaciones móviles. Todos estos factores proporcionan una mayor seguridad del paciente, en tanto que mejoran su atención médica y la seguridad clínica. Sin embargo, para la consolidación de estas tecnologías habrá que superar los problemas de seguridad, confiabilidad y resiliencia propios de estas tecnologías³⁴⁸⁴.

Como se puede observar, el diseño de los hospitales inteligentes implica una alta dependencia tecnológica para el correcto funcionamiento del sistema. En este sentido, la construcción de estos hospitales lleva aparejada una fuerte inversión económica de sus estructuras e infraestructuras, y la constante actualización de las mismas. Y, a la vez, necesita de una formación específica de los profesionales sanitarios para utilizar correctamente estas tecnologías. A partir de ahora, estos tendrán que lidiar con las demandas de los pacientes y la situación de dependencia tecnológica en el desarrollo de su actividad, mucho más que lo hacen ahora. Así, podremos encontrar con situaciones

³⁴⁸² Vide Ricard MARTÍNEZ MARTÍNEZ, “Inteligencia artificial, derecho y derechos fundamentales”, en Tomás DE LA QUADRA SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, *Sociedad Digital y Derecho*, Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, Madrid, 2018, p. 265.

³⁴⁸³ Vide Carlos M. ROMEO CASABONA y Guillermo LASCOZ MORATINOS, “Inteligencia artificial aplicada a la salud: ¿qué marco jurídico?”, *Revista Derecho y Genoma Humano*, 52, (2020), p. 157.

³⁴⁸⁴ Vide Paloma LLANEZA GONZÁLEZ, *Seguridad y responsabilidad en la Internet de las cosas (IoT)*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018, pp. 245 y ss.

inverosímiles en los que la tecnología niega determinada asistencia sanitaria o prestaciones por fallos o errores del sistema³⁴⁸⁵.

En el plano técnico, las amenazas más graves a las que se enfrenta el funcionamiento de este sistema están relacionadas con los siguientes aspectos. En primer lugar, las acciones maliciosas, tanto por secuestros, archivos infectados, la manipulación de la información o los ataques informáticos. En segundo lugar, la acción humana y los errores que pueden cometer, como puede ser en la configuración del sistema, ausencia de registro de la actividad, incumplimiento de las medidas de seguridad, o la falta de actualización del sistema. En tercer lugar, por fallos propios de la configuración de estas tecnologías como defectos en el software, la capacidad de análisis, de los componentes de red, la sobrecarga de información, o los problemas de interoperabilidad. En cuarto lugar, los producidos en la cadena de suministro de la información, es decir, aquellos derivados de la actividad de los proveedores de servicios en la nube, el fabricante del dispositivo, o los proveedores de red o energía³⁴⁸⁶. Para todos estos problemas, habrá que prever soluciones desde las Administraciones. Un hospital no puede dejar de funcionar porque se caiga la red, o sea infectado una parte de sus archivos. La inversión en ciberseguridad debe ser consecuente con los riesgos que asume la Administración en la digitalización del servicio sanitario.

4.3.4. Los robots y la salud.

A. Las beneficios e inconvenientes de su incorporación al sistema sanitario.

El estado avanzado del arte de la robótica está revolucionando la medicina y el ámbito de los servicios sanitarios. La programación de nuevas máquinas para tratar enfermedades, la creación de robots que permiten realizar cirugías tanto desde el

³⁴⁸⁵ Vide Carlos M. ROMEO CASABONA y Guillermo LASCOZ MORATINOS, “Inteligencia artificial aplicada a la salud: ¿qué marco jurídico?”, *Revista Derecho y Genoma Humano*, 52, (2020), p. 153.

³⁴⁸⁶ Vide Paloma LLANEZA GONZÁLEZ, *Seguridad y responsabilidad en la Internet de las cosas (IoT)*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018, pp. 254 y ss.

exterior³⁴⁸⁷ como el interior del paciente³⁴⁸⁸, o simplemente ayudar a los profesionales sanitarios en sus funciones está cambiando el sistema. Sin embargo, la pregunta que debemos plantearnos es ¿cuánto puedo ayudar la robótica y la inteligencia artificial a la protección de la salud? Al igual que en el resto de las áreas no basta simplemente con introducir estas tecnologías, sino que, lo acertado es realizar un proyecto sobre las áreas en las que tendrá mayor repercusión en el funcionamiento del sistema.

Los robots dentro del marco de la asistencia sanitaria adquirirían un mayor protagonismo siempre que se integren dentro del hospital inteligente, puesto que son herramientas complementarias. En este sentido, los robots pueden aportar mayor precisión en las actuaciones sanitarias al ser completamente programables, o acceder a zonas concretas sin el riesgo de generar daños en el organismo. En consecuencia, la robótica sanitaria aporta una mejor intervención de los profesionales sanitario, pero también ayuda a una recuperación más rápida del paciente, y a una gestión más eficientes de los recursos, es decir, aumenta la calidad del servicio³⁴⁸⁹.

No obstante, la disponibilidad de estas herramientas va a mejorar distintos parámetros de la asistencia sanitaria. Por un lado, la robótica avanzada mejorará la accesibilidad en términos físicos de la asistencia sanitaria o de la provisión de medicamentos, como es el caso del uso de drones que se realiza en Suiza, los cuales se encargan de transportar los suministros médicos a los hospitales³⁴⁹⁰. Pero, también aumentará la accesibilidad a los tratamientos médicos en términos socioeconómicos. La red 5G permitirá que el mejor especialista del mundo pueda atenderte, o intervenirte en su caso, en tu hospital habitual sin la necesidad de desplazarte, y evitar esos costes añadidos a este.

Sin embargo, el acceso a estas tecnologías dependerá de la evolución que experimenten. De este modo, a medida que el mercado adquiera la suficiente confianza y

³⁴⁸⁷ Vide “La cirugía asistida por el robot Da Vinci cumple 15 años en España”, *Redacción médica*, 19 de enero de 2021, <https://www.redaccionmedica.com/secciones/tecnologia/la-cirurgia-asistida-por-el-robot-da-vinci-cumple-15-anos-en-espana-7210>

³⁴⁸⁸ Vide Javier GREGORI, “Un minúsculo robot cirujano logra navegar de forma autónoma en el interior del cuerpo”, *Ciencia y Tecnología*, 25 de abril de 2019, https://cadenaser.com/ser/2019/04/24/ciencia/1556114914_218539.html

³⁴⁸⁹ Vide Roberto GARCÍA PORTERO, “Los robots en la sanidad”, en Moisés BARRIO ANDRÉS, *El Derecho de los robots*, Wolters Kulwer España, Madrid, 2018, p. 206.

³⁴⁹⁰ Vide Jorge SANZ FERNÁNDEZ, “Los drones de UPS transportarán suministros médicos a Hospitales”, *El País Digital*, 27 de marzo de 2019.

se establezcan garantías certificadoras de su calidad, aumentará la oferta y por tanto disminuirá el precio, haciéndolo accesible en términos económicos. En este sentido, será la Unión Europea a través de la Red de ETS y la acción conjunta de la EUnetHTA, y el Estado español a través de la red española de agencias de evaluación de tecnologías sanitarias y prestaciones del sistema nacional de salud³⁴⁹¹, y la Agencia de evaluación de tecnologías sanitarias (AETS) que depende del Ministerio de Sanidad y es dirigida por el Instituto de Salud Carlos III. Además, de las Agencias para la evaluación de las tecnologías sanitarias previstas a nivel autonómico.

En consecuencia, no es posible afirmar que todo el mundo podrá acceder a este tipo de tratamientos porque va a depender en gran medida de las condiciones socioeconómicas. Así, como advierte la doctrina *“la robótica médico-sanitaria antes de ser de todos, va a ser de unos pocos elegidos que van a poder permitírsela”*³⁴⁹². Además, este tipo de tecnología necesita de una formación específica para aquellos que van a trabajar con ella, especialmente, para entrenarla y poner en práctica los conocimientos adquiridos. Lo que, en sentido contrario, implica una doble inversión: por un lado, la adquisición del robot o sistema de inteligencia artificial; y, por otro lado, la formación de los profesionales sanitarios³⁴⁹³.

La accesibilidad en términos socioeconómicos es sólo la punta del iceberg de los problemas a los que se enfrenta la robótica médico-sanitaria. En primer lugar, el sistema de funcionamiento de estas nuevas tecnológicas debe incorporar las garantías necesarias para evitar los riesgos propia de estas, especialmente, aquellos relacionados con la privacidad de los datos y el principio de no discriminación algorítmica. Por un lado, en lo que se refiere a la privacidad de los datos, hay que hacer una consideración específica puesto que estos tienen un tratamiento diferenciado en el régimen general de protección. Estas nuevas herramientas (inteligentes) van a tener acceso a una infinidad de datos

³⁴⁹¹ Vide Real Decreto 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones; Vide Orden SSI/1833/2013, de 2 de octubre, que crea y regula el Consejo de la Red Española de Agencias de Evaluación de Tecnologías Sanitarias y Prestaciones del Sistema Nacional de salud.

³⁴⁹² Vide Migle LAUKYTE, “Robots y sanidad”, en Tomás DE LA QUADRA SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, *Sociedad Digital y Derecho*, Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, Madrid, 2018, p. 875.

³⁴⁹³ Vide Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “Crecimiento competencial compartido de las profesiones sanitarias”, en Jorge FERNÁNDEZ RUIZ y Teresita Rendón HUERTA BARRERA (Coordinadores), *El derecho administrativo ante la crisis actual del Estado liberal*, Porrúa, Guanajuato, 2018, pp. 390 y ss.

especialmente sensibles (biométricos o genéticos) de multitud de personas, permitiéndole analizarlos y extraer conclusiones.

De este modo, las conclusiones que extraiga no sólo van a ser accesibles por los profesionales sanitarios, sino que, todo aquel que pueda acceder a la nube de almacenamiento del sistema puede servirse de esos datos. Hay que ser conscientes, como vengo defendiendo desde el inicio de esta tesis, de que la implantación de la sociedad digital lleva aparejada la necesidad de incrementar la seguridad de los sistemas que utilicemos, puesto que, la vulnerabilidad de los sistemas de seguridad puede hacer accesible cualquier información. Por este motivo, las herramientas de ciberseguridad y de protección de la integridad de estas estructuras de pensamiento autónomo son indispensables para asegurar que nuestros datos no deambulen por el ciberespacio.

Y, de igual manera, los derechos relativos a la calidad de los datos y la transparencia algorítmica son la base que permitirá garantizar una toma de decisiones adecuada por parte de estas tecnologías. No me canso de repetir que, sin datos verídicos, no se pueden adoptar las resoluciones correctas. Y, de igual manera, debe existir una persona responsable encargada de verificar que la inteligencia artificial ha actuado de conformidad con los parámetros ético-legales. La robótica médico-asistencial es una herramienta que ayuda en la asistencia sanitaria, en algunos casos como un producto sanitario más, y en otros como herramientas para adoptar mejores decisiones. Por esta razón, los profesionales sanitarios en lugar de perder poder en la relación³⁴⁹⁴, lo que hacen es aumentarlo: son estos el último eslabón de la cadena encargado de adoptar la decisión.

B. La clasificación de la robótica médico-sanitaria.

La clasificación de los robots en materia de asistencia sanitaria puede ser amplísima y atendiendo a distintos caracteres desde el tamaño robot, la función que realiza, o su naturaleza jurídica. Por ejemplo, la doctrina distingue entre robots protésico y rehabilitadores; de atención y cuidado; y quirúrgicos³⁴⁹⁵. Sin embargo, en mi opinión creo que habría que hacer una clasificación más amplia, teniendo en cuenta la finalidad

³⁴⁹⁴ Vide Guillermo LAZCOZ MORATINOS, “Análisis jurídico de la toma de decisiones algorítmica en la asistencia sanitaria”, en Alejandro HUERGO LORA Y Gustavo Manuel DÍAZ GONZÁLEZ, *La regulación de los algoritmos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020, p. 290.

³⁴⁹⁵ Vide Roberto GARCÍA PORTERO, “Los robots en la sanidad”, en Moisés BARRIO ANDRÉS, *El Derecho de los robots*, Wolters Kulwer España, Madrid, 2018, p. 207.

que acometen. Por ello, habría que distinguir entre los robots de diagnóstico, cirugía, asistenciales, tratamiento o producto sanitario, y gestión y administración de la actividad sanitaria.

En primer lugar, en lo que se refiere a los robots de diagnóstico habrá que distinguir dos categorías en función de la existencia o no de inteligencia artificial, es decir, si tiene capacidad o no para tomar sus propias decisiones en base a un sistema de autoaprendizaje. Por un lado, se encontraría el robot que analiza datos o muestras biológicas para determinar el padecimiento de determinadas enfermedades que, hasta ahora, era realizado por personas. En este sentido destaca el robot Opentrons, el cual se ha puesto en funcionamiento en el Hospital Regional Universitario de Málaga, y se encarga de la automatización del proceso de análisis de muestras de posibles afectados por el Covid-19. Este robot no sólo permite analizar más muestras y reducir los tiempos de espera, sino que, disminuye el riesgo biológico del personal sanitario y de apoyo³⁴⁹⁶. Y, por último, la realidad virtual parece estar teniendo muy buenos resultados para mejorar el diagnóstico en trastornos mentales³⁴⁹⁷.

Por otro lado, estarían los robots que tienen capacidad de autonomía en sus decisiones y ayudan a formular el diagnóstico médico. Un ejemplo de esta categoría es el sistema basado en inteligencia artificial para la detección de enfermedades infantiles que ha procesado más de 1,3 millones de registros médicos. La metodología que utilice le permite detectar desde una simple gripe, hasta una meningitis en niños³⁴⁹⁸. También encontramos el reciente estudio que ha demostrado que, utilizando varios modelos algorítmicos, creando así una red neural profunda, para predecir el riesgo de muerte prematura en británicos de entre 40 y 59 años, a través de los datos del UK Biobank, eran capaces de prever estas muertes prematuras con mayor precisión³⁴⁹⁹. Otro estudio que ha comparado el modelo DL de cáncer de pecho a partir de mamografías digitales de más de 100 radiólogos, concluyendo que la inteligencia artificial tiene la misma eficacia en su

³⁴⁹⁶ Vide <https://www.sspa.juntadeandalucia.es/servicioandaluzdesalud/todas-noticia/la-instalacion-del-robot-opentrons-en-el-hospital-regional-de-malaga-permite-la-agrupacion-de>

³⁴⁹⁷ Vide NESPLORA TECHNOLOGY AND BEHAVIOUR, “Realidad virtual para un mejor diagnóstico de trastornos mentales”, *Investigación e Innovación*, 19 de diciembre de 2018.

³⁴⁹⁸ Vide <https://www.aecoc.es/innovation-hub-noticias/5-avances-de-la-inteligencia-artificial-que-probablemente-veremos-en-los-proximos-5-anos/>

³⁴⁹⁹ Vide Stephen WENG, y otros, “Prediction of premature all-cause mortality: A prospective general population cohort study comparing machine-learning and standard epidemiological approaches”, *PLoS One*, 14, 3, (2019), pp. 1-22.

detección que el profesional³⁵⁰⁰. O, la última incorporación una calculadora que no llega a ser inteligencia artificial que predice el riesgo de mortalidad en pacientes Covid, utilizando parámetros como la edad o la saturación del oxígeno³⁵⁰¹.

En segundo lugar, estarían los robots quirúrgicos. Estos logran una mayor precisión en la intervención y reducen el tiempo de la operación, el tamaño de la herida y el período de recuperación del paciente. A nadie se le escapa hoy en día que una operación por laparoscopia implica una menor invasión en el cuerpo y unos resultados más precisos que una intervención convencional. Sin embargo, los robots cirujanos están más relacionados con la telemedicina³⁵⁰², puesto que, facultan una intervención quirúrgica por un especialista que se encuentre en cualquier lugar del mundo. Dentro de este grupo habría que distinguir entre la telecirugía asistida y telerrobótica³⁵⁰³. En esta materia, el robot más conocido es Da Vinci quién cuenta con más de 15 años de actividad en nuestro país. De forma más reciente, se ha incorporado a esta lista de robots cirujanos a Rosa Knee de Zimer Biomet, destacada por su extremada precisión en la cirugía de prótesis de rodillas, y que trabaja en el hospital Sant Joan Déu de Palma³⁵⁰⁴. No obstante, también existe otra categoría robots quirúrgicos, pero que esta vez operan desde dentro del cuerpo es el caso de ViRob de 14 milímetros de longitud que puede moverse fácilmente por venas y arterias, convirtiéndose en especialista en eliminar trombos u obstrucciones, la ruptura de cálculos renales, el tratamiento de la gota, o también para aplicaciones odontológicas³⁵⁰⁵.

En tercer lugar, los robots asistenciales se encargan de aliviar la carga de trabajo de los hospitales. En este caso, esta categoría de robot suple más la función de enfermeros o auxiliares que de los propios médicos. De forma generalizada, estos se encargan del reparto de medicinas entre los pacientes, dar información, tomar la temperatura, el control

³⁵⁰⁰ Vide Kung-Hsing YU, Andrew BEAM, L., Isaac S., KOHANE, “Artificial intelligence in healthcare”, *Nat Biomed Eng*, Núm. 2, 10, (2018), p. 720.

³⁵⁰¹ Vide https://www.antena3.com/noticias/salud/disenan-calculadora-que-predice-riesgo-mortalidad-pacientes-coronavirus_20210415607830797e97ed00012b3809.html

³⁵⁰² Vide Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “Telecomunicaciones y salud electrónica en Europa”, *Revista Internacional de Administración Pública*, Vol. III, Instituto de Administración Pública de Jalisco y sus municipios A.C., Guadalajara, Jalisco, México, (2006), pp. 643 y ss.

³⁵⁰³ Vide Roberto GARCÍA PORTERO, “Los robots en la sanidad”, en Moisés BARRIO ANDRÉS, *El derecho de los robots*, Wolters Kulwer España, Madrid, 2018, p. 207.

³⁵⁰⁴ Vide Carlos HERNÁNDEZ, “Sant Joan de Déu incorpora el robot más moderno del mundo para guiar al cirujano en la colación de prótesis de rodilla”, *Salud ediciones*, 26 de febrero de 2021.

³⁵⁰⁵ Vide <https://www.rocheplus.es/innovacion/investigacion-ciencia/microrobots-header.html>

de otros datos médicos, o de limpieza. En esta materia destacan Robear, diseñado para facilitar la movilidad de pacientes en silla de ruedas³⁵⁰⁶; Giraff que se caracteriza por ser capaz de observar al paciente y mantener la comunicación con sus cuidadores³⁵⁰⁷; Tug que se encarga de llevar medicamentos a los enfermeros, o unidades de cuidados intensivos, de forma rápida y sin errores, así como, también, se utiliza para llevar las bandejas de comida y hasta ayuda con la limpieza³⁵⁰⁸; y recientemente, hemos incorporado a Sophia en la lucha contra el Covid-19³⁵⁰⁹.

En cuarto lugar, estarían los robots que funcionan como producto sanitario. A modo de ejemplo podrían ser los exoesqueletos externos como el caso de Hank en España³⁵¹⁰; o las “órtesis activas” que son dispositivos biónicos que potencian las capacidades del cuerpo, como puede ser Mak, la rodilla biónica que acorta el tiempo de recuperación tras la cirugía³⁵¹¹. Y, en este mismo sentido, encontraríamos los robots que actúan desde dentro del organismo, por ejemplo, existen nanorobots del tamaño de un glóbulo blanco que es capaz de conducir e inocular un medicamento en un lugar específico del cuerpo humano. Pero, sin duda los biobots son el futuro dentro de los tratamientos médicos³⁵¹².

En el otro extremo, funcionando como una auténtica farmacéutica dentro de los hospitales estaría Intellifil IV que se encarga de preparar los medicamentos con exactitud³⁵¹³. Sin embargo, por ahora lo más revolucionario en esta materia es la piel electrónica diseñada a través de nanomateriales que permiten responder a estímulos que podrían controlar la presión arterial, o la toma de temperatura. Estos avances pueden cambiar el

³⁵⁰⁶ Vide <https://convertidor.mobi/robot-robear-riken-japon/>

³⁵⁰⁷ Vide <https://grupoadd.es/el-robot-giraff>

³⁵⁰⁸ Vide <https://grupoadd.es/el-robottug#:~:text=TUG%20Robot%20es%20un%20robot, los%20centros%20sanitarios%20y%20hospitales.&text=El%20robot%20TUG%20lleva%20a,cuidado%20y%20tratado%20del%20paciente.>

³⁵⁰⁹ Vide “Sophia, el robot 'social' que ayudará contra la pandemia cuidando a ancianos y enfermos de coronavirus”, https://www.antena3.com/noticias/tecnologia/sophia-el-robot-social-que-ayudara-contr-la-pandemia-cuidando-a-ancianos-y-enfermos-de-coronavirus_20210125600e6d57a81ee90001d4d512.html

³⁵¹⁰ Vide Inma MOSCARDÓ, “Hank, el exoesqueleto portátil que ayuda a volver a caminar”, *El País Digital*, 21 de agosto de 2019.

³⁵¹¹ Vide Nuria RAMÍREZ DE CASTRO, “Mak, la rodilla biónica que acorta el tiempo de recuperación tras una cirugía”, *ABC Digital*, 20 de julio de 2020.

³⁵¹² Vide Manuel ANSEDE, “Creadas por primera vez “máquinas vivientes” con células animales”, *El País digital*, 14 de enero de 2020, pp. 1 y ss.

³⁵¹³ Vide <https://www.vix.com/es/btg/tech/14042/5-robots-que-ya-estan-revolucionando-la-medicina>

desarrollo del resto de la robótica en general, pero, especialmente, en el diseño de prótesis de nueva generación³⁵¹⁴.

En quinto lugar, estaría la inteligencia artificial y los robots programáticos que ayuden a una mejor gestión de los recursos y de organización de la actividad sanitaria. Dentro de estos se distinguiría la organización profesional propiamente dicha y, por otro lado, aquellos que se encarguen de analizar los datos clínicos para aportar mejores resoluciones. Estas tecnologías pueden ayudar a la planificación sanitaria para ahorrar costes al sistema. Así, estas podrían valorar las necesidades de salud de la población estableciendo un programa de asistencia sanitaria adecuado a las necesidades de cada lugar en el que actúen. La idea es fijar unas metas y objetivos concretos dentro de ese plan, para ello las medidas adoptadas deben ser pertinentes y útiles, precisas, comprensibles, realizables y valorables. En este sentido, estas tecnológicas son especialmente útiles para evaluar el programa y el rendimiento o efectividad que está teniendo en la población.

Dentro de esta clasificación he dejado fuera los robots que mayor revolución pueden suponer dentro de la medicina, puesto que, aunque no son una fantasía o una ilusión, si que están mucho más lejos de poder alcanzarse: es el caso de los ciborgs. El estado de la ciencia no permite hablar de estos de forma tan liviana como con el resto, pero estas tecnologías son las que mayor problemática van a ocasionar entre las relaciones de los humanos. Hasta el momento, los límites éticos de la robótica parecen estar muy claros, y parece indiscutible que un robot asistencial ayuda a simplificar las funciones que se venían realizando, y que, por tanto, se puede (debe) incorporar al sistema sanitario. Sin embargo, cuando hablamos de incluir prótesis que permitan salirse de los parámetros aceptados de normalidad en las intervenciones humanas, la situación se complica. Me refiero a si sería correcto implantar a una persona un chip que le permitiera mejorar su memoria, un exoesqueleto interno que posibilitara que corriera más rápido, o una interfaz para conectarse directamente a Internet.

En este sentido, los límites de estas intervenciones deberán marcarse desde el Derecho, mediante un consenso social suficiente de hasta dónde queremos llegar en la evolución. El problema es que al ritmo que evolucionan estas tecnologías, y teniendo en

³⁵¹⁴ *Vide* <https://www.infosalus.com/salud-investigacion/noticia-desarrollan-piel-electronica-interesante-futuro-protesis-medicina-personalizada-robotica-20201130075033.html>

cuenta la calma que se toma el Derecho para adoptar resoluciones, si este tarda demasiado en establecer las fronteras, lo mismo cuando nos demos cuenta han sido impuestas por otros que no son los poderes públicos.

C. Los derechos de los pacientes.

La incorporación de estas tecnologías dentro del ámbito sanitario también puede afectar a determinados derechos de los pacientes, especialmente, a lo que se refiere a la limitación de la autonomía de sus decisiones, y al derecho de información del paciente.

En primer lugar, la automatización del procedimiento sanitario implica que de forma previa se elabore un perfil anonimizado sobre las condiciones sanitarias del paciente. A partir de este perfil que se configura gracias al Big Data sanitario, el algoritmo propone la adopción de determinadas decisiones en función de la evolución de la salud del paciente. Si bien es cierto, con posterioridad, será el profesional sanitario competente el que individualice la decisión que propone el algoritmo para cada paciente, atendiendo a sus características individuales o singulares³⁵¹⁵. En este sentido, los derechos derivados de la autonomía del paciente se pueden ver lesionados en tanto que, una vez que se le incorpora dentro de una categoría o perfil de tratamiento, tenga que aceptar las decisiones que propone el algoritmo y que, de alguna manera, obliguen al profesional sanitario a aplicarlas³⁵¹⁶. O que, por el contrario, el médico se limite a realizar aquello que dispone el algoritmo sobre el tratamiento sin escuchar al paciente, perdiendo la autonomía de sus decisiones.

En este sentido, uno de los principales riesgos que se corren con estas tecnologías está relacionado con que el algoritmo que debe proponer el tratamiento o cuidados relativos al individuo decida que no es recomendable una determinada actuación. Por ejemplo, imaginemos la negación de un tratamiento oncológico a un paciente en base

³⁵¹⁵ Vide Alberto PALOMAR OLMEDA, “Sujeciones físicas y farmacológicas. Razones para su prescripción. Derechos afectados y legalidad aplicable”, en Juan Francisco Pérez Gálvez, *La seguridad del paciente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 178: «En estos casos, la valoración individualizada del afectado ha de realizarse, al menos, en torno a los siguientes elementos: la capacidad funcional, la capacidad cognitiva, la situación psicoafectiva, sus necesidades, sus riesgos potenciales y las posibles alternativas válidas al uso de sujeciones, que de casi siempre existen, para en función de todo estos parámetros decidir de una forma reflexiva, científica y ponderada, la conveniencia o no de aplicar sujeciones físicas o farmacológicas a la persona»

³⁵¹⁶ Vide Eduardo OSUNA CARRILLO DE ALBORNOZ, “Asistencia sanitaria y avances científicos tecnológicos en un ámbito multicultural”, en Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, *Retos y propuestas para el sistema de Salud*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 381

simplemente a que el algoritmo entiende que el cáncer está fuera de los parámetros de normales para asegurar el éxito de la intervención. En consecuencia, se corre el riesgo de que sea la tecnología la que niegue un tratamiento por no entender que no es adecuado asumir ese riesgo, sin que exista una intervención humana que decida si efectivamente el riesgo se puede o no asumir por el paciente. Por ello, tal y como manifiesta la doctrina, se debe rechazar que una decisión de asistencia se base exclusivamente en perfiles elaborados por el Big Data y la toma de decisiones de forma exclusivamente automatizadas, sobre todo, si conduce a la negación del tratamiento sin ofrecer a cambio uno menos eficaz, pero indicado como alternativa³⁵¹⁷.

A modo de ejemplo, destaca un estudio desarrollado por la Universidad de Stanford destinado a mejorar el acceso a los cuidados paliativos de los pacientes. Para el estudio el algoritmo tenía en cuenta los datos de la historia clínica³⁵¹⁸, el diagnóstico, la cantidad de días de hospitalización, los medicamentos recibidos o la edad del paciente, para medir la tasa de mortalidad en un período de 3 a 12 meses. Y, a partir de estos, se decidían que pacientes eran aptos para los cuidados paliativos³⁵¹⁹. La comunidad científica lo ha denominado “el algoritmo de la muerte”, puesto que, prácticamente, sentenciaba quién tiene derecho o no recibir los cuidados paliativos³⁵²⁰. El problema es que, tal y como señala la doctrina, se puede dar el caso de que los pacientes decidan ocultar sus datos clínicos para no ser objeto de este tipo de tratamiento de datos. En este sentido, los médicos suelen ser mucho más positivos en lo que se refiere a la recuperación de los pacientes, la prueba de ello es que proponen a mayor número de personas para ese tipo de cuidados³⁵²¹.

³⁵¹⁷ Vide Carlos M. ROMEO CASABONA, y otros, “Retos éticos y necesidades normativas en la actividad asistencial” en *Medicina Personalizada de Precisión*, Fundación Instituto Roche, 2018, p. 73.

³⁵¹⁸ Vide Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “El conjunto mínimo de datos de los informes de la historia clínica en el Sistema Nacional de Salud español”, *AIDA-Opera Prima de Derecho Administrativo (Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo)*, 8, (2010), p. 433: «Su naturaleza jurídica se determina al entender que es un expediente, administrativo o no, dependiendo del sujeto emisor y responsable de la misma. En el primer caso, le serán aplicables todos los preceptos de la LRJPAC».

³⁵¹⁹ Vide Anand AVATI, et al., “Improving palliative care with deep learning”, *BMC Med Inform Decis Mak*, 18, 4, (2018), p. 122.

³⁵²⁰ Vide Siddhartha MUKHERJEE, “¿Podremos lograr que las computadoras presenten nuestra muerte?”, *The New York Times*, 2018. Disponible en: <https://www.nytimes.com/es/2018/01/08/podremos-lograr-que-las-computadoras-presenten-nuestra-muerte/>

³⁵²¹ Vide Carlos M. ROMEO CASABONA y Guillermo LASCOZ MORATINOS, “Inteligencia artificial aplicada a la salud: ¿qué marco jurídico?”, *Revista Derecho y Genoma Humano*, 52, (2020), p. 164.

En segundo lugar, si se utiliza la inteligencia artificial para adoptar resoluciones de carácter sanitario tiene que acrecentarse las garantías respecto del derecho a la información del paciente. En este sentido, el derecho a la información paciente se encuentra recogida en la ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, en el artículo 4.1:

«Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias».

Pero, es que, además, el artículo añade en el apartado 2:

«La información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales, será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad».

En consecuencia, la información que se le ofrece al paciente debe ser aportada de forma clara, objetiva y adecuada a las circunstancias concretas de cada caso³⁵²² En este sentido, existe un consenso en la doctrina de que la información debe ser inteligible para el paciente³⁵²³. Así, la jurisprudencia rechaza el uso de formularios genéricos, como medio para informar a los pacientes sobre su estado de salud, el tipo de intervención o los riesgos a los que se exponen con el tratamiento³⁵²⁴.

³⁵²² Vide Juan Luis BELTRÁN AGUIRRE, “La información en la Ley General de Sanidad y en la jurisprudencia”, *Revista Derecho y Salud*, 3, (1995), p. 174.

³⁵²³ Vide Javier HERNÁNDEZ GARCÍA, “Derecho a la información y autonomía del paciente oncológico”, *Revista Derecho y Salud*, 1, 11, (2003), p. 42.

³⁵²⁴ Vide STSJ de Valencia de 24 de diciembre de 2003.

Este derecho habrá que hacerlo compatible con el uso de la inteligencia artificial en las decisiones de carácter sanitario, en tanto que, habrá que explicarle al paciente los motivos o razones que llevan a su sistema de funcionamiento a adoptar una resolución en uno o en otro sentido³⁵²⁵. En este sentido establece la doctrina que el derecho la información debida,

«no es tanto en obtener el consentimiento escrito (el documento firmado) o verbal del paciente, como el deber del médico responsable de facilitar al paciente la información disponible para que, con suficiente conocimiento pueda elegir»³⁵²⁶.

Así, como ha determinado la jurisprudencia, el deber de informar consiste:

«Es un acto que debe hacer efectivo con tiempo y dedicación suficiente y que obliga tanto al médico responsable del paciente, como a los profesionales que la atiendan durante el proceso asistencial, a fin de que pueda adoptar la solución que más interesa a su salud. Y hacerlo de una forma comprensible y adecuado a sus necesidades, para permitirle hacerse cargo o valorar las posibles consecuencias que pudieran derivarse de la intervención sobre su particular estado, y en su vista elegir, rechazar o demorar una determinada terapia por razón de sus riesgos»³⁵²⁷.

En consecuencia, el principio de transparencia algorítmica se torna trascendental para asegurar de forma adecuada los derechos de los pacientes. No obstante, la doctrina entiende que se ha producido una escisión del derecho a la información clínica, que está

³⁵²⁵ Vide Laura DRECHSLER y Juan Carlos BENITO SÁNCHEZ, “The Price is (not) right: data protection and discrimination in the age of Pricing Algorithms”, Revista Europea de Derecho y Tecnología, 9, 3, (2018), p.309: *«la información debe incluir alguna orientación significativa sobre el funcionamiento del algoritmo, incluso si es más genérico. Esto podría significar, por ejemplo, que un sujeto sometido a una puntuación de crédito recibe información sobre qué conjuntos de datos se consideran de manera positiva y qué conjunto de datos se consideran de manera negativa para su nivel crediticio...Si bien esto nunca puede garantizar una predicción completa del resultado, puede ayudar al individuo a comprender por qué el resultado es como es»*

³⁵²⁶ Vide Alberto PALOMAR OLMEDA, “Sujeciones físicas y farmacológicas. Razones para su prescripción. Derechos afectados y legalidad aplicable”, en Juan Francisco Pérez Gálvez, *La seguridad del paciente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 183.

³⁵²⁷ Vide STS 1396/2006, de 21 de diciembre, FJ3.

más relacionado con el derecho a la explicación sobre las razones que motivan las decisiones sanitarias cuando se utilice la inteligencia artificial³⁵²⁸.

Sin lugar a duda, la utilización de la inteligencia artificial puede dañar los derechos consolidados de los administrados, por lo que habrá que prever las garantías legales suficientes para que esto no suceda³⁵²⁹. No obstante, es cierto que el estado actual de la ciencia impide que se pueda hablar de que son comportamientos que ya están produciendo, teniendo en cuenta que la mayoría de los hospitales se encuentra en el proceso de conversión electrónica. Por ello, aún no ha llegado el momento en que se vea cuestionada la autonomía del personal sanitario en la toma de decisiones, ni tampoco los derechos de los pacientes a decidir sobre sus intervenciones y a recibir información inteligible sobre el uso de estas herramientas. Sin embargo, si se pretende apostar por la conversión digital del sistema sanitario, es necesario que se instauren garantías legales suficientes antes de que se produzcan situaciones discriminatorias o violaciones de derechos.

D. El régimen de la responsabilidad.

El régimen jurídico de responsabilidad de estas nuevas tecnologías está complementado por determinar tal y como se ha expuesto en los antecedentes. En mi opinión, lo primero que hay que esclarecer es si se trata de un producto sanitario³⁵³⁰, donde el ejemplo más evidente serían las prótesis robóticas o los robots de tratamiento. O si, por el contrario, estamos ante un sujeto que actúa de forma independiente y de conformidad con sus propios criterios, es decir, un ser “inteligente”. Este es el punto de partida para establecer un régimen jurídico de responsabilidad coherente. Por esta razón,

³⁵²⁸ Vide Carlos M. ROMEO CASABONA y Guillermo LASCOZ MORATINOS, “Inteligencia artificial aplicada a la salud: ¿qué marco jurídico?”, *Revista Derecho y Genoma Humano*, 52, (2020), p. 156.

³⁵²⁹ Vide Javier NÚÑEZ SEOANE, “El derecho de información y acceso al funcionamiento de los algoritmos que tratan datos personales”, en Alejandro HUERGO LORA y Gustavo Manuel DÍAZ GONZÁLEZ, *La regulación de los algoritmos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020, p. 304.

³⁵³⁰ Vide Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, artículo 2.1: «cualquier instrumento, dispositivo, equipo, programa informático, materia u otro artículo, utilizado solo o en combinación, incluidos los programas informáticos destinados por su fabricante a finalidades específicas de diagnóstico y/ terapia y que intervengan en su buen funcionamiento, destinado por el fabricante a ser utilizado en seres humanos, solo o en asociaciones con otros, con fines de: diagnóstico, prevención, seguimiento, tratamiento o alivio de una enfermedad, (...) o de una lesión o discapacidad, (...) o de investigación, sustitución o modificación de la anatomía de un proceso fisiológico, o de la regulación de la concepción».

prácticamente la mayoría de los robots citados anteriormente deberían tener la consideración de producto sanitario, en tanto que, aún no hemos llegado a esa máquina sofisticada capaz de tomar decisiones por sí mismos.

Y, este régimen jurídico está perfectamente determinado ya en nuestro ordenamiento jurídico. El régimen de los productos defectuosos se rige por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. En este sentido, la peculiaridad de los productos sanitarios hace que no sólo se califiquen de defectuosos cuando producen un daño, sino que, basta con que exista un riesgo para adquirir tal calificación³⁵³¹. En esta línea, se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencia de 5 de marzo de 2015³⁵³². Y, en lo que se refiere a la responsabilidad de la Administración por el uso de estas tecnologías³⁵³³, hasta el momento, la responsabilidad patrimonial se ha negado por la jurisprudencia, en tanto que sus funciones se limitan al control de la calidad y autorizar su comercialización³⁵³⁴. Además, hay que tener en cuenta que estamos ante un supuesto de riesgos desconocidos en todo caso³⁵³⁵.

Por ahora, son sólo instrumentos o herramientas que facilitan o mejoran la actividad laboral de los profesionales sanitarios. Ni si quiera Sofía que es el robot más

³⁵³¹ Vide Sonia RAMOS GONZÁLEZ y Marian GILI SALDAÑA, “El productor implantable que presenta un riesgo anormal de avería es defectuosa, aunque no haya causado daño físico alguno y su fabricante es responsable de los perjuicios relacionados con la operación quirúrgica de sustitución del producto”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 15, (2015), p. 193.

³⁵³² Vide STJUE de 5 de marzo de 2015, Boston Scientific Medizintechnik GmbH y AOK Sachsen-Anhalt — Die Gesundheitskasse (Asunto C-503/13), párrafo 55: «De todas las consideraciones anteriores se desprende que procede responder a la segunda cuestión que los artículos 1 y 9, párrafo primero, letra a), de la Directiva 85/374 deben interpretarse en el sentido de que el daño causado por una operación quirúrgica en la que se sustituye un producto defectuoso, como un marcapasos o un desfibrilador automático implantable, constituye «daños causados por muerte o lesiones corporales», de los que es responsable el productor, cuando dicha operación sea necesaria para eliminar el defecto del producto considerado. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si en los litigios principales se cumple este requisito».

³⁵³³ Vide Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “Régimen jurídico de la evaluación de las tecnologías sanitarias y de la red de autoridades y órganos responsables”, en Josefa CANTERO MARTÍNEZ (Directora), *La liberalización de la asistencia sanitaria transfronteriza en Europa*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2017, pp. 510 y ss.

³⁵³⁴ Vide M^a Ángeles PARRA LUCÁN, “Responsabilidad por los efectos indeseables de los medicamentos”, *Revista CESCO de Derecho de consumo*, 10, (2014), pp. 5 y ss.

³⁵³⁵ Vide Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “La evaluación de las tecnologías sanitarias y la creación de una red de autoridades u órganos responsables”, en Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, *Profesionales de la salud. Problemas jurídicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 231 y ss.

desarrollado, por el uso que se le va a dar dentro de los hospitales de realización de tareas sencillas, y bajo la dirección de un ser humano, va a suplir la actividad esencial que desarrollan estos profesionales. Efectivamente, Sofía se puede equivocar tomando la temperatura de determinados pacientes porque fallen los sensores térmicos; puede cometer errores recogiendo muestras y perdiéndolas; o puede equivocarse en el suministro de medicamentos. Pero, estos parecen más fallos humanos que problemas robóticos.

Hay que ser conscientes de que esta no es la robotización que se espera de los hospitales en los próximos veinte años. Todo lo expuesto anteriormente es sólo la base sobre la que se va a desarrollar, pero aún queda un mundo completo por descubrir. Así, sólo en el caso de la robótica y la inteligencia artificial adquieran una personalidad jurídica específica podríamos determinar ese régimen jurídico en otros términos distintos a los vigentes. En este sentido, me remito al epígrafe de esta tesis destinado a esclarecer el régimen de responsabilidad patrimonial ante los daños derivados por el uso de estas tecnologías.

4.4.La asistencia sanitaria como sector productivo estratégico.

Aunque la importancia que este sector tiene en la sociedad debería ser motivo suficiente para que los poderes públicos prioricen la gestión de los restos que presenta, hay otros factores que deben ser tenidos en cuenta. Por ejemplo, el ámbito de la salud es un sector protagonista en la economía productiva³⁵³⁶, en tanto que, a su alrededor se generan un alto porcentaje de empleos cualificados. No obstante, las actividades sanitarias no sólo comportan la prestación de los servicios por los profesionales, sino también, todo lo relacionado con la industria farmacéutica y las actividades de I+D+I³⁵³⁷.

Si algo ha puesto de manifiesto otra crisis (esta vez la provocado por la enfermedad del Covid-19) es la falta de infraestructuras de España para producir productos sanitarios. En general, el sector industrial en España ha caído considerablemente en los últimos años, siendo el pico más elevado de representación

³⁵³⁶ Vide Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “Prólogo” en Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ (Dir), *Salud electrónica (Perspectiva y realidad)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

³⁵³⁷ Vide Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “El cierre de grandes corporaciones o franquicias en España: una crisis sanitaria que deja indefensos a los ciudadanos”, en Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, *Retos y propuestas para el sistema de Salud*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 37.

antes de que se vendiera la empresa SEAT al grupo Volkswagen. El primer varapalo durante la crisis del Covid-19 fue la carencia de mascarillas y otros equipos de protección (especialmente, los EPIS) para proteger a los sanitarios que luchaban contra la pandemia. Algunas empresas españolas pudieron reconvertir su sistema productivo pasando de producir colchones y almohadas a la fabricación de más de un millón de mascarillas al día³⁵³⁸. No obstante, nuestro país tuvo que comprar la mayor parte del material sanitario a China, por un valor de unos 432 millones de euros sólo en una primera adquisición, aunque luego habría que realizar otras compras³⁵³⁹.

Después, llegó con la falta de respiradores mecánicos suficientes para abastecer las necesidades de la pandemia. Incluso, se llegó a pedir colaboración a la población para que aquellos que tuvieran unas gafas especiales de buceo de un determinado grupo comercial las donaran a los hospitales. Este modelo concreto permitía a través de la tecnología de impresoras 3D convertirlas en respiradores artificiales³⁵⁴⁰. De forma coetánea, sucedió lo mismo con los test para la detección del virus, hubo que adquirirlos fuera del mercado español, por la incapacidad de nuestro país para producirlos.

Y, el último ejemplo, y más reciente, es la imposibilidad de la industria española para producir las vacunas que protegen contra el SARS-CoV-2. Es incomprensible que con la cantidad de personal cualificado que produce nuestro sistema educativo, el sistema no genere los puestos de trabajo para abordar este tipo de actividades económicas. El personal sanitario³⁵⁴¹ formado en España es acogido con los brazos abiertos y bien remunerado por los países ricos de la Unión Europea y el Reino Unido. Así, es como estamos permitiendo que el personal cualificado que forma el sistema no genere riqueza en nuestro país, y que tengan que emigrar para encontrar condiciones “dignas” de trabajo. En consecuencia, invertir en salud no puede reducirse a la conclusión de que esto genera un gasto para las arcas del Estado, hay que pensar desde una perspectiva más amplia ¿de qué manera repercute finalmente esa inversión?

³⁵³⁸ Vide Ignacio MIRANDA, “Y Béjar reinventó su potencial textil”, *ABC Digital*, 24 de septiembre de 2020.

³⁵³⁹ Vide Miguel Ángel MEDINA, “España compra material sanitario a China por valor de 432 millones de euros”, *El País Digital*, 25 de marzo de 2020.

³⁵⁴⁰ Vide Raquel VILLAÉCIJA, “Decathlon bloque la venta de máscaras de buceo para donarlas a hospitales”, *El Mundo Digital*, 26 de marzo de 2020.

³⁵⁴¹ Vide Vera PARISIO, “Le professioni sanitarie in Italia tra efficienza e equità della prestazione sanitaria”, en Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, *La seguridad del paciente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 441 y ss.

Mi pregunta es ¿si somos productores de personal sanitario cualificado porque no aprovecharlo para convertirlo en un sector estratégico de nuestra economía? El Sistema Sanitario español se ha convertido en un modelo referente de gestión pública por la alta calidad de los servicios y la excelencia de su personal, ¿por qué no convertirnos en un referente internacional de provisión y cuidados de la salud? El Estado debe fomentar el desarrollo de actividades económicas relacionadas con la innovación y el progreso tecnológico en la salud.

El objetivo es convertir el país en líder mundial en prestar servicios especializados de asistencia sanitaria a la vanguardia del progreso, convirtiendo nuestro país en exportadores de “salud”. En este sentido, me refiero con diseñar los mejores programas de procesamiento de datos en materia de salud, sistemas de almacenamiento de información, diseño de algoritmos de detección de enfermedades, o modelos de gestión más eficientes. Pero, también incluir el desarrollo de las mejores técnicas en materia de nanotecnología, robótica y biotecnología aplicada al ámbito sanitario. España cuenta con la experiencia y los profesionales cualificados para exportar este producto, convirtiéndolo en un sector estratégico de desarrollo económico.

CAPÍTULO CUARTO

EL ESTADO DE BIENESTAR 4.0: BASES Y REFORMA PARA SU SOSTENIBILIDAD

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

I. La concepción del Estado provisor de una calidad de vida y bienestar a sus ciudadanos es la consecuencia de un extenso y paulatino proceso de implementación que difiere de unos países a otros. Además, ni siquiera las causas que promueven su concreción se producen en un espacio-tiempo concreto al unísono, sino que varían dependiendo de las regiones, incluso dentro de un mismo Estado.

En consecuencia, la determinación del modelo de protección social que se ha establecido en cada país está relacionado con factores tan diversos como su historia, el modelo de mercado, el progreso de la sociedad y sus necesidades, y el gasto público que se ha invertido en su desarrollo.

The conception of a State provider of welfare and quality of life to their citizens results from an extensive and gradual process of implementations different from one country to another. In this sense, not even the causes that promote its realization occur in a specific space and time in unison, but they vary depending on the regions, even within the same State.

Consequently, the determination of a social protection model, established in every country, is related to some factors as diverse as its history, economic market, society progress and its needs, and the public expenditure invested in its development.

II. El Estado de Bienestar es una figura dinámica que ha sufrido enormes transformaciones desde su origen para adaptarse a las necesidades y los cambios que solicitaba la sociedad, cada vez más complejos y técnicos. Los ciudadanos cada vez más instan al Estado a que aumente la prestación y la calidad de los servicios que desarrolla, lo que, por contrario, representa un problema de equilibrio entre el presupuesto público y

las demandas de los ciudadanos. En consecuencia, su expansión ha estado condicionada, en parte, por la inversión pública que se ha realizado al respecto.

The Welfare State is a dynamic figure which has suffered huge transformations since its origins in order to adapt itself to the changes and necessities society demanded, increasingly complex and technical. Citizens more and more urge the State to raise the provision and the quality of the services it develops, which, on the contrary, represents a balance problem between the government budget and the claims of the citizens. As a consequence, its expansion has been conditioned, in part, by the public inversion carried out in this regard.

III. La organización de los trabajadores instando al Estado a una mayor intervención en la resolución de la cuestión social, a través de la prestación de determinados servicios, se constituye en el primer eslabón que posibilita la configuración del Estado de Bienestar actual. De este modo, el establecimiento de un conjunto de derechos sociales, cuyas características obligaban al desarrollo de actuaciones concretas por parte del Estado es la base de la constitución progresiva de los pilares que configuran el Estado de Bienestar.

De este modo, a partir de la firma del Tratado de París en 1945, la necesidad de intervención de los Estados en la resolución de la cuestión social se intensifica, por lo que todos los Estados aumentan su participación en la provisión del bienestar. Así, el Estado intervencionista se convierte en la fórmula de organización de las relaciones, aumentando su actividad ordenadora y prestando una lista creciente de servicios que habían sido llevados a cabo históricamente por el sector privado.

Workers' organization urging the State to a greater involvement in the social issue resolution, through the provision of certain services, becomes the first link that allows the configuration of the current Welfare State. In this sense, the establishment of a set of social rights, whose characteristics forced the development of specific performances by the State, are the base for the progressive constitution of the configuring pillars in the Welfare State.

Thereby, from the signing of the Treaty of Paris in 1945, the need of intervention from the States in social issues' resolution intensifies, so all States increase their participation in the enhancement of the welfare. In this way, the interventional State turns into the way of relating, increasing its ordering activity and providing a growing list of services that historically had never been carried out by the private sector.

IV. La primera estructura de provisión de bienestar social a los trabajadores se encuentra en el Estado de Bismarck o socialdemócrata de la Alemania prusiana a finales del S. XIX que garantizaba el seguro obligatorio de enfermedad, de accidentes y de vejez o invalidez total. Además, mediante la Constitución de Weimar en 1919, se formalizan los primeros derechos de carácter social como la protección de la salud, la seguridad social, el derecho al trabajo, o a la colaboración entre obreros y empresarios para la determinación de las condiciones laborales. Huelga decir que, este sistema no puede calificarse como auténticamente de un Estado de Bienestar, en tanto que, no existía un sistema democrático con las garantías propias de los derechos individuales.

Por esta razón, el primer modelo que cumple con las garantías necesarias para ser considerado como tal es el sistema de protección que instaura el Reino Unido a partir del informe Beveridge en 1942. Entre las medidas que se acuerdan se reconoce el derecho a la educación gratuita hasta los quince años, la configuración de un Sistema Nacional de Salud, la concreción de distintas prestaciones de la seguridad social (como de enfermedad, accidentes o de vejez), y de asistencia social y prestaciones familiares.

The first social welfare providing structure is found in the Bismarck or social-democratic State of Prussian Germany at the end of the 19th century, which provided the compulsory health insurance in case of illness, accidents, old age and total disability. Therefore, by means of the Weimar Constitution in 1919, the first social rights were formalised, such as health protection, social insurance, the right to work, or the collaboration between workers and employers for the determination of the labour conditions. Needless to say, that this system can't be considered a genuinely Welfare State, while there was not a democratic system with its own guarantees of individual rights.

For this reason, the first model that assures the necessary guarantees to be considered as such is the protection system established by the United Kingdom after the Beveridge Report in 1942. Among the adopted measures, it is recognized the right to a free education until 15 years old, the configuration of a National Health System, the implementation of different social insurance allowances (illness, accidents or old age), and social assistance and family allowance.

V. Las crisis económicas globales han afectado al desarrollo de los Estados de Bienestar, obligando a los Estados a reestructurar sus bases y las prestaciones que venían implementando. En este sentido, destacan especialmente tres momentos concretos. En primer lugar, la crisis del petróleo que confluye con la incorporación del neoliberalismo económico y la llegada de la globalización, donde las altas tasas de desocupación y el abultado déficit estatal obligan a modificar las estructuras del Estado de Bienestar. En segundo lugar, la crisis económica de los años noventa, en la que se dan idénticos supuestos. Y, finalmente, el período de recesión económica a partir la quiebra de Lehman Brothers que obliga, en algunos países, a un retroceso general del bienestar social y la implantación de medidas austeras de protección. Esta crisis llega, en algunos casos, a colapsar sus instituciones, obligando a redefinirlo y reestructurarlo.

The global economic crisis had affected the development of the Welfare States, forcing them to reshape their foundations and the services they developed. In that sense, particular note are three specific moments. In the first place, the fuel crisis that converges with the incorporation of the economic neoliberalism and the advent of globalization, where the high unemployment rates and the bulky State deficit compel to modify the Welfare State structures. In the second place, the 90's economic crisis, in which the same assumptions are found. And finally, the economic recession period, starting with the Lehman Brothers bankruptcy, which requires in some countries a general decline of the social welfare and the deployment of austerity measures. This crisis reaches to, in some cases, collapse its institutions, forcing to redefine and restructure them.

VI. La clasificación general de los modelos de protección social es la que establece Gosta Esping-Andersen, según el cual se reconocen tres modalidades distintas:

corporativista, liberal y socialdemócrata. La diferenciación entre estas clases se halla en el grado de implicación que tengan el Estado, el mercado y la familia en la configuración del Estado de Bienestar. No obstante, a esta clasificación se ha sumado una nueva categoría que solía identificarse como un subtipo de los regímenes corporativistas: el modelo mediterráneo.

El modelo mediterráneo se identifica con la estructura de provisión de bienestar en España. Este modelo se erige siguiendo los caracteres del modelo corporativista, pero en el que el Estado asume un papel más intervencionista en la provisión de la protección social, comprometiéndose a prestar servicios y ayudas a partir de las redes familiares que lo configuran. Además, en materia asistencial este modelo se caracteriza por la falta de coordinación y la fragmentación en la prestación de los servicios que, en muchos supuestos, funciona como una red clientelar.

The general classification of social protection models is the one established by Gosta Esping-Andersen, according to whom we can recognize three different regimes: conservative, liberal and social democratic. The difference between these regimes is found in the grade of implication of the State, the market and the family in the Welfare State configuration. Nonetheless, to this classification has joined a new category that used to identify as a subtype of the conservative regimes: the Mediterranean regime.

The Mediterranean regime identifies itself with the welfare provision in Spain. This model is built following the characteristics of the conservative model, but the State assumes a more interventionist role in the provision of social protection, committing to provide services and aid starting in the familiar networks that configure it. Besides, with regard to wellbeing, this regime is characterized for the lack of coordination and fragmentation in the service provision that, on many occasions, acts as a patronage network.

VII. En España, durante el S. XIX predominó el Estado asistencial residual a través de la beneficencia pública a los más necesitados. El desarrollo de esta actividad era proveído por instituciones locales que, apenas sin recursos, prestaban determinados servicios, pero más con el objetivo de salvaguardar el orden público, que como el reconocimiento de un auténtico derecho de los ciudadanos. Mientras que, en lo que se

refiere a la protección de los derechos sociales de los obreros eran las mutuas obreras, junto el ahorro privado y la caridad, los que salvaguardaban sus intereses.

La Constitución de 1812 supone el precedente que rompe con el régimen anterior recogiendo los derechos sociales en su articulado, e incorporando la provisión del bienestar como el objetivo que debe cumplir el Gobierno. No obstante, los cambios que ésta introduce se ven frustrados por el regreso de la monarquía absoluta, lo que ralentiza el proceso de transformación. De este modo, de forma progresiva, las Administraciones Públicas irán asumiendo la gestión de determinados servicios públicos que eran desarrollados históricamente por la iniciativa privada. Y, a la vez, las diputaciones y los municipios adquieren mayor protagonismo en la gestión de la asistencia ciudadana. De este modo, comienzan a definirse los pilares que configuran el Estado de Bienestar donde destacan la Ley de Beneficencia de 1849; la Ley de Sanidad de 1855; o la Ley de Instrucción Pública de 1857.

In Spain, during the 19th century, the remaining Welfare State dominated through the public charity to the most in need. The development of this activity was provided by local institutions that, with hardly any resources, provided certain services, but more with the goal of safeguarding the public order than the determination of an authentic right for the citizens. Whereas, referring to the workers' social rights protection, the workers insurances, along with the private investment and charity, were the ones that preserved their interests.

The Constitution of 1812 is the precedent that breaks with the former regime, collecting social rights in its articles and incorporating the welfare provision as an aim that must be fulfilled by the Government. Nevertheless, the changes introduced by it were frustrated by the return of the absolutist monarchy, what slowed down the transformation process. In this way, in a progressive way, the Public Administrations would assume the management of certain public services that where historically developed by the private sector. And at the same time, the provincial councils and municipalities acquire a greater role in the citizens' assistance management. Thereby, we begin to elucidate the pillars that configure the Welfare State, where we can highlight the 1849 "Ley de Beneficencia"; the 1855 "Ley de Sanidad"; or the 1857 "Ley de Institución Pública".

VIII. La situación de declive del Estado y las tensiones del pueblo por la resolución de la cuestión social obliga a que principios del S. XX se inicien las reformas necesarias para establecer un sistema de protección coherente de los trabajadores. Para ello, se configura el Seguro de Accidentes de Trabajo, el Instituto Nacional de Previsión y el Retiro Obrero, gestionados por las mutuas de socorro. Éstas serán las instituciones de las que se sirva la dictadura para desarrollar la protección social de los trabajadores, sobre la que destaca la configuración del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI).

No obstante, durante esta época se producen tímidas (y obligadas) reformas del sistema hasta la promulgación de la Ley de Bases de la Seguridad Social de 1963 mediante la que se unifican los seguros sociales, la financiación de las prestaciones y la gestión del sistema. Esta ley realiza consideraciones tanto de las políticas de seguridad social, como sanitarias y en materia asistencial. Mientras que, en materia de educación será el ministro Villar Palasí quién acometa la reforma más importante mediante la promulgación Ley General de Educación en 1970 que asentará las bases del sistema educativo español.

The State declining situation and people's tension due to the social issue resolution compels in the early 20th century to initiate the necessary reforms to establish a coherent protection system for workers. In this sense, are configured the "Seguro de Accidentes de Trabajo", the "Instituto Nacional de Previsión" and the "Retiro Obrero", managed by the "mutuas de socorro". These were the institutions used by the Dictatorial State in order to develop the workers' social protection, where stands out the configuration of the "Seguro Obligario de Vejez e Invalidez (SOVI)".

However, during this period took place some timid (and obligated) reforms of the system, until the promulgation in 1963 of the "Ley de Bases de la Seguridad Social", through which social insurance, funding of benefits and system management unify. This law makes considerations about the social safety policies, and the health and welfare assistance. Whilst, in the area of education, the minister Villar Palasí would undertake the most important reform through the promulgation of the "Ley General de Educación" in 1970, that would lay the foundations of the Spanish educational system.

IX. La Constitución de 1978 es la plasmación de un gran pacto social entre los españoles por la que se implanta el modelo de Estado Social y Democrático de Derecho que sirve de base para desplegar el Estado de Bienestar. La Carta Magna implica a la vez el reconocimiento de dos generaciones de derechos. Por un lado, instaaura un sistema democrático y establece las garantías necesarias para asegurar el respeto de los derechos individuales de los ciudadanos. Y, por otro lado, concreta un conjunto de derechos sociales destinados a alcanzar una igualdad material o efectiva. Estos derechos sociales generan la obligación al Estado de desarrollar determinadas acciones o prestar determinados servicios en su función equilibradora de las desigualdades sociales. El Estado de Bienestar nace con la Constitución de 1978, en sentido estricto, pero serán las políticas de desarrollo de cada uno de sus pilares las que implanten y consoliden un verdadero sistema de protección.

The Constitution of 1978 is the embodiment of a social contract between the Spanish citizens in which is implanted the Social and Democratic State under the rule of law, which serves as the basis to display the Welfare State. The Magna Carta implies at the same time the recognition of two generations of rights. In the one hand, it establishes a democratic system and the required guarantees in order to assure the observation of citizens' individual rights. And in the other hand, it specifies a set of social rights aimed at the achieving of a material and effective equality. These social rights generate the obligation of the State to develop certain actions or provide certain services in its balancing function of the social inequalities. The Welfare State was born with the Constitution of 1978, strictly speaking, but it would be the development policies of every single one of their pillars the ones that would implement and consolidate a truly protection system.

X. El Estado de Bienestar se ha definido como el conjunto de instituciones de un país que se encargan de gestionar la protección social de sus ciudadanos, con la finalidad de alcanzar la consecución de los derechos sociales. En consecuencia, el Estado, para conseguir un reparto equitativo de los beneficios y las cargas de la sociedad, y proporcionar calidad de vida y bienestar a los ciudadanos, lleva a cabo determinadas actuaciones que corrigen las desigualdades sociales. De este modo, a través de la inversión de gran parte de su presupuesto, el Estado pretende garantizar el bienestar

social. Los pilares que lo configuran son la educación, el sistema de seguridad social de los trabajadores, la protección de la salud y la asistencia social.

The Welfare State has been defined as the set of institutions in a country that are in charge of the management of their citizens' social protection, with the intention of reaching the achievement of the social rights. Consequently, the State in order to obtain an equitable distribution of the benefits and charges of the society, and to provide quality of life and wellness to the citizens, carries out certain proceedings that correct social inequalities. In this manner, through the investment of a great part of the budget, the State pretends to guarantee the social well-being. The pillars that form it are education, the workers' social security system, the protection of health and social assistance.

XI. En la evolución y concreción del Estado de Bienestar han participado diversas actividades realizadas por el Estado (como la de policía, fomento, políticas de desarrollo o prestaciones concretas a través del servicio público), y también otras provenientes de la colaboración público-privada del Tercer Sector. Por esta razón, no se puede reducir la naturaleza jurídica del Estado de Bienestar a una sola categoría del Derecho. No obstante, es posible realizar ciertas matizaciones acerca de la categoría del Derecho que más protagonismo tiene. En este sentido, el modelo de Estado Social y la concreción de un conjunto de derechos sociales que lo configuran obligan necesariamente al desarrollo de una actividad o prestación por parte del Estado. Lo que, en sentido contrario, se puede equiparar con el servicio público, en tanto que, éste se identifica con la prestación de un servicio o desarrollo de una actividad por parte de una Administración Pública, con la finalidad de cubrir un interés general de la población.

En consecuencia, el Estado de Bienestar se construye alrededor de distintos servicios públicos, que se diseñan respetando los principios y valores que fundamentan el Estado Social y de Derecho, y en cuyo desarrollo influyen distintas Administraciones Públicas. De manera que, éste se puede definir como un conjunto de servicios públicos de titularidades y actividades heterogéneas, cuyo único elemento en común es garantizar la satisfacción del interés general de la población.

In the evolution and realization of the Welfare State have engaged different activities conducted by the State (such as policy activity, development activities and

certain benefits through the public service), and also others derived from the public-private collaboration within the Third Sector. For this reason, we can't reduce the Welfare State legal status to a single category in the legislation. However, it is possible to make some nuances about the most prominent category in the legislation. In this regard, the Social State model and the realization of a set of social rights configuring it, necessarily force to the development of an activity or provision by the State. This, on the contrary, can be equated with the public service, in so far as it is identified with services provision or activities development by a Public Administration, in order to cover the citizens' general interest.

As a consequence, the Welfare States is built around the different public services, designed while respecting the principles and values that base the Social State of Law, whose development is affected by different Public Administrations. In such a way that, it could be defined as a group of public services with heterogeneous titles and activities, whose only common element is to guarantee the population's public interest satisfaction.

XII. La evolución del Estado de Bienestar español tiene distintas etapas que se diferencian, principalmente, en el carácter prioritario de resolución de la cuestión social y la financiación pública que se invierte en su consecución:

- La primera fase desde su nacimiento hasta principios de los años 80' se caracteriza por la expansión y materialización de los derechos sociales, adoptando medidas destinadas a asentar los regímenes y prestaciones de protección de los trabajadores.
- El segundo período se caracteriza por la consolidación del régimen y se extiende hasta inicios de los años 90'. En este período se produce un crecimiento del gasto público referente a la política salarial y social, y con posterioridad, se invierte en el desarrollo de la sanidad y la educación.
- La tercera etapa se despliega hasta mediados de los años 90' y se caracteriza por la contención del gasto público, y la articulación de las bases para gestionar las competencias que tanto las Comunidades Autónomas, como las entidades locales han adquirido.
- La cuarta fase se desarrolla hasta la crisis económica del año 2008. En esta etapa se produce un declive de la inversión pública y de la expansión de los

derechos sociales que, a pesar del período de bonanza económica, no se invierte en la consolidación suficiente del Estado de Bienestar.

- La quinta etapa se caracteriza por la austeridad en la protección de los derechos sociales provocada por la crisis del año 2008, en la que el endeudamiento a largo plazo del país junto con el establecimiento de medidas “antisociales”, se convierte en su modo de subsistencia.
- Finalmente, la llegada de otra crisis ha puesto de manifiesto la necesidad de encarar la transformación del Estado de Bienestar ante las modificaciones sociales que está provocando la Revolución Digital.

The evolution of the Spanish Welfare State has different stages that differ, mainly, in terms of priority of the social issue resolution and the public financing invested in its achievement:

- *The first phase, from its beginning until the early 80's, is characterized by the expansion and materialization of the social rights, adopting measures intended to settle the regimes, benefits and protections for workers.*
- *The second phase is characterized for the regime consolidation and extends to the early 90's. In this period a growth takes place in the public expenditure concerning the social and wage policy, and the later investment in the healthcare and education development.*
- *The third phase is deployed until the mid-90's and it is characterized by the public expenditure restraint and the articulation of the basis to manage the competencies that Autonomous Communities and local entities acquired.*
- *The fourth phase develops until the 2008 economic crisis. In this phase there is a decline in the public investment and social rights expansion that, despite the economic prosperity, does not represent an enough consolidation of the Welfare State.*
- *The fifth phase is characterized by the austerity in social rights protection caused by the 2008's crisis, in which the country's long-term debt along with the “antisocial” measures' establishment becomes its means of subsistence.*

- *Finally, the arrival of another crisis has revealed the need of facing the Welfare State transformation before the social modifications caused by the Digital Revolution's influence.*

XIII. El derecho a la educación siguiendo el reconocimiento internacional y comunitario, cuenta con una formalización expresa en nuestro ordenamiento jurídico (artículo 27 CE) que tiene a su vez una doble vertiente. Por un lado, como un derecho referido a la libertad del individuo, y relacionado con la libertad de enseñanza, de creación de centros docentes, de cátedra, o de la autonomía de la enseñanza. Y, por otro lado, como un derecho social o de prestación que debe asumirse por el Estado, y que, de este modo, se materializa en el sistema educativo español, junto con otros derechos, como el de obtención de becas o ayudas al estudio.

En este sentido, el objetivo de la educación es favorecer la igualdad de oportunidades en una sociedad cambiante, por tanto, no es tanto que todos alcancen el mismo nivel formativo, sino que, todas las personas tengan las mismas opciones con independencia de su clase social.

The right to an education, following the international and communitarian recognition, has an explicit formalization in our legal framework (article 27 CE) and has in turn a two-pronged approach. On one hand, as a right referred to the individual freedom and related to the academic and educational institutions' freedom of creation, and the educational autonomy. And on the other hand, as a social and of provision right, which must be assumed by the State and that, is embodied in the Spanish educational system materialization, alongside other rights, such as the obtaining of scholarships or study aid.

In this sense, the goal in education is to promote the equality in opportunities in a changing society; hence, is not about everyone reaching the same educational level but to assure the same opportunities to everyone regardless of their social status.

XIV. El sistema educativo español compone al conjunto de Administraciones educativas, es decir, aquellas que asumen la titularidad de prestar el servicio, y también,

los centros y establecimientos educativos que se encargan de materializarlo, junto con los profesionales y los recursos de los que se sirven. Además, el sistema educativo se articula alrededor de distintas etapas, ciclos, grados, cursos y niveles de formación. Y, en lo que se refiere a su regulación habrá que distinguir entre la normativa básica de desarrollo de la educación, y la regulación que han realizado de esta prestación las Comunidades Autónomas que ha acabado derivando en diecisiete regímenes jurídicos heterogéneos.

En este sentido, el derecho a la educación se constituye como un servicio público, en respuesta al interés general que rige, tanto para los propios individuos como para la sociedad en su conjunto con la finalidad de favorecer el crecimiento del país. La tradición española de preservarlo como un servicio público se ha modulado permitiendo la concurrencia con la prestación del servicio de forma privada.

The Spanish educational system consists of a set of educational Administrations, that is to say, those ones that assume the ownership of providing the service, and also the educational centres and establishments that are in charge of materializing it, in conjunction with the professionals and resources they nourish of. Besides, the educational system articulates itself around different phases, cycles, grades, courses and education levels. And referring to its regulation, we need to distinguish between the basic education regulation and the regulation conducted by the Autonomous Communities that resulted in seventeen heterogeneous legal regimes.

In this context, the right to an education is established as a public service, in response to the general interest, which rules, both for individuals themselves and society as a whole with the intention of favouring the country's growth. The Spanish tradition of preserving it as a public service has been modulated allowing the concurrence with the service provision in a private way.

XV. Los principales problemas del Sistema Educativo se pueden sistematizar en los siguientes. En primer lugar, la carencia de un plan estratégico que determine en términos educativos el futuro del mercado laboral español. La expansión sin rumbo fijo de los títulos superiores está devaluando las credenciales de nuestro país. Igualmente, hay que buscar una solución a los jóvenes que no tienen una formación mínima, ni tampoco desarrollan actividades laborales. En segundo lugar, hay que reformular el sistema para

adaptarlo a las necesidades propias de la sociedad digital que se está configurando. Y, en tercer lugar, es necesario implantar un sistema más eficiente en términos presupuestarios.

The main problems in the Educational System can be summarized in the following ones. In the first place, the lack of a strategic plan to determinate in educational terms the future of the Spanish labour market. The aimlessly expansion of the advanced degrees is devaluing our country's credentials, as well as it is a need to find a solution for the young people who do not have a minimum training and do not carry out any labour activities. In the second place, it is necessary to reformulate the system in order to adapt it to the digital society's specific needs. And in the third place, it is necessary to implement a more efficient system in budgetary terms.

XVI. La Constitución española garantiza la configuración de un régimen de seguridad pública para los ciudadanos (artículo 41 CE). El sistema de seguridad social español se caracteriza por los siguientes aspectos.

En primer lugar, la Administración General del Estado es la titular de la protección de este derecho a través de sus propias estructuras, lo que no prohíbe la inserción de sistemas de protección privados de los trabajadores. El sistema de protección de la seguridad social es universal y se ha diseñado en torno al carácter profesional de los ciudadanos, por lo que divide las prestaciones entre contributivas y no contributivas. Junto a ésta colaboran una serie de entidades de carácter privado como las mutuas de accidente de trabajo y enfermedades profesionales y las asociaciones. En consecuencia, en lo que se refiere a su naturaleza jurídica, el sistema de la Seguridad Social puede asemejarse a la del servicio público, por compartir ciertas características con esta figura del Derecho.

En segundo lugar, las prestaciones que se articulan deben ser suficientes, es decir, deben cubrir las necesidades que experimenta la población. Además, el régimen de las prestaciones es heterogéneo y abierto atendiendo a la finalidad de cubrir distintas dificultades sociales tales como la incapacidad temporal, la protección de la institución de la familia, la invalidez permanente, la vejez o jubilación, o el desempleo.

The Spanish Constitution guarantees the configuration of a public safety for citizens (article 41 CE). The Spanish social security system is characterized by the following points.

Firstly, the “Administración General del Estado” is the holder of this right’s protection through its own structures, which does not ban the integration of private protection systems for workers. The social security protection system is a universal one and has been designed concerning the citizens’ professionalism, and because of it, benefits are split between contributory and non-contributory. Alongside this, a series of private entities collaborate, such as work accidents and professional illnesses insurances and the associations. Consequently, referring to its legal nature, the Social Security system may resemble the public service system, sharing certain characteristics with this law mechanism.

Secondly, the articulated benefits must be enough, in other words, they must cover the needs experimented by people. Therefore, the benefits regime is heterogeneous and open, pursuant to cover different social difficulties such as temporary disability, protection of the family institution, permanent disability, old age or retirement, and unemployment.

XVII. La estructura del régimen de Seguridad Social presenta una serie de deficiencias en relación con la estructura social vigente de envejecimiento demográfico y descenso de la natalidad. En este sentido, la sostenibilidad del sistema en base a las cotizaciones sociales de los trabajadores no se puede mantener, si no se acompaña con una natalidad creciente que permita equilibrar las prestaciones de jubilación o vejez de unos mayores que cada vez viven más años. Menos aún, cuando el empleo que se está creando es precario, y cada vez se aleja más de las nociones clásicas de la relación laboral.

The Social Security regime structure has shortcomings related to the current social structure of demographic ageing and declining birth rate. In this sense, the sustainability of the system based in the social contribution of workers cannot be sustained if it is not accompanied by a rising birth rate which will allow balancing the retirement or old age benefits to the elderly who live more and more years. Even less

when the employment that is being created is precarious and moves away from the classic notions inside the employment relationship.

XVIII. La Constitución garantiza en el artículo 43 la protección de la salud de los ciudadanos. Este derecho se configura con dos núcleos independientes: por un lado, el derecho a la salud que se encarga de proteger la autonomía privada del individuo; y, por otro lado, el derecho a la prestación de un servicio para proteger la salud. Esta última parte del derecho aúna la promoción, prevención, curación, asistencia y rehabilitación de la salud de los ciudadanos.

No obstante, este derecho debe tener la consideración de aspiracional o de medios, puesto que no se trata de que los poderes públicos garanticen la buena salud de todos los ciudadanos, sino de poner a su disposición los medios adecuados para su consecución. Además, el contenido del derecho a la salud es ampliado como consecuencia de la relación médico-paciente que genera un derecho secundario denominado “del paciente”.

The Constitution guarantees in its article 43 the protection of citizens' health. This right is configured in two independent cores: on one side, the right to health, which is responsible for the protection of the individual's private autonomy; and on the other side, the right to the provision of a service in order to protect health. This last part of the right brings together the promotion, prevention, healing, assistance and rehabilitation of citizens' health.

Notwithstanding, this right must have the consideration of aspirational or of means, since it is not about the public authorities to guarantee the good health of all citizens, but to put at their disposal the appropriate means to its achievement. Besides, the content of the right to health is extended as a consequence of the doctor-patient relationship, which generates a secondary right called “right of the patient”.

XIX. El Sistema Nacional de Salud da respuesta a esta prestación de la protección de la salud, a través de un conjunto de prestaciones sanitarias que se articulan a través de unas normas básicas y el desarrollo posterior por parte de cada Comunidad Autónoma. En este sentido, el diseño de un sistema igualitario que tiene diecisiete modalidades con

una normativa propia, y con un catálogo de prestaciones con calidad distinta se convierte en uno de los principales problemas del mismo.

La naturaleza jurídica del desarrollo de este derecho se asemeja por sus características a la del servicio público. De este modo, cada sistema de salud desarrolla el servicio público de protección de la salud, junto con la permisividad del ejercicio de esta actividad por parte del sector privado.

The “Sistema Nacional de Salud” gives answers to this health protection providing a set of health benefits that are enunciated in some basic rules and are further developed by every one of the Autonomous Communities. In this sense, the design of an equalitarian system which has seventeen modalities with its own legal regulation and a list of services with different quality becomes one of the main problems of it.

The legal nature in this right’s development is similar, regarding its characteristics, to the public service’s nature. In this way, every health system unfolds the health protection’s public service with tolerance to this services implementation by the private sector.

XX. Los principales problemas del sistema sanitario español están relacionados con los siguientes aspectos. En primer lugar, los problemas derivados de la longevidad de la población y la prolongación en el tiempo de las enfermedades crónicas, lo que conlleva un aumento del gasto sanitario. En segundo lugar, los movimientos migratorios, tanto de países con menor progreso, como de potencias económicas desarrolladas, que obligan a establecer un plan de asistencia sanitaria especializada. En tercer lugar, la influencia que la globalización está teniendo en las sociedades donde cualquier evento en el mundo tiene repercusión en otro punto del globo terráqueo. Y, finalmente, las consecuencias que el avance de las nuevas tecnologías tiene en la protección de la salud, a priori, mejorando las condiciones de vida. En este sentido, en un plazo corto, el debate sobre la sostenibilidad del sistema de salud se centrará sobre el alto coste de las prestaciones y las necesidades, cada vez mayores, de la población que conllevan a la inviabilidad presupuestaria.

The main problems inside the Spanish health system are related to the next aspects. In the first place, the problems caused by population's longevity and chronic diseases' prolongation over time, what leads to a rise in the healthcare expenditure. In the second place, the migratory movements, both from less developed countries and economic powered countries, that force to establish a specialized healthcare assistance plan. In the third place, the influence globalization is having in societies, where every event happened in a place has an impact on the other side of the world. And finally, the impact of the new technologies' progress in health protection, "a priori" improving the living conditions. To this end, in a short term the debate about the health system's sustainability will be focused on the benefits and requirements of citizens' high costs what leads to a budgetary unviability.

XXI. La protección de la asistencia social no tiene un reconocimiento expreso en la Constitución, lo que, sin duda, está influenciado por la tradición histórica que ha tenido en nuestro ordenamiento jurídico como una actividad de naturaleza privada. Aunque, sí que es cierto que se recogen nociones indirectas a la necesidad de garantizar la protección de este pilar dentro del Estado de Bienestar.

No obstante, la regulación conjunta de este derecho con la protección de la seguridad, en el pasado inmediato, tampoco ha ayudado a garantizarlo como el derecho independiente que representa en nuestro ordenamiento. Sin embargo, esto no ha impedido que las Comunidades Autónomas desplegasen su propia normativa sobre protección de este derecho a través de la concreción de un sistema de asistencia social, donde se recogen un conjunto de prestaciones públicas, y junto con éstas una serie de derechos y deberes. Además, en colaboración con las Comunidades Autónomas, las entidades locales se han ido progresivamente encargando de gestionar determinados niveles de asistencia de los servicios sociales.

Social assistance's protection does not have an explicit recognition in the Constitution, which undoubtedly is influenced by the historical tradition it has had in our legal framework, as a private nature activity. Although it is true that some indirect concepts were collected, referring to the need of guaranteeing this protection inside the Welfare State.

However, this right's co-regulation alongside with the security protection, in the immediate past, has not helped to guarantee it as the independent right our legal framework collects. Yet, this has not prevented the Autonomous Communities to unfold its own regulations about this right's protection through the concretion of a social assistance system, which gathers a series of public benefits, rights and duties. Furthermore, in collaboration with the Autonomous Communities, local entities had progressively taken care of the management of certain social services' assistance levels.

XXII. Los servicios sociales deben entenderse como una actividad prestacional que asumen las distintas Administraciones con la finalidad de integrar a los grupos más desfavorecidos, y promocionar y universalizar el bienestar. Como norma general, esto a ha dado lugar a un catálogo de prestaciones y servicios asistenciales que distingue entre las prestaciones de servicio o realizadas por profesionales, y las de carácter económico. Todo esto permite afirmar la naturaleza de servicio público de la actividad que se desarrolla, en tanto que es gestionado y financiado de forma estable por el Estado.

Social services must be understood as a benefiting activity assumed by the Autonomous Communities, with the aim of integrate the most underprivileged groups and promote and universalize wellbeing. As a general rule, this has resulted in the creation of a list of services and assistance services that distinguish between service or professional made benefits, and economic benefits. All this allow us to affirm the public service nature of the developed activity, while it is stably managed and financed by the State.

XXIII. El sistema de asistencia social presenta problemas evidentes. La desregulación del derecho ha dado lugar a un tratamiento dispar, atendiendo al régimen jurídico que han concretado las Comunidades Autónomas y las entidades locales en la materia, lo que ha generado un problema de desigualdad social entre las distintas regiones. Así, la descentralización de los servicios asistenciales, vinculada a la carencia de mecanismos de control y verificación del sistema, está promoviendo su ineficacia.

Además, la asistencia social recibe una financiación insuficiente para solventar toda su problemática. En este sentido, la ineficiencia de sus prestaciones se basa en que

sus medidas alivian transitoriamente la situación de malestar, pero no solucionan la causa. Por ello, la eficacia del sistema debe asentarse sobre el establecimiento de un plan de prevención y programación de las situaciones de necesidad, y una gestión más adecuada de los recursos.

The social assistance system has clear problems. The right's deregulation has led to a disparate treatment in the legal framework materialized by the Autonomous Communities and local entities, which has generalized a social inequality problem between the different regions. Thus, the welfare services' decentralization, connected with the lack of control and system's verification mechanisms, is promoting its inefficiency.

Besides, social assistance receives an insufficient funding in order to solve all its issues. In this sense, the inefficiency in its provisions is based on the fact that the measures temporarily alleviate the discomforting situation, but do not fix the problem. That is why the system's efficiency must settle on the establishment of a prevention plan and the programming of necessity situations, and a more adequate management of resources.

XXIV. Internet ha supuesto una revolución de las relaciones, modificando el tejido social, económico e institucional de los Estados de todo el mundo. En este sentido, Internet se ha convertido en la base estructural que permite un régimen complejo e inédito de relaciones, que ha dado lugar a la configuración de una sociedad con unas características distintas: la sociedad de la información.

No obstante, el éxito de Internet no se entiende si no está acompañado por el avance de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC). En este sentido, Internet es el canal por el que circulan un conjunto de 1 y 0 que, hasta el momento, el ser humano no es capaz de traducir a un lenguaje comprensible. Por esta razón, los avances en microelectrónica, programación e informática que son los elementos principales que constituyen las TIC, han tenido un papel protagonista en el proceso de expansión e implantación universal de Internet. Estas herramientas son las que permiten convertir estos paquetes de datos en información comprensible e inteligible para el ser humano.

Internet has meant a revolution in relationships, modifying the social, economic and institutional fabric in States worldwide. In this sense, Internet has become the structural base that allows a complex and unprecedented relationship's regime which resulted in the configuration of a society with different characteristics: the society of information.

However, Internet success cannot be understood without the growth of information and communication technologies (ICT). In this regard, Internet is the network through which flow a set of ones and zeros that, until now, the human being has not been capable of translating in a comprehensible language. For this reason, the advances in microelectronics, computer programming and computer science, which are the major elements in ICTs, have had and starring role in the Internet's expansion and its universal implementation. These tools are the ones that allow turning this data packages in comprehensible and understandable information for humans.

XXV. Internet desde una perspectiva técnica debe catalogarse como una modalidad de telecomunicaciones. Si bien, en su origen es prestado como un servicio público sui generis, éste ha evolucionado y se ha configurado como un servicio de interés general en régimen de competencia, que cumple en su desarrollo con una serie de obligaciones propias del servicio público como es el caso del respeto del principio de igualdad, transparencia, no discriminación, continuidad, disponibilidad o permanencia.

Sin embargo, Internet es mucho más que un sistema de comunicaciones, éste es la herramienta que posibilita el diseño de dos mundos sinérgicos: el físico y el ciberespacio. De este modo, dada la especial transcendencia que ha adquirido Internet en la configuración de la sociedad, obliga a que se establezcan unas garantías mayores en su prestación. En este sentido, la implicación del Estado en el desarrollo de esta actividad no tiene que estar destinada a su conversión como un servicio público, sino a establecer un régimen jurídico al desarrollo de esta actividad que termine con la brecha digital, especialmente, en materia de universalidad, calidad y asequibilidad del servicio.

Internet from a technical perspective should be classified as a modality of telecommunications. Though in its origin it was rendered as a "sui generis" public service, it has developed and configured itself as a general interest service in a

competition regime, fulfilling its development with a series of inherent obligations in the public service such as the respect to the principle of equality, transparency, non-discrimination, continuity, availability or permanence.

Nevertheless, Internet is much more than a communication system; it is the tool that enables the design of two synergic worlds: the physical world and the cyberspace. In this manner, the particular transcendence Internet has acquired in society's configuration forces to establish higher guarantees in its providing. In this regard, the implication of the State in the development of this activity should not be aimed to its conversion in a public service, but to establish a legal framework for this activity to end with the digital divide, especially in terms of universality, quality and service affordability.

XXVI. El afianzamiento de las tecnologías que provocaron la expansión de Internet gracias al desarrollo de los componentes de los chips procesadores y las distintas generaciones de conectividad, junto con los avances en otras áreas, está provocando que la estructura social madure y evolucione hacia un modelo organizativo distinto: la sociedad digital.

En este sentido, la sociedad digital engloba al conjunto de personas conectadas al entorno debido al proceso de codificación de su actividad, que actúan de forma más inteligente gracias al análisis de los datos o información que obtienen. Por tanto, el carácter definitorio por excelencia de este nuevo modelo organizativo se encuentra en el uso de los datos para potenciar su crecimiento.

The consolidation of the technologies that caused Internet expansion, thanks to the development in the chips processor's components and the different connectivity generations, alongside with the advances in other areas, is leading the social structure to mature and evolve to a different organizational model: the digital society.

In this sense, the digital society encompasses the group of people connected to the environment due to their process codification's activity, which acts in a more intelligent way thanks to the obtained data and information's analysis. Therefore, the quintessentially definition of this new organizational model is found in the data use in order to promote its growth.

XXVII. El desarrollo de la sociedad digital es un proyecto complejo que engloba el conjunto de normas que han establecido el marco jurídico suficiente para asentar las relaciones de esta nueva organización social. En este sentido, destacan especialmente dentro de nuestro ordenamiento jurídico por tener como objetivo principal la construcción y el diseño de la sociedad digital, las Agendas Digitales. En la actualidad, la Agenda Digital 2025 se ha convertido en el eje vertebrador de las políticas de digitalización social.

No obstante, se advierte que, hasta el momento, la sociedad digital parece estar construyéndose más por intuición evolutiva que por una verdadera acción y previsión legislativa. El Estado está dando respuestas a los problemas que surgen, llevando a cabo las indicaciones que recibe de la Unión Europea, por lo que no existe una auténtica actividad legislativa. Lo que, en sentido contrario, permite señalar una falta de liderazgo político suficiente para abordar las transformaciones que está provocando la implantación de la sociedad digital.

The development of a digital society is a complex project that includes the set of rules that had established the sufficient legal framework to settle the relationships in this new social organization. In this sense, inside our legal system, due to the fact that they have as a principal objective the building and designing of the digital society, especially stand out the Digital Agendas. Currently, the “Agenda Digital para España 2025” has become the backbone of social digitalization policies.

Nonetheless, we see that, until this moment, digital society seems to be building itself more using an evolutionary intuition than a real legislative action and foresight. The State is giving answers to the uprising problems, carrying out indications received by the European Union, so an authentic legislative activity does not exist. This, on the contrary, allows pointing out a sufficient political lack of leadership to address the transformations caused by the digital society’s implementation.

XXVIII. El desarrollo de la sociedad digital y el avance de las tecnologías de la IV Revolución Industrial están provocando importantes cambios en la configuración de los modelos de negocio y el mercado. En este sentido, se ha incorporado al mercado una nueva cualidad extremadamente valiosa que está dirigiendo la actividad económica mundial: los datos.

A su vez se están generando nuevos modelos de negocio basados en la conectividad de los usuarios y la prestación de servicios a través de distintas plataformas digitales. Las tendencias de nuevas creaciones de empresas están basadas en la economía colaborativa y la gig economy que, sin embargo, aún no cuentan con un régimen regulatorio idóneo. No obstante, el principal problema de estos modelos de negocio es el tipo de trabajo que generan, en tanto que, se caracteriza por ser precario y de condiciones indignas como consecuencia de que las condiciones de los trabajadores quedan en su mayoría fuera de las previsiones legales.

The development of the digital society and the advances in the IV Industrial Revolution's technologies is causing major changes in the market and business models. In this way, a new extremely valuable quality has been incorporated to the market that is directing the economic global activity: data.

At the same time, new business models based on the connectivity between users and service providers through different digital platforms are being created. The trend of new enterprises creation is founded upon the collaborative economy and the gig economy, which however, still do not count on a suitable regulatory regime. Notwithstanding, the main issue in this business models is the type of work they generate, in so far as it is known for being precarious and in undignified conditions as a consequence of the fact that the working conditions mostly stay out of the legal provisions.

XXIX. Hay sectores concretos de producción que están sufriendo una transformación más profunda como es el caso de las Fintech relacionadas con el control y gestión de las finanzas. Y, de igual manera, está ocurriendo con todos los trabajos que no se basan en la presencialidad que están posibilitando la implantación del teletrabajo. Sin embargo, este último efecto es consecuencia directa de la crisis sanitaria del Covid-19, que ha impulsado su expansión y regulación jurídica.

There are certain production sectors that are suffering a deeper transformation, as in the case of Fintech related to the control and managing of finance. And likewise, this is happening with all the jobs that are not based on presentiality that are allowing

the teleworking implementation. However, this last effect is a direct consequence from the Covid-19 health crisis, which has boosted its expansion and legal regulation.

XXX. La implantación del teletrabajo en las Administraciones Públicas supone una oportunidad excelente para modernizarlas, puesto que, promueve la eficacia y la adecuación de la gestión de los procedimientos, y de igual manera, ayudaría en la conciliación de la vida personal y familiar. Sin embargo, el éxito de este método organizativo va a depender de la dotación de medios materiales y la preparación del personal, las normas de seguridad y políticas de formación, el cambio de mentalidad de prestar servicios por objetivos, o la necesidad de establecer un marco mínimo de conciliación entre lo laboral y lo personal, garantizando el derecho a la desconexión digital. Hasta el momento, el régimen jurídico sólo ha intentado homogenizar el tratamiento de la cuestión, pero, en puridad, no ha cambiado nada sobre la disgregación de criterios, ni tampoco se han establecido garantías superiores a las previamente configuradas. Por tanto, el legislador debería establecer un reglamento de desarrollo en esta materia.

The implementation of teleworking in the Public Administration means an excellent opportunity to modernize them, since it promotes the efficiency and the adequacy in the management of procedures, and in a similar way it would help in harmonizing between working life and family life. But yet, the success of this organizational method would depend on the provision of material resources and the preparation of personnel, the safety standards and training policies, the change in the mindset of providing services by objectives, or the necessity of stablishing a minimum framework about conciliating working and personal life, assuring the right to digital disconnection. Until now, the legal regime has only tried to homogenize the treatment of the issue, but strictly speaking, it has not changed anything about the disintegration criteria, and neither it has stablished major guarantees to the previous configured. For this reason, the legislator should set a regulation to develop this matter.

XXXI. La automatización y robotización del empleo se prevé en todos los sectores de producción, pero se estiman importantes consecuencias en el sector industrial. En este

sentido, la implantación de la industria 4.0 cambiará para siempre la forma de producir. La conectividad de todos los sistemas que influyen en la vida del producto permitirá detectar los cambios en las necesidades de la población para equilibrar la oferta y la demanda de los mismos. Una revolución que va a actuar directamente sobre el mercado, la configuración de los empleos, la formación de los trabajadores y el sistema económico de forma generalizada.

The employment's automation and robotization is predicted in all production sectors, but important consequences in the industrial sector are estimated. In this sense, the implementation of the 4.0 industry will change forever how to produce. The connectivity of all these systems that have an influence in product's life would allow us to identify the changes in the citizens' needs in order to balance the supply and demand of them. A revolution that is going to act directly on the market, the configuration of employment, the workers' training and the economic system in a generalised way.

XXXII. El Derecho de Internet implica el nacimiento de una nueva rama dentro del ordenamiento jurídico que recoge todos aquellos aspectos que engloba la prestación del servicio de Internet y las actividades que éste posibilita. En consecuencia, el Derecho de Internet recoge todas las estructuras que éste implica como, por ejemplo, el estrato físico de las redes de telecomunicaciones, el logístico o de los principios que rigen en la configuración de los sistemas de las TIC, los servicios que se desarrollan a través de la red, y la regulación y el control de la actividad que se realiza dentro del ciberespacio.

The Right to Internet implies the creation of a new brand inside the legal framework that collects all the aspects encompassed by the provision of Internet service and the activities it allows. Consequently, the Right to Internet contains all the structures this one implies, such as, for example, the physical layer in telecommunication networks, the logistic or the principles that rule in ICT systems' configuration, the services developed through the Net, and the regulation and control of the activities performed inside the cyberspace.

XXXIII. El régimen jurídico del Derecho de Internet comprende los siguientes aspectos:

- La normativa aplicable como servicio universal de las telecomunicaciones, cuya cabecera de grupo normativo la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de las Telecomunicaciones.
- La prestación de los servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico, cuya regulación se rige por lo dispuesto en la ley 34/2002, de 11 de julio.
- El marco normativo de la protección de la propiedad intelectual y de los derechos morales de los autores, en lo que se refiere a la actividad que se realiza en la red.
- El régimen jurídico de la protección de datos, que se rige por la Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y de garantía de los derechos digitales.
- El derecho de Internet relacionado con el control de la actividad que se realiza en la red que recoge tanto lo relativo a la identidad digital, la libertad y seguridad de la actividad dentro del ciberespacio
- El régimen jurídico de protección de la ciberseguridad.

The legal regime of the Right to Internet includes the next aspects:

- *The applicable law as a telecommunications universal service, headed by the policy group “Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de las Telecomunicaciones”.*
- *The services provided to information society and e-commerce, whose regulation is developed by the provisions of the “Ley 34/2002, de 11 de julio”.*
- *The legal framework about the protection of intellectual property and moral rights of authors, referring to the conducted activity in the Net.*
- *The legal regime about data protection, which is regulated by the “Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y de garantía de los derechos digitales”.*

- *The right to Internet, related to the control of the activity performed online that collects matters relating to the digital identity, freedom and safety of the activity carried out inside the cyberspace.*
- *The legal regimen about cybersecurity protection.*

XXXIV. Hasta el momento, la regulación jurídica del Derecho de Internet no se está llevando a cabo de una manera uniforme, y mediante una actividad regulatoria excesiva que condiciona su evolución, lo que, de contrario, está dificultando la expansión de las actividades que se desarrollan en la red. Por esta razón, lo más adecuado no es su regulación de forma estricta, con limitaciones y prohibiciones, sino un régimen jurídico basado en principios básicos del derecho, adaptables a su expansión y que no coarten su desarrollo.

De esta forma, lo idóneo es establecer un régimen jurídico singular, específico y flexible a través de una estructura de gobernanza internacional. En este sentido, el Derecho Administrativo Global encarnaría la institución encargada de desarrollar la acción de limitación básica de sus infraestructuras, y de la prestación de las actividades que se desarrollan en el ciberespacio.

Until now, the legal regulation about the Right to Internet is being carried out unevenly, and through an excessive regulatory activity that affects its evolution, which, on the contrary, is hindering the expansion of the activities that are developed online. For this reason, the most appropriate thing to do is not strictly regulating it, with limitations and prohibitions, but a legal regime based on the basic legal principles, adaptable to its expansion and not restricting its development.

In this way, it would be ideal to establish a unique, specific and flexible legal regime through an international governance structure. In this sense, the Global Administrative Law would embody the institution responsible for the development of the basic infrastructures' action limitation, and the providing of activities carried out in the cyberspace.

XXXV. La Revolución Digital o IV Revolución Industrial tiene como elemento transversal a Internet, pero su evolución se desarrolla sobre los vectores de los avances en el análisis de datos: el Big Data, el Cloud Computing, la inteligencia artificial, la robótica avanzada, los avances en biotecnología y en el resto de las ciencias biológicas.

Esta revolución se está expandiendo a un ritmo exponencialmente alto, aumentando sus efectos a medida que se implementa de forma sinérgica con los avances promovidos en los distintos sectores. Además, se caracteriza por tener una profundidad y amplitud de modificación de las relaciones sin precedentes, cuyo impacto en la sociedad está modificando la economía, las relaciones, y el poder institucional.

The Digital Revolution o IV Industrial Revolution has Internet as a cross-cutting element, but its evolution is displayed over the progress in data analysis: Big Data, Cloud Computing, artificial intelligence, advanced robotics, and the advances in biotechnology and in the rest of biological sciences.

This revolution is expanding at a high exponential rate, increasing synergically its effects as it is implemented in the advances promoted in the different sectors. Besides, it is characterized by having an unprecedentedly deep and breadth relationships' modification, whose impact in society is modifying the economy, relationships and institutional power.

XXXVI. El avance y rapidez con las que se extiendan los efectos de la Revolución Digital van a depender principalmente de dos cuestiones.

En primer lugar, los representantes políticos deben asumir el liderazgo de este proyecto. Los cambios que necesita la sociedad digital no se van a resolver sólo implantando un régimen normativo adecuado y extenso sobre las distintas problemáticas que están presentes. Abordar este proceso de cambio obliga a tener líderes capaces de dirigir la transformación, y promover la sinergia de todos los sectores: ciudadanos, empresas y Estado.

Y, en segundo lugar, hay que iniciar un discurso positivo frente a los cambios, preparando a la sociedad y empoderándola para que pueda afrontar todas las transformaciones que ya se están incorporando. La sociedad digital no es sólo el siguiente

paso de la evolución en la organización de las relaciones, sino que representa una oportunidad para asentar las bases y reglas del futuro que queremos ser, implantando los principios y valores que deben predominar en el S. XXI. Somos la generación bisagra que asentará la estructura sobre la que se erijan las relaciones del futuro.

The progress and speed in which Digital Revolution effects will spread will depend on mainly two concerns.

Firstly, the elected representatives must assume the leadership in this project. The changes the digital society needs is not going to be solved just by implementing an adequate and vast legal regime about the various existing issues. Addressing this changing process force leaders to be able to lead the transformation and promote the synergy in all sectors: citizens, companies and State.

And secondly, it is needed to start a positive speech versus changes, preparing and empowering society to be able to face all the transformations that are already being incorporated. Digital society not only is the next step in the evolution of relationships' organization, but it also represents an opportunity to lay the foundations and rules of the future we want, implementing the principles and values that must be predominant in the 21th century. We are the hinge generation that will stablish the structure on which the future relationships will settle.

XXXVII. En el marco de la Revolución Digital destacan los avances físicos en materia el diseño de materiales inteligentes que son dependientes del estímulo que condiciona su actuación; los biomateriales o materiales que se obtienen a partir de células vivas; y los nanomateriales.

En este sentido, los avances en esta materia están íntimamente relacionados con la protección de la salud, puesto que, van a permitir proporcionar un mejor tratamiento a los pacientes. De este modo, las Administraciones Públicas deben asumir este nuevo compromiso, ofreciendo dentro de sus servicios, las ventajas y posibilidades que posibilitan estos avances.

Inside the Digital Revolution framework we can mention the physical advances in the field of intelligent materials design, which are dependent on the stimulus that conditions its actions; the biomaterials or materials obtained from living cells; and the nanomaterials.

In this sense, the progress in this field is closely linked to health protection, because it is going to allow us to provide a better treatment to patients. That is why Public Administrations must assume this new commitment, offering in their services the advantages and possibilities derived from this advances.

XXXVIII. La revolución de los avances materiales está estrechamente relacionada con el desarrollo de las impresoras en 3D. Estas herramientas posibilitan crear cualquier objeto mediante la adición controlada de material, lo que adquiere una mayor relevancia cuando se vincula al uso de biomateriales.

Su implantación dentro del Sistema Nacional de Salud puede suponer una ruptura con del régimen anterior de algunos tratamientos, especialmente, en materia de trasplante de órganos y de incorporación de prótesis dentro del organismo. Sin embargo, también puede tener otros usos relacionados con el estudio clínico de los pacientes, por ejemplo, a través de la creación en 3D de un tumor y los órganos aledaños dentro del organismo para examinar o estudiar las posibles intervenciones.

No obstante, su incorporación como un servicio más va a conllevar una serie de actuaciones previas como: la adaptación de recursos y formación del personal; la creación de nuevos derechos de los pacientes referidos a su capacidad de decisión sobre estas intervenciones; y la delimitación de la responsabilidad patrimonial por su uso. En referencia a este último aspecto, la casuística en materia de responsabilidad patrimonial es amplia puesto que, se puede dar un actuar negligente o culposo de la Administración, por una mala o errónea utilización; o si, por el contrario, el daño provocado es consecuencia de riesgos desconocidos según el estado la técnica de estas tecnologías.

The revolution in materials' advances is closely linked to the 3D printers' development. These tools allow us to create any type of object using a controlled material addition, which acquires more relevance we it is linked to the biomaterials' use.

Its introduction inside the “Sistema Nacional de Salud” could mean a break from the previous regime about some treatments, especially in the field of organ transplantation and the incorporation of prosthesis inside the human organism. Despite this, it could also have another uses related to the patients’ clinical study, for example, through the 3D creation of a tumour and the adjacent organs inside the organism in order to examine or study the possible interventions.

However, its incorporation as a service would lead to the consideration of a series of preliminary proceedings such as: the adaptation of resources and staff training; the creation of new patients’ rights referred to their ability of decision about this intervention; and the delimitation of the financial liability derived from its use. Regarding to this last aspect, the casuistry in terms of financial liability is large since it a negligent or guilty acting by the Administration could happen, due to a bad or mistaken use; or, on the contrary, the caused damaged could be a consequence of unknown risks.

XXXIX. Dentro de los avances físicos de la Revolución Digital destacan los drones, o pequeñas aeronaves sin conductor. La regulación jurídica que experimenta en la actualidad es insuficiente para convertirlo en una herramienta convencional de las actuaciones de las Administraciones, por ello, en su mayoría, se utilizan con una finalidad recreativa.

Sin embargo, los drones pueden resultar muy eficaces dentro de las funciones que desarrolla el Estado en materia de proporción y control de la seguridad y actividad de policía, especialmente, en la lucha contra incendios, la protección del patrimonio, o el reporte de asistencia en situaciones de catástrofe. Aunque también pueden servir para complementar otras actuaciones como por ejemplo el traslado de medicamentos o tratamientos dentro del Sistema de Salud. No obstante, los drones no están exentos de producir daños, tanto materiales como de lesión de derechos fundamentales. Por esta razón, debería proveerse un régimen jurídico específico de las obligaciones que asume las Administraciones para evitar la responsabilidad patrimonial que pudiera derivar de su utilización.

Inside Digital Revolution’s physical advances we can highlight drones, small self-driving aircrafts. The legal regulations applied nowadays are insufficient to turn them

into a conventional tool in the Administration proceedings, which is why they are mainly used for a recreational purpose.

However, drones might turn out to be really efficient in the fulfilment of the State's functions in terms of proportion, safety control and policy activity, especially in the fight against fire hazard, heritage protection or assistance in catastrophic events. Although, they also might help to complement other performances like for example the transportation of medication or treatments inside the Health System. Nonetheless, drones are not exempt from causing damages, such as material damages as well as the infringement of fundamental rights. For this reason, a specific legal regime about the obligations assumed by the Administrations should be settled, in order to avoid the financial liability that may be derived from its using.

XL. El Internet de la Cosas (IoT) engloba a todos los objetos que se encuentran conectados a Internet, lo que les permite intercambiar, agregar y procesar toda la información que tienen a su alcance. Dentro del IoT hay que distinguir entre: el objeto físico que debe reunir el diseño material para ejercitar la actividad para la que se adquiere; los elementos técnicos, por lo general, sensores, actuadores y hardware específicos, y el sistema de identificación; y los sistemas de software o procesamiento que engloban los propios del objeto y, además, las plataformas colaborativas, el Cloud Computing y el Big Data.

Los principales riesgos que entraña el uso de esta tecnología están relacionados con el tratamiento o el uso de los datos que reciben de los usuarios; las consideraciones en materia de protección y seguridad ante las amenazas de ciberataque, tanto virtuales como físicas; y el establecimiento del régimen de responsabilidad en caso de que se produzcan daños a terceros o se lesionen sus derechos.

The Internet of Things (IoT) includes all the objects that are connected to the Internet, which allow them to exchange, add and process all the information at their disposal. Inside the IoT we need to distinguish between: the physical object that must gather the designed material required to exercise the activity it was acquired for; the technical elements, generally, sensors, drives and specific hardware and the

identification system; and the software or processing system that include those typical of the object and also the collaborative platforms, Cloud Computing and Big Data.

The main risks that imply the use of this technology is connected with the treatment or use of data that users receive; the considerations in terms of protection and security facing cyber attack's threats, including the virtual as well as the physical ones; and the establishment of a liability system in case of damages caused to third parties or their right's injury.

XLI. El IoT tiene una amplia gama de usos, aunque destaca especialmente su utilización dentro de la Administración como, por ejemplo, es el caso de los edificios inteligentes. En este sentido, el diseño de infraestructuras inteligentes no se parece al uso que se le está dando en la actualidad, relacionado al ahorro energético, sino que éstos también incorporarán otras facultades como el control de los flujos asistenciales o la utilización de concretos servicios públicos. Ambos se van a convertir en los ejes de construcción del Estado de Bienestar 4.0, en tanto que, se van a encargar de recoger la información necesaria para prestar unos servicios públicos especializados e individualizados para los ciudadanos.

The IoT has a wide range of applications, what specially stands out is its use by the Administration, though, for example in the case of smart buildings. In this sense, smart infrastructures' design is not similar to the use currently given to it, in terms of energy saving, but they incorporate further powers such as the control of assistive flows or the usage of certain public services. Both would become the basis for Welfare State's building, in so far as they would be in charge of collecting the required information in order to provide individualized and specialized public services to citizens.

XLII. El transporte autónomo va a revolucionar los sistemas de movilidad. Hasta ahora, se está pensando únicamente en la incorporación del automóvil, pero este tiene otros usos más ambiciosos como autobuses, trenes o aviones. El funcionamiento de esta innovación reúne tecnologías ya consolidadas como las cámaras de detección y captación de imágenes; el sistema de geolocalización; y la utilización de la luz láser para procesar

las distancias entre los cuerpos. Todas herramientas permiten tomar decisiones oportunas en materia de circulación.

El transporte autónomo necesita de una normativa específica que se encargue de regularlo, más aún cuando comparta el espacio con el resto de los vehículos a motor. Esta situación llama especialmente la atención, puesto que ya se ha puesto en marcha el primer autobús que funciona con estas tecnologías, y no se han delimitado las obligaciones que asume la Administración competente en su prestación dentro del servicio público. En este sentido, una de las principales disyuntivas que implica la implantación de éstos está en informar a los usuarios de estos servicios sobre los datos que se van a recoger y el tratamiento que van a recibir. Y, de igual manera, habrá que establecer las medidas necesarias para preservar la integridad de éstos en materia de ciberseguridad, para asegurar el correcto funcionamiento de esta herramienta.

Autonomous transport is going to revolutionize mobility systems. Until now, we have only thought about the incorporation of automobiles, but it has some more ambitious uses like buses, trains or airplanes. The functioning of this innovation gathers consolidated technologies such as motion-capture video cameras; geolocation systems; and the use of laser light to process distances between bodies. All this tools allow us to make appropriate decisions in terms of circulation.

The autonomous transport requires a specific regulation in charge of controlling it, moreover when it shares the space with the rest of motorised vehicles. This situation draws special attention due to the fact that the first bus that works with these technologies has already been launched, and the obligations assumed by the competent Administration inside its public service provision had not been defined. In this respect, one of the main disjunctives in its implementation is to inform users about the data that will be collected and the treatment they are going to receive. And in the same manner, necessary measures would need to be established in order to preserve their integrity in terms of cybersecurity, to grant the appropriate operation of this instrument.

XLIII. Los asistentes virtuales son una tecnología que está entre el IoT y la Inteligencia artificial. Éstos funcionan mediante el uso de la voz, la cual tiene la consideración de dato personal, por lo que su tratamiento se rige por lo dispuesto en la

normativa reguladora de protección de datos. En consecuencia, la utilización de los asistentes virtuales tiene repercusión sobre derechos fundamentales como la intimidad del individuo y el secreto de las telecomunicaciones, pero también de la inviolabilidad del domicilio. Hasta el momento, no existe un régimen jurídico específico para estas tecnologías, lo que está generando un problema general de transparencia en estos dispositivos.

En este sentido, es necesario establecer un derecho que garantice a los ciudadanos en qué momento los asistentes virtuales recogen información, de forma explícita e inteligible, y el tratamiento específico que va a recibir, para así preservar el ejercicio de sus derechos.

Virtual assistants are technologies halfway between IoT and Artificial Intelligence. These work through voice use, considered as a personal data, for what its treatment is guided by the provisions of data protection's regulation. As a consequence, the uses of these virtual assistants affect fundamental rights such as individual privacy, secrecy of communications and sanctity of the home. Until this moment, specific legal regimes for these technologies do not exist, which is generating a general transparency problem with these devices.

In this manner, it is necessary to establish a right to ensure citizens when virtual assistants are going to collect information in an explicit and understandable way and the specific treatment it will receive, in order to preserve their exercise of rights.

XLIV. El sistema de funcionamiento de la inteligencia artificial se basa en la utilización de distintas tecnologías de carácter innovador con un cierto nivel de dificultad que se coordinan para trabajar de forma conjunta.

La inteligencia artificial se configura a partir de funciones matemáticas o algoritmos que permiten el aprendizaje automático a través de un complejo proceso de análisis. En este sentido, la capacidad de tomar decisiones y realizar tareas se produce a partir del tratamiento de grandes cantidades de datos, esto es lo que se denomina como machine learning o aprendizaje automático. La congregación de estos algoritmos configuraría la red neuronal profundada que funcionaría imitando al cerebro humano, y cuya unidad básica estaría representada por el perceptrón.

Además, estos sistemas utilizan la estadística bayesiana, o de búsqueda de patrones de los datos que son agregados. De esta forma, el éxito de su utilización depende de los datos o información que previamente haya recibido, así como también, de la habilidad del instructor de esa base de datos.

Artificial Intelligence's operating system is based on the usage of different innovative technologies with a certain level of difficulty that coordinate themselves in order to work in a collaboratively way.

Artificial Intelligence configures itself on the basis of mathematical functions and algorithms that allow an automatic learning through a complex analysis process. In this context, the ability to make decisions and perform tasks comes from the treatment of large amounts of data; this is called machine learning or autonomous learning. The congregation of these algorithms configures a deep neural network which acts imitating the human brain, whose basic unit is represented by the "perceptron".

Besides, these systems use Bayesian statistics, based on the searching of data patterns. In this way, the success in its usage depends on the data or information previously received, as well as the database instructor's ability.

XLV. Dentro de las categorías de robots se pueden distinguir distintas formas atendiendo al período histórico, el grado de evolución y la categoría o funciones que desarrollan. Sin embargo, la figura con mayor trascendencia se representa en el robot inteligente, o capaz de tomar sus propias decisiones. De esta forma, los robots vendrían a representar la materialización en un cuerpo de esa inteligencia artificial, y cuyas características pueden delimitarse en las siguientes: en primer lugar, corporeidad, puesto que, representan una forma física que utiliza sus sensores y receptores para realizar determinadas actuaciones; la impredecibilidad, dado que, hasta cierto punto cuentan con un grado de autonomía en sus decisiones, llegando a conclusiones que no tienen porqué tener una fundamentación exacta; y un fuerte impacto social que va a obligar a configurar una categoría nueva de sujeto jurídico dentro del ordenamiento.

Within robots' categories we can distinguish different forms attending to the historical period, grade of evolution and functions they develop. However, the most transcendental figure is represented by the intelligent robot, able to make its own decisions.

In this way, robots represent the artificial intelligence's materialization in a body, and their characteristics can be defined in the following ones: in the first place corporeity, because they portray a physical form utilising its sensors and receptors to make certain actions; the unpredictability, considering that to a certain extent they count on a grade of autonomy in its decisions, concluding that it does not have to have an accurate foundation; and a strong social impact that is going to force the configuration of a new legal subject's category within the legal framework.

XLVI. La inteligencia artificial se caracteriza por la toma de decisiones no previstas o programadas previamente, de ahí la imposibilidad de encuadrarla dentro de la categoría general de división entre seres humanos y objetos. La capacidad de autoaprendizaje y la impredecibilidad de sus decisiones obliga a reconsiderar su naturaleza jurídica.

Por esta razón, se está barajando, de forma muy acertada, la posibilidad de dotarla con personalidad jurídica dentro del ordenamiento, denominada como personalidad electrónica. Aunque, sería más adecuado, hablar de personalidad jurídica artificial, en contraposición con la natural o representativa del ser humano.

Artificial Intelligence differentiates itself through making unforeseen and previously unplanned decisions, from that the impossibility of placing it inside the general category of division between human beings and objects. The ability to self-learning and unpredictability of its decisions forces to reconsider is legal nature.

For this reason, it is being rightly considered the possibility of providing it with a legal personality in the legislation, called electronic personality. Although, it would be more adequate to speak about a legal and artificial personality or status, in contrast with the natural or representative inherent to the human being.

XLVII. En la actualidad, no existe un régimen jurídico idóneo sobre el uso de la inteligencia artificial y la robótica que se encargue de proveer de garantías suficientes al ejercicio de los derechos de los ciudadanos, pese a que sí que existen algunas previsiones comunitarias. En este sentido, es importante comprender que no se puede aplicar el Derecho de un ordenamiento jurídico que no está pensando para esta nueva realidad, sino que es necesario iniciar un proceso de regulación ex novo.

Nowadays there is not a suitable legal regimen about the use of artificial intelligence and robotics that is in charge of providing enough guarantees to the citizens' rights exercise, even though they do exist some communitarian estimations. In this regard it is important to comprehend that we cannot apply a legal system's law that is not designed for this new reality but, is necessary to initiate an "ex novo" regulation process.

XLVIII. El desarrollo que experimenten la inteligencia artificial y la robótica estará relacionado con la capacidad para resolver estas problemáticas:

- La defensa de los valores sociales y los derechos fundamentales en su aplicación, por lo que, se aboga por el tratamiento desde el diseño normativo, instaurando como principio base la neutralidad tecnológica.
- La instauración del principio de transparencia algorítmica y de mecanismos para verificar la motivación de su contenido. De esta forma, es necesario que sean constatables las reglas y los datos que han motivado la decisión que adopta la IA, para verificar el respeto al ordenamiento jurídico.
- El establecimiento de requisitos de tratamiento y previsiones necesarias para que el Big Data que utilizan estos sistemas para tomar las decisiones, cuenten con las garantías necesarias para que los datos sean lo más puros posibles. En este sentido, si los datos son sesgados, minados o manipulados la inteligencia artificial no podrá tomar decisiones acertadas o que respeten el ordenamiento jurídico.
- La incorporación de mecanismos que garanticen la seguridad de estas tecnologías se torna trascendental para proteger la integridad de las decisiones adoptadas, tanto la protección física del objeto, como su ciberseguridad.

- La implantación de mecanismos que preserven la protección de los datos y el derecho a la intimidad de los usuarios sobre quienes recogen la información.

The development experimented by artificial intelligence and robotics would be related to the ability to solve the following issues:

- *The defence of the social values and fundamental rights in its application, advocating for its treatment through policy's design, by stablishing as a basic principle the technological neutrality.*
- *The establishment of the algorithmic transparency principle and mechanisms in order to verify the motivation in its content. In this way, it is necessary to verify the rules and data that had motivated the decision the IA is making, in order to check the observance of legal regulations.*
- *The establishment of treatment requirements and needed provisions to assure that the Big Data used by these systems in order to make decisions, have the required guarantees for data to be as pure as possible. In this sense, if data are biased, undermined or manipulated the Artificial Intelligence would not be able to make right decisions that respect the legal framework.*
- *The incorporation of mechanisms to ensure the safety of these technologies is transcendental to protect the integrity of the adopted decisions, and the physical protection of the object as well as its cybersecurity.*
- *The implementation of mechanisms that preserve the data protection and the users' right to privacy upon those who gather the information.*

XLIX. La necesidad de regulación ex novo de la extensión, características y resolución de la problemática que presentan estas tecnologías hace recomendable que fuese una nueva rama del ordenamiento jurídico la que se encargara de regular esta materia: el Derecho Artificial.

Esta rama tendría como finalidad delimitar los conceptos y figuras más relevantes; la concreción de las distintas esferas y fases que configuran la IA; los mecanismos para garantizar el principio de transparencia algorítmica; la determinación de los bienes jurídicos que se pueden lesionar; el establecimiento del régimen de responsabilidad; la

creación de un órgano de gobernanza que regule las cuestiones éticas y promueva su avance; la formalización de un registro de propietarios y control de estos sistemas; y la determinación de los derechos de los ciudadanos derivados de estas relaciones.

The necessity of an “ex novo” regulation about the extent, characteristics and problem-solving of these technologies, makes advisable to create a new brand within the legislation in charge of regulating this matter: the Artificial Law.

This brand would have as a purpose to define the most relevant concepts and figures; the concretion of the different spheres and phases that configure the AI; the mechanisms to grant the algorithmic transparency principle; the determination of the legal interests that can be harmed; the establishment of a liability regime; the creation of a governing body regulator of the ethical questions and in charge of promoting its development; the formalization of a holders’ register and the control of these systems; and the determination of citizens’ rights originated from this relationships.

L. Los avances y técnicas desarrolladas en el campo de la biología y otras ciencias conexas, como la ingeniería biológica y la neurociencia, están implicando una revolución para el progreso del ser humano. En este sentido, destacan los avances en secuenciación genética y las investigaciones sobre el mapeo de la red neuronal cerebral que, aunados con las tecnologías intangibles y tangibles de la Revolución Digital, pueden representar un nuevo período evolutivo del ser humano.

Estos avances son determinantes en la configuración del Sistema Nacional de Salud, y, por ende, en la configuración del Estado de Bienestar 4.0. En este sentido, habrá que modificar la estrategia de protección de salud, pudiendo invertir en la prevención, desde la modificación y erradicación de enfermedades desde el origen, lo que reduciría los costes en materia de tratamiento.

The advances and techniques developed in the biology field and other related sciences, such as biological engineering and neuroscience, mean a revolution for the human beings’ progress. In this sense, we can highlight the advances in genetic sequencing and the studies about mapmaking of the brain neural networks, which,

alongside with the intangible and tangible technologies from the Digital Revolution, might represent a new evolutionary period for mankind.

These advances are decisive in the configuration of the “Sistema Nacional de Salud”, and therefore, in the configuration of the 4.0 Welfare State. In this sense, the health protection strategy should be modified, allowing intervening in the prevention, modification and eradication of diseases from their origin, what will reduce the costs in terms of medical treatment.

LI. La utilización de estas herramientas no está exenta de cuestionamientos éticos y morales, que pueden conllevar en el diseño de seres humanos “al gusto del consumidor”. Y, de igual manera, la utilización de estas técnicas para aumentar o potenciar las capacidades del ser humano, especialmente, de forma conjunta las tecnologías derivadas de la IA y la robótica. Esto podría conllevar a la determinación de tres categorías de seres humanos modificados: los mejorados genéticamente; los potenciados o aquellos que han sido configurados para impulsar determinadas capacidades; y los conectados o ciborgs que podrán conectarse a través de su propio organismo con el mundo digital.

The using of these tools is not exempted of ethical and moral questioning, what could lead to the design of human beings “to consumers taste”. And in the same way, the utilization of these techniques in order to increase or potentiate human abilities, especially collaboratively with the AI’s derived technologies and robotics. This could lead to the establishment of three categories of modified human beings: the genetically improved ones; the enhanced ones or those who had been configured to enhance certain abilities; and the connected ones or cyborgs, which would be able to connect through its own organism with the digital world.

LII. De forma previa a que se produzca la incorporación de estas tecnologías como un servicio público de protección de la salud, es necesario sentar los límites jurídicos al respecto. Para ello hay que establecer una regulación suficiente para desarrollar este tipo de intervenciones, especialmente, respetando los valores y principios del Estado Social y Democrático de Derecho, cuya última motivación debe ser la mejora o el avance de la humanidad.

Además, habrá que establecer un régimen de responsabilidad coherente en el uso de estas tecnologías, más aún si llega a implantarse como un servicio dentro de la asistencia y protección de la salud. No obstante, no se puede olvidar que hay que garantizar la convivencia entre las distintas categorías, y proveer medidas que posibiliten el acceso universal e igualitario a éstas. Y, por supuesto, sin olvidar que todas actuaciones deben preservar la integridad y dignidad del ser humano.

Prior to the incorporation of these technologies as a health protection public service it is necessary to set some legal limits. For this reason we need to settle an appropriate legislation in order to build up this kind of interventions, especially while respecting the values and principles of the Social and Democratic State of Law, whose last motivation must be the advance and improvement of mankind.

Moreover, a coherent responsibility regimen must be established for the use of these technologies, even more if it is implemented as a service within the healthcare assistance and protection. Nonetheless, we cannot forget to guarantee the coexistence between the different categories, and to provide measures to allow a universal and equalitarian access to them. And, of course, all proceedings must preserve the integrity and dignity of the human being.

LIII. Las nuevas tecnologías posibilitan el avance de la democracia hacia una forma de organización más comprometida con los principios y valores que la erigen. La Revolución Internet y la Revolución Digital permiten un afianzamiento de la democracia, promoviendo una mayor transparencia y control de las políticas y servicios públicos, e incrementando la información y participación ciudadana en los asuntos públicos.

No obstante, no se trata de incorporar estas tecnologías a las vías de participación convencionales, sino de avanzar hacia un modelo que tome decisiones más consensuadas y acordes con las necesidades de la población.

New technologies enable the advance of democracy towards a more committed organization form, with its own principles and values. Internet Revolution and Digital Revolution allow the consolidation of democracy, promoting a higher transparency and

politics and public services' control, and increasing the information and civic participation in public affairs.

However, it is not about incorporating these technologies to the conventional forms of participation, but to move towards a model that make a more consensual and suitable decisions for people needs.

LIV. El aumento de la participación ciudadana en la gestión de la “res pública” tiene dos formas diferentes de materializarse: bien, mediante participación directa o voluntaria de los ciudadanos, a través de los canales previamente habilitados al efecto, especialmente, en redes sociales y otras plataformas virtuales; o bien, la participación indirecta o sin un consentimiento explícito para su tratamiento.

A la vez, esta información puede utilizarse para dos finalidades diferentes, ya sea para extraer conclusiones sobre tendencias sociales y dirigir las políticas hacia esas necesidades, pero también para dirigir el voto de un posible electorado. El sistema electoral es una de las figuras que mayores modificaciones está sufriendo como consecuencia del avance de la sociedad digital. Por esta razón, es necesario redefinir los límites jurídicos de lo admisible dentro de las campañas electorales.

Civic participation's increment in the “res publica” management materializes in two different ways: through the voluntary or direct participation of citizens, via the previously established paths, especially social media and other virtual platforms; and through indirect participation or without explicit consent for its treatment.

At the same time, this information can be used for two different aims: to extract conclusions about social tendencies and lead the politics towards those needs, and to lead the vote from a possible electorate. The electoral system is one of the figures which had suffered major modifications as a consequence of the digital society's advance. For this reason, it is necessary to redefine the legal limits about what is admissible within election campaigns.

LV. La desinformación y la utilización de información falsa se ha convertido en una de las grandes problemáticas que debe solventar la sociedad digital. En este sentido,

tanto las Fakes o deepfakes se han convertido en fenómenos que ponen en riesgo la seguridad del Estado, lo que ha obligado a aprobar la creación de una Comisión Permanente contra la desinformación.

Este órgano, con la finalidad de coordinar los distintos niveles que participan en la defensa de la seguridad nacional, se ha encuadrado dentro de la Secretaría de Estado de Comunicación, en lugar de configurarlo como un órgano independiente de las directrices del Gobierno. Además, tampoco se han establecido garantías suficientes sobre el procedimiento administrativo para la verificación de la información, los criterios objetivos a aplicar, los límites de injerencia del Estado, o la posibilidad de recurso ante los tribunales.

Disinformation and misinformation have become serious issues that digital society must solve. In this sense, both Fakes and Deepfakes had become phenomes risking the State's safety, which has been forced to adopt the creation of a Permanent Commission against disinformation.

This Commission has the aim of coordinating the different levels that participate in national security's defence and has been framed inside the "Secretaría de Estado de Comunicación", instead of configuring it as an independent organ from the Government. Besides, enough guarantees have not been established about the administrative procedure in order to verify information, and neither have been the objective criteria to apply, the limits in State's interferences or the possibility of appealing to the Courts.

LVI. La Revolución Internet se ha materializado también sobre la configuración del Gobierno. En este sentido, la construcción de un Gobierno Abierto se ha convertido en el siguiente paso de la evolución natural del poder ejecutivo, tanto a nivel internacional como estatal. En consecuencia, el Gobierno Abierto es la materialización de la apertura de la democracia hacia los ciudadanos, gracias a la transparencia de las actuaciones del poder ejecutivo, la colaboración en la actividad pública y la participación de éstos en la confección y el diseño de las políticas y servicios públicos.

La implantación del Gobierno Abierto es un proceso gradual que integra distintas fases: la existencia de un catálogo de datos que permitan medir la evolución que éste experimenta; la configuración del principio de transparencia y datos abiertos en sus

actuaciones; la colaboración entre las dependencias y entidades administrativas para facilitar el intercambio de información para promover mejores en los servicios públicos; y el compromiso global de los ciudadanos en el éxito de este proyecto.

Sin embargo, una vez que se alcanza la retroalimentación del sistema a través de los datos que recoge, utilizando las tecnologías propias de la Revolución Digital estaríamos ante una figura más evolucionada: el Gobierno Inteligente o Gobierno Digital. No obstante, el Gobierno español se encuentra inmerso en las primeras fases de desarrollo.

Internet Revolution has also materialized upon the Government's configuration. In this sense, the construction of an Open Government has become the next step in the Executive's natural evolution, internationally and nationally. Consequently, the Open Government is the embodiment of democracy's opening to the citizens, thanks to the Executive's performances transparency, the collaboration in the public activity and the participation in the politics and public services' design.

The implementation of an Open Government is a gradual progress which integrates different phases: the existence of a data catalogue that would allow to measure the evolution it is experimenting; the configuration of the principle of transparency and open data in its proceedings; the collaboration between the administrative units and entities to facilitate the exchanging of information in order to promote better public services; and the citizens' global compromise in this project's success.

However, once the system feedback is reached through data collection, using Digital Revolution technologies, we would be facing a more evolved figure: the Intelligent Government or Digital Government. Yet the Spanish Government is immersed in the early stages of development.

LVII. La Constitución se ha convertido en el soporte legal suficiente para el desarrollo del Gobierno Abierto que encuentra su fundamento en el derecho de acceso a la información, pero desde la perspectiva de la libertad de información [artículo 20.1 d) CE] y expresión [20.1 a) CE], y el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos (23.1 CE).

Sin embargo, hasta la promulgación de la Ley 9/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, que desarrolla el régimen jurídico del Gobierno Abierto no existe un régimen auténtico en esta materia. De forma que, la norma concreta las obligaciones a las que las Administraciones se comprometen.

Además, a este régimen hay que añadir la actividad regulatoria que han llevado a cabo las Comunidades Autónomas, tanto en la incorporación de estos valores dentro de sus Estatutos de Autonomía, como de sus propias normas en esta materia. No obstante, también es necesario destacar los cuatro Planes de Gobierno Abierto que se han ido sucediendo desde el año 2012 hasta el año 2020.

The Constitution has turned into the regulatory support that is enough to grant the development of the Open Government, which bases its foundation in the right of access to information, but from an information freedom [article 20.1 d) CE] and freedom expression [20.1 a) CE] perspective, and the right of citizens to engage in public affairs (23.1 CE).

Nevertheless, until the promulgation of the “Ley 9/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno”, which unfolds the Open Government’s legal regime, there was not an authentic regime about these matters. In a way that, the regulation specifies the obligations Administrations are committed to.

In addition to this, we need to add to this regime the regulatory activity carried out by the Autonomous Communities, about the incorporation of these values inside their “Estatutos de Autonomía” as well as their own legislation about this area. However, it is also necessary to point out the four Open Government Plans that have occurred since 2012 until 2020.

LVIII. El carácter transparente del Gobierno Abierto está referido a la posibilidad de comprobar las decisiones y el ejercicio de los compromisos públicos que éste acomete. La base constitucional de la transparencia, puesto que, no existe un precepto que se refiere a este carácter de forma específica, si que encuentra reconocimiento intrínseco en el artículo 1.1 CE.

Sin embargo, la cualidad del poder ejecutivo no se puede alcanzar si está no está integrada dentro de las Administraciones, puesto que, éstas son las encargadas de ejecutar las políticas de los distintos niveles del Gobierno. Por esta razón, la transparencia se convierte en la base indispensable para el ejercicio de la actividad pública, debiendo incorporarse de forma explícita al artículo 103 CE, como uno de los valores básicos de funcionamiento de las Administraciones.

The Open Government's transparent character is referred to the possibility of checking the decisions and the exercise of public commitments that it addresses. The constitutional basis of transparency, due to the fact that there is not a specific precept referred to this, is intrinsically acknowledged in the article 1.1 CE.

Notwithstanding, the Executive's top capacity cannot be reached if it is not integrated inside the Administrations, since they are in charge of executing policies inside the Government's different levels. For this reason, transparency becomes the essential base for the public activity exercise, explicitly incorporating to article 103 CE as one of the basic values in Administrations' functioning.

LIX. La regulación que experimenta la transparencia en la Ley 9/2013, de 9 de diciembre, se concreta a través de dos actividades. Por un lado, la publicidad activa, de manera que es la propia Administración la que pone a disposición de los ciudadanos la información necesaria. Sin embargo, el ejercicio de esta actividad cuenta con límites subjetivos y objetivos, tanto por los sujetos obligados, como por el modo de acceso y contenido de la información que se publica.

Y, por otro lado, el acceso a la información pública, establecido como un procedimiento administrativo que permite el derecho a los ciudadanos de acceder a los documentos que formen parte de los expedientes administrativos, cuya base constitucional se encuentra en lo dispuesto en el artículo 105 b) de la CE. No obstante, el ejercicio de este derecho también se encuentra limitado subjetiva y objetivamente. En ambas actividades hay que destacar la utilización de los medios electrónicos, a través del portal de transparencia, para ejercitar el derecho y poner a disposición de los ciudadanos esta información, siempre que sea posible.

The regulation experimented by transparency in the “Ley 9/2013, de 9 de diciembre” is specified through two activities. On the one side, active advertising, in a way that is the Administration the one that puts information at the disposal of citizens. However, the exercise of the activity has subjective and objective limits for obligors, and for the access mode and the published information.

And on the other side, the access to public information, established as an administrative procedure which grants the right of citizens to access to the documents part of administrative files, whose constitutional basis is included in the provisions of the article 105 b) CE. Nonetheless, the exercise of this right is also subjectively and objectively limited. In both activities we must point out the using of electronic media, through the Transparency Website, in order to exercise the right and put this information at the citizens’ disposal, whenever possible.

LX. La corrupción política ha sido una de las principales causas que han impulsado la necesidad de formalización del buen gobierno dentro de nuestras instituciones. La implantación del carácter de buen gobierno dentro del poder ejecutivo se encuentra vinculado a la transparencia y al ejercicio de una buena administración desde las instituciones públicas. En este sentido, el buen gobierno está relacionado con el ejercicio de su actividad de forma objetiva, sujeta a la legalidad vigente y que persigue la satisfacción de los intereses generales, a través de una gestión de calidad, eficiente y eficaz. Y, además que permite una rendición de cuentas, tanto horizontal de comprobación entre los poderes del Estado, como vertical por parte de los ciudadanos.

Political corruption has been one of the main causes to boost the need of formalising good governance within our institutions. The implementation of the good governance character inside the Executive is linked to transparency and the proper administration of public institutions. In this sense, the good governance is related to the exercise of its activity in an objective way, bounded to the current legislation and pursuing the general interest’s satisfaction, through a high-quality, efficient and effective management. And also, it allows accountability; horizontally checked among the powers of the State, and vertically by citizens.

LXI. La incorporación de la participación ciudadana en la toma de decisiones se ha convertido en la principal disyuntiva para implantar un modelo de Gobierno Abierto en nuestro país. El Estado hasta el momento se ha limitado a establecer una transparencia y buen gobierno de carácter formal, pero sin entrar en la fase de conversión de las instituciones que implica la interrelación de la ciudadanía con la “res pública”.

En consecuencia, el estado en el que se encuentra esta fase no está a la altura de las tendencias comunicativas y las necesidades sociales. Los pocos canales de comunicación que hay establecidos tienen una perspectiva unidireccional, y no bidireccional, lo que reduce el contacto de los ciudadanos con las Administración para valorar la gestión de los servicios y políticas públicas. De este modo, los proyectos que se han desarrollado en esta materia ni se les han dedicado los esfuerzos económicos suficientes, ni tampoco la implementación de los medios, legales y materiales necesarios, para que lleguen a cumplir con su cometido.

Civic participation's incorporation in decision-making has become the main disjunctive in order to implement an Open Government model in our country. Until this now, the State has just set a formal good governance and transparency, without entering in the conversion of institutions, which implies interrelationships between citizens and “res pública”.

As a result, the State found in this phase does not measure up with the communication tendencies and the social needs. Few of the stablished communication channels have one-way perspective instead of a two-way one, which reduces the connection between citizens and Administrations in terms of valuing service's management and public policies. In this way, some projects had been developed about this matter, and neither have they meet enough financial efforts, nor have experimented the implementation of the needed legal and material media to fulfil its task.

LXII. Internet y los servicios de la sociedad de la información posibilitan la creación de un ágora digital que se convierta en el foro de debate habitual y de intercambio de ideas en la gestión de los asuntos públicos. En este foro se podrá debatir cualquier asunto atendiendo al nivel estructural y competencial que tienen las distintas

Administraciones, y los ciudadanos que pudieran verse perjudicados por estas actuaciones.

Sin embargo, previamente es necesario establecer un régimen jurídico idóneo que indique el órgano titular de la actividad, los servicios que se prestan, los sujetos que pueden participar, el régimen de responsabilidades, las reglas del procedimiento participativo y la vinculación de los resultados obtenidos.

Internet and information society services enable the creation of a digital agora that would turn into the usual discussion and exchange forum about any ideas related to public affairs' management. In this forum any issue could be discussed attending to the structural and competitive level the different Administrations have, and the citizens who might be affected by these actions.

Nevertheless, a suitable legal regime needs to be previously settled, which indicates the responsible authorities, the service they provide, the subjects who could participate, the liability regime, and the participatory process's procedure and its connection with the obtained results.

LXIII. No se puede aspirar a concluir el proceso de transformación del Gobierno, sin implementar el último grado evolutivo: el procesamiento y análisis de todos los datos e información que se pueda recoger de los ciudadanos, de sus interacciones y relaciones. En este sentido, esto está relacionado directamente con las políticas de datos abiertos y la reutilización de esa información dentro del Sector Público.

La expansión e implantación de la sociedad digital sólo es posible si se establecen las garantías necesarias para reutilizar esta información en beneficio del interés general. En este sentido, el sistema al que se aspira no cuenta con el respaldo normativo suficiente, porque no existe una obligación de interoperabilidad en origen entre las Administración, ni tampoco un deber de reutilizar esa información que recogen.

Government's transformation process cannot conclude without implementing the last evolution level: data processing, and the analysis of all the data and information that

can be collected from citizens, its relationships and interactions. This is directly linked with open data policies and information reusing within the Public Sector.

The expansion and deployment of digital society is only possible if the guarantees needed for this information's reusing in the public interest are set. In this regard, the system aims do not count on enough legislative backup, because nor it exist an obligation about origin interoperability between Administrations, neither a duty to reuse the information they collect does.

LXIV. La Administración también ha sufrido las modificaciones derivadas de la implantación de las nuevas tecnologías. En este sentido, destaca el papel que han tenido la LPAC y LRJSP, sobre la configuración de la administración electrónica que, entre las medidas adoptadas destacan el establecimiento de la preferencia del medio electrónico en las relaciones; la creación de los sistemas de identificación y firma electrónica; la configuración de los puntos de acceso; la regulación de los registros electrónicos; la tramitación electrónica del procedimiento administrativo; la regulación de la automatización del procedimiento y el establecimiento de un régimen jurídico propio de las notificaciones electrónicas.

Sin embargo, todas estas reformas introducidas en el régimen jurídico de las Administraciones Públicas no han representado una innovación propiamente dicha del sistema, sino que, simplemente han incorporado el uso de estas tecnologías al funcionamiento y estructura previo de las Administraciones. La evolución que ha experimentado ésta se ha centrado en integrar los medios tecnológicos, pero no en adaptarla de forma sinérgica a la transformación que está experimentando el resto de la sociedad. Hasta el punto de que, antes de entrar si quiera en vigor la totalidad de la norma, ya se presenta como un régimen jurídico desfasado y que no responde a las necesidades actuales de la población.

The Administration has also suffered modifications derived from new technologies' implementation. In this way, stands out the part LPAC and LRJSP had played, about e-government configuration and adopted measures such as the establishment of an electronic media's preference in relationships; the creation of new identification systems and e-signature; the configuration of access points; the regulation

of electronic records; the electronic processing of administrative procedure; the regulation of the automation procedure and the establishment of a legal regime specific to electronic notifications.

However, all this amendments introduced in the Public Administrations' legal regime did not represent an innovation. properly speaking, but they had only added the use of this technologies to the Administrations' previous functioning and structure. The evolution experimented has been centred in integrating technological means, but not in synergistically adapting it to society's transformation. To the extent that, even before rules came into force, it already presents itself as an outdated legal regime that does not meet population's current needs.

LXV. La Administración, como el punto de conexión entre el Gobierno y los ciudadanos, debe digitalizar sus actuaciones como el resto de los sectores, mediante la configuración de una Administración Digital. El elemento básico de evolución de la Administración deben ser los datos, en tanto que, su análisis y tratamiento permiten sacar el máximo rendimiento a las actividades que ésta desarrolla. En este sentido, la Administración debe asumir que los datos son sus nuevos aliados para la prestación de servicios personalizados e individualizados.

Además, ésta debe adecuar los principios y valores de su sistema de funcionamiento a los propios del S. XXI, especialmente, en materia de transparencia y buen gobierno, e incorporando el principio de interoperabilidad y neutralidad tecnológica como básicos en el desarrollo de sus actividades. Sin olvidar que hay que adaptar el procedimiento administrativo, creándolo ex novo para evitar los formalismos y rigideces innecesarios. No obstante, los datos por sí solos no tienen valor, por lo que será necesario integrar en la Administración las tecnologías propias de la Revolución Digital, tanto la inteligencia artificial como la robótica.

Administration, as a connecting point between Government and citizens, must digitalize its proceedings as well as the remaining sectors, through the configuration of a Digital Administration. The key element in the Administration's revolution must be data, in so far as its analysis and treatment enable to make the most of these activities'

performances. In this sense, Administrations must assume that data is their new ally in order to provide personalized and individual services.

Moreover, this must adapt the inherent principles and values of its functioning system to those specific to the 21th century, especially in terms of transparency and good government, and adding the interoperability and technological neutrality ones as essential in the development of their activities. While bearing in mind that the administrative procedure must be adapted and created “ex novo” in order to avoid unnecessary formalisms and inflexibilities. However, data on its own has not value, for what is necessary to integrate the Administration in Digital Revolution’s technologies, such as robotic and artificial intelligence.

LXVI. El Parlamento Abierto representa la figura a la que aspira convertirse el poder legislativo en nuestro país. En este sentido, éste se caracteriza por incorporar las nuevas tecnologías a su sistema de funcionamiento, incorporando una serie de rasgos diferentes como, por ejemplo, la transparencia y la trazabilidad de sus decisiones, y la escucha activa de las peticiones de los ciudadanos a través de los canales de participación habilitados al efecto.

El Parlamento Abierto no cuenta con una regulación específica en nuestro ordenamiento jurídico, sino que ha sido consecuencia de las modificaciones introducidas por la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, aplicable al control de la actividad parlamentaria de los miembros del Congreso y del Senado. No obstante, la Constitución española garantiza en el artículo 9.2 CE la participación ciudadana en la vida política, lo que sirve de base para el desarrollo de esta figura en nuestro ordenamiento jurídico.

The Open Parliament embodies the aspirational figure to become the legislative power in our country. In this sense, it is characterized for incorporating new technologies to its functioning system, adding a series of different features, such as, for example, transparency and traceability in their decisions, and the citizens petitions’ active hearing through participation channels authorized for this purpose.

The Open Parliament does not benefit from a specific regulation in our legal framework but has been a consequence of the inserted modifications by “Ley 19/2013, de 9 de diciembre, aplicable al control de la actividad parlamentaria de los miembros del

Congreso y del Senado”. Regardless, the Spanish Constitution ensures civic participation in politics in its article 9.2 CE, which serves as the basis to the development of this figure in our legal framework.

LXVII. Las reformas que se han efectuado hasta el momento para incorporar una mayor participación ciudadana en la elaboración normativa a través de los medios electrónicos son claramente insuficientes, dado que, ni la consulta pública, la audiencia, o el trámite de información pública cuentan con las garantías necesarias. El régimen de excepciones de la norma es tan abierto que permite una amplia discrecionalidad en su aplicación, sin entrar en que el formato electrónico es solo una opción de tramitación y no auténtica obligación.

El reto español es adaptar el régimen jurídico del poder legislativo hacia las posibilidades que nos permiten estas nuevas tecnologías. Si bien es cierto que el IV Plan de Gobierno Abierto incluye el compromiso de incorporar un sistema de huella normativa y de registro de los lobbies que intervienen en el proceso normativo. Pero, estas medidas siguen siendo insuficientes, puesto que no se apuesta por esa comunicación bidireccional estableciendo los canales de participación, los instrumentos de transparencia necesarios y una estructura legal sólida sobre las consecuencias que esta participación tiene en el ordenamiento.

The so far conducted reforms in order to incorporate a higher civic participation in the legislation’s production through electronic media are clearly insufficient, considering that public consultation, hearing and public information proceedings do not rely on the required guarantees. The regulation exception regime is so open that allow a wide discretionarily in its application, without getting into the fact that the e-form is just a handling option and not an authentic obligation.

The Spanish challenge is to adapt the legislative power’s legal regime to the possibilities these new technologies allow us. Although it is true that the IV Open Government Plan includes the commitment of incorporating a legal footprint and lobby register’s system of those that intervene in the legislation process. But these measures are still insufficient, because they did not invested on a two-way communication

establishing the participation channels, the needed transparency instruments and a solid legal structure about the consequences this participation has in the legal framework.

LXVIII. Una vez que se alcance la figura del Parlamento Abierto en nuestro país, se podrá abordar la transformación digital del mismo. De este modo, en el momento en que se incorporen estas medidas al funcionamiento del Parlamento, recogiendo información de los ciudadanos y combinando los datos “ad intra” y “ad extra”, con las herramientas de Big Data, algoritmos y la IA, se podrán transformar en decisiones con mayor aceptación, y más adecuadas a las necesidades de los ciudadanos, configurando un nivel superior: el Parlamento Digital.

Once the Open Parliament figure is reached in our country we could address its digital transformation. In this way, once these measures are incorporated to the Parliament functioning, collecting information from citizens and combining “ad intra” and “ad extra” data with the Big Data, algorithms and IA, we could transform them in wide accepted decisions, and more suitable for citizens’ needs, configuring a superior level: the Digital Parliament.

LXIX. La Administración de Justicia ha incorporado las tecnologías propias de la Revolución Internet a su sistema de funcionamiento. De este modo, la configuración de la e-justicia representa la evolución natural de la Administración de Justicia, en relación con la implantación de las TIC para mejorar el desarrollo de las actividades del poder judicial. Sin embargo, este proceso de transformación es frenado por la falta de dotación de recursos materiales y técnicos, y la formación del personal, como consecuencia de los efectos de la crisis del año 2008. Por el contrario, esto ha supuesto una infradotación económica para afrontar el proceso de modernización de la Administración de Justicia que lleva años perpetuándose.

The Justice System has incorporated technologies inherent in Internet Revolution in its functioning system. In this regard, the configuration of e-justice is a natural evolution in justice’s administration, linked to TICs’ implementation in order to improve

judicial processes. However, this transformation process is stopped by the lack of material and technical resources and personnel training, as a consequence of 2008 crisis effects. On the contrary, this has meant an economic underfunding in order to face the modernizing progress the Justice System has been perpetuating for years.

LXX. La introducción de las nuevas tecnologías en la Administración de Justicia puede colaborar al ejercicio de la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE), aportando una mayor eficacia y celeridad de los procedimientos que se celebran. El principal reto de la Administración es descongestionar los juzgados y el alto nivel de litigiosidad de nuestro país y, en este cometido, la introducción de métodos alternativos de resolución de conflictos de forma electrónica puede suponer un gran aliado.

No obstante, este sistema no es comparable con los efectos positivos que puede tener la introducción de los avances en inteligencia artificial aplicados a la resolución de litigios. Sin embargo, hasta el momento las herramientas que se han pretendido incorporar a la Administración de Justicia estaban más relacionadas con el uso del Big Data o de algoritmos predictivos que representa. No se puede obviar que las herramientas que se incorporen a esta Administración deben reunir los requisitos generales para evitar sesgos o discriminación, pero también, la capacidad de aprender de sus propias resoluciones, e introducir cambios en la jurisprudencia para adaptarse a las necesidades de la población.

The introduction of new technologies within the Justice System could collaborate in the exercise of the effective legal protection (article 24 CE), providing greater effectiveness and celerity in the legal proceedings. The main challenge is decongesting courts and the high level of litigation in our country, introducing alternative electronic methods about conflict resolution.

Nonetheless, this cannot be compared with the positive effects that artificial intelligence advances' introduction may have applied to dispute resolution. However, until now, the features that had been intended to incorporate to the Justice Administration where more related to the use of Big Data or predictive algorithms. We cannot ignore that the incorporated features must meet the general requirements in order to avoid biases or discrimination, but also have the ability to understand its own resolutions and introduce changes in jurisprudence in order to adapt them to population's needs.

LXXI. La transformación digital de la actividad y gestión del poder judicial no se puede alcanzar sin dotarla de los medios materiales y tecnológicos necesarios. En este sentido, cobra especial trascendencia resolver los problemas de compatibilidad e interoperabilidad entre las distintas Comunidades Autónomas y los operadores jurídicos: así, mientras los jueces utilizan Minerva, el Ministerio Fiscal usa Fortuny, y los abogados y procuradores LexNet. Sin olvidar, la necesaria reformulación de los procedimientos judiciales que han sufrido reformas parciales desde su promulgación a finales del S. XIX, y que ya no están en consonancia con las garantías necesarias del proceso judicial.

The Judicial System activity and the digital transformation management cannot be reached without endowing them with the required material and technological means. In this sense, solving compatibility and interoperability issues between the different Autonomous Communities and legal practitioners get a special transcendence: thus, while judges use Minerva, the Public Prosecutor's Office uses Fortuny, and lawyers and solicitors use LexNet. Without forgetting the needed reformulation of the legal proceedings, which had suffered partial amendments since their promulgation in the late 19th century, and are not consistent with the legal proceeding required guarantees.

LXXII. La Revolución Internet ha transformado las relaciones preexistentes obligando a crear un Derecho específico aplicable dentro del ciberespacio: el Derecho Digital. Esta nueva rama del ordenamiento jurídico se encarga de regular las relaciones que se producen dentro el entorno digital, tanto entre las personas, el comercio electrónico, la regulación del contenido de los servicios digitales, la protección de los consumidores, las cuestiones de propiedad intelectual, la ciberseguridad, y la adaptación de la actividad institucional a las posibilidades de Internet.

En consecuencia, el Derecho Digital se caracteriza por ser una rama de carácter multidisciplinar, que funciona gracias al procesamiento de la información que recoge; la interconexión de las comunicaciones o relaciones que se entablan; y la neutralidad en el desarrollo de su actividad.

Internet Revolution has changed the pre-existing relationships forcing to create a specific Law applicable in the cyberspace: the Digital Law. This new branch of the legal

framework is in charge of regulating the relationships created in the digital environment, between people, e-commerce, digital services' content regulation, consumer protection, intellectual property matters, cybersecurity and institutional performances' adaptation to Internet possibilities.

Consequently, the Digital Law is known for being a multidisciplinary branch, which works thanks to data processing; communication and relationships interconnection; and neutrality in the development of its activity.

LXXIII. El Derecho Digital cuenta en nuestro ordenamiento jurídico con la regulación de una serie de derechos denominados digitales que pretenden dar respuesta a la problemática que surge en la red. La Ley 3/2018, de 5 diciembre, es la encargada de establecer el régimen jurídico de estos derechos que, en su mayoría se concretan como prestacionales, bien por los prestadores de servicios de la sociedad de la información, o bien por el Estado.

Sin embargo, la regulación que éstos experimentan, pese a ser un primer acercamiento a la materia acertado, no resuelve las problemáticas que las relaciones tienen en el ciberespacio, puesto que, en su mayoría, se ciñen a establecer un principio de equivalencia funcional entre ambos mundos.

Digital Law in our legal framework relies on the regulation of a series of rights called digital rights that seek to answer the issues arisen online. The “Ley 3/2018, de 5 diciembre” is responsible for the establishment of these rights' legal regime, which mainly are presented as entitling, either by the service providers in the information society or by the State.

Nevertheless, the regulation they experiment, in spite of being an accurate first approach to the matter, does not solve the disjunctive relationships we have in the cyberspace, since they mostly stick to set a functional principle of equivalence between both worlds.

LXXIV. El derecho a la neutralidad de Internet (art. 80 LOPD) debe ser garantizado tanto por los prestadores de servicios de la sociedad de la información, como

el propio Estado, en relación con los principios y valores constitucionales de un Estado democrático. Sin duda, este derecho contrasta con la reciente modificación introducida por el Real Decreto-Ley 14/2019, de 31 de octubre, donde la neutralidad queda subordinada a un amplio elenco de excepciones no controladas por otros órganos del Estado.

The right to Internet's neutrality (article 80 LOPD) must be assured for the information society's service providers as well as for the State itself, in connection with the values and principles in a democratic State. Undoubtedly, this right contrasts with the recent modification introduced by the "Real Decreto-Ley 14/2019, de 31 de octubre", where neutrality is subordinated to a broad list of exceptions, not controlled by other State's authorities.

LXXV. El derecho de acceso a universal a Internet (art. 81 LOPD), se articula en nuestro ordenamiento jurídico con un contenido insuficiente, dado que, su regulación no incorpora las garantías necesarias para su materialización. En este sentido, prácticamente se establecen las mismas condiciones en su ejercicio que las previstas en la normativa general de telecomunicaciones. De este modo, el régimen jurídico perpetua las mismas discriminaciones y el crecimiento de la desigualdad social.

The right to a universal access to Internet (article 81 LOPD) is articulated in our legal framework with insufficient content; due to the fact that, its regulation does not incorporate the required guarantees in order to materialize it. In this manner, the established conditions in its exercise are practically the same than the ones provided for the general legislation about telecommunications. In this way, the legal regime perpetuates the same discriminations and the growth in social inequalities.

LXXVI. El derecho a la seguridad digital (art. 82 LOPD) es interpretable como protección del secreto de las telecomunicaciones, lo que no supondría ninguna novedad en referencia al régimen previo; pero también puede entenderse como el presupuesto legal

necesario para abordar la intervención del Estado en materia de ciberseguridad. De no ser así, el derecho no generaría ninguna innovación en nuestro ordenamiento jurídico.

The right to digital security (article 82 LOPD) is interpretable as a protection of the secrecy of communications, which would not represent an innovation referring to the previous regime; but also could be seen as the needed legal premise in order to address the State intervention in terms of cybersecurity. Otherwise, the right would not generate any innovation in our legal framework.

LXXVII. El derecho a la portabilidad de los datos en redes sociales (art. 95 LOPD) está relacionado con lo dispuesto en el Reglamento General de Protección. Mediante este derecho el legislador configura un principio de equivalencia o de aceptación de que los datos que se aportan en un servicio de la sociedad de la información, previo consentimiento de su titular, pueden ser incorporados a otro servicio.

La incorporación de este derecho podría resultar trascendental si se incorporara en el régimen jurídico de funcionamiento de las Administraciones Públicas, de manera que toda la información que aporten los ciudadanos a una determinada Administración pueda ser tratada desde una misma base de datos que posibilite su reutilización.

The right to data portability in social media (article 95 LOPD) is related to the provisions of the "Reglamento General de Protección". Via this right, the legislator configures an equivalence or acceptance principle about the data added to an information society's service, prior holder's permission, which guarantees its possible incorporation to other service.

The incorporation of this right might be transcendental if it is added to the Public Administrations' functioning legal regime, in a way that, all the information that citizens provide to a certain Administration, could be treated from a database that makes its reuse possible.

LXXVIII. La Ley 3/2018, de 5 diciembre, garantiza el derecho a la libertad de expresión y de rectificación en la red (artículos 85 y 86 LOPD), donde se mezclan las

garantías constitucionales de bienes jurídicos distintos: el derecho a la libertad de expresión, el derecho a la rectificación de datos personales; y el derecho a corregir informaciones provenientes de medios de comunicación. De este modo, se configura un régimen nada sencillo que pretende solucionar la problemática aplicando el principio de equivalencia funcional.

The “Ley 3/2018, de 5 diciembre” guarantees the rights to freedom of speech and online rectification (article 85 and 86 LOPD), where constitutional guarantees from different legal interests are mixed: the right to freedom of speech and the right to personal data rectification; and the right to fix information originated from mass media. Thereby, a complex regime is configured that pretends to solve any problems applying the functional equivalency principle.

LXXIX. El derecho al olvido en la red proviene de los pronunciamientos jurisprudenciales comunitarios en esta materia. Este derecho tiene como fundamento garantizar a los ciudadanos la autodeterminación informativa, es decir, a acceder y controlar sus datos personales en el ciberespacio. Sin embargo, el régimen jurídico que se diseña es ciertamente incoherente con el bien jurídico que se pretende proteger, en tanto que, no obliga a eliminar la información de los servidores informáticos de los prestadores de servicios de la sociedad de la información, sino a prohibir que aparezcan en las primeras páginas de los motores de búsqueda (art. 93 LOPD); o a su eliminación en los servicios de redes sociales que no de sus servidores generales (art. 94 LOPD).

The right to be forgotten online comes from the communitarian jurisprudential pronouncements in this matter. This right has as a basis guaranteeing citizens their informative autodetermination, that is to say, the access and control of their personal data in the cyberspace. However, the legal regime designed is incoherent with the legal interest intended to be protected, because it does not force to erase the information from information society service’s servers, but it forbids their occurrence in the first pages of search engines (article 93 LOPD); or their elimination in social media services and not their general servers (article 94 LOPD).

LXXX. El derecho al testamento digital (art. 96 LOPD), a pesar de la innovación que a priori pudiera suponer en nuestro ordenamiento jurídico, no genera nuevas facultades. El legislador no ha apostado por dotarlo de contenido suficiente, configurándolo como una nueva modalidad de sucesión testamentaria. De manera que, se ha limitado a recoger el contenido digital que producimos en la red, como propio del patrimonio.

The right to a digital will (article 96 LOPD), despite the innovation it could “a priori” embody in our legal framework, does not create new powers. The legislator has not bet for equipping it with enough content, shaping it as a new testamentary succession modality. So that it has been limited to collect the digital content we produce online, as typical of the heritage.

LXXXI. Los derechos digitales de los menores y la protección de sus datos son heterogéneos. Por un lado, se reconoce el derecho a la educación digital (art. 83 LOPD) que genera distintas relaciones entre la formación que reciben los menores, y las obligaciones del profesorado, los centros educativos o universidades. Y, por otro lado, una serie de obligaciones en materia de protección de datos, tanto para los progenitores (art. 84 LOPD), como para los centros escolares, cuando se trata de datos provenientes de menores de edad (art. 92 LOPD).

Minors’ digital rights and their data protection are diverse. On the one side, we have the right to digital education, acknowledged in article 83 LOPD, which generates certain relationships between the formation minors receive and the obligations that teacher staff, educational institutions and Universities must fulfil. And on the other side, a series of obligations in terms o data protection, directed at their parents (article 84 LOPD) and schools, when data come from minors (article 92 LOPD).

LXXXII. Las relaciones laborales han sufrido una profunda transformación tras la incorporación de las nuevas tecnologías en sus actividades, tanto en el aspecto organizativo, como funcional, por lo que se incorporan al ordenamiento determinados

derechos digitales. En este sentido, la norma protege el derecho a la intimidad y al uso de los dispositivos digitales (art. 87 LOPD). Sin embargo, la concreción que se realiza de este derecho ya contaba con un régimen jurídico similar tanto en el ET como en el EBEP. Por tanto, lo único que realiza este artículo es una concreción del respeto del derecho a la intimidad y la dignidad en el trabajo dentro del ámbito digital.

Working relationships had suffered a deep transformation since the incorporation of new technologies in its performances, in their organizational level as well as their functional level; hence certain digital rights are incorporated to the legislation. In this sense, the rule protects the right to privacy and use of digital devices (article 87 LOPD). Despite this, the realization made of this right already counted on a legal regime similar to ET and EBEP. For this reason, the only thing this article does is specifying the respect for the right to privacy and digital dignity at work within the digital realm.

LXXXIII. El ordenamiento jurídico establece el derecho al control de los trabajadores bajo dispositivos de videovigilancia (art. 89 LOPD), siempre que se cumplan con una serie de garantías como que su utilización este destinada a verificar el control de la actividad que desarrolla el trabajador y que, además, que existe una comunicación previa acerca de la adopción de esta medida. No obstante, se produce una prohibición de captación de imágenes en lugares especialmente privados del centro de trabajo, como los aseos o vestuarios.

En términos similares, se reconoce el derecho al control de los trabajadores bajo sistemas de geolocalización (art. 90 LOPD), salvo porque incorpora expresamente la posibilidad de ejercitar los derechos derivados del tratamiento de estos datos que se regulan en la normativa comunitaria de esta materia.

The legal order sets the right to worker's control under video surveillance devices (article 89 LOPD), provided that a series of guarantees were fulfilled; like its use, that must be intended for verifying the control of the activity carried out by the worker, prior notice about the adoption of this measure. However, capturing images in especially private places inside the workplace such as restrooms and locker rooms is absolutely forbidden.

In similar terms, the right to workers' control under geolocation systems is acknowledged (article 90 LOPD), except that it expressly incorporates the possibility to exercise rights deriving from the treatment of the data regulated in the Community legislation about this matter.

LXXXIV. La implantación de las nuevas tecnologías dificulta diferenciar entre los tiempos de trabajo y de descanso, lo que ha llevado a legislar sobre esta materia incorporando el derecho a la desconexión digital (art. 88 LOPD). Sin embargo, la regulación que ha experimentado este derecho es claramente ineficiente, puesto que, ni determina los mecanismos de actuación para preservar su ejercicio, ni las obligaciones que deben asumir los empleadores, ni siquiera se aportan directrices o principios que deban ser respetados, sino que se deja todo en manos de la determinación de los acuerdos derivados de la negociación colectiva.

Además, se crea un derecho de garantías adicionales en el tratamiento de datos personales y de salvaguarda de los derechos digitales (art. 91 LOPD), que únicamente se limita a posibilitar que los convenios colectivos establezcan garantías adicionales en esta materia, una actividad que ya tenían encomendada previamente.

The implementation of new technologies hinders to differentiate between periods of working and breaks, which has led to legislate about this matter adding the right to digital disconnection (article 88 LOPD). Nonetheless, the regulation this right has experimented is clearly insufficient, because neither it fixes its mechanisms of action in order to preserve its exercise, nor the obligations that employees must assume. Even mandatory guidelines and principles are not provided, but everything is left up to the agreements derived from collective bargaining.

Furthermore, a right about additional guarantees in personal data treatment and protection of digital rights is created (articles 91 LOPD), that confines itself to allow collective agreements in order to stablish additional guarantees in this area; an activity previously entrusted.

LXXXV. La Constitución de 1978 implanta un contrato social que favorece la cooperación entre los distintos grupos de interés y un compromiso de disfrute general de la población de los beneficios derivados del crecimiento económico. Sin embargo, el avance que ha experimentado la sociedad en los últimos años está provocando que este contrato pierda eficacia, y que cada día quede más lejos el fundamento que lo instauró: la reducción de las desigualdades y el establecimiento de unas prestaciones mínimas de protección y provisión de bienestar.

Por esta razón, los cambios que se han descrito implican la realización de una actividad distinta que una mera actualización del Estado, sino que estos cambios están impulsando un nuevo orden social: la Era Digital. En consecuencia, la sociedad necesita un nuevo pacto social que aúne las distintas posturas y se comprometa con un proyecto que reconcilie los intereses de los ciudadanos, el mercado, la democracia y el progreso social. La pregunta que debemos realizar es si la Constitución de 1978 es lo suficientemente ambigua como para dotar de cobertura suficiente estas transformaciones; o si, por el contrario, ni siquiera reformando la Carta Magna, la interpretación que se desprende de sus preceptos abarcaría un marco adecuado para reglar las relaciones de la sociedad digital.

The 1978 Constitution introduces a social contract that favours cooperation among the different groups of interest and a commitment to population's general enjoyment of the benefits derived from economic growth. However, the progress experimented by society in recent years is causing this to lose effectiveness and to get away from the foundations that set it: the reduction of inequalities and the establishment of a minimal protection and welfare provision.

For this reason, the described changes imply the conducting of an action different from a simple State actualization; instead they are boosting a new social order: the Digital Era. Consequently, society needs a new social contract in order to combine the different approaches and to commit to a reconciler project between citizen's interest, markets, democracy and social progress. The question we must ask ourselves is if the 1978 Constitution is ambiguous enough to provide adequate coverage to these transformations; or if, on the contrary, not even reforming it the interpretation that emerges from its rules would cover a suitable framework in order to build the digital society relationships.

LXXXVI. El nuevo contrato social debe incorporar los derechos digitales o de cuarta generación como básicos del sistema, al igual que mejorar los derechos de generaciones anteriores, tanto los derechos sociales como individuales. En este sentido, la base de este pacto social y digital debe adaptar la organización del Estado a la de una democracia representativa con los caracteres inherentes a la misma, de forma que, se incorporen los principios de transparencia, buen gobierno, participación ciudadana, interoperabilidad, y reutilización de los datos, implantando los modelos de Gobierno Abierto y Parlamento Abierto hasta alcanzar su fase Digital. Y, de igual manera, afrontar este proceso en lo referente al sistema de configuración de la Administración, abordando la transformación de la Administración Digital.

The new social contract must incorporate the digital or 4th generation rights as system's basic, as well as improving the previous generation's rights, both social and individual. In this sense, the foundation of this social and digital contract must adapt the State's organization formation to a representative democracy that reflects its inherent characteristics. In such a way that, the principles of transparency, good government, civic participation, interoperability and data reusing were incorporated as well as the Open Government and Open Parliament models until reaching their Digital Phase. And in the same way, facing this process in terms of Administration's system configuration, addressing the Digital Administration transformation.

LXXXVII. El nuevo pacto social debe abordar el proceso de incorporar en la Constitución un régimen jurídico suficiente sobre la concreción y límites del Estado de Bienestar. No es posible que la norma superior de nuestro ordenamiento jurídico no cuente con un reconocimiento expreso de esta estructura superior de protección social. De esta forma, dicho pacto debe considerarse el motor de las actuaciones que acometan los poderes públicos, convirtiéndose literalmente en el corazón que lleva a las relaciones los valores del Estado Social. No obstante, es necesario realizar un desarrollo legal de estas concreciones, considerándolo como esa estructura de protección superior y de provisión de bienestar que representa en nuestro ordenamiento jurídico.

The new social contract must address the process of incorporating a sufficient legal regime about the concretion and limitations of the Welfare State to the Constitution. It is not possible that the supreme law in our legal framework does not count on an explicit recognition of this upper structure about social protection. In this way, this must be considered the driving force of the actions undertaken by public authorities, turning into the vehicle to drive Social State's values to relationships. Notwithstanding, it is necessary to make a legal development of this concretions, considering it as the supreme protection and welfare provision structure that it represents in our legal framework.

LXXXVIII. El Estado de Bienestar debe comprenderse como una estructura que engloba los distintos pilares que lo configuran, y preservarse con las garantías necesarias al respecto. Por esta razón, su desarrollo debe contar con un proyecto sólido de futuro, representado en una programación política concreta para alcanzar los objetivos que este tiene encomendados. De este modo, habrá que delimitar el régimen de competencias y funciones que deben desarrollar las Administraciones involucradas de acuerdo con ese bien jurídico superior que se protege. Y, de igual manera, replantear la estructura, los servicios y el modelo de financiación del Estado de Bienestar.

En este sentido, el Estado de Bienestar debería tener garantizando constitucionalmente un mínimo de presupuesto del PIB, reflejado en una horquilla de porcentajes aplicables a cada uno de los pilares que lo configuran. No obstante, el establecimiento de una dotación presupuestaria estable no convertirá las prestaciones en eficientes, por lo que habrá que establecer una serie de mecanismos que verifiquen la satisfacción y repercusión que tienen la gestión de las políticas y servicios públicos que lo configuran.

Welfare State must be seen as a structure which encompasses the different pillars that configure it, and must be preserved counting on all the necessary guarantees. For this reason, the Welfare State development must rely on a solid future project, represented in a specific political programming in order to reach the aims it has been entrusted with. In this way, we would need to delimit the jurisdictional regime and the functions that the involved Administrations must develop in accordance with the superior legal interest that

is being protected. And in the same way, to rethink Welfare State's structure, services and funding model.

In this regard, the Welfare State must be constitutionally guaranteed with a minimum of the GPD's budget, mirrored in a bracket of applicable percentages to every one of the pillars that configure it. However, the establishment of a steady budgetary allocation will not turn the allowances in efficient, for what we must stablish a series of mechanisms in order to verify the satisfaction and impact that its policy management and public services have.

LXXXIX. En el pacto digital los derechos sociales deberían mejorarse garantizando constitucionalmente el núcleo mínimo de protección del derecho, no dejándolo en manos de la interpretación judicial o política, puesto que ésta se ha mostrado insuficiente. Y, de este modo, preservar el carácter irreversible de estos derechos, estableciendo las obligaciones y límites de la intervención administrativa en su consecución.

In the Digital Deal social rights must improve constitutionally granting a right's minimum protection, not leaving it in hands of political and judicial interpretation, since this has been insufficient. And thereby, it must preserve the irreversible nature of these rights, establishing the limits and obligations of the administrative intervention.

XC. El régimen jurídico actual no es suficiente para proteger los derechos digitales o de cuarta generación, ni siquiera se puede afirmar que hayan sido clasificados por la doctrina de una forma coherente. En mi opinión, dentro de estos derechos hay que distinguir cuatro grandes grupos: de acceso a Internet, de protección de datos, del Derecho Artificial y de las ciencias biológicas.

The current legal regime is not enough in order to protect digital or 4th generation rights, not even we can say that they had been classified by the Doctrine in a coherent way. In my opinion, within these rights we need to differentiate between four large

groups: the access to Internet, the data protection, the Artificial Law and the biological sciences.

XCI. No se puede realizar una protección coherente de los derechos digitales sin establecer un derecho de acceso y de disfrute de las posibilidades que nos permite Internet. Este derecho ha alcanzado tal consideración en el desarrollo de las relaciones que se ha alzado como un derecho con naturaleza bifronte: por un lado, un derecho del que depende el ejercicio de otros derechos, individuales y sociales, permitiendo adaptarlos a las necesidades del S. XXI; y, por otro lado, como un derecho independiente, que a su alrededor genera un conjunto de derechos que determinan su núcleo fundamental. Por esta razón, este derecho debería considerarse como fundamental, puesto que se ha convertido en la base que estructura las relaciones de la sociedad digital.

A digital rights' coherent protection cannot be performed without establishing an access and enjoyment right about the possibilities allowed by Internet. This right has reached such a consideration in relationships' development that has risen as a bi-frontal nature right: on one side, a right on which depends the exercise of other rights, social and personal, allowing to adapt them to the 21th century requirements; and on the other side, as an independent right that generates a set of rights around itself which ascertain its fundamental core. For this reason, this right must be considered as fundamental, since it has become the foundation that builds digital society's relationships.

XCII. El derecho de Internet está configurado por el derecho de acceso a la red como un servicio de interés general; el derecho a disponer de los recursos materiales y formativos necesarios para su acceso; el derecho universal de utilización de la red de forma asequible, y con el establecimiento de las garantías necesarias para adecuar su calidad y velocidad en la prestación, a medida que se produzcan mayores avances de esta Revolución; el derecho de acceso neutral a las infraestructuras que permiten el intercambio de datos; el establecimiento de garantías necesarias para proteger la transmisión neutral de la información, tanto de los prestadores de servicios, como del Estado respetando los valores del Estado democrático y de Derecho; y también, en sentido contrario, el derecho a no utilizar Internet.

Por último, encontraríamos otros derechos derivados del uso de Internet con núcleos distintos: el derecho a la seguridad o de ciberseguridad; y el derecho a la participación ciudadana en los asuntos públicos a través del ciberespacio.

The right to internet is configured by the right of access to the network as a general interest service; the right to have the needed material and educational resources for its access; the universal right to an affordable network use, and counting on the establishment of the essential guarantees in order to adapt its quality and speed while higher advances are produced in this Revolution; the right to a neutral access to the infrastructures that allow data exchange; the establishment of the needed guarantees to protect information's neutral transmission, from the service providers as well as the State, while respecting the Democratic and under the rule of Law State; and also, in contrast, the right to not using Internet.

Lastly, we find other rights derived from Internet's use with different basis: the right to safety and cybersecurity; and the right to civic participation in public issues through cyberspace.

XCIII. Los datos se han convertido en la fuente de energía que permitirá edificar las relaciones y servicios de la sociedad digital. Por esta razón, resulta necesario establecer un conjunto de derechos que solucionen los conflictos que su implantación en las relaciones sociales provoca. El derecho a la protección de datos se ha configurado como autónomo e independiente dentro de nuestro ordenamiento jurídico, como consecuencia de la evolución que ha experimentado tras su concreción en el artículo 18 CE. El núcleo de este derecho ha sido modificado como consecuencia de la implantación de las nuevas tecnologías, y especialmente, de su ejercicio dentro de la actividad dentro del ciberespacio.

En este sentido, el epicentro de este derecho se estructura en torno al tratamiento que deben recibir los datos que se consiguen o ceden a través de los servicios de la sociedad de la información, especialmente, en lo que se refiere a la seguridad y confidencialidad de los mismos. De este modo, el análisis debe partir de la necesidad del consentimiento del afectado para su tratamiento que, además, deberá ser siempre expreso y revocable, y conociendo la finalidad que persigue el tratamiento de esa información.

Data has become the energy source that will allow building the relationships and services of digital society. For this reason, it is necessary to establish a set of rights to solve the disjunctives that its implementation in social relationships causes. The right to data protection is configured as autonomous and independent inside our legal regime, as a consequence of the evolution experimented after its realization in the article 18 CE. The base of this right has been modified as a consequence of the implementation of new technologies, and especially their exercise in the performances within the cyberspace.

In this regard, the epicentre of this right is structured around the treatment that the obtained or ceded data through information society's services must receive, especially regarding to security and confidentiality. In this sense, the analysis must begin with the consent of the data subject, which also must always be irrevocable and explicit, and connoisseur of the finality this information's treatment pursues.

XCIV. A partir del derecho a la protección de datos se articula el derecho a la preservación de la identidad. Este derecho tendría como objetivo proteger el conjunto de datos que se tratan de las personas para evitar que sea individualizada. En este sentido, el derecho genera la obligación de establecer las garantías necesarias, a través de las técnicas de anonimización y seudonimización, para evitar que la identidad digital puede ser vinculada a la física, salvo por supuestos tasados contrarios al orden público.

Además, de este derecho surge una derivación destinada a garantizar la intimidad del individuo, prohibiendo que sea vigilado o controlado dentro del ciberespacio, siempre respetando los límites legales del Estado de Derecho. Y, de igual modo, debe reconocerse el derecho al libre desarrollo de la personalidad, respetado tanto por los poderes públicos, como los prestadores de servicios.

Starting with the right to data protection the right to identity preservation is articulated. This right has as an aim to protect people's treated dataset in order to avoid its individualization. In this sense, the right generates the obligation to establish the required guarantees through anonymization and pseudonymisation techniques, in order to avoid digital identity to be linked to physical identity, apart from some limited cases contrary to public policy.

Besides, from this right emerges a derivation destined to guarantee the privacy of individuals, forbidding their watching or controlling inside the cyberspace, always respecting the constitutional State's legal limits. And in the same way, the right to free development of personality must be recognised, respecting the public powers and the service providers.

XCV. El ordenamiento también debería incorporar el derecho al olvido en la red. Este derecho debe reconocer la posibilidad de eliminar cualquier información de todos los servidores de los prestadores de servicios de la sociedad de la información que no cuente el consentimiento de su titular, o cuando haya perdido la finalidad para ser objeto de tratamiento. Y, en sentido contrario, de este se deriva el reconocimiento del derecho al recuerdo y al testamento digital.

The legislation should also incorporate the right to be forgotten online. This right must acknowledge the possibility of elimination of any information in all information servers that do not have the consent of its holder, or when this information loses its finality to be subject of processing. And on the contrary, from this one derives the acknowledgement of the right to remember and digital will.

XCVI. Los derechos digitales propios del Derecho Artificial deben comenzar garantizando el derecho de acceso a las tecnologías propias de esta revolución. Hasta el punto de que, habría que plantearse cuál debería ser el límite de compromiso del Estado para dotar o facilitar que los ciudadanos tengan acceso a estas tecnologías.

En este sentido, los avances de la Revolución Digital como facilitadores de la actividad social van a implicar la ruptura del orden de clases preestablecido, por lo que la intervención administrativa resultará necesaria para equilibrar de nuevo las relaciones. Además, estos avances deben tenerse en cuenta como herramientas que favorezcan la lucha contra la desigualdad social, puesto que, presentan grandes oportunidades para superar las brechas sociales de personas con ciertas patologías o problemas socioeconómicos.

Digital rights inherent to Artificial Law must begin granting the right to access the technologies specific to this revolution. To the extent that, we should consider which would be the limit in the State's commitment in order to provide or facilitate citizens the access to these technologies.

In this respect, the Digital Revolution's advances being seen as enablers of social activity would imply the breakdown in the pre-established class order, for what the administrative intervention will be necessary in order to balance the relationships again. Also, these advances must be taken into account as tools to favour the fight against social inequality, for they pose great opportunities to overcome the pay gap in people who have certain diseases or economic problems.

XCVI. Dentro de la rama del Derecho Artificial habría que reconocer el derecho a no ser objeto de actuaciones automatizadas. Si bien, este derecho ya cuenta con protección dentro del ordenamiento jurídico, deberían ampliarse las garantías de su ejercicio, en tanto que, no se hacen referencias explícitas a la inteligencia artificial que es una evolución superior a ese mero tratamiento automatizado. Y, por tanto, es necesario concretar los límites legales, conforme al Estado de Derecho, que resultan aplicables en la utilización de estas herramientas, más aún, cuando tengan efectos jurídicos sobre los ciudadanos.

En sentido contrario, estaría el derecho a ser tratado por un ser humano. Aunque, en el régimen de las Administraciones Públicas existen garantías suficientes de este derecho, en el caso de que llegue a reconocerse una personalidad jurídica propia a la inteligencia artificial, es indispensable que las personas continúen teniendo el control de las instituciones. Además, hay que garantizar la protección de la dignidad humana en una sociedad conviviente con estos avances, lo que, genera el deber de que éstas colaboren con el sostenimiento de las cargas del Estado.

Inside the Artificial Right branch, we should acknowledge the right to not to be subject of automated proceedings. While this right already has its protection in the legal framework, the guarantees in its exercise must be extended, due to the fact that explicit references to artificial intelligent are not made and it is a superior evolution of that mere automated treatment. And therefore it is necessary to fix some legal limits, in accordance

with the rule of law, to become applicable in the usage of these tools, moreover when they have legal effects to citizens.

On the contrary, the right to be treated by a human being is settled. Even though in the Public Administrations' regime this right is sufficiently guaranteed, in case of the acknowledgment of an own legal personality, it is essential that people continue to be in control of the institutions. Besides, we need to guarantee the protection to human dignity in a society cohabiting with this advances which generates the duty to collaborate with the burdens of the State's sustaining.

XCVIII. Para preservar los derechos de los ciudadanos es necesarios reconocer un conjunto de derechos relacionados con el funcionamiento de las tecnologías derivadas de la inteligencia artificial. Entre estos derechos se recogería la obligación de utilizar los datos más puros, la protección de la intimidad, el principio de transparencia algorítmica, o la concreción del régimen de responsabilidad por daños causados.

In order to preserve citizens' rights it is essential the acknowledgement of a set of rights related to the functioning of technologies derived from artificial intelligence. Among these we would found the obligation to use the purest data, privacy protection, the principle of algorithmic transparency or the concretion of the liability regime for caused damages.

XCIX. Los avances derivados de las ciencias biológicas serán, en un futuro, aquellos que delimitarán la pertinencia a las distintas clases sociales, suponiendo la ruptura definitiva de la jerarquía preestablecida. Por esta razón, hay que delimitar las obligaciones que el Estado debe asumir para frenar el crecimiento de las desigualdades.

En este sentido, hay un deber de dotar al ordenamiento jurídico de las herramientas necesarias para que, en el caso de que estas tecnologías lleguen a expandirse, todas las personas con independencia de su situación socioeconómica puedan tener acceso a las mismas. No obstante, determinar esta prestación como un servicio público dentro del Sistema Sanitario es complicado, por el mero hecho de que el estado de la ciencia no

garantiza una seguridad suficiente, ni tampoco alcanza a asegurar la obtención de unos resultados concretos.

The advances resulting from biological sciences would be, in the future, those that will define the pertinence of the different social classes, implying the definitive rupture of the pre-established hierarchy. That is why we need to delimit the obligations the State must assume in order to slow down the growth of the inequalities.

In this sense, there is a duty to give the legal framework the required instruments that, in case these technologies spread, everyone, regardless their socio-economic status, could access to. Nevertheless, to determinate this provision as a public service inside the Health System is complex, by the mere fact that the science's status does not guarantee a sufficient safety and does not assure the obtaining of any specific results.

C. El ordenamiento jurídico debería garantizar los siguientes derechos relacionados con estas tecnologías:

- El derecho de acceso a los avances en materia de ciencias biológicas, con carácter universal y con independencia de las condiciones socioeconómicas de los ciudadanos.
- El derecho a la información genética y de actuar en su tratamiento desde la prevención de las enfermedades que puedan derivarse.
- El derecho al respeto de la diversidad genética. Las nuevas tecnologías no pueden servir de excusa para erradicar o eliminar rasgos, o imponer unos frente a otros, puesto que, de ser así, estaríamos atentando contra el derecho a la igualdad y la no discriminación.
- El derecho a la privacidad mental o de protección de los neurodatos. El Estado debe ser tajante en esta materia, prohibiendo cualquier tipo de comportamiento que suponga una injerencia de la privacidad mental de los ciudadanos contra su voluntad. E, incluso, si llega a utilizarse por los poderes públicos, establecer un conjunto de requisitos y garantías que permitan salvaguardar que no lesione la dignidad, privacidad e intimidad del individuo

- El derecho de los ciudadanos a decidir sobre la utilización de estas tecnologías en sus organismos, o sobre el sometimiento a una modificación genética o implantes robóticos.
- El régimen de responsabilidad en caso de lesiones a los bienes jurídicos o derechos de los interesados.

The legal order must guarantee the following rights related to these technologies:

- *The right to access the advances in terms of biological sciences, on a universal basis and regardless to the socio-economic conditions of the citizens.*
- *The right to genetic information and to act in its treatment from its prevention.*
- *The right to respect for genetic diversity. New technologies cannot be the excuse to eradicate or erase genetic traits, or impose one in front of each other, since otherwise we would be undermine the right to equality and to non-discrimination.*
- *The right to mental privacy and neurodata protection. The State must be blunt in this matter, forbidding any kind of behaviour that poses an involuntary interference in citizen's mental privacy. And even if public powers are used, the State must set a series of requirements and guarantees that would not harm the dignity, privacy and intimacy of the subject.*
- *The right to decide about the utilization of these technologies in people's organisms, or the right to undergo a genetic modification or robotic implants.*
- *The liability regime in case of injury of legal interests or data's subjects rights.*

CI. El futuro del Estado de Bienestar se encuentra en la digitalización de los servicios públicos, pero no desde la perspectiva que se ha abordado hasta el momento, más relacionada con el tratamiento electrónico que con su auténtica conversión digital. Los poderes públicos deben introducir nuevos indicadores que permitan constatar las necesidades sociales de la población de forma automática y adaptar estos servicios a las mismas. De esta forma, ese criterio discrecional que identificaba a los servicios públicos

va a limitarse por los indicadores del tratamiento de los datos sobre los comportamientos de los ciudadanos.

Welfare State's future is found in the public services' digitalization, not from the perspective approached until now, but more related to the electronic treatment than to its authentic digital conversion. The public powers must introduce new indicators that allow us to verify automatically population's social needs and adapt these services to them. In this way, the discretionary judgement that identified public services is being limited for the indications about data treatment in citizens' behaviour.

CII. La participación ciudadana en los asuntos públicos, ya sea de modo directo o indirecto, se torna trascendental para la conversión digital de los servicios públicos. En lo que se refiere al modo indirecto, se traduciría en la recopilación masiva de datos de los usuarios de estos servicios, a través de elementos IoT colocados en puntos estratégicos de la ciudad. Ésta es la base que nos permitirá aspirar a una organización social que reúna los principios y valores del S. XXI.

Para ello, es indispensable que las distintas Administraciones sean interoperables y estén interconectadas, puesto que, el tratamiento de los datos que recogen puede resultar útil para el conjunto de los servicios públicos. Sin olvidar que, no sólo se trata de adaptar los servicios públicos preexistentes, sino de crear nuevos servicios, en el caso de ser necesarios.

Civic participation in public affairs becomes transcendental, in a direct and indirect mode, for public services' digital switchover. Referring to the indirect mode, it makes reference to the service's that mass data users collect, through IoT elements placed in strategic points of the city. This is the foundation that would enable us to aspire to a social organization that gathers the principles and values of the 21th century.

In order to this, it is indispensable that the different Administrations are interoperable and interconnected, since the treatment of the data they collect can be useful for the public services. Not forgetting that this is not about just adapting the pre-existing public services, but creating a new one, if any.

CIII. El proceso de digitalización de los servicios públicos se basa en los siguientes elementos:

- La instalación de elementos de IoT en lugares estratégicos, que se encargarían recoger todos esos comportamientos o actuaciones que reporten valor para la gestión de los servicios públicos.
- La configuración de la red general de recogida y conservación de información pública, en la que se conecten las bases de datos de las distintas Administraciones, una estructura similar a una nube de propiedad pública.
- El análisis del Big Data “civis” para encontrar esa mayor eficiencia y eficacia en la prestación de los servicios públicos.
- La introducción de la inteligencia artificial, o en su defecto, de algoritmos simples, para que establezcan propuestas sobre la mejora de estos servicios, adecuados al análisis previo de los datos.

Public service’s digitalization progress is based on the following elements:

- *The installation of IoT elements in strategic places, which would be in charge of collecting all these behaviours or actions that bring value to the public services’ management.*
- *The configuration of a public information’s collection and a preservation general network, in which databases from different Administration would be connected in a structure similar to a public property Cloud.*
- *The Big Data “civis” analysis in order to find a higher efficiency and effectiveness in the public services’ provision.*
- *The introduction of artificial intelligence, or failing that, of simple algorithms, in order to establish suggestions about these services improvement, suitable to the previous data analysis.*

CIV. La utilización de los algoritmos y de la inteligencia artificial en la toma de decisiones enmarcadas dentro de las Administraciones Públicas supone una serie de dificultades específicas a las que, hasta el momento, el ordenamiento jurídico no ha puesto solución. En este sentido, el régimen jurídico-administrativo solo custodia las

actuaciones realizadas a través de procesos automatizados, una vez que da inicio al procedimiento administrativo. Lo que, en sentido contrario, permite que las Administraciones utilicen estos sistemas de forma previa al inicio del mismo, a través del uso de algoritmos predictivos, sin informar a los administrados de su utilización.

Sin embargo, el ordenamiento debe proveer las garantías necesarias, su utilización antes y durante la tramitación del procedimiento administrativo, puesto que, si las decisiones no se ajustan a Derecho pueden derivar en responsabilidad patrimonial si lesionan los derechos de los administrados. En este sentido, si el algoritmo que toma la decisión tiene un vicio de nulidad radical que atenta contra derechos y libertades fundamentales, todo el procedimiento administrativo devendría nulo.

The use of algorithms and artificial intelligence in decision-making within Public Administrations poses a series of specific difficulties that had not been solved by the legal order so far. In this sense, the administrative-legal system only safeguards the actions made through automatized processes, once the administrative procedure has started. Which on the contrary, allow Administrations to use these systems prior to its beginning, through the use of predictive algorithms and not informing about its using.

Notwithstanding, the legal order must provide the required guarantees and its utilization before and after administrative procedure's handling, because if the decision does not comply with the law it could drift to a financial liability in case rights are harmed. In this sense, if the algorithm which makes the decision has a void of radical nullity that undermines rights and fundamental liberties, all the administrative procedure would become null.

CV. La utilización de los algoritmos y la inteligencia artificial en la toma de decisiones, previa y durante a la tramitación del procedimiento administrativo, debería contar con los siguientes requisitos:

- El derecho de los administrados de conocer qué decisiones se toman basadas en la utilización de estas tecnologías, puesto que, en sentido contrario, se estaría huyendo de la aplicación del Derecho Administrativo.

- El derecho de transparencia algorítmica, garantizando la inteligibilidad del algoritmo y de los datos que utiliza para la adopción de sus decisiones, lo que está directamente relacionado con el régimen jurídico del derecho de acceso a la información pública.
- El derecho de constatar que los hechos que traen causa de la decisión algorítmica son verídicos, y no una mera predicción del mismo.
- El establecimiento de los mecanismos de control necesarios, ad intra y ad extra, para verificar que la decisión cumple con las disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico.

Algorithms and artificial intelligence used in decision-making prior to and during the administrative procedure's handling, must count on the following requirements:

- *The right of subjects to know which decisions are made, utilizing these technologies, since on the contrary, we would be escaping the application of the administrative law.*
- *The right of algorithmic transparency, guaranteeing the intelligibility of the algorithm and the data it uses in order to make its decisions, which is directly related to the right to public information access's legal regime.*
- *The right to verify that the facts caused by the algorithmic decisions are truthful and not a mere prediction.*
- *The establishment of the necessary control mechanisms, "ad intra" and "ad extra", in order to verify that the decision fulfils the dispositions in our legal framework.*

CVI. La estructura de protección social que fundamenta las actuaciones del Estado de Bienestar pivota alrededor del mercado laboral, por esta razón, los cambios que se producen en éste tienen consecuencias sobre las relaciones sociales. Esto es lo que obliga al Estado a intervenir para reforzar el equilibrio socioeconómico. En este sentido, la Revolución Digital está aumentando las desigualdades sociales y concentrando la riqueza y el poder en unos pocos. En consecuencia, el reto al que se enfrentan los distintos

Gobiernos es encontrar la forma de gestionar la transformación digital, estimulando el crecimiento económico, pero sin desproteger la provisión del bienestar a los ciudadanos.

The social protection structure that substantiates Welfare State's performances centres around labour market, for this reason the changes originated in it have consequences in social relationships, what forces the State to intervene in order to reinforce the socio-economic balance. In this sense, Digital Revolution is increasing social inequalities and concentrating wealth and power on a few. Subsequently, the challenge the different Governments face is to find the way to manage digital transformation and stimulating economic growth, but without unprotecting citizen's wellness.

CVII. El Estado de Bienestar tiene que adaptar la disposición de sus recursos al tipo de empleo que se está creando, adecuando las bases impositivas para proceder a un reparto equitativo de las cargas públicas. En este sentido, el Estado debe ser consciente de que el concepto de trabajo propio que se ha mantenido desde el S. XX ya no representa o reúne los mismos caracteres que en origen. Así, la relación laboral se va a caracterizar por la flexibilidad, en tanto que, ya no existe un puesto de trabajo propiamente dicho, ni tampoco unos entornos rígidos de jerarquía o subordinación. Sin perder de vista las nuevas empresas o modelos de negocio que son tendencia en el mercado, especialmente, los servicios de la sociedad de la información, para adecuar ese régimen impositivo.

Por tanto, las políticas públicas tienen que dirigirse a establecer unas condiciones de trabajo justas, que permitan acceder a un modelo decente y digno de trabajo (en relación con su carácter no discriminatorio, saludable, bien remunerado y con derecho a la protección social). En consecuencia, el objetivo es avanzar hacia una regulación eficiente y equitativa del mercado de trabajo que colabore con el sostenimiento del Estado de Bienestar, sin que pierdan valor los derechos sociales.

The Welfare State must adapt its resources' disposition to the type of employment is been created, adapting its bases in order to undertake an equitable distribution of the public burdens. In this sense, the State must be conscious about the fact that the work concept embraced since the 20th century no longer represents and gathers the same

characteristics it had in its origin. Thus, the working relationship is marked by flexibility, in so far as an actual place of work or a hierarchically or subordinately rigid work environment does not exist. Without losing sight of the new companies or business models that are trendy in the market, especially the information society's services, in order to adequate that imperative regime.

Therefore, public policies must appeal to set fair work conditions, which would allow accessing to a decent and worthy working model, in connection with its non-discriminatory, healthy, well-paid and with the right to social protection character. Consequently, the aim is to move towards an efficient and equitable regulation of the working market that collaborates with the Welfare State maintenance, without social rights losing their value.

CVIII. Los poderes públicos deben instaurar un modelo de transición justo que frene las consecuencias sociales de los efectos de la robotización y la automatización del empleo. Para ello, se prevén dos medidas: por un lado, la tasa a las máquinas en función de los beneficios obtenidos, el uso del medio ambiente, la generación de residuos o el gasto de energía que impliquen; y, por otro lado, el establecimiento de la renta básica, pero inspirada en la progresividad y no en la universalidad, de manera que, hay que detectar a las personas necesitadas y los bienes que mejor pueden cubrir esas dificultades.

Public authorities must implement a fair transition model that restrains the social consequences of employment's robotization and automation. Two measures are foreseen for it: in the one hand, a fee to machines, depending on the obtained benefits, the use of the environment, the waste generation or the waste of energy; and in the other hand, the establishment of a basic income, inspired in progressivity and not in universality, in such a way that, it must identify people in need and the goods that could better cover those needs.

CIX. La conversión de la Administración Digital pasa por la automatización y robotización de los servicios que ésta presta, lo que repercute sobre la formación y caracteres de los empleados públicos. En este sentido, la desaparición de determinados puestos de trabajo y la creación de otros para cubrir nuevas necesidades obliga a

reestructurar su sistema de funcionamiento. Y, por el contrario, a repensar las pruebas de acceso al empleo público que deberían estar basadas en evaluar capacidades y habilidades, y no en el desarrollo de actividades memorísticas. Sin olvidar la elevada inversión que tiene que realizar para adquirir a los nuevos empleados “robotizados” para alcanzar ese grado superior de eficiencia que deben reunir la gestión de la actividad de las distintas Administraciones.

The Digital Administration conversion involves the automation and robotization of the services it provides; which has an impact in the training and characteristics of public employees. In this sense, the disappearance of certain jobs and the creation of others to cover new needs, forces to restructure its functioning system. And on the contrary, to reconsider the entrance examination to public employment, which should be based on the evaluation of abilities and capabilities and not in the development of memory activities. Without forgetting the high investment the Administration has to perform in order to make the new “robotized” employees to reach that upper level of efficiency that the different Administrations must meet.

CX. La educación y la formación de los ciudadanos es el eje transversal que permitirá una transición equitativa al mercado y al modelo de empleo de la Era Digital. En este sentido, el deber del Estado es adecuar la capacitación y formación de los estudiantes a las demandas que experimenta el mercado de trabajo, para evitar que el proceso de digitalización aumente la brecha social y la tasa de desempleo. El principal problema al que nos estamos enfrentando es generacional, puesto que, los poderes públicos no son capaces de comprender la naturaleza de estos cambios, lo que les impide adecuar el ordenamiento jurídico a las nuevas necesidades.

Citizen’s education and formation are the transverse axis that will allow an equitable transition to the Digital Era’s market and employment model. In this sense, the duty of the State is to adequate the capability and formation of students to the labour market’s demands, in order to avoid that the digitalization process could increase the pay gap and the unemployment rate. The main problem we are facing is generational, since

the public authorities are not capable of understanding this changes' nature, which prevent them from adjusting the legal framework to the new requirements.

CXI. La reforma del sistema educativo debe consistir en implantar las tecnologías propias de la Revolución Digital como facilitadores de la actividad, al igual que en el resto de los sectores de la sociedad. Sin embargo, esto no tiene nada que ver con el servicio que se ha prestado hasta el momento, en el que se han digitalizado los recursos existentes que se utilizaban en el aula. La educación digital es otra cosa, consiste en aprovechar todo lo que ofrece la Revolución Digital para promover el proceso de aprendizaje.

En consecuencia, la base de este sistema consiste en compartir ideas, recursos y materiales, implantando un modelo de educación flexible y abierto que se adapte a una sociedad con unas necesidades cambiantes. Sin embargo, este proceso es imposible de abordar, en tanto que, cada Comunidad Autónoma ha creado sus propias estructuras educativas, sin respetar el principio de interoperabilidad e interconexión.

The educational system reform must consist in the implementation of technologies specific to the Digital Revolution as activity's facilitators in the rest of society sectors. However, this has nothing to do with the service provided so far, in which the resources used in classrooms had been digitalized. Digital education is something else, it consists in the use of everything Digital Revolution offers in order to promote the learning process.

Consequently, the base of this system is to share ideas, resources and materials, implementing a flexible and open educational model which adapts to a changing needs society. However, this process is impossible to tackle, in so far as every Autonomous Community has created its own educational structure, without observing the interoperability and interconnection principle.

CXII. Los centros educativos deben reorganizarse incorporando las técnicas de autonomía del aprendizaje en los alumnos que fomenta la creatividad y el desarrollo de habilidades relacionales que van a ser las capacidades de las relaciones laborales de la

sociedad digital. En este sentido, el aula debe convertirse en un espacio interactivo, y en el que el uso de la inteligencia artificial de el soporte necesario para mejorar el ritmo de aprendizaje de cada alumno, de forma que el servicio se preste de manera individualizada a sus necesidades.

Y, de igual manera, los planes educativos tienen que reestructurarse para formar para las profesiones del futuro, enseñando principios, valores y criterios para que los alumnos sepan enfrentarse a un mundo globalizado y en constante cambio. Por esta razón, habrá que reforzar las asignaturas tradicionales, crear nuevas, y capacitar a los profesionales convirtiéndose en los mejores formados de todo el sistema.

Educational centres must reorganise incorporating the autonomy of learning techniques, which enhances the creativity and development of relationship skills that are the labour relations of digital society. In this sense, the classroom should turn into an interactive space where the artificial intelligence's use gives the needed support in order to improve the learning pace of every student, in a way that the service is provided on an individual basis depending on their needs.

An likewise, educational plans must reorganise in order to create the future professions, teaching principles, values and standards, for students to be able to face an ever-changing globalized world. For this reason, traditional subjects should be reinforced creating new ones, and professionals should be prepared, turning them into the best trained ones in all the system.

CXIII. La salud electrónica es la consecuencia de aplicar los avances en las telecomunicaciones en el sector de la salud, hasta el punto de que se puede afirmar que ésta se convierte en la extensión de la administración electrónica sobre el servicio de asistencia sanitaria. Sin embargo, al igual que el resto de los sectores, la evolución de la protección de la salud debe virar hacia la digitalización, y para ello, utilizar los datos como el elemento estructural de la prestación del servicio.

Electronic healthcare is the consequence of applying advances in the health sector's telecommunications, to an extent that, we could claim this to be the electronic

administration's extension about the healthcare assistance service. Nonetheless, as well as in the rest of sectors, health protection's evolution must turn to digitalization, and in order to this, use data as the structural element in the providing of the service.

CXIV. El Big Data sanitario se va a convertir en la gran revolución de la protección de la salud cuando deje de enmarcarse en proyectos de investigación, para abarcar su utilización como una oportunidad de progreso constante. En este sentido, el Big Data sanitario tiene que ponerse en relación con el análisis y gestión de esos datos, a partir del uso de la IA, dentro de la infraestructura del hospital inteligente.

Healthcare Big Data will turn into the great revolution about health protection when it refrains from being framed in investigation projects, to encompass its using as a steady progress's opportunity. In this regard, healthcare Big Data must relate to the management and analysis of these data, out of the use of AI, inside the smart hospital framework.

CXV. Los hospitales inteligentes se caracterizan por optimizar el procesamiento de la información, gracias a la interconexión y la recogida de datos del IoT, con la finalidad de prestar servicios individualizados de tratamiento de las enfermedades. De este modo, los avances de la Revolución Digital podrán ofrecer, previo al análisis de esos datos, modelos de diagnóstico y tratamiento, convirtiéndose en el gran aliado de los profesionales sanitarios. Pero, también influirá en la mejora del flujo de pacientes, reduciendo los tiempos de espera y la duración de las estancias en los hospitales, gracias a la asistencia médica remota.

Smart hospitals are distinguished for optimizing data processing, thanks to interconnection and IoT data collection, with the aim of providing individualized services in disease's treatment. In this way, Digital Revolution advances could offer, prior to data analysis, diagnosis and treatment models, becoming the great ally of health professionals. But it would also influence in the improvement of patients flow, reducing the waiting time and hospital stay's duration, thanks to the remote medical assistance.

CXVI. Los hospitales inteligentes también incorporarían los robots sanitarios como herramienta habitual del desarrollo de su actividad. Éstos aportan una mayor precisión a las actuaciones, al ser programables o acceder a zonas generando un menor riesgo de provocar daños en el organismo. En este sentido la clasificación de la robótica médico-sanitaria distinguiría entre los robots de diagnóstico, asistenciales, de tratamiento, y de gestión y administración de la actividad sanitaria.

Smart hospitals would also add sanitary robots as a usual tool in its activity development. These ones provide a greater precision in proceedings, being programmable and accessing delicate areas, which generates a lower risk of causing damage to the body. In this sense, the classification of medical-sanitary robotics would distinguish between diagnostic robots, assistive robots, treating robots, and management and administration of the healthcare activity robots.

CXVII. La incorporación de estas tecnologías también podría tener una gran repercusión sobre los derechos de los pacientes. En este sentido, destaca la limitación de la autonomía de sus decisiones, en tanto que, una vez que el sistema de inteligencia artificial incorpore al paciente en una categoría de tratamiento, éste deberá acatar la decisión del algoritmo. Por esta razón, deberían establecerse las herramientas de control humano para verificar que el paciente no puede ser objeto de otra decisión más beneficiosa, o menos perjudicial.

Y, de igual manera, deberá reconocerse el derecho a una información suficiente e inteligible de los motivos que han llevado a la inteligencia artificial a adoptar esa decisión. El principal problema de este derecho es que la inteligencia artificial no es lineal, lo que se traduce en la imposibilidad de explicar la razón que le ha llevado a tomar esa decisión. Por este motivo, al menos tendrá que exponerse a los pacientes los datos que se han utilizado para fundamentar esa actuación.

The incorporation of these technologies could also have an impact in patients' rights. In this sense, it highlights the limitation in their decisions' autonomy, since once the artificial intelligence system includes the patient in at treatment category, this must observe the algorithm's decision. For this reason, tools of human control should be

established in order to verify that the patient cannot be subject of a more beneficial or less damaging decision.

And likewise, the right to be supplied with understandable and enough information about the reasons that led the artificial intelligence to adopt the decision. The main problem with this right is that artificial intelligence is non-linear, which means that it is impossible to explain the reason that led it to make such a decision. For this reason, the data used to substantiate that action will have, at least, to be exposed to the patients.

CXVIII. La Administración tiene un papel trascendental para regular los efectos de la Revolución Digital, especialmente, para preservar la identidad de la conquista social más importante del S. XX: el Estado de Bienestar. Sin embargo, los problemas empiezan a agolparse a las puertas de las instituciones, y son muchos los cambios que hay que realizar y el tiempo apremia cada vez más.

The Administration has a pivotal role in regulating Digital Revolution's effects, especially in order to preserve the identity of the most important social conquest in the 20th century: the Welfare State. However, problems are starting to arise on the threshold of the institutions; many are the changes that must be made and the clock is ever-more ticking.

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA

Iciar ABAD ACEBEDO y otros, “Algunas consideraciones sobre seguridad de la información en el proyecto europeo de Historia clínica digital (proyecto epSOS), *Derecho y Salud*, 18, 1, (2009).

Janet ABBATE, *Inventing the internet (inside technology)*, The Mit Press, Cambridge, 1999.

Guillermo ABRIL, “Las mentes matemáticas mueven el mundo”, *El país semanal*, 20 de enero de 2019.

Isaías Jorge ACTA ÁGUILA, “Internet: un Derecho Humano de cuarta generación”, *Revista de derecho y ciencias sociales*, 5, (2011).

Pablo ACOSTA GALLO, “Restricciones de gasto, gestión privada y copago en el servicio público de salud”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 4, (2012).

Borja ADSUARA VARELA, “La protección de datos en los procesos electorales”, *El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 88-89, (2020).

AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, “Informe de tratamiento de opiniones políticas por partidos políticos”, de 18 de diciembre de 2018.

AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, “Guía de Drones y Protección de Datos”, 30 de mayo de 2019.

AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, “Tecnologías y protección de Datos en las Administraciones Públicas”, noviembre de 2020.

Vicenç AGUADO I CIDOLÀ, Vera PARISIO, Óscar CASANOVAS I IBÀÑEZ, *El derecho a la ciudad: el reto de las Smart Cities*, Atelier, Barcelona, 2018, in totum.

Benito ALÁEZ CORRAL, “El ideario educativo constitucional como fundamento de la exclusión de la educación diferenciada por razón de sexo en la financiación pública”, *Revista española de Derecho Constitucional*, 86, (2009).

Ignacio ALAMILLO DOMINGO, “La identificación y la autenticación por medios electrónicos”, en Marcos ALMEIDA CERREDA, *La actualización de la Administración electrónica*, Andavira, Santiago de Compostela, 2018.

Ignacio ALAMILLO DOMINGO “Los mecanismos y servicios de seguridad de las TIC para la acreditación de la actuación electrónica”, en Ignacio ALAMILLO DOMINGO, *Identificación, firma y otras pruebas electrónicas: la regulación jurídico-administrativa de la acreditación de las transacciones electrónicas*, Aranzadi, Navarra, 2018.

Ignacio ALAMILLO DOMINGO, “El régimen jurídico de la Administración digital: aspectos tecnológicos, plataformas y servicios de intermediación”, en Isaac MARTÍN DELGADO, *El procedimiento administrativo y el régimen jurídico de la Administración pública desde la perspectiva de la innovación tecnológica*, Iustel, Madrid, 2020.

Ignacio ALAMILLO DOMINGO y Xavier URIOS APARISI, *La actuación administrativa automatizado en el ámbito de las Administraciones Públicas: análisis jurídico y metodológico para la construcción y la explotación de trámites automáticos*, Escuela de Administración Pública de Catalunya, Barcelona, 2011.

Joaco ALEGRE, “¿Qué es la economía colaborativa?”, *Economistas frente a la crisis*, (2014).

Carmen ALEMÁN BRACHO, *El sistema público de servicios sociales*, Impresidisur, Granada, 1999.

Carmen ALEMÁN BRACHO, “Los servicios sociales en la democracia”, en Carmen ALEMÁN BRACHO y José M. ALONSO SECO, *Fundamentos de servicios sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

Carmen ALEMÁN BRACHO, “Situación actual y perspectiva de los servicios sociales en España”, en Carmen ALEMÁN BRACHO y José M^a ALONSO SECO, *Fundamentos de los servicios sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

Carmen ALEMÁN BRACHO y Mercedes GARCÍA SERRANO, *Fundamentos de bienestar social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

Carmen ALEMÁN BRACHO y Antonio TRINIDAD REQUENA, “Los servicios sociales: la dimensión internacional”, en *Servicios sociales: Planificación y evaluación*, Thomson Civitas, Navarra, 2006.

Pedro ALBERTO GONZÁLEZ, “Responsabilidad proactiva en el tratamiento de datos masivos”, *Dilemata*, 24, (2017).

Pette ALCOCK, “The United Kingdom: Constructing a Third Way”, en Pette ALCOCK y Gary CRAIG, *International Social Policy: Welfare Regimes in the Developed World*, Palrave, Macmillan, 2009.

Luciano ALFONSO PAREJO, “El Estado social administrativo: algunas reflexiones sobre la “crisis” de las prestaciones y de los servicios públicos”, *Revista de Administración Pública*, 153, (2000).

Ray ALGAR, “Colaborative consumption”, *Leisure Reporte*, (2017).

Iván ALONSO, “El gobierno británico ofrece consultas por Skype en la sanidad pública para ahorrar”, *El País Digital*, 8 de enero de 2019.

José María ALONSO SECO y Pedro FERNÁNDEZ SANTIAGO, “El sistema público de servicios sociales”, en Carmen ALEMÁN BRACHO y José María ALONSO SECO, *Fundamentos de servicios sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

Antonio ALONSO TIMÓN, “Financiación privada de las nuevas infraestructuras y servicios públicos”, *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 13, (2005).

Antonio ALONSO TIMÓN, “La participación ciudadana, transparencia y técnica normativa en las Leyes 39 y 40 de 2015. Los principios de buena regulación”, *Asamblea*, 34, (2016).

Víctor E. ALONSO PRADA, “El control del Congreso de los Diputados y la actividad parlamentaria durante el estado de alarma”, *Galilex*, 21, (2020).

Vicent ALMENAR I LLONGO y Mónica MALDONADO DEVIS, “Economía y consumo colaborativo”, Mustapha M-LMAIN AHMED, *Economía colaborativa y bancos de tiempo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

Víctor ALMONACID LAMELAS, “Especial Ley de procedimiento administrativo #LPA”, *Nosoloaytos*, 24 de septiembre de 2015.

Víctor ALMONACID LAMELAS, “Entrevista a Víctor Almonacid por Francisco Delgado Morales y Rafael Camacho Muñoz”, *Revista Española de Transparencia*, 9, (2019).

Víctor ALMONACID LAMELAS, “El teletrabajo en la Administración: horas eficientes versus horas de sillón”, *Capital Humano*, 349, (2020).

Philip ALSTON, “*Brief by the United Nations Special Rapporteur on extreme poverty and human right as amicus curiae before the District Court of the Hague on the case of NJCM c.s./De Staat der Nederlandem (SyRI)*”, case C/09/550982/HA ZA 18/388, 2019.

María ÁLVAREZ CANO, *Derecho al olvido en Internet: el nuevo paradigma de la privacidad en la era digital*, Reus, Madrid, 2015.

Vicente ÁLVAREZ GARCÍA, “Coronavirus y derecho (III): los límites de los poderes de necesidad”, *Foro de Investigación en Ciencias Sociales y Jurídicas*, Universidad de Extremadura, (2020).

Vicente ÁLVAREZ GARCÍA, “Coronavirus y derecho (II): los elementos esenciales del derecho de necesidad”, *Foro de Investigación en Ciencias Sociales y Jurídicas*, Universidad de Extremadura, (2020).

José ÁLVAREZ JUNCO, “La comisión de reformas sociales intentos y realizaciones”, en CONSEJO GENERAL DE COLEGIOS OFICIALES DE DIPLOMADOS EN TRABAJO SOCIAL Y ASISTENTE SOCIALES, *De la beneficencia al Estado de Bienestar: cuatro siglos de acción social*, S. XXI Editores, Madrid, 1986.

Cecilia ÁLVAREZ RIGAUDIAS, “Tratamiento de datos en salud”, en José Luis PIÑAR MAÑAS, *Reglamento General de Protección de Datos: hacia un modelo de privacidad*, Reus, Madrid, 2016.

Ignacio ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, “El Derecho del ciberespacio. Una aproximación”, *Revista de Internet, Derecho y Política*, 30, (2020).

Carlos Alberto AMOEDO SOUTO, “De las neurociencias al neuroderecho: perspectivas de regulación jurídica del cerebro”, *El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 78, (2018).

José AMÉRIGO ALONSO, “El marco normativo de la protección de datos en España”, *El cronista del Estado Social y democrático de derecho*, 88-89, (2020).

Victoria ANDERICA CAFFARENA, “La toma de decisiones públicas: la zona gris de la transparencia institucional”, *Revista Española de Transparencia*, 11, (2020).

Carlos Fernando ÁNGULO PARRA, “Que reforma y adiciona diversas disposiciones del Reglamento de la Cámara de los Diputados”, *Gaceta Parlamentaria*, 3979, (2014).

Manuel ANSEDE, “Creadas por primera vez “máquinas vivientes” con células animales”, *El País digital*, 14 de enero de 2020.

Miguel A. APARICIO PÉREZ y Mercè BARCELÓ I SERRAMALERA, *Manual de Derecho Constitucional*, Atelier, Barcelona, 2018.

Jorge ARAGÓN, “Notas sobre ¿una nueva revolución industrial?”, *Gaceta Sindical*, 27, (2016).

Manuel ARAGÓN REYES, “Las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas sobre educación”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 98 (2013).

Elviro ARANDA ÁLVAREZ, “Parlamento Abierto: una visión desde los principios de funcionamiento de las cámaras parlamentarias”, *Revista española de Derecho Constitucional*, 111, (2017).

Wilma ARELLANO TOLEDO, “El derecho a la transparencia algorítmica en el Big Data e inteligencia artificial”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 50, (2019).

Mónica ARENAS RAMIRO, “El impacto del Reglamento General de Protección de Datos Europeo en el tratamiento de los datos personales de los menores de edad”, en Rosario GARCÍA MAHAMUT y Beatriz TOMÁS MALLÉN, *El Reglamento General de Protección de Datos: Un enfoque nacional y comparado*, Tirant, Valencia, 2019.

Manuel ARENILLA SÁEZ, “Infracciones”, en Isabel WENCES, Mario KÖLLING y Sabrina RAGONE, *La Ley de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno: una perspectiva académica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014.

Gaspar ARIÑO ORTIZ, “Servicio público y libertades públicas”, en Fernando GARRIDO FALLA, *Actualidad y perspectivas del Derecho Público a fines del S. XX, Homenaje al profesor Garrido Falla*, Vol. II, Editorial Complutense, Madrid, 1992.

Gaspar ARIÑO ORTIZ, *Economía y Estado*, Marcial Pons, Madrid, 1993.

María Elena ARMADA VILLAVARDE y Ignacio Javier LÓPEZ BUSTABAD, “La voz: ¿es un dato de carácter personal?”, *Diario la Ley Ciberderecho*, 41, (2020).

Vega María ARNÁEZ ARCE, “Consideraciones sobre la eficacia del régimen jurídico de transparencia pública en España”, *Dilemata*, 27, (2018).

Paloma ARRIBAS DEL HOYO, “Sponsorlines y responsabilidad civil”, *Boletín de Propiedad Intelectual, Industrial, Nuevas Tecnologías y Medios de comunicación*, 5, (2004).

Luis Miguel ARROYO YANÉS, “Ejercicio del derecho de acceso a la información pública”, en Antonio TRONCOSO REIGADA, *Comentario a la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, Thomson, Navarra, 2017.

Marta ARRÚE MENDIZÁBAL, “Los derechos a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de datos de los empleados públicos vs el control por parte de la Administración: un estudio a partir de la regulación del Sector Privado/ Similitudes y (pocas) diferencias en comparación con los trabajadores por cuenta ajena”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 54, (2019).

Miguel ARTOLA GALLEGO y Manuel PÉREZ LEDESMA, *Contemporánea: La historia desde 1776*, Alianza Editorial, Madrid, 2005.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, París, 1948.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Convención sobre los derechos del niño*, 1989

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Políticos*, New York, 1966.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, New York, 1966.

ASAMBLEA MUNDIAL DE LA SALUD, *Reglamento Sanitario Internacional*, Ginebra, 2005.

ASAMBLEA NACIONAL FRANCESA, “*Declaración de los Derechos y del Ciudadano*”, París, 23 de junio de 1793.

José Manuel ASPAS ASPAS, “Derechos humanos y nuevas tecnologías: el derecho a la autodeterminación”, *Revista aragonesa de Administración Pública*, 2, (1998).

Judith ASTELARRA y Gustavo ZARAGOZA, “El Estado de Bienestar en España. Criterios de sostenibilidad”, *Equidad Internacional: Welfare Policies and Social Work*, 1, (2014).

Jaime ATIENZA AZCONA, “Los ODS y la Agenda de la desigualdad extrema”, en FUNDACIÓN SEMINARIO DE INVESTIGACIÓN PARA LA PAZ, *El mundo que queremos. La Agenda 2030*, Mira Editores, Zaragoza, 2016.

Isaac ASIMOV, *Yo, robot*, Edhasa, Barcelona, 1975.

Raúl ATRIA BENAPRÉS, “Políticas sociales: concepto y diseño”, *Estudios sociales*, 116, (2005).

Monserrat AUZMENDI DEL SOLAR, “Incidencia del Reglamento General de Protección de datos en los Parlamentos”, en Rosario GARCÍA MAHAMUT y Beatriz TOMÁS MALLÉN, *El Reglamento General de Protección de Datos: Un enfoque nacional y comparado*, Tirant, Valencia, 2019.

Anand AVATI, et al., “Improving palliative care with deep learning”, *BMC Med Inform Decis Mak*, 18, 4, (2018).

Aurelio AYALA TOMÁS, “El Estado de Bienestar en la España de hoy”, *Contable*, 67, (2018).

Francisco BALAGUER CALLEJÓN, *Manual de Derecho Constitucional*, II, Tecnos, Madrid, 2018.

Francisco BALAGUER CALLEJÓN, *Manual de Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 2019.

Fernando BALLESTERO y Martín PÉREZ, “El papel del Estado ante la digitalización de la economía. Estrategia digital y políticas públicas”, *Economía digital en España*, 898, (2017).

Luis Ángel BALLESTERO MOFFA, “La tierra prometida de la Administración electrónica en la prestación de servicios públicos y desarrollo de la economía digital”, en Luciano José PAREJO ALFONSO, José VIDA FERNÁNDEZ, Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, *Los retos del Estado y la Administración en el S.XXI: libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo*, II, Tirant, Valencia, 2017.

BANCO DE ESPAÑA, “Canales de transmisión y riesgos para la estabilidad financiera de la pandemia de Covid-19”, septiembre de 2020.

BANCO DE ESPAÑA, *Informe trimestral*, septiembre de 2020.

BARÓMETRO DE HÁBITOS DE LECTURA Y COMPRA DE LIBROS EN ESPAÑA 2019.

Eduardo BANDRÉS MOLINÉ, “El estado de Bienestar en España: entre los logros del pasado y la oportunidad de las reformas”, *Cuadernos Económicos: Escuela y dispensa*, Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad de Zaragoza, (1998).

Eduardo BANDRÉS MOLINÉ, “¿A quién beneficia el Estado de Bienestar?, en AA.VV., *Dilemas del Estado de Bienestar*, Fundación Argentaria, Madrid, 1996.

Eduardo BANDRÉS MOLINÉ, “Democracia y Estado de Bienestar: una perspectiva económica”, en Benigno PENDAS GARCÍA, *España constitucional (1078-2018) trayectorias y perspectivas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018.

José María BAÑO LEÓN, “La reforma del procedimiento. Viejos problemas no resueltos y nuevos problemas no tratados”, *Documentación Administrativa*, 2, (2015).

José BAREA TEJERIO y Antonio GÓMEZ CIRIA, *El problema de la eficiencia del Sector Público en España. Especial consideración de la sanidad*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1994.

José Miguel BARJOLA MERINO, “La Fiscalía advierte del desplazamiento generalizado hacia la red de todo tipo de actividades criminales”, *Diario la Ley Ciberderecho*, 31, (2019).

José Miguel BARJOLA MERINO, “¿Qué retos legales plantea los “depfakes”, la tecnología que falsea la realidad?”, *Diario la Ley Ciberderecho*, 35, (2020).

Javier BARNES VÁZQUEZ, “Buena administración, principio democrático y procedimiento administrativo”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 21, (2019).

Concepción BARRERO RODRÍGUEZ, “El derecho de acceso a la información: publicidad pasiva”, en Emilio GUICHOT REINA, *Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno: estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Tecnos, Madrid, 2014.

Concepción BARRERO RODRÍGUEZ, “El derecho de acceso a la información pública: algunas cuestiones claves en la aplicación de las leyes de transparencia”, *Dilemata*, 27, (2018).

Concepción BARRERO RODRÍGUEZ, Emilio GUICHOT REINA, y Concepción HORGUÉ BAENA, “Publicidad activa”, Emilio GUICHOT REINA, *Transparencia, acceso a la información y buen gobierno: estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Tecnos, Madrid, 2014.

Moisés BARRIO ANDRÉS, *Derecho Público e Internet: la actividad administrativa de regulación de la red*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2017.

Moisés BARRIO ANDRÉS, *Fundamentos del derecho de internet, Fundamentos del Derecho de Internet*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2017.

Moisés BARRIO ANDRÉS, *Derecho Público y propiedad intelectual: su protección en Internet*, Reus, Madrid, 2017.

Moisés BARRIO ANDRÉS, *Ciberderecho: bases estructurales, modelo de regulación e instituciones de gobernanza*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

Moisés BARRIO ANDRÉS, “Drones. Concepto, clases e historia. Usos actuales. El derecho de los drones”, en Moisés BARRIO ANDRÉS, *Derecho de los drones*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018.

Moisés BARRIO ANDRÉS, *Internet de las cosas*, Reus, Madrid, 2018.

Moisés BARRIO ANDRÉS, “La nueva estrategia digital de la Comisión Europea: primeras impresiones”, *Diario la LEY CIBERDERECHO*, 34, (2019).

Moisés BARRIO ANDRÉS, *Manual de Derecho digital*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

Moisés BARRIO ANDRÉS, “La crisis del Covid-19 está acelerando la automatización y la implementación de robots e inteligencia artificial, los robots no se pueden contagiar”, *Diario LA LEY CIBERDERECHO*, 40, (2020).

Felio José BAUZÁ MARTORELL, “La potestad sancionadora frente al incumplimiento de la normativa sobre acceso, transparencia y reutilización de la información”, en Julián VALERO TORRIJOS y Manuel FERNÁNDEZ SALMERÓN, *Régimen jurídico de la transparencia en el Sector Público: del derecho de acceso a la reutilización de la información*, Aranzadi, Navarra, 2014.

BBVA, “Así es el sector Fintech en España”, *BBVA*, Madrid, 2018.

BBVA RESEARCH, “La directiva de seguridad de las redes y de la información (NIS)”, *Situación de Economía Digital*, (2016).

Vicente BELLVER CAPELLA, “La revolución de la edición genética mediante CRISPR-Cas9 y los desafíos éticos y regulatorios que comporta”, *Cuadernos de bioética*, XXVII, (2016).

Juan Luis BELTRÁN AGUIRRE, *El régimen jurídico de la acción social pública*, Instituto vasco de la administración pública, Bilbao, 1992.

Juan Luis BELTRÁN AGUIRRE, “Prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud: aspectos jurídicos”, *Derecho y Salud*, 2, (1994).

Juan Luis BELTRÁN AGUIRRE, “La información en la Ley General de Sanidad y en la jurisprudencia”, *Revista Derecho y Salud*, 3, (1995).

Juan Luis BELTRÁN AGUIRRE, “La universalización de la asistencia sanitaria en España en el marco de los objetivos de la Unión Europea en materia de salud y del artículo 35 de la Carta de los Derechos fundamentales”, en Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ y Rafael BARRANCO VELA, *Derecho y salud en la Unión Europea*, Comares, Granada, 2013.

Miguel BELTRÁN FELIPE, “La formación y la crisis de los servicios sanitarios públicos”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 88, (1995).

Bartolomé BENNASAR y otros, *Historia moderna*, AKAI, Madrid, 2013.

Mauro BERCHI, “La inteligencia artificial se asoma a la justicia, pero despierta dudas éticas”, *El País digital: retina*”, 4 de marzo de 2020.

José BERMEJO VERA, *Derecho Administrativo. Parte Especial*, Civitas, Madrid, 1994.

Anna BERNASEK y D.T MONGAN, “¿Tienen los nuevos monopolios gigantes (Amazon, Google, Facebook...) el poder de transformar economías globales?”, *Vanguardia Dossier*, 63, (2017).

Ana Isabel BERROCAL LANZAROT, *Estudio jurídico-crítico sobre la ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales*, Reus, Madrid, 2019.

Carlos BERZOSA ALONSO-MARTÍNEZ, “El bienestar en la economía mundial”, en Emilio FONTELA MONTES y Joaquín GUZMÁN CUEVA, *Economía ética y bienestar social*, Pirámide, Madrid, 2003.

Virginia BETANCOURT HARRETCHE, “La política asistencial desde las leyes de pobres a los programas de transferencia de renta condicionada”, *Fronteras*, 8, (2015).

William BEVERIDGE, “Social Insurance and Allied Services”, *Bulletin of the World Health Organization*, 78, 6, (2000).

Alejandro BIA PLATAS y Aurelio LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, “Fundamentos técnicos y organizativos de Internet”, Aurelio LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ y Carmen María GARCÍA MIRETE, *Derecho TIC: Derecho de las tecnologías de la información y de la comunicación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

David BLANQUER CRIADO, “Discrecionalidad y responsabilidad en el ejercicio de la potestad reglamentaria”, en Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARRANDE, y Ricardo ALONSO GARCÍA, *Administración y justicia un análisis jurisprudencial: Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Civitas, Madrid, 2012.

Eva M^a BLÁZQUEZ AGUDO, “Trabajo decente y sostenible: con derechos, sin discriminación, saludable, bien remunerado y con protección social”, en María Emilia CASAS BAAMONDE y Carlos DE LA TORRE GARCÍA, *El futuro del trabajo en España: impacto de las nuevas tendencias*, Wolters Kluwer, Madrid, 2019.

Andrés BOIX PALOP, “Transparencia, participación y procedimiento de elaboración de disposiciones reglamentarias para un modelo de Open Government”, en Lorenzo COTINO HUESO, *El paradigma del gobierno abierto: retos y oportunidades de la participación, transparencia y colaboración*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2015.

Andrés BOIX PALOP, “La construcción de los límites y la libertad de expresión en las redes sociales”, *Revista de Estudios políticos*, 173, (2016).

Andrés BOIX PALOP, “Los algoritmos son reglamentos: la necesidad de extender las garantías propias de las normas reglamentarias a los programas empleados por la Administración para la adopción de decisiones”, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 1, (2020).

Ana BORREDÁ, “Directiva NIS: la oportunidad”, *Seguritecnia*, (2016).

Carlo BOTTARI, *Profili innovativi del sistema sanitario*, Rotatorio, Torino, 2018.

Danah BOYD y Nicole ELLINSEN, “Social Networks sites: definition history and scholarship”, *Journal of Computer-mediated communication*, 13,1, (2007).

Erik BRYNJOLFSSON y Andrew MCAFEE, *The Second Machine Age. Work, Progress, and Prosperity in a Time of Brilliant Technologies*, W. W. Norton & Company, New York, 2014.

Federico BUENO DE MATA, “Comentarios al proyecto de Ley 18/2011, de 5 julio, Reguladora del Uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación en la Administración de Justicia”, *Diario La Ley*, (2011).

Luis BUENO OCHOA, “La e-justicia ante la e-Administración”, en Ana Isabel HERRÁN ORTIZ, Aitziber EMALDI CIRIÓN, Marta ENCISO SANTOCILDES, *Derecho y nuevas tecnologías: Segunda parte. Nuevas tecnologías: un reto para el derecho en la sociedad de la información*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2011.

Josep BURGAYA I RIERA, *El Estado de Bienestar y sus detractores. A propósito de los orígenes y la encrucijada del modelo social europeo en tiempos de crisis*, Octaedro, Madrid, 2013.

Javier BUSTAMANTE DONÁS, “Hacia la cuarta generación de derechos humanos: repensando la condición humana en la sociedad tecnológica”, *Revista Iberoamericana de Ciencia, Tecnología, Sociedad e Información*, 1, (2001).

Francisco CABALLERO SANZ, “La evaluación en la Unión Europea”, en Francesc PAU I VALL y Javier PARDO FALCÓN, *La evaluación de las leyes*, Tecnos, Madrid, 2006.

Julio CABERO ALMANERA y Rubicella VALENCIA, “Y el Covid-19 transformó al sistema educativo: reflexiones y experiencias por aprender”, *Revista Internacional de Investigación e Innovación Educativa*, 15, (2020).

David CABO, “Civia y el Open Data”, Irene RAMOS VIELBA, Miguel Ángel GONZALO ROZAS, Eva CAMPOS DOMÍNGUEZ, *Parlamentos abiertos a la sociedad: participación y monitorización*, Fundación Ideas, Madrid, 2013.

Óscar CABRERA y Andrés CONSTANTIN, “Salud Global y Derecho”, en Laura SALAMERO TEIXIDÓ, *Retos del Derecho a la salud y de la salud pública en el S. XXI*, Aranzadi, Cizu Menor, 2020.

Mercedes CABRERA CALVO-SOTELO, “Los pactos de la Moncloa: acuerdos políticos frente a la crisis”, *Historia y Política*, 26, (2011).

César CALDERÓN y Sebastián LORENZO, *Open Government-Gobierno Abierto*, Algón, Madrid, 2010.

Ryan CALO, “Robots as legal metaphors”, *Harvard Journal of Law and Technology*, 20, 1, 2016.

Begoña CAMPOS EGOZCUE, “La construcción de una política social de vejez en España: del franquismo a la normalización democrática”, *Reis*, 73, 1996.

Álvaro CANALES GIL, “El derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, 12, (2007).

Dolors CANALS AMETLLER, “El acceso público a datos en un contexto de transparencia y buena regulación”, en *Datos: protección, transparencia y buena regulación*, Documenta Universitaria, Girona, 2016.

Dolors CANALS AMETLLER, “El proceso normativo ante el avance tecnológica y la transformación digital (inteligencia artificial, redes sociales y datos masivos)”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 50, (2019).

Dolors CANALS AMETLLER, “Transparencia y nuevos cauces de participación de la sociedad civil en el proceso normativo”, *ICE*, 907, (2019).

Carlos CANTERO OJEDA, *Sociedad digital: razón y emoción*, Editorial UOC, Barcelona, 2018.

Jesús A. CAÑAS, “Ryuk el virus informático que ha devuelto al papel Ayuntamiento de Jerez”, *El País Digital*, 4 de octubre de 2019.

Mercedes CARIDAD SEBASTIÁN, y otras, “La estrategia Europa 2020 y la Sociedad de la información como instrumentos de cohesión e integración en época de crisis. ¿Utopía o realidad?”, *Investigación bibliotecológica*, 28, 64, (2014)

Matilde CARLÓN RUIZ, “Las obligaciones de servicio público: en especial, el servicio universal de telecomunicaciones”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO *Derecho de las Telecomunicaciones*, Civitas, Madrid, 2015.

Enrico CARLONI, “IA, algoritmos y Administración pública en Italia”, *Revista de Internet, Derecho y Política*, 30, (2020).

José Luis CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, “Derechos fundamentales socioeconómicos y prestaciones esenciales”, en Iñagi AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA y Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al Prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*, La justicia de Aragón, Zaragoza, 2008.

Demetrio CASADO PÉREZ, *Leyes de servicios sociales del S. XXI*, FOESSA, Madrid, 2010.

Demetrio CASADO PÉREZ y Encarna GUILÉN SÁBADA, *Manual de servicios sociales*, Editorial CCS, 2011.

Pompeu CASANOVAS ROMEU, “Cambio tecnológico, pluralismo jurídico, Estado de derechos”, en María Jesús GARCÍA MORALES, *Internet y pluralismo jurídico: formas emergentes de regulación*, Comares, Granada, 2003.

Pompeu CASANOVAS ROMEU, “Derecho, Internet y Web semántica”, en Carlos GÓMEZ MARTÍN, *Derecho a la intimidad y nuevas tecnologías*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2004.

Miguel CASINO RUBIO, “El periódico de ayer, el derecho al olvido en Internet y otras noticias”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 156, (2012).

Cecilia CASTAÑO, “La brecha de género en la 4ª Revolución Industrial”, *Gaceta Sindical*, 27 (2017).

Sergio CASTEL GAYÁN, “Gobierno Abierto en el Estado autonómico: régimen jurídico y estrategias”, *Revista de Administración Pública*, 14, (2013).

Jorge CASTELLANOS CLARAMUNT, “La democracia algorítmica: inteligencia artificial, democracia y participación política”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 50, (2019).

José María CASTELLS ARTECHE, “La limitación informática”, en Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Libro homenaje al Profesor Dr. D. Eduardo García de Enterría: estudios sobre la constitución española*, Civitas, Madrid, 1991.

Manuel CASTELLS OLIVÁN, *La sociedad red: La era de la información: economía, sociedad y cultural*, Alianza Editorial, Madrid, 1997.

Manuel CASTELLS OLIVÁN, *Fin del milenio*, Alianza Editorial, Madrid, 1998

Manuel CASTELLS OLIVÁN, *La transición a la sociedad red*, Ariel, Barcelona, 2007.

Manuel CASTELLS OLIVÁN, “El panóptico digital”, *Vanguardia Dossier*, 63, (2017).

Robert CASTELS, *La metamorfosis de la cuestión social*, Paidós, Barcelona, 1997.

Francis CASTLES, “The world turned upside down: below replacement fertility, changing preferences and family-friendly public policy in 21 OECD countries”, *Journal of European Social Policy*, 13, (2002).

Óscar CAPDEFERRO VILLAGRASA, “La inteligencia artificial del sector público: desarrollo y regulación de la actuación administrativa inteligente en la cuarta revolución industrial”, *Revista de Internet, Derecho y Política*, (2020).

Stefania CAPECCHI y Amalia CAPUTO, “il raccordo scuola-lavoro nella formazione secondaria tecnica e professionale, en Ugo ASCOLI y otros, *Investire nel sociale: la difficile innovazione del welfare italiano*, Il Mulino, Bologna, 2015.

Lorenzo CAPPELLARI, Claudio LUCIFORA y Alessandro ROSINA, *Invecchiamento attivo, mercato del lavoro e benessere*, Il Mulino, Bologna, 2018.

Omar D. CASTRILLÓN y William SARACHE, “Predicción del rendimiento académico por medio de técnicas de inteligencia artificial”, *Formación Universitaria*, 13, (2020).

Josep CATÀ, “Los repartidores que trabajan para aplicaciones móviles se organizan”, *El País Digital*, 8 de junio de 2017.

María José CATALÁN CHAMORRO, “El proceso judicial electrónico y su encaje en el ordenamiento jurídico español: estudio comparado con el proceso electrónico británico”, *Revista de Internet, Derecho y Política*, 31, (2020).

Santiago CAVANILLAS MÚGICA, *Responsabilidades de los proveedores de información en Internet*, Comares, Granada, 2007.

Víctor CAZURRO BARAHONA, “Menores de edad: la protección de su derecho a la intimidad en la era digital”, en *Derecho digital: perspectiva interdisciplinar*, Bosch, Barahona, 2017.

Inmaculada CEBRIÁN LÓPEZ, “Radiografía de la evolución del empleo y las reformas laborales”, *Gaceta sindical*, 28, (2017).

Óscar CELADOR ANGÓN, “Una perspectiva de la situación de la educación como servicio público”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, *Los servicios públicos tras la crisis económica: en especial la asistencia sanitaria en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, valencia, 2017.

Andrés CERNADA RAMOS, Luca CHAO PÉREZ y Carmen PINEDA NEBOT, “Participación ciudadana en la gestión a la gestión de la participación”, *Política y Sociedad*, 54, (2017).

Juan Ignacio CERDÁ MESEGUER, *El uso de medios electrónicos en la Administración justicia. Del expediente en papel al expediente electrónico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

Agustí CERRILLO I MARTÍNEZ, “E-justicia: las tecnologías de la información y el conocimiento al servicio de la Justicia Iberoamericana del S.XXI”, *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC*, 4, (2007).

Agustí CERRILLO I MARTÍNEZ, “Cooperación entre Administraciones Públicas para el impulso de la Administración electrónica”, en Eduardo GAMERO CASADO y Julián VALERO TORRIJOS, *La Ley de Administración electrónica: comentarios sistemáticos a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos*, Aranzadi, Pamplona, 2010.

Agustí CERRILLO I MARTÍNEZ, “El uso de los medios electrónicos en la difusión de la información pública”, en Julián VALERO TORRIJOS y Manuel FERNÁNDEZ SALMERÓN, *Régimen jurídico de la transparencia en el Sector Público: del derecho de acceso a la reutilización de la información*, Aranzadi, Navarra, 2014.

Agustí CERRILLO I MARTÍNEZ, “Los principios de los datos abiertos en la legislación española”, *Revista de Internet, Derecho y Política*, 19, (2014).

Agustí CERRILLO I MARTÍNEZ, “La cooperación y las relaciones interadministrativas por medios electrónicos”, en Agustí CERRILLO I MARTÍNEZ, *A las puertas de la Administración Digital: una guía detallada para la aplicación de las Leyes 39/2015 y 40/2015*, INAP, Madrid, 2016.

Agustí CERRILLO I MARTÍNEZ, “El procedimiento administrativo electrónico”, en Agustí CERRILLO I MARTÍNEZ, *A las puertas de la Administración Digital: una guía detallada para la aplicación de las Leyes 39/2015 y 40/2015*, INAP, Madrid, 2016.

Agustí CERRILLO I MARTÍNEZ, “Gobierno Abierto”, en Agustí CERRILLO I MARTÍNEZ, *A las puertas de la Administración Digital: una guía detallada para la aplicación de las Leyes 39/2015 y 40/2015*, INAP, Madrid, 2016.

Agustí CERRILLO I MARTÍNEZ, “Los fundamentos jurídicos de la Administración digital”, en *A las puertas de la Administración digital: una guía detallada para la aplicación de las leyes 39/2015 y 40/2015*, INAP, Madrid, 2016.

Agustí CERRILLO I MARTÍNEZ, “El impacto de la inteligencia artificial en el Derecho Administrativo ¿nuevos conceptos para nuevas realidades técnicas”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 50, (2019).

Agustí CERRILLO I MARTÍNEZ, “El derecho para una inteligencia artificial centrada en el ser humano y al servicio de las instituciones”, *Revista de Internet, Derecho y Política*, 30, (2020).

Leonardo CERVERA NAVAS, “Un año de la LOPDGDD: La AEPD y el Comité y el supervisor pasan revista a la situación”, *Diario la LEY CIBERDERECHO*, 34, (2019).

Julián CHAVES PALACIONES, “Desarrollo tecnológico en la Primera Revolución Industrial”, *Revista de Historia*, 17, (2004).

M^a del Carmen CHÉLIZ INGLÉS, “El Derecho al olvido digital. Una exigencia de las nuevas tecnologías, recogida en el futuro Reglamento General de Protección de Datos”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 5, (2016).

Carmen CHINCHILLA MARÍN, *La radio como servicio público esencial*, Tecnos, Madrid, 1988.

Carmen CHINCHILLA MARÍN, “Servicio público y derechos fundamentales en el Estado Social de Derecho”, en MINISTERIO DE JUSTICIA, *X Jornadas de Estudio: Introducción a los Derechos Fundamentales*, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Madrid, 1988.

Javier CHICOTE, “Transparencia planta cara al Gobierno por ocultar su gestión de la pandemia: debe informar inmediatamente”, *ABC digital*, 14 de diciembre de 2020.

Daniel CIFUENTES MATEOS y Juan PASCUAL CABALLERO, “Impacto de la economía de plataformas en las relaciones laborales”, en María Emilia CASAS BAAMONDE y Carlos DE LA TORRE GARCÍA, *El futuro del trabajo en España: impacto de las nuevas tendencias*, Wolters Kluwer, Madrid, 2019.

CIS, *Barómetro de septiembre de 2020*, 1 de septiembre de 2020.

Bill CLINTON, *Framework for Global Commerce*, New York, 1 de Julio de 1998.

Ángel COBACHO LÓPEZ, “Transparencia y poder legislativo”, en Julián VALERO TORRIJOS y Manuel FERNÁNDEZ SALMERÓN, *Régimen jurídico de la*

transparencia en el Sector Público: del derecho de acceso a la reutilización de la información, Aranzadi, Navarra, 2014.

Julie COHEN, “Cyberspace as/and space”, *Columbia Law Review*, 107, (2007).

Miguel COLINA ROBLEDÓ y otros, *Derecho social comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991.

César COLINO y Eloísa DEL PINO MATUTE, “Los regímenes de bienestar liberales: Orígenes, resultados y cambios”, en Eloísa DEL PINO MATUTE y María Josefa RUBIO LARA, *Los Estados de Bienestar en la encrucijada: Políticas sociales en perspectiva comparada*, Tecnos, Madrid, 2013.

José Antonio COLMENERO GUERRA, “El Ministerio de Justicia ante la modernización tecnológica de la Administración de Justicia”, en Eduardo GAMERO CASADO y Julián VALERO TORRIJOS, *Las tecnologías de la información y la Comunicación en la Administración de justicia. Análisis sistemático de la Ley 18/2011, de 5 de julio*, Aranzadi, Navarra, 2012.

Francisco COLOM GONZÁLEZ, “Actores colectivos y modelos de conflicto en el Estado de Bienestar”, *Reis*, 63, (1993).

Francisco COMÍN COMÍN, “Las formas históricas del Estado de Bienestar: el caso español”, en Berta ÁLVAREZ MIRANDA y otros, *Dilemas del Estado de Bienestar*, Fundación Argentaria, Madrid, 1996.

Francisco COMÍN COMÍN, “El surgimiento y desarrollo del Estado de Bienestar (1883-1990)”, en Salvador SALORT I VIVES y Ramiro MUÑOZ HAEDO, *El Estado de Bienestar en la encrucijada*, Universidad de Alicante, Alicante, 2007.

Francisco COMÍN COMÍN, “Las fases históricas de la Seguridad Social en la España del S. XX”, en José Luis TORTUERO PLAZA, *Cien años de protección social en España*, Ministerio de Trabajo, Madrid, 2007.

COMISIÓN EUROPEA, “*Libro Verde sobre el desarrollo del mercado común de los servicios y equipos de telecomunicación*”, Bruselas, 1987.

COMISIÓN EUROPEA, “*Libro Verde: sobre la política social europea*”, Bruselas, 1993.

COMISIÓN EUROPEA, “COM (94) 0440, de 25 de octubre, Libro Verde sobre la liberalización de las infraestructuras de telecomunicaciones y redes de televisión por cable: principios y calendarios”, I parte, Bruselas, 1994.

COMISIÓN EUROPEA, “Libro Blanco sobre la Política Social Europea: Un paso adelante para la Unión”, Bruselas, 1994.

COMISIÓN EUROPEA, “Libro Verde, de 24 de octubre, sobre la liberalización de las infraestructuras de telecomunicaciones y redes de televisión por cable: principios y calendarios”, I parte, Bruselas, 1995.

COMISIÓN EUROPEA, “Programa de Acción Social a medio plazo (1995-1997)”, Bruselas, 1995.

COMISIÓN EUROPEA, “COM (1997) 157, de 18 de abril, Una iniciativa europea en el sector del comercio electrónico”, Bruselas, 1997.

COMISIÓN EUROPEA, “COM (1999) 678, de 8 de diciembre, relativa a la iniciativa de la Comisión para el Consejo extraordinario de Lisboa de 23 y 24 de marzo de 2000: eEuropa, una sociedad de la Información para todos”, Bruselas, 1999.

COMISIÓN EUROPEA, “Agenda de política social (2000-2005)”, Bruselas, 2000.

COMISIÓN EUROPEA, “COM (2001) 140, de 13 de marzo, al Consejo, eEuropa 2002: impacto y prioridades”, Bruselas, 2001.

COMISIÓN EUROPEA, “COM (2001) 770, de 14 de diciembre, al Consejo y al Parlamento Europeo: Tecnologías de la información y de la comunicación en el ámbito del desarrollo. El papel de las TIC en la política comunitaria de desarrollo, Bruselas, 2001.

COMISIÓN EUROPEA, “Informe (2001) 598, de 17 de octubre, al Consejo Europeo de Laeken: los servicios de interés general”, Bruselas, 2001.

COMISIÓN EUROPEA, “COM (2002) 263, 28 de mayo al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones: eEuropa 2005: una sociedad de la información para todos”, Bruselas, 2002.

COMISIÓN EUROPEA, “COM (2003) 270, de 21 de mayo, Libro verde sobre los servicios de interés general”, Bruselas, 2003.

COMISIÓN EUROPEA, “COM (2003) 567 de 29 de septiembre al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: el papel de la Administración electrónica en el futuro de Europa”, Bruselas, 2003.

COMISIÓN EUROPEA, *Agenda de política social (2006-2010): una Europa social en la economía mundial: empleos y nuevas oportunidades para todos*, Bruselas, 2005.

COMISIÓN EUROPEA, “COM (2005) 229, de 1 de junio, al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: i2010 una sociedad de la información europea para el crecimiento y el empleo”, Bruselas, 2005.

COMISIÓN EUROPEA, “COM (2005) 243, de 7 de junio, al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo”, Bruselas, 2005.

COMISIÓN EUROPEA, “COM (2006) 173, 25 de abril al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Plan de acción sobre Administración electrónica i2010: acelerar la Administración electrónica en Europa en beneficio de todos”, Bruselas, 2006.

COMISIÓN EUROPEA, “COM (2008) 329, 30 de mayo al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo: Hacia una estrategia europea en materia de e-Justicia (Justicia en línea)”, Bruselas, 2008.

COMISIÓN EUROPEA, “COM (2008) 366, de 17 de junio, al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo”, Bruselas, 2008.

COMISIÓN EUROPEA, “COM (2009) 432, de 21 de agosto, al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: evaluación final del plan de acción eEuropa 2005 y del programa plurianual (2003-2006) para el seguimiento del plan de acción eEuropa 2005, la difusión de las buenas prácticas y la mejora de la seguridad de las redes y la información”, Bruselas, 2009.

COMISIÓN EUROPEA, “COM (2010) 2020, de 3 de marzo, Europa 2020: una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador”, Bruselas, 2010.

COMISIÓN EUROPEA, “COM (2010)245, de 19 de mayo, al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: *Una Agenda Digital para Europa*”, Bruselas, 2010.

COMISIÓN EUROPEA, “*Europa 2020: Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrado*”, Bruselas, 2010.

COMISIÓN EUROPEA, “COM (2010) 543, de 8 de octubre, al Parlamento Europeo al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las regiones: *normativa inteligente en la UE*”, Bruselas, 2010.

COMISIÓN EUROPEA, “COM (2010) 743, de 15 de diciembre al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: *Plan de Acción Europeo sobre Administración electrónica 2011-2015. Aprovechamiento de las TIC para promover una Administración Pública inteligente, sostenible e innovadora*”, Bruselas, 2010.

COMISIÓN EUROPEA, “COM (2011) 287, de 24 de mayo, al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico Social y Europeo y al Comité de las Regiones: *Un mercado único de los derechos de propiedad intelectual. Estimular la creatividad y la innovación para generar crecimiento económico, empleos de calidad y productos y servicios de excelencia en Europa*”, Bruselas, 2011.

COMISIÓN EUROPEA, “COM (2011) 427 Libro verde, de 13 de junio, sobre la distribución en línea de obras audiovisuales en la Unión Europea: *oportunidades y problemas en el avance hacia un mercado único digital, de 13 de junio*”, Bruselas, 2011.

COMISIÓN EUROPEA, “COM (2012) 736 final, de 6 de diciembre, al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europea y al Comité de las Regiones, *Plan de acción sobre la salud electrónica 2012-2020: atención sanitaria innovadora para el S. XXI*”, Bruselas, 2012.

COMISIÓN EUROPEA, “COM (2012) 196, de 2 de mayo, al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: *Estrategia europea en favor de una Internet más adecuada para los niños*”, Bruselas, 2012.

COMISIÓN EUROPEA, “COM (2012) 572, de 3 de octubre, al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo, Segunda revisión de la normativa sobre los nanomateriales”, Bruselas, 2012.

COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico Social Europeo y al Comité De las Regiones: Un nuevo concepto de educación: invertir en competencias para lograr mejores resultados socioeconómicos*, Bruselas, 2012.

COMISIÓN EUROPEA, “COM (2013) 1, de 7 de febrero, al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Estrategia de ciberseguridad de la Unión Europea: Un ciberespacio abierto, protegido y seguro”, Bruselas, 2013.

COMISIÓN EUROPEA, “COM (2014) 38, de 3 de febrero, de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo: sobre la lucha contra la corrupción en la UE, Anexo España”, Bruselas, 2014.

COMISIÓN EUROPEA, “COM (2014) 14 al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: por un renacimiento industrial europeo”, Bruselas, 22 de enero de 2014.

COMISIÓN EUROPEA, “COM (2014) 130, de 5 de marzo, al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico Social y Europeo y al Comité de las Regiones: Balance de la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador”, Bruselas, 2014.

COMISIÓN EUROPEA, “COM (2014) 392, de 1 de julio, al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico Social y Europeo: Hacia un consenso renovado sobre el respeto de los derechos de propiedad intelectual. Un plan de acción de la Unión Europea”, Bruselas, 2014.

COMISIÓN EUROPEA, “COM (2015) 100, de 6 de mayo, al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: una estrategia para el mercado único digital de Europa”, Bruselas, 2015.

COMISIÓN EUROPEA, “COM (2015) 192, de 6 de mayo, al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Una estrategia para el Mercado Único Digital de Europa”, Bruselas, 2015.

COMISIÓN EUROPEA, “COM (2015) 626, de 9 de diciembre, al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: *Hacia un marco moderno y más europeo de los derechos de autor*”, Bruselas, 2015.

COMISIÓN EUROPEA, “*Promoción de un aprendizaje eficaz en la Era Digital: un marco europeo para organizaciones educativas digitalmente competentes*”, 2015.

COMISIÓN EUROPEA, “COM (2016) 179, de 18 de abril, al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: *Plan de Acción sobre Administración electrónica de la UE 2016-2020. Acelerar la transformación digital de la Administración*”, Bruselas, 2016.

COMISIÓN EUROPEA, “COM (2016) 180 al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: *Digitalización de la industria europea: Aprovechar todas las ventajas de un mercado único digital*”, Bruselas, 2016.

COMISIÓN EUROPEA, “COM (2016) 587, de 14 de septiembre, al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: *la conectividad para un mercado único digital competitiva, hacia una sociedad europea del Gigabit*”, Bruselas, 2016.

COMISIÓN EUROPEA, “COM (2016) 766, de 30 de noviembre, al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: *estrategia europea sobre los sistemas de transporte inteligente, un hito hacia la movilidad cooperativa, conectada y automatizada*”, Bruselas, 2016.

COMISIÓN EUROPEA, “*Informe sobre España 2016, con un examen exhaustivo relativo a la prevención y la corrección de los desequilibrios macroeconómicos*”, Bruselas, 2016.

COMISIÓN EUROPEA, “COM (2018) 137, de 25 de abril, al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: *inteligencia artificial para Europa*”, Bruselas, 2018.

COMISIÓN EUROPEA, “COM (2018) 146, de 21 de marzo, al Parlamento Europeo y al Consejo, *Es el momento de instaurar un marco fiscal moderno, justo y eficaz para la economía digital*”, Bruselas, 2018.

COMISIÓN EUROPEA, “COM (2018) 147, de 21 de marzo, Propuesta de Directiva del Consejo por la que se establecen normas relativas a la fiscalidad de las empresas con una presencia digital significativa”, Bruselas, 2018.

COMISIÓN EUROPEA, “COM (2018) 148, de 21 de marzo, Propuesta de Directiva del Consejo relativa al sistema común del impuesto sobre los servicios digitales que grava los ingresos procedentes de la prestación de determinados servicios digitales”, Bruselas, 2018.

COMISIÓN EUROPEA, “COM (2018) 233, de 25 de abril, al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, relativa a la consecución de la transformación digital de la sanidad y los servicios asistenciales en el Mercado Único Digital, la capacitación de los ciudadanos y la creación de una sociedad más saludable”, Bruselas, 2018.

COMISIÓN EUROPEA, “COM (2018) 236, de 26 de abril, al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico Social Europeo y al Comité de las Regiones, La lucha contra la desinformación en línea: un enfoque europeo, Bruselas, 2018.

COMISIÓN EUROPEA, “COM (2018) 237, de 25 de abril, al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las regiones: inteligencia artificial para Europa”, Bruselas, 2018.

COMISIÓN EUROPEA, “COM (2018) 283, de 17 de mayo, al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: en ruta hacia la movilidad automatizada: estrategia de la UE para la movilidad del futuro”, Bruselas, 2018.

COMISIÓN EUROPEA, “COM (2018) 795, de 7 de diciembre, al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: plan coordinado sobre la inteligencia artificial”, Bruselas, 2018.

COMISIÓN EUROPEA, “COM (2018) 1650, de 21 de marzo, Recomendación de la Comisión relativa a la fiscalidad de las empresas con una presencia digital significativa”, Bruselas, 2018.

COMISIÓN EUROPEA, “COM (2019) 168, de 8 de abril, al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo, y al Comité de las

Regiones: generar confianza en la inteligencia artificial centrada en el ser humano”, Bruselas, 2019.

COMISIÓN EUROPEA, “*Education and Training: Monitor 2019*”, Bruselas, 2019.

COMISIÓN EUROPEA, “*Índice de la Economía y la Sociedad Digitales: Informa del España 2019*”, Bruselas, 2019.

COMISIÓN EUROPEA, “*Informe sobre España 2019, con un examen exhaustivo en lo que respecta a la prevención y la corrección de los desequilibrios macroeconómicos*”, Bruselas, 2019.

COMISIÓN EUROPEA, “*COM (2020) 50, de 29 de enero, al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Despliegue seguro de la 5G en la UE. Aplicación de la caja de herramientas de la UE*”, Bruselas, 2020.

COMISIÓN EUROPEA, “*Documento de trabajo de los servicios de la Comisión, de 26 de febrero de 2020 Informe sobre España 2020 que acompaña al documento COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO EUROPEO, AL CONSEJO, AL BANCO CENTRAL EUROPEO Y AL EUROGRUPO Semestre Europeo 2020: Evaluación de los avances en lo que respecta a las reformas estructurales y la prevención y la corrección de los desequilibrios macroeconómicos, y resultados de los exámenes exhaustivos conforme al Reglamento (UE) n.º 1176/2011*”, Bruselas, 2020.

COMISIÓN EUROPEA, “*Informe (2020) 64, de 19 de febrero, al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo, sobre la repercusión en materia de seguridad y responsabilidad civil de la inteligencia artificial, el internet de las cosas y la robótica*”, Bruselas, 2020.

COMISIÓN EUROPEA, “*COM (2020) 66, de 19 de febrero, al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: una estrategia europea de datos*”, Bruselas, 2020.

COMISIÓN EUROPEA, “*COM (2020) 67, de 19 de febrero, al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Configurar el futuro digital de Europa*”, Bruselas, 2020.

COMISIÓN EUROPEA, “*Libro Blanco sobre la inteligencia artificial: un enfoque europeo orientando a la excelencia y la confianza de 19 de febrero*”, Bruselas, 2020.

COMISIÓN EUROPEA, “*COM (2020) 405, 28 de mayo, Propuesta de REGLAMENTO DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO relativo a la creación de un programa de acción de la Unión en el ámbito de la salud para el período 2021-2027 y por el que se deroga el Reglamento n.º 282/2014 («programa La UE por la Salud»)*”, Bruselas, 2020.

COMISIÓN EUROPEA, “*AI Watch. Artificial Intelligence in public services. Overview of the use and impact of AI in public services in the EU*”, July de 2020.

COMISIÓN EUROPEA, “*COM (2020) 624, de 30 de septiembre, de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Plan de Acción de Educación Digital 2021-2027: Adaptar la educación y la formación a la era digital*”, Bruselas, 2020.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA, “*Informe CNMC/003/18, sobre el Real Decreto-Ley 13/018, de 28 de septiembre, que modifica la ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres en materia de arrendamiento de vehículos con conductor*”, de 17 de enero de 2019.

COMISIÓN PARA LA REFORMA DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS, “*Informe de 21 de junio de 2013*”.

COMITÉ DE ASUNTOS JURÍDICOS DEL PARLAMENTO EUROPEO, “*Recommendations to the Commission on a Civil liability regime for artificial intelligence*”, 27 de abril de 2020.

COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA Y CONSEJO NACIONAL DE ÉTICA PARA LAS CIENCIAS DE LA VIDA DE PORTUGAL, “*Informe sobre sobre Biología sintética*”, Lisboa-Barcelona, 2011.

COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, “*Declaración del Comité de Bioética de España sobre la edición genómica en humanos*”, de 16 de enero de 2019.

COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, “*Observación nº13 sobre el derecho a la educación*”, 1999.

COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, “*Observación general 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, E/C.12/2000/4*”, Ginebra, 2000.

COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO, “*Dictamen: “Reforzar la cohesión y la coordinación de la Unión Europea en el ámbito social gracias a la nueva cláusula social horizontal del artículo 9 del TFUE”*”, 2012.

COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO, “*Dictamen 2015/C 332/05, de 8 de octubre, sobre Vivir mañana. La impresión 3D: una herramienta para reforzar la economía europea*”, Bruselas.

COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO, “*Dictamen (2016/C 303/05) sobre la economía colaborativa y autorregulación*”, Bruselas, 19 de junio de 2016.

CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE ORGANIZACIONES EMPRESARIALES, “*Plan digital 2020: la digitalización de la sociedad española*”, CEOE, Madrid, 2018.

CONSEJO DE EUROPA, *Convención Europea de los Derechos Humanos*, Roma, 1950.

CONSEJO DE EUROPA, *Protocolo Adicional al Convenio Para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, París, 20 de marzo de 1952.

CONSEJO DE EUROPA, *Carta Social Europea*, Turín, 18 de octubre 1961.

CONSEJO DE EUROPA, *Código europeo de Seguridad Social*, Estrasburgo, 1964.

CONSEJO DE EUROPA, *Convenio 108 para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, de 28 de enero de 1981, Estrasburgo*.

CONSEJO DE EUROPA, *Protocolo adicional que modifica el Convenio del Consejo de Europa para la protección de las personas con respeto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal*, 23 de mayo de 2001.

CONSEJO EUROPEO, *Acta Única Europea*, Luxemburgo, 1986.

CONSEJO EUROPEO, *Carta comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores*, Estrasburgo, 1989.

CONSEJO EUROPEO, *Conclusiones del Consejo de 12 de mayo de 2009 sobre un marco estratégico para la cooperación europea en el ámbito de la educación y la formación («ET 2020»)*.

CONSEJO EUROPEO, *C182/02, Plan de Acción plurianual 2014-2018 relativo a la justicia en red Europa*, Bruselas, 16 de junio de 2014.

CONSEJO EUROPEO, *Carta ética europea sobre la utilización de la inteligencia artificial en el sistema judicial*, Bruselas, 2018.

CONSEJO EUROPEO, *Recomendación de 22 de mayo de 2018 relativa a las competencias clave para el aprendizaje permanente*.

CONSEJO EUROPEO, *C96/05, Plan de Acción 2019-2023 relativo a la Justicia en Red Europea*, Bruselas, 13 de marzo de 2019.

CONSEJO GENERAL DE INGENIERÍA TÉCNICA INDUSTRIAL (COGITI) Y EL CONSEJO GENERAL DE ECONOMISTAS, *Barómetro Industrial: informe 2019*, 2019.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *“Informe de 5 de marzo de 2015”*.

CONSEJO NACIONAL DE CIBERSEGURIDAD, *“Guía nacional de notificación y gestión de ciberincidentes”*, 21 de febrero de 2020.

CONSEJO Y COMISIÓN EUROPEA, *“Informe conjunto de 2015 del Consejo y de la Comisión sobre la aplicación del marco estratégico para la cooperación europea en el ámbito de la educación y la formación (ET 2020) Nuevas prioridades para la cooperación europea en educación y formación (2015/C 417/04)”*.

Carlos CONTRERAS GÓMEZ, *“Gasto social en la era digital (I): Educación virtual”*, en *El papel del Gobierno en la Era Digital: un enfoque de economía política*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2017.

Carlos CONTRERAS GÓMEZ, *El papel del Gobierno en la Era Digital*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2017.

María José CORCHETE MARTÍN, “La participación ciudadana en los asuntos públicos”, *Deusto*, 63, (2015).

Diego CÓRDOBA CASTROVERDE e Ignacio DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, “Reflexiones sobre los retos a la protección de la privacidad en un entorno tecnológicos”, en ASOCIACIÓN DE LETRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *El derecho a la privacidad en un entorno tecnológico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.

Jorge CORRALES, “CEDRO lanza un registro en blockchain de licencias de derechos de autor”, *Diario la LEY CIBERDERECHO*, 34, (2019).

Loreto CORREOIDORA Y ALFONSO, “Lectura de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 en el paradigma de la nueva sociedad de la información”, en Lorenzo COTINO HUESO, *Libertad en Internet. La red y las libertades de expresión e información*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

Antón COSTAS COMESAÑA, “Ruptura del contrato social y pérdida de la legitimidad del sistema de economía de mercado”, en Benigno PENDAS GARCÍA, *España constitucional (1078-2018) trayectorias y perspectivas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018.

Ramón COTARELO GARCÍA, “De la democracia convencional a la digital”, en Benigno PENDAS GARCÍA, *España constitucional (1078-2018) trayectorias y perspectivas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018.

Lorenzo COTINO HUESO, “Algunas claves para el análisis constitucional futuro de las libertades públicas ante las nuevas tecnologías (con especial referencia al fenómeno de los blogs)”, en Santiago A. BELLO PAREDES y Alfonso MURILLO VILLAR, *Estudios jurídicos sobre la sociedad de la información y nuevas tecnologías*, Universidad de Burgos, Burgos, 2005.

Lorenzo COTINO HUESO, “Los derechos de la ciudadanía ante la Administración electrónica en la legislación española”, *Revista de Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 26, (2011).

Lorenzo COTINO HUESO, “Derecho y Gobierno Abierto: la regulación de la transparencia y la participación y su ejercicio a través del uso de las nuevas tecnologías

y las redes sociales por las Administraciones Públicas”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 14, (2013).

Lorenzo COTINO HUESO, “La selección y personalización de noticias por el usuario de nuevas tecnologías.”, en Loreto CORREDOIRA Y ALFONSO y Lorenzo COTINO HUESO, *Libertad de expresión en Internet. Amenazas y protección de los derechos personales*, CEPC, Madrid, 2013.

Lorenzo COTINO HUESO, “El derecho fundamental de acceso a la información, la transparencia de los poderes públicos y el Gobierno Abierto. Retos y oportunidades”, en Julián VALERO TORRIJOS y Manuel FERNÁNDEZ SALMERÓN, *Régimen jurídico de la transparencia en el Sector Público: del derecho de acceso a la reutilización de la información*, Aranzadi, Navarra, 2014.

Lorenzo COTINO HUESO, “Las obligaciones del Estado: el nuevo derecho fundamental de acceso a Internet y las garantías a partir de la redefinición de las clases libertades informativas”, en Jairo BECERRA y otro, *La responsabilidad del Estado por la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC)*, Universidad Católica de Colombia, Bogotá, 2015.

Lorenzo COTINO HUESO, “Big Data e inteligencia artificial. Una aproximación a su tratamiento jurídico desde los derechos fundamentales”, *Dilemata*, 24, (2017).

Lorenzo COTINO HUESO, “La regulación del uso de medios electrónicos en la difusión activa de información pública y el ejercicio del derecho de acceso”, en Isaac MARTÍN DELGADO, *La reforma de la Administración electrónica: una oportunidad para la innovación desde el derecho*, INAP, Madrid, 2017.

Lorenzo COTINO HUESO, “Riesgos e impactos del Big Data, la inteligencia artificial y la robótica. Enfoques, modelos y principios de la respuesta del derecho”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 50, (2019).

Lorenzo COTINO HUESO, “Garantías frente a la huida del Derecho Administrativo del uso de la inteligencia artificial en el sector público”, *Ponencia en Observatorio de Transformación digital del Sector Público*, 11 de noviembre de 2020, <https://www.uv.es/fatwireed/catedra-pagoda/es/novedades-1286053802801/Novetat.html?id=1286153114002>:

Lorenzo COTINO HUESO, “La (in) constitucionalidad de la “intervención”, “mordaza” o “apagón” de las telecomunicaciones e Internet por el Gobierno en virtud del Real Decreto-Ley 14/2019”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 54, (2020).

Lorenzo COTINO HUESO, “Hacia la transparencia 4.0: el uso de la inteligencia artificial para la lucha contra el fraude y la corrupción y las (muchas) exigencias constitucionales”, en Carles Ramiò Matas, *Repensando la Administración Digital y la Innovación Pública*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2021.

Lorenzo COTINO HUESO y Julián VALERO TORRIJO, *Conclusiones del I Seminario Internacional Derecho Administrativo e Inteligencia Artificial*, Centro de Estudios Europeos- Luis Ortega Álvarez e Instituto de Investigación Transjus, Toledo, 1 de abril de 2019.

Mariño COUCEIRO y José ADELANTADO, “Los nuevos regímenes de bienestar en la Europa Postcomunistas. Más allá de las tipologías occidentales”, en Eloísa DEL PINO MATUTE y M^a Josefa RUBIO LARA, *Los Estados de Bienestar en la encrucijada*, Tecnos, Madrid, 2017.

Miguel Ángel CRIADO, “Una impresora 3D crea huesos, músculos y cartílagos” *El País digital*, 17 de febrero de 2016.

J. Ignacio CRIADO GRANDE, *Entre sueños utópicos y visiones pesimistas: Internet y las tecnologías de la información y la comunicación en la modernización de las Administraciones Públicas*, INAP, Madrid, 2009.

J. Ignacio CRIADO GRANDE, “Redes sociales para unas administraciones y gobiernos abiertos. Desafíos para la innovación y creación de valor público”, *Revista Buen gobierno*, 15, (2013).

J. Ignacio CRIADO GRANDE, “Crowdsourcing y plataformas colaborativas en las Administraciones públicas”, en J. Ignacio CRIADO GRANDE, *Nuevas tendencias en la gestión pública. Innovación abierta, gobernanza inteligente y tecnologías sociales en unas Administraciones públicas colaborativas*, INAP, Madrid, 2016.

J. Ignacio CRIADO GRANDE, “Gobernanza inteligente, innovación abierta y tecnologías sociales en unas Administraciones Públicas colaborativas. ¿Hacia un cambio de paradigma en la gestión pública?”, en *Nuevas tendencias en la Gestión Pública*, INAP, Madrid, 2016.

J. Ignacio CRIADO GRANDE, “Redes sociales y Administraciones Públicas: Hacia una gestión estratégica del Sector Público”, J. Ramón GIL GARCÍA, J. IGNACIO CRIADO GRANDE, Juan Carlos TÉLLEZ MOSQUEDA, *Tecnologías de Información y Comunicación en la Administración Pública: conceptos, enfoques, aplicaciones y resultados*, INFOTEC, Ciudad de México, 2017.

J. Ignacio CRIADO GRANDE, “Administración Pública en la web y redes sociales para la prestación de servicios públicos”, en Isaac MARTÍN DELGADO, *El procedimiento administrativo y el régimen jurídico de la Administración Pública desde la perspectiva de la innovación tecnológica*, Iustel, Madrid, 2020.

J. Ignacio CRIADO GRANDE y M^a del CARMEN RAMILO ARAUJO, “Hacia una visión integrada del Gobierno Electrónico”, *Ekonomiaz*, 45, (2003).

Lucía CRISTEA UIVARU, “Big Data en la salud y sus implicaciones jurídicas”, en *La protección de datos*

Marisa CRUZ, “Zapatero rebaja el sueldo a los funcionarios por primera vez en la Historia”, *El Mundo Digital*, 12 de mayo de 2010.

Salvador CRUZ RAMBAUD, “Salud y economía: la gestión de un recurso social”, en Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, *Retos y propuestas para el sistema de Salud*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

César Nicandro CRUZ RUBIO, “Compromisos y evaluación del plan de Gobierno Abierto de España en el marco del OGP 2012-2014”, *Actualidad Administrativa*, 7-8, (2014).

Víctor CUESTA LÓPEZ, “The Lisbon treaty’s provisions on Democratic Principles: a legal framework for participatory democracy”, *European Public Law*, 16, (2010).

Miriam CUETO PÉREZ, “Las competencias de las comunidades autónomas en materia sanitaria”, *Actualidad administrativa*, 46, (1996).

Miriam CUETO PÉREZ, “La Ley de ciencia y la coordinación en materia de investigación”, *Revista de investigación en gestión de la innovación y tecnología*, 1, (2006).

Miriam CUETO PÉREZ, “Responsabilidad patrimonial de la administración en el ámbito sanitario”, en Ana Belén CASARES MARCOS y Tomás QUINTA LÓPEZ, *La*

responsabilidad patrimonial de la Administración Pública: estudio general y ámbitos sectoriales, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

Miriam CUETO PÉREZ, “Organización administrativa y crisis económica”, José Luis PIÑAR MAÑAS, *Crisis económica y crisis del Estado de Bienestar: el papel del derecho administrativo*, Reus, Madrid, 2013.

Miriam CUETO PÉREZ, “Crisis económica y Administración Pública”, *Revista Vasca de Administración Pública*, 99-100, (2014).

Miriam CUETO PÉREZ, “Responsabilidad patrimonial de la administración y gestión de servicios sanitarias: incidencia de las Leyes 39/2015 y 40/2015 en el modelo actual”, *Derecho y Salud*, 26, (2016).

Miriam CUETO PÉREZ, “Universidades, investigación y ciencia”, en Antonio EZQUERRA HUERVA, *Crisis económica y derecho administrativo: una visión general sectorial de las reformas implantadas con ocasión de la crisis económica*, Aranzadi, Pamplona, 2016.

Miriam CUETO PÉREZ, “Sistema educativo y crisis económica. Especial referencia al ámbito universitario”, *Revista jurídica de Asturias*, 40, (2017).

Miriam CUETO PÉREZ, “Régimen jurídico del profesorado universitario vinculado a las instituciones sanitarias: necesidad de revisión”, *Revista de Administración Pública*, 205, (2017).

Miriam CUETO PÉREZ, “Reparto competencia sobre las políticas de inmigración y su incidencia en la prestación de servicios públicos”, en Alejandro BOTO Álvarez y Pilar RODRÍGUEZ MATEOS, *Los flujos migratorios en el ordenamiento jurídico español*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018.

Miriam CUETO PÉREZ, “Sanidad”, en Alejandro BOTO Álvarez y Pilar RODRÍGUEZ MATEOS, *Los flujos migratorios en el ordenamiento jurídico español*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018.

Miriam CUETO PÉREZ, “Educación”, en Alejandro BOTO Álvarez y Pilar RODRÍGUEZ MATEOS, *Los flujos migratorios en el ordenamiento jurídico español*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018.

Miriam CUETO PÉREZ, “Administraciones públicas y emigración” en Alejandro BOTO Álvarez y Pilar RODRÍGUEZ MATEOS, *Los flujos migratorios en el ordenamiento jurídico español*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018.

Miriam CUETO PÉREZ, “El sector público sanitario: horizonte 2020”, en Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, *Retos y propuestas para el Sistema de Salud*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

CUMBRE MUNDIAL SOBRE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN, *Declaración de principios: una sociedad de la información para todos*, Ginebra, 2003.

CUMBRE MUNDIAL SOBRE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN, *Agenda de Túnez para la sociedad de la Información*, Túnez, 2005.

Ricardo CURTO RODRÍGUEZ, ¿Qué información relacionada con la publicidad activa contienen los portales de datos abiertos autonómicos españoles?, *Revista Española de la Transparencia*, 9, (2019).

Larry DAHLBERG, “The Internet, deliberative democracy and power: radicalizing the public sphere”, *International Journal of Media & Cultural Politics*, 31, (2007).

Rafael DE ASÍS ROIG, “Algunos de los retos del constitucionalismo del S. XXI: especial atención a los derechos humanos”, en Luciano José PAREJO ALFONSO y José VIDA FERNÁNDEZ, *Los retos del Estado y la Administración en el S. XXI: libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

Alonso DE CÁRDENAS SÁNCHEZ, *La revolución inglesa (1638-1656)*, S.XXI Editores, Madrid, 2011.

Borja Colón DE CARVAJAL FIBLA, “Administración electrónica, transparencia, y rendición de cuentas: hacia un modelo más social de Gobernanza digital”, en Isaac MARTÍN DELGADO, *La reforma de la Administración electrónica: una oportunidad para la innovación desde el derecho*, INAP, Madrid, 2017.

Dolores DE LA CALLE VELASCO, “Mutualidades laborales en el régimen de Franco”, en *Congreso de la Asociación Española de Historia Económica*, Murcia, 2008.

Juan Miguel DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, *La actividad de la Administración*, Madrid, Tecnos, 1983.

Javier DE LA CUEVA, “Código fuente, algoritmos y fuentes del derecho”, *El notario del S. XXI*, 77, (2018).

Javier DE LA CRUZ, “Así se imprime una casa en 3D”, *El País digital*, 25 de octubre de 2019.

Cristina DE LA HOZ, “Los 500.000 ordenadores que prometió Celaá en junio todavía no han llegado”, *El independiente*, 2 de febrero de 2021, <https://www.elindependiente.com/espana/2021/02/02/los-500-000-ordenadores-que-prometio-celaa-en-junio-todavia-no-han-llegado/>

Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, “Derecho Público tras la crisis económica en el Estado social y democrático: Estado de bienestar y servicios de interés general”, ASOCIACIÓN DE LETRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Crisis y constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015.

Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, “El nuevo marco legal de las telecomunicaciones: significado y perspectivas”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, *Derecho de las Telecomunicaciones*, Civitas, Madrid, 2015.

Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, “La primera Ley española de Protección de Datos (LORTAD) y el proceso de su elaboración”, en AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *20 años de protección de Datos en España*, Agencia Estatal Boletín Oficial del estado, Madrid, 2015.

Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, “Estado del Bienestar y derecho sociales en un mundo transnacional”, en Benigno PENDAS GARCÍA, *España constitucional (1078-2018) trayectorias y perspectivas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018.

Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, “Retos, riesgos y oportunidades de la sociedad digital”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO y José Luis PIÑAR MAÑAS, *Sociedad digital y derecho*, Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, Madrid, 2018.

Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, “Derechos fundamentales, democracia y mercado en la edad digital”, *Revista de Derecho Digital e Innovación*, 1, (2019).

Dámaso DE LARIO RAMÍREZ y Enrique LINDE PANIAGUA, *Las constituciones españolas*, Anaya, Madrid, 1994.

María Nieves DE LA SERNA BILBAO, “La conectividad digital y los desafíos en el despliegue de redes e infraestructuras en el interior de las edificaciones; el nuevo régimen legal”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, *Derecho de las Telecomunicaciones*, Civitas, Madrid, 2015.

Álvaro DELGADO GAL, ¿Democracia en crisis o sociedad en crisis?, en Benigno PENDAS GARCÍA, *España constitucional (1078-2018) trayectorias y perspectivas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018.

Ana María DELGADO GARCÍA y Rafael OLIVER CUELLO, “Administración de Justicia y tecnologías de la información y la comunicación: aspectos jurídicos”, *Revista Aranzadi y Nuevas Tecnologías*, 19, (2007).

Pierfrancesco DELLA PORTA y Claudio SANTARELLI, *Stampa 3D aspetti legali e commerciali*, Dei Giuridica, Roma, 2015.

Laura DELLE FEMINE, “La tasa Google supondrá el 0,45% del total de todos los ingresos fiscales de España”, *El País digital*, 18 de febrero de 2020.

Rafael DE LORENZO, “Reforma Social de la Constitución: comentarios y reflexiones al artículo 49”, *Anales de Derecho y Discapacidad*, 3, (2018).

Rafael DE LORENZO, “Los servicios sociales en la Constitución española”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 52, (2019).

Isabel DE LOS MOZOS TOUYA, *Educación en libertad y concierto*, Montecorvo, Madrid, 1995.

Eloísa DEL PINO MATUTE, “Reformas multidimensionales y nuevos cometidos de los Estados de Bienestar europeos (1995-2013)”, *Tiempo de paz*, 109, (2013).

Eloísa DEL PINO MATUTE y María José RUBIO LARA, “El estudio comparado de las transformaciones del Estado de Bienestar y las políticas sociales: definiciones, metodología y temas de investigación, en Eloísa DEL PINO MATUTE y María José

RUBIO LARA, *Los Estados de Bienestar en la encrucijada. Políticas sociales en perspectivas comparada*, Tecnos, Madrid, 2013.

Eloísa DEL PINO MATUTE y María Josefa RUBIO LARA, *Los Estados de Bienestar en la encrucijada. Políticas sociales en perspectiva comparada*, Tecnos, Madrid, 2017.

DEP SHIFT, “Technology Tipping and Societal Impact”, *Foro Económico Mundial*, 2015.

Antonio DESCALZO GONZÁLEZ, “Sanciones”, en Isabel WENCES, Mario KÖLLING y Sabrina RAGONE, *La Ley de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno: una perspectiva académica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014.

Valerio DE STEFANO, “La gig economy y los cambios en el empleo y la protección social”, *Gaceta sindical: reflexión y debate*, 27, (2016).

Cécile DE TERWANGENE, “Privacidad en internet y el derecho de ser olvidado/derecho al olvido”, *Revista de Internet, Derecho y Política*, 13, (2012).

José DÍAZ LAFUENTE, “Los desafíos de la sociedad global digitalizada y la protección de datos personales. Análisis de la elaboración de perfiles en el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea”, en Rosario GARCÍA MAHAMUT y Beatriz TOMÁS MALLÉN, *El Reglamento General de Protección de Datos: Un enfoque nacional y comparado*, Tirant, Valencia, 2019.

José María DÍAZ-PULIDO, Eloísa del PINO NAVARRO, y Pau PALOP, “Los determinantes de la satisfacción con las políticas de bienestar del Estado autonómico”, *Reis*, 139, (2012).

Francisco Javier DÍAZ REVORIO, “Los Derechos Humanos ante los nuevos avances científicos y tecnológicos. Genética e Internet ante la Constitución”, en *Derecho y TICs*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

Juan DÍEZ GARCÍA, *Sobre historia de la educación española y regulación social*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 2010.

Luis DÍEZ-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, Madrid, Civitas, 2003.

Gabriel DOMENECH PASCUAL, “La regulación de la economía colaborativa: uber contra taxi”, *CEF Legal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, 175-176, (2015).

Rafael DOMENECH VILARIÑO, “El impacto del cambio tecnológico y el futuro del empleo”, en María Emilia CASAS BAAMONDE y Carlos DE LA TORRE GARCÍA, *El futuro del trabajo en España: impacto de las nuevas tendencias*, Wolters Kluwer, Madrid, 2019.

Luis DONCEL, “El nuevo paso en la precarización digital: pagar por trabajar”, *El País Digital*, 3 de marzo de 2018.

Esperanza DORADO PÉREZ, “Portales de Datos Abiertos”, *Revista Española de la Transparencia*, 9, (2019).

JAVIER DOZ, “La economía digital desde la perspectiva del CESE”, *Gaceta Sindical*, 27, (2017).

Laura DRECHSLER y Juan Carlos BENITO SÁNCHEZ, “The Price is (not) right: data protection and discrimination in the age of Pricing Algorithms”, *Revista Europea de Derecho y Tecnología*, 9, 3, (2018).

Nerina DRINDRIN, “Salvaguardare il sistema di welfare, riconvertisse le risorse”, *Politiche sanitarie*, 13, (2012).

Rosario DUASO CALÉS, “Los principios de protección de datos desde el diseño y protección de datos por defectos”, en José Luis PIÑAR MAÑAS, *Reglamento general de Protección de Datos. Hacia un nuevo modelo de privacidad*, Reus, Madrid, 2016.

León DUGUIT, *Traité de droti constitutionnel*, Librairie Dalloz, Paris, 1952.

Frank EASTERBROOK, *Cyberspace and the Law of the horse*, University of Chicago Legal Forum, 1, 1996.

José ELOLA, “Hiperconectados y ultravulnerables al 5G”, *El País Digital*, 8 de septiembre de 2019.

Carlos ELORDI CUÉ, “El largo invierno del 76”, en Santos JULIÁ DÍAZ, Javier PRADERA CORTÁZAR y Joaquín PRIETO PÉREZ, *Memoria de la transición*, Taurus, Madrid, 1996.

ENISA, “*Guía de buenas prácticas de seguridad para los hospitales inteligentes*”, noviembre de 2016.

Javier ERCILLA GARCÍA, “Aproximación a una personalidad jurídica específica para los robots”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas tecnologías*, 49, (2020).

José Carlos ERDOZAIN, “Inteligencia artificial, protección de datos personales y vehículos autónomos”, *Diario LA LEY CIBERDERECHO*, 33, (2019).

ERNST & YOUNG, “Empleos perdidos durante la crisis de 2008 en Europa”, *Die Welt*, (2015).

Guillermo ESCOBAR ROCA, “Presupuestos de teoría y dogmática constitucional”, en Guillermo ESCOBAR ROCA y otros, *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012.

Mar ESPAÑA MARTÍ, “La aplicación práctica de la Ley Orgánica de Protección de Datos y garantía de los derechos digitales”, *Diario la LEY CIBERDERECHO*, 34, (2019).

Álvaro ESPINA MORENO, *Modernización y Estado de Bienestar en España*, S. XXI Editores, Madrid, 2007.

Cristina ESPINEL LÓPEZ y otros, “Evolución de componentes de computación y mediciones cuánticas no destructivas en la informática moderna”, *Revista Ciencia UEMI*, 11, 28 (2018).

Gøsta ESPING-ANDERSEN, *The three world of Welfare Capitalism*, Polity Press & Princeton, Princeton University Press, Cambridge, 1990.

Gøsta ESPING-ANDERSEN, *The three worlds of welfare capitalism*, Trad. de Begoña ARREGUI LUCO, *Los tres mundos del Estado de Bienestar*, Edicions Alfons el Magnànim, Valencia, 1993.

José ESTEVE PARDO, “La protección de la ignorancia. Exclusión de responsabilidad por los riesgos desconocidos”, *Revista de Administración Pública*, 161, (2003).

José ESTEVE PARDO, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

Dave EVANS, “Internet de las Cosas. Cómo la próxima evolución de Internet lo cambia todo”, *Cisco Internet Bussines Solution Group*, (2011).

John EVANS y Anna Byhovskaya, “La gestión de la economía digital, hacia un cambio tecnológico abierto, equitativo e incluso: una perspectiva sindical”, *Gaceta Sindical*, 28, (2017).

Ariana EXPÓSITO GÁZQUEZ, “El caos (kaos) de la Administración electrónica en tiempos de pandemia”, *Revista de Derecho Administrativo V-LEX*, 4, (2020).

Antonio EZQUERRA HUERVA, “El impacto de la crisis económica en el terreno de los servicios sociales”, en Antonio EZQUERRA HUERVA, *Crisis económica y derecho administrativo: una visión general sectorial de las reformas implantadas con ocasión de la crisis económica*, Aranzadi, Pamplona, 2016.

Francisco J. FAJARDO FUENTES, “Globalización y crisis del Estado del Bienestar”, *Revista de Estudios jurídicos*, 5, (2004).

Carlos FARGE COLLAZOS, “El Estado de Bienestar”, *Enfoques XIX*,1-2, (2007).

Ignacio FARIZA, “La renta básica deja de ser una utopía”, *El País Digital*, 6 de abril de 2020.

Diego José FERIA LORENZO, “La primera regulación sanitaria española: la ley orgánica de 1855”, *Revista de Historia das ideias*, 33, (2012).

Juan Carlos FERNÁNDEZ, “Covid-19, teletrabajo y uso de dispositivos particulares”, *Diario LA LEY CIBERDERECHO*, 38, (2020).

M^a Belén FERNÁNDEZ COLLADOS, “El uso de las nuevas tecnologías en las relaciones laborales: propuesta y soluciones ante nuevos retos y viejos conflictos”, *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 57, (2020).

Joaquín FERNÁNDEZ-CREHUET NAVAJAS y otros, “La salud y sus determinantes. Concepto de medicina preventiva y salud pública. Desigualdad en salud”, *Medicina preventiva y salud pública*, Elsevier, Madrid, 2015.

Laura Davara FERNÁNDEZ DE MARCOS, *Implicaciones socio-jurídicas de las redes sociales*, Aranzadi, Pamplona, 2015.

Laura Davara FERNÁNDEZ DE MARCOS, *Menores en Internet y redes sociales: derecho aplicable y deberes de los padres y centros educativos*, Agencia Española de Protección de Datos, Madrid, 2017.

Germán FERNÁNDEZ FARRERAS, “Libertad de empresa y nacionalizaciones en la Constitución”, *Cuadernos Aragoneses de Economía*, 3, (1998).

Germán FERNÁNDEZ FARRERAS, *Sistema de Derecho Administrativo*, Civitas, Navarra, 2012.

Germán FERNÁNDEZ FARRERAS, “Las nuevas leyes de Régimen Jurídico del Sector Público y del Procedimiento Administrativo Común: entre la cosmética y el enredo”, *Revista Asamblea*, 34, (2016).

Manuel FERNÁNDEZ GALIANO, *Platón: La república*, Alianza Editorial S.A., Madrid, 1988.

Eusebio FERNÁNDEZ GARCÍA, “Mercado, filantropía y estado social de derecho”, en Luciano PAREJO ALFONSO y José VIDA FERNÁNDEZ, *Los retos del Estado y la Administración en el S. XXI, Libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

Tomás FERNÁNDEZ GARCÍA y Antonio LÓPEZ PELÁEZ, “El Estado del bienestar orígenes y perspectivas”, en Carmen ALEMÁN BRACHO y Tomás FERNÁNDEZ GARCÍA, *Política Social y Estado de Bienestar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

Carlos B. FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, “Europa está en riesgos de que se utilicen datos personales en la manipulación electoral”, *Diario la Ley Ciberderecho*, 26, (2019).

Carlos B. FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, “Nueve de cada diez empresas no cuentan con el presupuesto necesario para protegerse de ciberataques”, *Diario LA LEY CIBERDERECHO*, 26, (2019).

Carlos B. FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, “La mayoría de las sanciones por protección de datos se están imponiendo por infracción del artículo 6.1 del Reglamento”, *Diario LA LEY CIBERDERECHO*, 30, (2019).

Carlos B. FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, “Reforzar nuestra capacidad de respuesta ante un ciberataque, implementar una cultura de la seguridad e impulsar a la

industria nacional, objetivos de la Estrategia Nacional de Ciberseguridad, *Diario LA LEY CIBERDERECHO*, 30, (2019).

Carlos B. FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, “Notificaciones de ciberataques a operadores de servicios esenciales: lecciones prácticas de las primeras experiencias”, *Diario LA LEY CIBERDERECHO*, 30, (2019).

Carlos B. FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, “Nuevas medidas para proteger los derechos de los usuarios de asistentes de voz”, *Diario LA LEY CIBERDERECHO*, 31, (2019).

Carlos B. FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, “TJUE: La instalación de cookies requiere el consentimiento específico del usuario para cada tratamiento concreto”, *Diario la LEY CIBERDERECHO*, 32, (2019).

Carlos B. FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, “¿Está la normativa de Propiedad Intelectual e Industrial preparada para la impresión 3D?”, *Diario LA LEY CIBERDERECHO*, 33, (2019).

Carlos B. FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, “El Consejo Europeo presenta una nueva propuesta del Reglamento e-privacy”, *Diario LA LEY CIBERDERECHO*, 33, (2019).

Carlos B. FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, “Tres propuestas legislativas norteamericanas sobre privacidad, valor de los datos personales y prevención de adicción a las redes sociales”, *Diario la LEY CIBERDERECHO*, 34, (2019).

Carlos B. FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, “El reconocimiento de una personalidad jurídica electrónica no es adecuada para regular la responsabilidad por daños causados por sistemas inteligentes”, *Diario LA LEY CIBERDERECHO*, 35, (2020).

Carlos B. FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, “La Comisión aprueba medidas de ciberseguridad para proteger el despliegue de las redes de 5G en la Unión Europea”, *Diario LA LEY CIBERDERECHO*, 36, (2020).

Carlos B. FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, “La Casa Blanca presenta 10 principios para el desarrollo de la industria de vehículos autónomos”, *Diario LA LEY CIBERDERECHO*, 36, (2020).

Carlos B. FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, “La transparencia en la información y el empoderamiento de los ciudadanos para decidir sobre el uso de sus datos, claves para una política de privacidad”, *Diario LA LEY CIBERDERECHO*, 37 (2020).

Carlos B. FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, “Las empresas manejan ya más de 13,5 petabytes de datos, un 831% más que en 2016”, *Diario la LEY CIBERDERECHO*, 38, (2020).

Carlos B. FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, “Un tribunal norteamericano confirma la sanción de 5.000 millones a Facebook por no respetar la privacidad de sus usuarios”, *Diario LA LEY CIBERDERECHO*, 39 (2020).

Carlos B. FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, “¿Cómo utilizar legalmente la impresión 3D en tiempos de crisis sanitaria?”, *Diario LA LEY CIBERDERECHO*, 39, (2020).

Carlos B. FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, “El TS se pronuncia sobre el carácter de la voz como dato personal y sobre el ámbito de las actividades personales o domésticas”, *Diario LA LEY CIBERDERECHO*, 41, (2020).

Carlos B. FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, “El Gobierno pone en marcha la elaboración de una Carta de Derechos Digitales”, *Diario LA LEY CIBERDERECHO*, 41, (2020).

Carlos B. FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, “En España 50.000 personas utilizan a diario la Dark web”, *Diario LA LEY CIBERDERECHO*, 41, (2020).

Carlos B. FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, “Seis maneras de explicar cómo una inteligencia artificial ha adoptado una decisión”, *Diario LA LEY CIBERDERECHO*, 42, (2020).

Vicente FERNÁNDEZ LÓPEZ, “Estas 6 personas ya son más que humanas gracias a la tecnología”, *QUO*, 8 de junio de 2017.

María FERNÁNDEZ MELLIZO-SOTO, “Política educativa, Estado dinamizador y la igualdad de oportunidades en España”, en Carlos MULAS GRANADOS, *El Estado dinamizador, nuevos riesgos, nuevas políticas y la reforma del Estado de Bienestar en Europa*, FIIAP, Madrid, 2010.

Ricardo FERNÁNDEZ MUÑOZ, Marco conceptual de las nuevas tecnologías aplicadas a la educación, Universidad de Castilla La Mancha, España, 2005, <http://www.uclm.es/profesorado/ricardo>.

Severiano FERNÁNDEZ RAMOS, *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

Severiano FERNÁNDEZ RAMOS, “El acceso a la información en el Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 14, (2013).

Severiano FERNÁNDEZ RAMOS, “El ámbito subjetivo de la normativa sobre transparencia del Sector Público. Problemas y disfunciones”, en Julián VALERO TORRIJOS y Manuel FERNÁNDEZ SALMERÓN, *Régimen jurídico de la transparencia en el Sector Público: del derecho de acceso a la reutilización de la información*, Aranzadi, Navarra, 2014.

Severiano FERNÁNDEZ RAMOS, “Publicidad activa: régimen general”, en Eduardo GAMERO CASADO, *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

Severiano FERNÁNDEZ RAMOS, “La identificación en las solicitudes de acceso a la información pública”, *Revista Española de Transparencia*, 5, (2017).

Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Una llamada de atención sobre las notificaciones electrónicas en la novísima Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”, *Revista de Administración Pública*, 198, (2015).

José Julio FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Ciberseguridad: ¿desafío insuperable? En búsqueda de escenarios de respuesta adecuados”, en César GARCÍA NOVOA y Diana SANTIAGO IGLESIAS, *4º Revolución Industrial. Impacto de la automatización y la inteligencia artificial en la sociedad de economía digital*, Aranzadi, Navarra, 2018.

Manuel FERNÁNDEZ SALMERÓN, *El control jurisdiccional de los reglamentos. Procedimiento administrativo, proceso judicial y potestad reglamentaria*, Atelier, Barcelona, 2002.

Manuel FERNÁNDEZ SALMERÓN, “Procedimiento administrativo e información del sector público”, en Julián VALERO TORRIJOS y Manuel

FERNÁNDEZ SALMERÓN, *Régimen jurídico de la transparencia en el sector público: del derecho de acceso a la reutilización de la información*, Aranzadi, Navarra, 2014.

Manuel FERNÁNDEZ SALMERÓN, “La potestad reglamentaria. El procedimiento de elaboración de los reglamentos”, en Eduardo GAMERO CASADO, *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, Tirant, Valencia, 2017.

Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, *Las constituciones históricas españolas*, Civitas, Madrid, 1986.

Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, “La interpretación del derecho a la educación por el Tribunal Europeo de Derecho Humanos en el marco del Convenio de 4 de noviembre de 1950”, *Revista de Derecho Público*, 1, (1986).

Juan Manuel FERNÁNDEZ SORIA, *La educación en la España republicana durante la guerra civil (1936-1939)*, Bordón, Madrid, 1984.

Armando FERNÁNDEZ STEINKO, *Experiencias participativas en economía y empresa. Tres ciclos para domesticar un siglo, S.XXI Editores*, Madrid, 2002.

Miguel FERRER JIMÉNEZ, “Plataformas digitales y trabajo, de un escenario judicial a un marco regulatorio avanzada”, en Macarena HERNÁNDEZ BEJARANO y Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, *Cambiando la forma de trabajar y vivir*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

Mark L. FLEAR, *Governing Public Health*, Hart, Oxford, 2018.

Mikkel FLYVERBOM, “Geopolítica digital: el control de la información y el poder de las visibilidades”, *Vanguardia Dossier*, 72, (2019).

José Manuel FRESNO y Andreas TSLAKIS, “Inclusión, Estrategia Europa 2020 y programa nacional de reformas”, *Humanismo y trabajo social*, 9, (2010).

Zoraida FRÍAS BARROSO, Jorge PÉREZ MARTÍNEZ, Christoph STECK, “Gobernanza de Internet y derecho digitales”, en Tomás DE LA QUADRASALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO y José Luis PIÑAR MAÑAS, *Sociedad digital y derecho*, Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, Madrid, 2018.

Vittorio FROSINI, *Cibernética, derecho, internet y sociedad*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2019.

Óscar FUENTE, “El futuro del consumo en la economía colaborativa”, *IEB emprendedores digital*, (2015).

Juan Francisco FUENTES ARAGONÉS y Emilio LA PARRA LÓPEZ, *Historia universal del S.XX: De la primera Guerra Mundial al ataque de las Torres Gemelas*, Editorial Síntesis, Madrid, 2007.

Jesús FUENTETAJA PASTOR, “La carrera administrativa en la función pública: teoría (general) y modelos (comparados)”, en Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, *Retos y propuestas para el sistema de Salud*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

FUNCAS y KPMG, “Informe del Observatorio de la digitalización financiera: Fintech, innovación al servicio del cliente”, FUNCAS, Madrid, 2017.

Roberto GALÁN VIOQUE, “El servicio público”, en Concepción BARRERO RODRÍGUEZ, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Volumen II, Tecnos, Madrid, 2020.

M^a Jesús GALLEGO ARRAFUT, Vanesa M^a GÁMIZ SÁNCHEZ, y Elba GUTIÉRREZ SANTIUSTE, “Competencias en la formación del futuro docente. Propuestas didácticas”, en José MANUEL PÉREZ TORNEO y otros, *Alfabetización mediática y culturas digitales*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2010.

Raquel GALLEGO CALDERÓN, Ricardo GOMA CARMONA y Joan SUBIRITATS, “Las dinámicas de cambio en las políticas sociales: España en perspectiva comparada”, en A.A.V.V., *Estado de Bienestar y Comunidades Autónomas. La descentralización de las políticas sociales en España*, Tecnos, 2003.

Eduardo GAMERO CASADO, “Interoperabilidad y administración electrónica: conéctese, por favor”, *Revista de Administración Pública*, 179, (2009).

Eduardo GAMERO CASADO, “Panorámica de la Administración electrónica en la nueva legislación administrativa básica”, *Revista española de Derecho Administrativo*, 175, (2016).

Eduardo GAMERO CASADO, “Administración electrónica e interoperabilidad”, en Isaac MARTÍN DELGADO, *La reforma de la Administración electrónica: una oportunidad para la innovación desde el Derecho*, INAP, Madrid, 2017.

Eduardo GAMERO CASADO, “Reparto competencial y posibilidades competenciales”, en Isaac MARTÍN DELGADO, *El procedimiento administrativo y el*

régimen jurídico de la Administración Pública desde la perspectiva de la innovación tecnológica, Iustel, Madrid, 2020.

Eduardo GAMERO CASADO y Severiano FERNÁNDEZ RAMOS, *Manual básico de Derecho Administrativo*, Tecnos, Madrid, 2017.

Ángel GARCÉS SANAGUSTÍN, *La acción social: delimitación conceptual y régimen jurídico*, Diputación General de Aragón, Zaragoza, 1988.

Lorenzo GARCÍA ARETIO, “Necesidad de una educación digital en un mundo digital”, *Revista Iberoamericana de Educación a Distancia*, 22, (2019).

María GARCÍA BARBERO y otros, “Planificación y programación en atención a la salud. Diseños de programas de salud”, en Joaquín FERNÁNDEZ-CREHUET NAVAJAS y otros, *Medicina preventiva y salud pública*, Elsevier, Madrid, 2015.

Francisco Manuel GARCÍA COSTA, “El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno”, en Julián VALERO TORRIJOS y Manuel FERNÁNDEZ SALMERÓN, *Régimen jurídico de la transparencia en el Sector Público: del derecho de acceso a la reutilización de la información*, Aranzadi, Navarra, 2014.

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA Y MARTÍNEZ-CARANDE, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Alianza Universitaria, Madrid, 1994.

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA Y MARTÍNEZ-CARANDE, “Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 89, 1996.

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, Aranzadi, Navarra, 2011.

José Luis GARCÍA DELGADO, “Los Pactos de la Moncloa”, en Santos JULIÁ DÍAZ, Javier PRADERA CORTÁZAR y Joaquín PRIETO PÉREZ, *Memoria de la transición*, Taurus, Madrid, 1996.

J María Jesús GARCÍA GARCÍA, “Participación ciudadana y normas europeas: un potencial por explotar”, *Revista Vasca de Administración Pública*, 117, (2020).

Manuel GARCÍA GOÑI y Ariadna GARCÍA PRADO, “Hacia una política sanitaria más dinámica: el caso español”, en Carlos MULAS GRANADOS, *El Estado*

dinamizador, nuevos riesgos, nuevas políticas y la reforma del Estado de Bienestar en Europa, FIIAP, Madrid, 2010.

José Ramón GARCÍA HERNÁNDEZ, “La mala salud de hierro de la democracia representativa en la España Constitucional”, en Benigno PENDAS GARCÍA, *España constitucional (1078-2018) trayectorias y perspectivas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018.

Olga GARCÍA LUQUE y otras, “Objetivo Europa 2020: La reducción de la pobreza y la exclusión social en España”, *Papers*, 101, 4, (2016).

Ricardo GARCÍA MACHO, “El deterioro del Estado Social y derechos sociales en España”, en Luciano PAREJO ALFONSO y José VIDA FERNÁNDEZ, *Los retos del Estado y la Administración en el S. XXI. Libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo*, Vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

Pablo GARCÍA MEXÍA, *Derecho europeo de internet*, Netbiblo, A Coruña, 2009.

Pablo GARCÍA MEXÍA, *Historias de Internet: Casos y cosas de la Red de red*, Tirant Humanidades, Valencia, 2012, p. 32.; *Vide* Moisés BARRIO ANDRÉS, *Fundamentos del Derecho de Internet*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2017.

Pablo GARCÍA MEXÍA, “El derecho de acceso a Internet”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, *Sociedad digital y Derecho*, Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, Madrid, 2018.

Óliver GARCÍA MUÑOZ, “El concepto de información pública en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, y en la Ley del Parlamento de Cataluña 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno: un análisis comparado”, *Revista Española de Transparencia*, 9, (2019).

Javier GARCÍA MURCIA, “Crisis económica y Derecho del Trabajo”, en XIX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, *Crisis y Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015.

Roberto GARCÍA PORTERO, “Los robots en la sanidad”, en Moisés BARRIO ANDRÉS, *El Derecho de los robots*, Wolters Kulwer España, Madrid, 2018.

Jordi GARCÍA VIÑA, “¿Cómo puede ser el trabajo en el futuro próximo?”, en María Emilia CASAS BAAMONDE y Carlos DE LA TORRE GARCÍA, *El futuro del trabajo en España: impacto de las nuevas tendencias*, Wolters Kluwer, Madrid, 2019.

Juan GARCÍA-PRIETO CUESTA, “¿Qué es un robot?”, en Moisés BARRIO ANDRÉS, *Derecho de los robots*, Wolter Kluwer, Madrid, 2018.

Jorge GARCÉS FERRER, *Administración social pública. Bases para el estudio de los servicios sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.

Jorge GARCÉS FERRER, *Sistema político y administrativo de los servicios sociales*, Tirant lo Blanch, Madrid, 1996.

Cristina GARMENDIA, “La educación, principal reto de la sociedad digital”, *Gaceta Sindical*, 27, (2016).

Fernando GARRIDO FALLA, “El concepto de servicio público en derecho español”, *Revista de Administración Pública*, 135, (1994).

Fernando GARRIDO FALLA, *Las transformaciones del régimen administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962.

Ana GARRIGA DOMÍNGUEZ, *Nuevos retos para la protección de los datos personales en la era del big data y la computación ubicua*, Dykinson, Madrid, 2016.

José GASCÓN Y MARÍN, “La concepción institucional del Derecho y la Administración”, *Revista de estudios de la vida local*, 20, (1945).

Bill GATES, *Camino al futuro*, Aravaca, Madrid, 1995.

Ángel GAVÁN y Maole CEREZO, “Big Data y salud. El poder terapéutico de los datos”, *Heraldo de Aragón*, 7 de junio de 2017.

José Luis GAY MARTÍ, “El uso de drones por las Administraciones Públicas”, en Moisés BARRIO ANDRÉS, *Derecho de los drones*, La Ley, Madrid, 2018.

Elena GIL GONZÁLEZ, *Big data, privacidad y protección de datos*, Agencia Española de protección de Datos, Madrid, 2016.

Juan A. GIMENO ULLASTRE, “La incidencia redistributiva del gasto público en España”, Rafael MUÑOZ DEL BUSTILLO, *El Estado de Bienestar en el cambio de Siglo*, Alianza, Madrid, 2000.

Isabel GIMÉNEZ SÁNCHEZ, “La Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno en el marco del Estado autonómico”, en Isabel WENCES, Mario KÖLLING y Sabrina RAGONE, *La Ley de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno: una perspectiva académica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014.

Enrique GIMÉNEZ-REYNA, *La financiación de las Comunidades Autónomas: reflexiones para su revisión*, Reus, Madrid, 2018.

Anna GINÈS I FABRELLAS, “La (des) protección social de los trabajadores en plataformas digitales”, en Macarena HERNÁNDEZ BEJARANO y Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, *Cambiando la forma de trabajar y vivir*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

GOBIERNO DE ESPAÑA, “*Plan INFO XXI: la sociedad de la información para todos*”, 2000.

GOBIERNO DE ESPAÑA, “*Plan avanza 2: estrategia 2011-2015*”, 2010.

GOBIERNO DE ESPAÑA, “*Primer Plan Nacional de España de Gobierno Abierto (2012-2013)*”, Madrid, 2012.

GOBIERNO DE ESPAÑA, “*Agenda digital para España*”, Madrid, febrero de 2013.

GOBIERNO DE ESPAÑA, “*Segundo Plan Nacional de España de Gobierno Abierto (2014-2015)*”, Madrid, 2014.

GOBIERNO DE ESPAÑA, “*Plan de transformación digital de la Administración General del Estado y sus organismos públicos: Estrategia TIC 2015-2020*”, Madrid, 2015.

GOBIERNO DE ESPAÑA, “*Marco común de competencias digitales docentes*”, octubre de 2017.

GOBIERNO DE ESPAÑA, “*Estrategia de Seguridad Nacional: un proyecto compartido de todos y para todos*”, Madrid, 2017.

GOBIERNO DE ESPAÑA, “*Tercer Plan Nacional de España de Gobierno Abierto (2017-2019)*”, Madrid, 2017.

GOBIERNO DE ESPAÑA, “*Estrategia Nacional de ciberseguridad*”, Madrid, 2019.

GOBIERNO DE ESPAÑA, “*Informe: cobertura de banda ancha en España en el año 2019*”, abril de 2020.

GOBIERNO DE ESPAÑA, “*Plan España Digital 2025*”, Madrid, 2020.

GOBIERNO DE ESPAÑA, “*Estrategia Española de I+D+I en Inteligencia Artificial*”, diciembre de 2020.

GOBIERNO DE ESPAÑA, “*IV Plan de Gobierno Abierto de España (2020-2024)*”, Madrid, 2020.

GOBIERNO DE ESPAÑA, “*Plan Nacional de Competencias Digitales*”, 27 de enero de 2021.

José María GOERLICH, “¿Repensar el derecho del trabajo?”, *Gaceta Sindical*, 27, (2017).

Jack GOLDSMITH, “Against cyberanarchy”, *University of Chicago Law Review*, 65, (1998).

Rafael GÓMEZ-FERRER MORAT, “Sobre la confluencia de valores, derechos e intereses en el estado social”, en Luciano PAREJO ALFONSO y José VIDA FERNÁNDEZ, *Los retos del Estado y la Administración en el S.XXI. Libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo*, Tirant, Valencia, 2017.

Tomás GÓMEZ FRANCO y José Ramón REPULLO LABRADOR, “Buscando el reforzamiento constitucional efectivo y proporcionado del derecho a la protección de la salud”, *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, 23, (2016).

Yolanda GÓMEZ SÁNCHEZ, “La protección de los datos genéticos: el derecho a la autodeterminación información”, *Derecho y Salud*, 16, (2008).

Yolanda GÓMEZ SÁNCHEZ, “El derecho a la salud: un nuevo derecho de libertad”, en Fernando BANDRÉS MOYA y Santiago DELGADO BUENO, *Tratado de medicina legal y ciencias forenses. Derecho sanitario y medicina legal en el trabajo*, Tomo I, Vol. II, Bosch, Sabadell, 2011.

Isidro GÓMEZ-JUÁREZ SIDERA, “Los contratos informáticos de hosting y housing en relación con la normativa española de protección de datos de carácter personal”, *Revista de contratación electrónica*, 78, (2007).

M^a Ángeles GONZÁLEZ BUSTOS, “El acceso de los ciudadanos a la información administrativa”, *Actualidad Administrativa*, 10, (2009).

Francisco de Asís GONZÁLEZ CAMPO, “Configuración procesal del Expediente Judicial electrónico: Hacia un derecho procesal electrónico” en Federico BUENO DE MATA, *Estudios sobre Derecho y Nuevas tecnologías*, Andavira Editora, Santiago de Compostela, 2012.

Luis Miguel GONZÁLEZ DE LA GARZA, “El Big Data como la gran herramienta de pronóstico de tendencias en los sistemas electorales. Del salto del paradigma demoscópico a los datos de comportamiento real”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 50, (2019).

Damián GONZÁLEZ MADRID y Manuel ORTIZ HERAS, “El franquismo y la construcción del Estado de Bienestar en España”, en María Isabel PORRAS GALLO, *La erradicación y el control de las enfermedades infecciosas*, La Catarata, Madrid, 2016.

Damián GONZÁLEZ MADRID y Manuel ORTIZ HERAS, “El franquismo y la construcción del Estado de Bienestar en España: la protección social del Estado (1939-1986)”, *Pasado y memoria. Revista de Historia Contemporánea*, 17, (2018).

Pedro GONZÁLEZ MURILLO, “El control del desempleo durante el primer franquismo a través del Servicio Nacional de Encuadramiento y Colocación y la Obra sindical de Lucha contra el Paro”, *Aportes*, 36, (1998).

Francisco GONZÁLEZ NAVARRO, *La nueva Ley Fundamental para la reforma política*, Servicio Central Publicaciones, Madrid, 1977.

Francisco GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho Administrativo español*, Eunsa, Pamplona, 1995.

Francisco GONZÁLEZ NAVARRO, *Lo fáctico y lo signico. Una introducción a la semiótica jurídica*, EUNSA, Pamplona, 1995.

Francisco GONZÁLEZ NAVARRO y Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo*, Aranzadi, Navarra, 2012.

Begoña GONZÁLEZ OTERO, “Las excepciones de minería de textos y datos más allá de los derechos de autor: la ordenación privada contraataca”, en Concepción SAINZ GARCÍA y Raquel EVANGELIO LLORCA, *Propiedad Intelectual y Mercado Único Digital Europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

M^a Isabel, GONZÁLEZ TAPIA, M., “Derecho a la desconexión digital y teletrabajo”, *Diario LA LEY CIBERDERECHO*, 38, (2020).

Miguel Ángel GONZALO ROZAS, “Parlamento Abierto en las Cortes de Aragón”, *Revista de las Cortes Generales*, 105, (2018).

Antonio GORRELL GUIN y Llorenç GUILERA AGÜERA, “Las sucesivas revoluciones industriales”, *La industria 4.0. en la sociedad digital*, ICG Marge S.L., Barcelona, 2019.

Juan GORELLI HERNÁNDEZ y otros, *Lecciones de Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 2017.

Ian GOUGH, “Los Estados de bienestar europeos: lecciones para países en desarrollo”, *Papeles*, 99, (2007).

Diego GRACIA GUILLÉN, “Salud y protección de la salud en la España Constitucional (1978-2018)”, en Benigno PENDAS GARCÍA, *España constitucional (1078-2018) trayectorias y perspectivas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018.

Carmen GRAU PINEDA y Arturo MONTESDEOCA SUÁREZ, “Reconocer el derecho a la desconexión digital para garantizar el derecho a la intimidad personal y familiar”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 57, (2020).

Javier GREGORI, “Un minúsculo robot cirujano logra navegar de forma autónoma en el interior del cuerpo”, *Ciencia y Tecnología*, 25 de abril de 2019, https://cadenaser.com/ser/2019/04/24/ciencia/1556114914_218539.html

GRUPO BIT, “¿Cuántos datos se producen en un minuto?”, *Grupobit*, 6 de abril de 2020.

GRUPO DE EXPERTOS SOBRE INTELIGENCIA ARTIFICIAL, “Responsabilidad derivada del uso de la inteligencia artificial y otras tecnologías emergentes”, diciembre de 2019.

GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS ARTÍCULO 29, *Dictamen 5/2009 de 12 de junio, sobre las redes sociales en línea*, Bruselas, 2009.

GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS ARTÍCULO 29, *Dictamen 5/2014 sobre técnicas de anonimización*, Estrasburgo, 10 de abril de 2014.

GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS ARTÍCULO 29, “*Anexo. Los datos de salud en aplicaciones y servicios*”, 2015.

GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS ARTÍCULO 29, *Directrices sobre el derecho a la portabilidad de los datos*, 13 de diciembre de 2016, Bruselas.

Adoración GUAMÁN HERÁNDEZ y Albert NOGUERA FERNÁNDEZ, *Derechos sociales, integración económica y medidas de austeridad: la UE contra el constitucionalismo social*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2014.

Emilio GUICHOT REINA, *Transparencia y acceso a la información pública en España: análisis y propuestas*, Fundación alternativas, Madrid, 2011.

Emilio GUICHOT REINA, “El proyecto de Ley de Transparencia y acceso a la información pública y el margen de actuación de las Comunidades Autónomas”, *Revista andaluza de Administración pública*, 84, (2012).

Emilio GUICHOT REINA, *Transparencia, acceso a la información pública y buen Gobierno: estudio de la Ley 12/2013, de 9 de diciembre*, Tecnos, Madrid, 2014.

Emilio GUICHOT REINA, *Transparencia y buen gobierno: estudio y ley*, Aranzadi, Pamplona, 2014.

Emilio GUICHOT REINA, “El sentido, el contexto y la tramitación de la Ley de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno”, en *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, Tecnos, Madrid, 2014.

Emilio GUICHOT REINA, “Transparencia: aspectos generales”, en *Transparencia, acceso a la información y buen gobierno: estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Tecnos, Madrid, 2014.

Emilio GUICHOT REINA, “Ejercicio del derecho de acceso a la información pública”, en Isabel WENCES, Mario KÖLLING y Sabrina RAGONE, *La Ley de*

Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno: una perspectiva académica, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014.

Emilio GUICHOT REINA, “Los límites de la transparencia y el derecho de acceso a la información”, en Isaac MARTÍN DELGADO, *Transparencia y acceso a la información pública: de la teoría a la práctica*, Iustel, Madrid, 2019.

Emilio GUICHOT REINA y Concepción BARRERO RODRÍGUEZ, *El derecho de acceso a la información pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

Javier GUILLEM CARRAU, “La mejora de los entornos normativos y la competitividad económica el ajuste regulatorio (REFIT) de la Unión Europea”, *Anuario de derecho parlamentario*, 28, (2015).

Ana M. GUILLÉN RODRÍGUEZ, “Democracia y crisis del Estado del Bienestar en España: procesos de reestructuración y dificultades de apoyo político”, en Berta ÁLVAREZ MIRANDA y otros, *Dilemas del Estado de Bienestar*, Fundación Argenteria, Madrid, 1996.

Ana M. GUILLÉN RODRÍGUEZ, *La construcción política del sistema sanitario español: de la postguerra a la democracia*, Exlibris, Madrid, 2000.

Ana M. GUILLÉN RODRÍGUEZ y Gregorio RODRÍGUEZ CABRERO, “Evolución del Estado de Bienestar en España”, en Cristóbal TORRES ALBERO, *España 2015: situación social*, CIS, Madrid, 2015.

Hugo GUTIÉRREZ, “España se suma a la veintena de países europeos que ya tienen renta mínima”, *El País Digital*, 30 de mayo de 2020.

David GUTIÉRREZ COLOMINAS, “La desconexión digital de los trabajadores. Reflexiones a propósito de su calificación como derecho y su instrumentación”, *Revista de Internet, Derecho y Política*, 31, (2020).

Brendan HALLORAN, “Strengthening accountability ecosystems: a discussion paper”, *Transparency and Accountability Initiative*, 3, (2015).

David HELD y otros, *Global transformation: politics, economics and culture*, Polity Press, Cambridge, 1999.

Manuel HEREDERO HIGUERAS, “La ORTAD y su futuro”, *Informática y derecho*, 27-29, (1998).

Carlos HERNÁNDEZ, “Sant Joan de Déu incorpora el robot más moderno del mundo para guiar al cirujano en la colocación de prótesis de rodilla”, *Salud ediciones*, 26 de febrero de 2021.

Javier HERNÁNDEZ GARCÍA, “Derecho a la información y autonomía del paciente oncológico”, *Revista Derecho y Salud*, 1, 11, (2003).

Juan Carlos HERNÁNDEZ PEÑA, “Gobernanza de la inteligencia artificial en la Unión Europea. La construcción de un marco ético-jurídico aún inacabado”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 56, (2021).

M^a del Sol HERRAIZ MARTÍN, “El impacto de la digitalización del trabajo en el empleo público y el derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 54, (2019).

Manuel HERRERA GÓMEZ, *El tercer sector y los sistemas de bienestar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

Christopher HILL, *El mundo trastornado: el ideario popular extremista de la Revolución inglesa del S. XVII*, S. XXI Ediciones, Madrid, 2015.

Christopher HILL, *El siglo de la revolución: 1603-1714*, S. XXI Editores, Madrid, 2015.

Karl HINRICHS, “A Social Insurance State Withers Away. Welfare State Reforms in Germany”, en Bruno PALIER, *A long goodbye to Bismarck? The politics of Welfare reforms in continental Europe*, Amsterdam University Press, Amsterdam, 2010.

Eric John HOBBSAWM, *La era del capitalismo de 1848-1875*, Editorial Labor S.A., Barcelona, 1989.

Andrés HOFMANN, “Gobierno Abierto: el imperativo de lo posible”, *XXII Congreso del CLAD sobre la Reforma del Estado y la Administración Pública*, Santiago de Chile, 2016.

Alejandro HUERGO LORA, “Utilización de algoritmos predictivos por las Administraciones públicas”, *Ponencia en Observatorio de Transformación digital del Sector Público*, 11 de noviembre de 2020, <https://www.uv.es/fatwireed/catedrapagoda/es/novedades/1286053802801/Novetat.html?id=1286153337552>

Alejandro HUERGO LORA, *La regulación de los algoritmos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020.

IA NOW INSTITUE, “*Informe AI Now*”, 2019.

IAB, *Estudio Anual sobre Redes Sociales*, Madrid, 2019.

María Teresa IGARTUA MIRÓ, “El impacto de la robótica en el mundo laboral: nuevos retos para la seguridad y salud en el trabajo”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 57, (2020).

INE, *Equipamiento y uso de TIC en los hogares - Año 2019*, Madrid, 2019.

INISEQ, “Ciberataque y ciberespionaje contra el sector sanitario”, *Ciberseguridad al día*, 25 de septiembre (2020).

INFORMATION COMMISSIONER’S OFFICE, *Recommendations that users drones*, 2016.

Instituto Nacional de Estadística, “El teletrabajo en España y la UE antes de la COVID-19”, 2020.

Instituto Nacional de Estadística, “*Proyecciones de Población 2020-2070*”, 22 de septiembre de 2020.

Aurora INTXAUSTI, “La revolución digital no llega a la Justicia”, *El País digital*, 24 de julio de 2019.

Daniel INNERARITY, “La democracia amenazada”, *El País Digital*, 14 de noviembre de 2018.

Ernest INRICHES, *Introducción a la historia de la Edad Moderna*, Akal S.A., Madrid, 2001.

ISO 8373, “Robots and robotic devices”, 2012.

Gonzalo ITURMENDI MORALES, “El impacto de los coches conectados y autónomos. El papel de las aseguradoras”, *Diario la Ley*, 2, (2016).

IVE, “Cuentas de la Educación en España 2000-2013: Recursos, gastos y resultados.

Maiedah JALIL NAJI, “Industria 4.0, competencia digital y el nuevo sistema de formación profesional para el empleo”, *Revista Internacional y Comparada de relaciones laborales y derecho del empleo*, (2018).

Rosa JIMÉNEZ CANO, “Twitter aumenta el límite a 280 caracteres para todos los usuarios”, *El País Digital*, 8 de noviembre de 2017.

M^a Isabel JIMÉNEZ PLAZA, “La disposición adicional 1^o de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y el derecho de acceso a la información por los concejales: reflexiones sobre el régimen de tutela”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 49, (2019).

Luis JIMÉNEZ QUESADA, “Estado social: el futuro de la sociedad del bienestar”, en Benigno PENDAS GARCÍA, *España constitucional (1078-2018) trayectorias y perspectivas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018.

Norman JOHNSON, *El Estado de Bienestar en transición*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1990.

David JHONSON y David POST, “Law and border: the rise of law in cyberspace”, *Stanford Law Review*, 48, (1996).

Riitta JYRHÄMÄ, “La función de los estudios en la formación del profesorado”, en Ritva JAKKU-SIHVONEN y otros, *Aprender de Finlandia: la apuesta por un profesorado investigador*, Editorial Kaleida Forma SL, 2014.

Arne L. KALLEBERG, “Precarious work, insecure works: employment relation in transition”, *American Sociological Review*, 74, (2009).

Marcos KAPLAN, “La empresa pública en los países capitalista avanzados”, en *Crisis y futuro de la empresa pública*, UNAM-Pemex, México, 1994.

Daniel KAUFMANN, Aart KRAAY, y Massimo MASTRUZI, *Indicadores Mundiales de Buen Gobierno (1997-2007)*, World Bank Institute, 2008.

Yuri KAZEPOV y Domenico CARBONE, *Che cos'è il welfare State*, Crocci editori, Bussole, 2018.

Michel KOSINI, David STILLWELL y Thore GRAPEL, “Private traits and attributes are predictable from digital record of human behaviour”, *PNAS*, 15, (2015).

Daniel KUEHL, “From cyberspace to cyberpower: defining the problem”, en Franklin KRAMER, *Cyberpower and National Security*, Editorial National Defense University Press, Washington, 2009.

Kolman KULCSAR, *Social factor in the evolution of civic right*, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1966.

Young Hoon KWAK y Gwanhoo LEE, “Open Government implementation model: a stage model for achieving increased public engagement”, *Proceeding of the 12° Annual international Digital Government Research*, (2011).

Frank LA RUE, “*Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*”, Nueva York, Naciones Unidas, 16 de mayo de 2011.

Juan Antonio LACOMBA AVELLÁN, *La I República: El trasfondo de una revolución fallida*, Guadiana, Madrid, 1973.

José Carlos LAGUNA DE PAZ, “Acceso al mercado y ejercicio de la actividad”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, *Derecho de las Telecomunicaciones*, Civitas, Madrid, 2015.

David S. LANDES, *Progreso tecnológico y revolución industrial*, Tecnos, Madrid, 1979.

Ángeles LARIO GONZÁLEZ, “España en el contexto revolucionario”, *Historia contemporánea universal: del surgimiento del Estado contemporáneo a la Primera Guerra Mundial*, Alianza, Madrid, 2014.

David LARIOS RISCO, “Artículo 8. Concepto y clases de empleados públicos”, en Alberto PALOMAR OLMEDA y otros, *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Cizur Menor, Navarra, 2008.

Migle LAUKYTE, “Robots y sanidad”, en Tomás DE LA QUADRA SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, *Sociedad Digital y Derecho*, Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, Madrid, 2018.

Hersch LAUTERPACHT, *International Law and Human Right*, traducción de Antonio E. PÉREZ LUÑOZ, Rialp, Madrid, 1979.

Landelino LAVILLA ALSINA, “Estado social y democrático de derecho”, en Luciano PAREJO ALFONSO y José VIDA FERNÁNDEZ, *Los retos del Estado y la Administración en el S. XXI, Libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo*, Tirant, Valencia, 2017.

Guillermo LAZCOZ MORATINOS, “Análisis de la propuesta de reglamentos obre los principios éticos para el desarrollo, el despliegue y el uso de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas”, *Ius et Scientia*, 6, 2, (2020).

Guillermo LAZCOZ MORATINOS, “Análisis jurídico de la toma de decisiones algorítmica en la asistencia sanitaria”, en Alejandro HUERGO LORA y Gustavo Manuel DÍAZ GONZÁLEZ, *La regulación de los algoritmos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020.

Scott LEIBFRIED, “Towards a European Welfare State? Integrating Poverty Regimes into the European Community”, en Z. FERGE y J.E. KOLVER, *Social Policy in a changing Europe*, Campus Verlag, Frankfurt, 1992.

Sandra LEÓN, “Populismo y tecnocracia”, *El País Digital*, 12 de julio de 2017.

Consuelo LEÓN LLORENTE, “Robotización, ¿solo cambiará el empleo?”, *Revista empresa y humanismo*, 1, (2020).

Eli LEONETTI JUNGL, *Nicolás Maquiavelo: El príncipe*, Austral, Madrid, 2008.

Lauwrence LESSING, “The architecture of privacy”, *TaiwanNET98*, in Taipei, marzo de 1998.

Laurence LESSING, *Code and other laws of cyberspace*, Harvard University Press, Cambridge, 2006.

Stephan LESSENICH, “España y los regímenes del Estado del bienestar”, *Revista internacional de sociología*, 14, (1996).

Kay LEVIN, Sofia DE ROA, Víctor SAMPEDRO y Virginia UZAL, “Internet debe ser de acceso gratuito” <http://blogs.publico.es/el-cuarto-poderen-red/2014/02/04/internet-debe-ser-de-accesogratis/> febrero 2014.

Raúl LIMÓN, “Los desarrolladores de coches inteligentes mantienen la apuesta tras el accidente mortal de Uber”, *El País digital*, 20 de marzo de 2018.

Raúl LIMÓN, “La impresora 3D se instala en el quirófano”, *El País digital*, 9 de febrero de 2019.

LINKEDIN, “*Informe de empleos emergentes 2020*”, 2020.

Jesús LIZCANO ÁLVAREZ, “La Ley de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y las entidades locales”, en Isabel WENCES, Mario KÖLLING y Sabrina RAGONE, *La Ley de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno: una perspectiva académica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014.

M^a Rosa LLÁCER MATAACÁS, y otros, *Documento sobre bioética y Big Data de salud: explotación y comercialización de los datos de los usuarios de la sanidad pública*, Editorial Universidad de Barcelona, Barcelona, 2015.

Paloma LLANEZA GONZÁLEZ, *Seguridad y responsabilidad en la Internet de las cosas (IoT)*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018.

Carlos LLUCH CERDÁ, “El resto de una muerte digital...digna”, en Ricardo OLIVA LEÓN y Sonsoles VALERO BARCELÓ, *¿Testamento digital?*, Juristas con futuro, Madrid, 2016.

Cristian LÓPEZ, “Un “hacker” roba 700.000 euros al Ayuntamiento de Roquetas de Mar”, *El País Digital*, 3 de julio de 2019.

José LÓPEZ CALVO, *Comentarios al Reglamento Europeo de Protección de Datos*, Sepin, Madrid, 2017.

Mabel LÓPEZ GARCÍA, “La educación como derecho fundamental y como servicio público en España”, en Isabel GONZÁLEZ RÍOS, *Servicios de interés general y protección de los usuarios: Educación, Sanidad, Servicios sociales, Vivienda, Energía, Transportes y Comunicaciones electrónicas*, Dykinson, Madrid, 2018.

Francisco Javier LÓPEZ FERNÁNDEZ, *La acción social en España: centros, servicios y establecimientos de servicios sociales*, ACCI Ediciones, Madrid, 2014.

Francisco LÓPEZ MENUDO, “Los derechos sociales en los estatutos de Autonomía”, *Revista Andaluza de Administración pública*, 73, (2009).

Marcos LÓPEZ ONETO, *Fundamentos para un derecho de la inteligencia artificial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

Juana LÓPEZ PAGÁN, *La ventana de oportunidad del Gobierno Abierto en España: un análisis desde el ámbito local*, CEMCI, Granada, 2018.

Fernando LÓPEZ RAMÓN, “El derecho subjetivo a la vivienda”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 102, (2014).

Aurelio LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ y Fernando RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, “Las implicaciones prácticas del Reglamento 2019/2015, sobre equidad y transparencia para las plataformas de comercio electrónico”, en Enrique ORTEGA BURGOS, *Nuevas tecnologías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

Juan LORENZO DE MEMBIELA, *Derechos fundamentales de los funcionarios en la Administración: nuevos retos en las organizaciones burocráticas*, Cizur Menor, Navarra, 2010.

Juan Antonio LORENZO VICENTE, “La enseñanza media en España (1938-1953): El modelo establecido en la ley de 20 de septiembre de 1938 y la alternativa del anteproyecto de 1947”, *Historia Educativa*, 17, (1998).

Ana LUCAS TOBAJAS, *El sector telefónico: evolución y últimas propuestas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

Ned LUD, *Declaración de los tejedores ingleses*, 1812.

Luis MIGUEZ MACHO, “Las notificaciones electrónicas”, en Marcos ALMEIDA CERREDA, *La actualización de la Administración electrónica*, Andavira, Santiago de Compostela, 2018.

Daniel MADRID, “Anticipación, alineamiento y adaptabilidad, las tres herramientas de ciberseguridad de las organizaciones en tiempos de incertidumbre”, *Diario LA LEY CIBERDERECHO*, 40, (2020).

Patrizia MAGARÒ, “Independent Fiscal Institutions: A Comparative Analysis”, *Transylvanian Review of Administrative Sciences*, 39, (2013).

Patrizia MAGARÒ, “Les institutions budgétaires indépendantes”, *Revue Française de Finances Publiques*, 126, 2014.

Patrizia MAGARÒ, “Only devolution can save the Union: unità e separatismo nel Regno Unito all’indomani del referendum sull’indipendenza scozzese”, in P. VIPIANA (a cura di), *Tendenze centripete e centrifughe negli ordinamenti statali dell’Europa in crisi*, Giappichelli, Torino, 2014.

Patrizia MAGARÒ, “Abbigliamento, diritto e identità nazionale. Spunti comparatistici”, in P. COSTANZO (a cura di), *L’abbigliamento nel prisma del diritto*, Genova University Press, 2019.

Patrizia MAGARÒ, “Public Administration and Anti-Corruption efforts in Italy”, in C. Hințea, B. RADU, R SUCIU (eds.), *Collaborative Governance, Trust Building and Community Development*, Cluj-Napoca, 2020

Vicente MAGRO SERVET, “Las nuevas tecnologías aplicadas a la medicina y su incidencia en el ámbito de la responsabilidad médica”, *Diario la Ley*, 7837, (2012).

Elisenda MALARET GARCÍA, “Los servicios públicos informacionales: la emergencia de nuevos servicios públicos en la sociedad de la información y del conocimiento”, *Revista Catalana de Dret Públic*, 35, (2007).

Facundo MANES, “Ética para el estudio del cerebro”, *El País digital*, 3 de diciembre de 2018.

José María MARAVALL HERRERO, *Los resultados de la democracia*, Alianza, Madrid, 1995

Xavier MARCET GISBERT, “Los retos de las Administraciones Públicas como garantes de igualdad y servicio público ante los retos de las innovaciones disruptivas que vienen”, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, 3, (2019).

Nicolás MARISCAL BERASTEGUI, “Globalización-Unión Europea-Globalización”, *Cuadernos Europeos Deusto*, 54, (2016).

Austín MARTÍN, “La industria 4.0: implicarnos en su desarrollo y anticipar sus efectos”, *Gaceta Sindical*, 27, (2017).

Luis MARTÍN REBOLLO, “La nueva ley del procedimiento administrativo común”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 174, (2015).

Luis MARTÍN REBOLLO, *40 años de Derecho Administrativo postconstitucional y otros ensayos rescatados*, Aranzadi, Navarra, 2017.

Isaac MARTÍN DELGADO, “La Administración electrónica como problema actual para la investigación y la docencia en el Derecho Administrativo”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 11, (2009).

Isaac MARTÍN DELGADO, *La reforma de la Administración electrónica: una oportunidad para la innovación desde el Derecho*, INAP, Madrid, 2017.

Isaac MARTÍN DELGADO, “El acceso electrónico a los servicios públicos: hacia un modelo de Administración digital auténticamente innovador”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO y José Luis PIÑAR MAÑAS, *Sociedad digital y derecho*, Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, Madrid, 2018.

Isaac MARTÍN DELGADO, “El derecho de acceso a la información pública”, en *Transparencia y acceso a la información pública: de la teoría a la práctica*, Iustel, Madrid, 2019.

Isaac MARTÍN DELGADO, *El procedimiento administrativo y el régimen jurídico de la Administración Pública desde la perspectiva de la innovación tecnológica*, Iustel, Madrid, 2020.

Carlos MARTÍN GONZÁLEZ, “Reforma laboral, empleo y rendimiento de los estudios”, *Gaceta Sindical*, 28, (2017).

Esther MARTÍN NÚÑES, “Los derechos de participación política y administrativa en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía: especial referencia al Estatuto de Autonomía de Cataluña”, *Chapecó*, 3, (2013).

Josefina MARTÍNEZ ÁLVAREZ, “Del liberalismo al problema social y nacional: la revolución de 1848 y la construcción de las burguesías nacionales”, en Ángeles LARIO GONZÁLEZ, *Historia contemporánea universal: del surgimiento del Estado contemporáneo a la I Guerra Mundial*, Alianza Editorial, Madrid, 2015.

Xavier MARTÍNEZ CELORRIO, “Educación y competencias para vivir en la economía digital”, *Gaceta Sindical*, 27, (2016).

Xavier MARTÍNEZ CELORRIO, “Innovación y reestructuración educativa en España: las escuelas del nuevo siglo”, en Agustín BLANCO y Antonio CHUECA, *Informe España 2016*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2016.

José María MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, *Políticas de Bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales*, Tecnos, Madrid, 1998.

Juliana MARTÍNEZ FRANZONI y Diego SÁNCHEZ-ANCOCHEA, “Regímenes de Bienestar en América Latina: tensiones entre universalización y

segmentación”, en Eloísa DEL PINO MATUTE y M^a Josefa RUBIO LARA, *Los Estados de Bienestar en la encrucijada*, Tecnos, Madrid, 2017.

Rodolfo MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, *Administración Pública electrónica*, Thomson, Madrid, 2009.

Rubén MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, *El régimen jurídico del nuevo procedimiento administrativo Común*, Aranzadi, Navarra, 2016.

Rubén MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, “Relaciones interadministrativas por medios electrónicos. Interoperabilidad”, en Eduardo GAMERO CASADO, *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, Tirant, Valencia, 2017.

Rubén MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, “La sede y los registros electrónicos”, en Marcos ALMEIDA CERREDA, *La actualización de la Administración electrónica*, Andavira, Santiago de Compostela, 2018.

Fernando MARTÍNEZ LÓPEZ y Miguel GÓMEZ OLIVER, *La memoria de todos: las heridas del pasado se curan con más verdad*, Alfonso Perales Fundación, Madrid, 2014.

José Luis MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, “La educación en la Constitución española. Derechos fundamentales y libertades públicas en materia de enseñanza”, *Persona y Derecho*, 6, (1979).

Antonio MARTÍNEZ MARÍN, *El buen funcionamiento de los servicios públicos: principios de continuidad y de regularidad*, Tecnos, Madrid, 1990.

Ricard MARTÍNEZ MARTÍNEZ, “De la opacidad a la casa de cristal. El conflicto entre privacidad y transparencia”, en Julián VALERO TORRIJOS y Manuel FERNÁNDEZ SALMERÓN, *Régimen jurídico de la transparencia en el Sector Público: del derecho de acceso a la reutilización de la información*, Aranzadi, Navarra, 2014.

Ricard MARTÍNEZ MARTÍNEZ, “Un acuerdo nacional sobre ciberseguridad”, *Bez*, (2016).

Ricard MARTÍNEZ MARTÍNEZ, “Cuestiones de ética jurídica al abordar proyectos de Big Data: el contexto del Reglamento General de Protección de Datos”, *Dilemata*, 24, (2017).

Ricard MARTÍNEZ MARTÍNEZ, “¿Consentimiento o contrato?”, *LOPDYSeguridad*, 1 de junio de 2018.

Ricard MARTÍNEZ MARTÍNEZ, “Inteligencia artificial, derecho y derechos fundamentales”, en Tomás DE LA QUADRA SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, *Sociedad Digital y Derecho*, Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, Madrid, 2018.

Ricard MARTÍNEZ MARTÍNEZ, “El principio de responsabilidad proactiva y la protección de datos desde el diseño y por defecto”, en Rosario GARCÍA MAHAMUT y Beatriz TOMÁS MALLÉN, *El Reglamento General de Protección de Datos: Un enfoque nacional y comparado*, Tirant, Valencia, 2019.

Ricard MARTÍNEZ MARTÍNEZ, “Internet de los objetos, domótica e inteligencia artificial: la nueva frontera del derecho a la vida privada y familiar”, *Diario LA LEY CIBERDERECHO*, 31, (2019).

Ricard MARTÍNEZ MARTÍNEZ, “La nueva LOPD: entre las luces y las sombras”, *Diario la Ley Ciberderecho*, 34, (2019).

Ricard MARTÍNEZ MARTÍNEZ, “Inteligencia artificial desde el diseño. Retos y estrategias para el cumplimiento normativo”, *Revista catalana de Derecho público*, 58, (2019).

Ricard MARTÍNEZ MARTÍNEZ, “El laberinto de la contratación pública en protección de datos”, en *La Ley Ciberderecho*, 35, (2020).

Alejandro MARTÍNEZ NAVARRO, *El derecho a la salud electrónica*, Universidad de Almería, 2017.

Alejandro MARTÍNEZ NAVARRO, *Régimen jurídico de la Salud electrónica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

Alejandro MARTÍNEZ NAVARRO, “Genética y Derecho. La medicina genómica en el Sistema Nacional de Salud”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 54, (2019).

Alejandro MARTÍNEZ NAVARRO, “Responsabilidad y nuevas tecnologías. Una aproximación desde el ámbito sanitario”, en Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, *Homenaje de AIDA al profesor D. Jesús González Pérez*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

Jone MARTÍNEZ PALACIOS, “¿Qué significa participar? Reflexiones sobre la construcción de las imágenes de participación”, *Revista de sociología*, 103, (2018).

Rafael MARTÍNEZ PUÓN, *De la transparencia hacia un gobierno abierto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

Reyes MARTÍNEZ TORRIJOS, “El significado cultural del meme se propaga con el relajo cibernético”, *La Jornada*, 9 de julio de 2014.

Patricia MÁRQUEZ LOBILLO, “Prestadores de servicios de intermediación: algunas especialidades de su estatuto jurídico”, *Revista de Contratación Electrónica*, 88, (2007).

Karl MARX, *Manifiesto comunista*, 1848.

Gustavo MATÍAS CLAVERO, *Análisis del autoempleo en España*, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 1999.

Víctor MAYER-SCHÖNBERGER y Kenneth CUKIER, *Big data. La revolución de los datos masivos*, Turner Publicaciones, Madrid, 2013.

Manlio MAZZIOTTI, “Diritti sociali”, *Enciclopedia del Diritto*, vol. XII, Giuffrè, Milano, 1964.

Miguel Ángel MEDINA, “España compra material sanitario a China por valor de 432 millones de euros”, *El País Digital*, 25 de marzo de 2020.

Diego MEGINO FERNÁNDEZ y Eugenio LANZADERA ARENCIBIA, “El derecho a la desconexión digital: delimitación y análisis. Aplicación práctica en la Administración Pública”, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, 18, (2020).

Eduardo MELERO ALONSO, “La democracia orgánica y el trámite de audiencia en la elaboración de reglamentos”, *Revista de Estudios Políticos*.

Miriam MÉNDEZ GARCÍA y Marc RODA FAURA, “Aproximación práctica al uso de las tecnologías Big Data en el Sector Salud”, *Derecho y Salud*, 27, (2017).

Eva M^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN, “La implementación de la Administración electrónica en las nuevas leyes”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 63, (2016).

Eva M^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *La Administración al servicio de la justicia social*, Iustel, Madrid, 2016.

Jesús R. MERCADER UGUINA, “El futuro del trabajo y el empleo en la Era de la digitalización y la robótica”, en Tomás DE LA QUADRA SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, *Sociedad Digital y Derecho*, Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, Madrid, 2018.

Pedro MERCADO PACHECO, “Experimentalismo democrático, nuevas formas de regulación y legitimación del derecho”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 46, (2012).

Antonio MERCHÁN MURILLO, “Inteligencia artificial y blockchain: retos jurídicos en paralelo”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 50, (2019).

Joaquín MESEGUER YEBRA, “What’s next?”, *Revista Española de Transparencia*, 8, (2019).

MICROSOFT Y EY, “Inteligencia artificial en el Sector público: España. Perspectivas europeas para 2020 y años siguientes”, noviembre de 2020.

Luis MIGUEZ MACHO, “Las notificaciones electrónicas”, en Marcos ALMEIDA CERREDA Y Luis MIGUEZ MACHO, *Actualización de la Administración electrónica*, Andavira, Santiago de Compostela, 2016.

Brundage MILES y otros, “The Malicious use of artificial intelligence: forecasting, prevention and mitigation”, *Future of Humanity institute*, (2018).

Christopher MILLARD, “Blockchain and law: incompatible codes?”, *Computer Law & Security Review*, 34, (2018).

MINISTERIO DE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS, “*La construcción de los servicios paneuropeos de Administración electrónica*”, 2008.

MINISTERIO DE CIENCIA Y TECNOLOGÍA, “*España.es: programa de actuaciones para el desarrollo de la sociedad de la información en España*”, 2004.

MINISTERIO DE ECONOMÍA, “*Plan Español para el estímulo de la economía y el empleo*”, 6 de mayo de 2009.

MINISTERIO DE ENERGÍA, TURISMO Y AGENDA DIGITAL, “*Plan Nacional de territorios inteligentes*”, diciembre de 2017.

MINISTERIO DE INDUSTRIA, TURISMO Y COMERCIO, “*Plan Avanza: 2006-2010 para el desarrollo de la sociedad de la información y la convergencia con Europea y entre Comunidades Autónomas y Ciudades Autónomas*”, 2005.

MINISTERIO DE INDUSTRIA, TURISMO Y COMERCIO, “*Plan de confianza en el ámbito digital para establecer un clima de confianza para que las TIC contribuyan al desarrollo económico y social del país*”, junio de 2013.

MINISTERIO DE INDUSTRIA, TURISMO Y COMERCIO, “*Plan de servicios públicos digitales para continuar impulsando la digitalización de los servicios públicos, con la finalidad de obtener mayor eficiencia y vertebración*”, junio de 2013.

MINISTERIO DE INDUSTRIA, TURISMO Y COMERCIO, “*Plan de telecomunicaciones y redes ultrarrápidas*”, junio de 2013.

MINISTERIO DE INDUSTRIA, TURISMO Y COMERCIO, “*Plan de impulso de la economía digital y los contenidos digitales*”, julio de 2013.

MINISTERIO DE INDUSTRIA, TURISMO Y COMERCIO, “*Plan Nacional de Ciudades Inteligentes para impulsar en España la industria tecnológica de las Ciudades Inteligentes y para ayudar a las entidades locales en los procesos de transformación hacia Ciudades y Destinos Inteligentes*”, marzo 2015.

MINISTERIO DE JUSTICIA, *Carta de derechos de los ciudadanos ante la Justicia*, 16 de abril de 2002.

MINISTERIO DE JUSTICIA, “*Plan estratégico de modernización de la justicia 2009-2012*”, 2008.

MINISTERIO DE POLÍTICA TERRITORIAL Y FUNCIÓN PÚBLICA, “*Catálogo de servicios de Administración Digital*”, 2019.

MINISTERIO DE POLÍTICA TERRITORIAL Y FUNCIÓN PÚBLICA, “*Las tecnologías de la información y las Comunicaciones en la Administración del Estado: Informe Reina 2019*”, 6 de marzo de 2020.

Haideer MIRANDA BONILLA, “El acceso a Internet como derecho fundamental”, *Revista Jurídica IUS Doctrina*, 15, (2016).

Ignacio MIRANDA, “Y Béjar reinventó su potencial textil”, *ABC Digital*, 24 de septiembre de 2020.

Carmen MOLINERO RUIZ, *La captación de las masas. Política social y propagando en el régimen franquista*, Cátedra, Madrid, 2005

José Luis MONEREO PÉREZ, “La salud como derecho humano fundamental”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 9, (2014).

José Luis MONEREO PÉREZ, *Manual de Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 2018.

José Luis MONEREO PÉREZ, M^a Nieves MORENO VIDA, Belén del Mar LÓPEZ INSUA, “Reorganización y modernización de las Administraciones públicas: sucesión laboral y despidos colectivos”, *Gestión y análisis de políticas públicas*, 22, (2019).

M^a Dolores MONTERO CARO, “Balance de la configuración autonómica de la transparencia en España. Especial referencia a Andalucía”, *Revista Española de la Transparencia*, 8, (2019).

M^a Dolores MONTERO CARO, “La implementación del Gobierno Abierto en España: elaboración y ejecución de los planes de acción”, *Revista española de transparencia*, 11, (2020).

Juan José MONTERO PASCUAL, “La regulación del acceso y la interconexión de redes de telecomunicaciones”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, *Derecho de las Telecomunicaciones*, Civitas, Madrid, 2015.

Juan MONTERO RODIL, “Análisis crítico de la actual regulación de los mercados de comunicaciones electrónicos: la perspectiva de telefónica España”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, *Derecho de las Telecomunicaciones*, Civitas, Madrid, 2015.

Ricardo MONTORO ROMERO, “Fundamentos teóricos de la política social”, en Carmen ALEMÁN BRACHO y Jorge GARCÉS FERRER, *Política social*, MacGraw-Hill, Madrid, 1997.

Manuela MORA RUIZ, “La ordenación jurídico-administrativo de los drones en el derecho español: entre la libre competencia y la protección del interés general”, en María Jesús GUERRERO LEBRÓN y Juan Ignacio PEINADO GARCÍA y otros, *EL derecho aéreo entre lo público y lo privado. Aeropuertos, acceso al mercado, drones y*

responsabilidad, Servicio de Publicaciones Universidad Internacional de Andalucía, Sevilla, 2017.

Manuel MORENO y Pablo MORENO, *Socialdemocracia o liberalismo: la política económica en España*, Catarata, Madrid, 2016.

Luis MORENO FERNÁNDEZ, *Pobreza y exclusión: “la malla de seguridad” en España*, CSIC, Madrid, 2001.

Luis MORENO FERNÁNDEZ y Pau MARI-KLOSE, “Bienestar mediterráneo: trayectorias y retos de un régimen en transición”, en Eloísa DEL PINO MATUTE y M^a Josefa RUBIO LARA, *Los Estados de Bienestar en la encrucijada*, Tecnos, Madrid, 2013.

Luis MORENO FERNÁNDEZ y Sebastià SARASA URDIOLA, “Génesis y desarrollo del Estado de Bienestar en España”, *Instituto de Estudios Sociales Avanzados*, 13, 2, (1992).

Luis MORENO FERNÁNDEZ y Raúl JIMENEZ TELLADO, *Democracias robotizadas: escenarios futuros en Estados Unidos y la Unión Europea*, Catarata, Madrid, 2019.

Ángel Manuel MORENO MOLINA, “La motivación y la notificación de los actos administrativos”, *Documentación administrativa*, 254, (1999).

Ángel Manuel MORENO MOLINA, “Las competencias de las entidades locales”, en Federico CASTILLO BLANCO, *Modificaciones y panorama actual del régimen español*, Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Interprovincial, Madrid, 2000.

Ángel Manuel MORENO MOLINA, “La Administración local desde la perspectiva europea: autonomía y reformas locales”, *El Cronista del Estado social y Democrático de Derecho*, 27, (2012).

Ángel Manuel MORENO MOLINA, “Organización administrativa, servicios sociales y crisis: el cambio de modelo arbitrario por la reforma local”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, *Memorial para la reforma del Estado: estudios en homenaje al profesor Santiago MUÑOZ MACHADO*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.

Ángel Manuel MORENO MOLINA, “La tarea administrativa de vigilancia y supervisión en el sector de la protección ambiente: reflexiones críticas y características más destacadas”, en Luciano PAREJO ALFONSO, *Estudios sobre vigilancia y la supervisión como tareas de la administración en sectores de referencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

Ángel Manuel MORENO MOLINA, “El principio de participación pública”, en Teresa PAREJO NAVAJAS y YANN AGUILA, *Principios de Derecho Ambiental y Agenda 2030*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

Ángel Manuel MORENO MOLINA, “Los vicios del procedimiento administrativo y su control judicial”, en Luciano PAREJO ALFONSO y Marcos VÁQUER CABALLERÍA, *Estudios sobre procedimiento administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

Ángel Manuel MORENO MOLINA, “Los procedimientos normativos”, en Luciano PAREJO ALFONSO y Marcos VÁQUER CABALLERÍA, *Estudios sobre procedimiento administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

Miguel MORENO MUÑOZ, “Privacidad y procesado automático de datos personales mediante aplicaciones y bots”, *Dilemata*, 24, (2017).

Mar MORENO REBATO, “La protección de la tercera edad”, *Documentación administrativa*, 271-272, (2005).

María Jesús MORO ÁLVAREZ, “Servicios de la sociedad de la Información y sujetos intervinientes”, en *Autores, consumidores y comercio electrónico*, Colex, Madrid, 2004.

Inma MOSCARDÓ, “Hank, el exoesqueleto portátil que ayuda a volver a caminar”, *El País Digital*, 21 de agosto de 2019.

Siddhartha MUKHERJEE, “¿Podremos lograr que las computadoras presientan nuestra muerte?”, *The New York Times*, 2018. Disponible en: <https://www.nytimes.com/es/2018/01/08/podremos-lograr-que-las-computadoras-presientan-nuestra-muerte/>

Ramón MUÑOZ, “Llega el 5G a España y esto es todo lo que tienes que saber”, *El País Digital*, 13 de septiembre de 2020.

Santiago MUÑOZ MACHADO, “Los principios generales del procedimiento administrativo comunitario y la reforma de la legislación básica española”, *Revista española de Derecho Administrativo*, 75, (1992).

Santiago MUÑOZ MACHADO, *La regulación de la red. Poder y Derecho en Internet*, Taurus, Madrid, 2000.

Santiago MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, I, Iustel, Madrid, 2011.

Santiago MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General: La formación de las Instituciones Públicas y su sometimiento al Derecho*, Iustel, Madrid, 2009.

Julia MUÑOZ MACHADO CAÑAS, “Noticias falsas. Confianza y configuración de la opinión pública en tiempo de Internet”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 87-88, (2020).

Pablo Lucas MURILLO DE LA CUEVA, y José Luis PIÑAR MAÑAS, *El derecho a la autodeterminación informativa*, Fundación coloquio jurídico europeo, Madrid, 2009

Andrew MURRAY y Colin SCOTT, “Controlling the new media: hybrid responses to new forms of power”, *The modern Law Review*, 65, 4, (2002).

Vicenç NAVARRO LÓPEZ, “El Estado de Bienestar en España”, en *La situación social en España*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2005.

José Ignacio NAVARRO MÉNDEZ, y Vicente NAVARRO MARCHANTE, “La participación ciudadana en los procedimientos parlamentarios de las Comunidades Autónomas: una vía eficaz para combatir la fatiga del Parlamento”, *Asamblea*, 35, (2016).

Susana NAVAS NAVARRO, “Derecho e inteligencia artificial desde el diseño: aproximaciones”, *Inteligencia artificial: tecnología y derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

Susana NAVAS NAVARRO, “Sistemas expertos basados en inteligencia artificial y responsabilidad civil. Algunas cuestiones controvertidas”, *Diario LA LEY CIBERDERECHO*, 34, (2019).

NESPLORA TECHNOLOGY AND BEHAVIOUR, “Realidad virtual para un mejor diagnóstico de trastornos mentales”, *Investigación e Innovación*, 19 de diciembre de 2018.

NETmundial, *Declaración multisectorial de Sao Paolo*, 2012, Sao Paolo.

Neil NETANEL, “Cyberspace self-governance: a sceptical view from liberal democratic theory”, *California Law Review*, 88, (1999).

Asunción NICOLÁS LUCAS, “Principios de actuación y funcionamiento del Sector Público. Las relaciones interadministrativas”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 63, (2016).

Yuval NOAH HARARI, *Homo Deus. Breve historia del mañana*, Debate, Madrid, 2017.

Francisco José NOCETE CORREA, *La tributación de la economía digital en el contexto internacional, europeo y español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

Beth Simone NOVECK, *Wiki government: How technology can make government better, democracy strong, and citizens more powerful*, Ed. Brookings Institution Press, Washington, D.C., 2009.

Javier NÚÑEZ SEOANE, “El derecho de información y acceso al funcionamiento de los algoritmos que tratan datos personales”, en Alejandro HUERGO LORA Y Gustavo Manuel DÍAZ GONZÁLEZ, *La regulación de los algoritmos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020.

María de la O BARROSO GONZÁLEZ y Nelly CASTRO VADILLO, “El estado de bienestar y crisis económica: una revisión bibliográfica”, *Revista de la Universidad de Huelva*, (2011).

Yolvi OCAÑA FERNÁNDEZ, Luis Álex VALENZUELA-FERNÁNDEZ Luzmilla Lourdes GARRO-ABURTO, “Inteligencia artificial y sus implicaciones en la educación superior”, *Propósito y representación*, 27, (2019).

OCDE, “España: visión general”, marzo de 2017.

OCDE, “Informe sobre los progresos de digitalización”, París, 29 de enero de 2019.

OCDE/G20, “*Lucha contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios*”, OCDE, 2013.

OCDE/G20, “*Proyecto OCDE/G20 sobre la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios*”, OCDE, 2015.

OCDE/G20, “*Marco inclusivo de BEPS: una respuesta global a un problema global*”, OCDE, 2016.

OCDE/G20, “*Programa de Trabajo sobre el desarrollo de los desafíos fiscales que plantea la digitalización de la economía*”, OCDE, 2019.

Manuel OLMEDA PALACIOS, “La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno”, *Diario la Ley*, 8237, (2014).

ONLINE NATION, “*2019 reports*”, 2019.

ONTSI, “*Estudio de caracterización del sector de tecnologías en España*”, Madrid, 2018.

ONU, “*Acuerdo sobre la biotecnología*”, 1992.

ONU, “*Declaración del milenio*”, 2000.

ONU, “*Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet*”, 2011.

ONU, “*A/HRC/27/31 El derecho a la privacidad en la Era Digital*”, 30 de junio de 2014.

ONU, “*Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible*”, de 25 de septiembre de 2015.

ONU, “*Informe de los Objetivos de Desarrollo Sostenible 2018*”, Nueva York, 2018.

Natalia ORDÓÑEZ PASCUA, “Relaciones de trabajo y ciberseguridad: nuevos retos en un futuro tecnológico incierto”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 53, (2019).

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA EDUCACIÓN, LA CIENCIA Y LA CULTURA, “*Replantear la educación ¿hacia un bien común mundial?*”, 2015.

Patricia ORTEGA DOLZ, “La policía detecta un ciberataque al sistema informático de los hospitales”, *El País Digital*, 23 de marzo de 2020.

Marta ORTEGA GÓMEZ, “La política social, el empleo y otras normas sociales de la Unión Europea”, en Beatriz, AÑOVEROS TERRADES, *Las políticas de la Unión Europea en el S. XXI*, Bosch, Madrid, 2017.

Alfonso ORTÍ BENLLOCH, “La confrontación de modelos y niveles epistemológicos en la génesis e historia de la investigación social”, en José MANUEL DELGADO y Juan GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Métodos y técnicas cualitativas de investigación en ciencias sociales*, Síntesis, Madrid, 1995.

Alberto ORTIZ DE ZARATE, “Diseño de una iniciativa de apertura de datos públicos”, en César CALDERÓN, *Guía práctica para abrir gobierno: manual de “Open Government” para gobernante y ciudadanos*, Instituto Universitario Ortega y Gasset, Madrid, 2014.

José ORTIZ DÍAZ, *La libertad de enseñanza*, Universidad de Málaga, Málaga, 1980.

Luis ORTIZ GERVASI y Jorge RODRÍGUEZ MENES, “Expansión educativa y devaluación parcial de los títulos”, *Observatorio social La Caixa*, (2016), <https://observatoriosociallacaixa.org/-/expansion-educativa-y-devaluacion-parcial-de-los-titulos>.

Manuel ORTIZ HERAS y Damián GONZÁLEZ MADRID, “Las políticas sociales en la España del S. XX. De la dictadura franquista a la transición”, en María Isabel PORRAS GALLO, *La erradicación y el control de las enfermedades infecciosas*, La Catarata, Madrid, 2016.

Paula ORTIZ LÓPEZ, “E-privacy: protección de datos en el mundo de las comunicaciones comerciales y de la publicidad”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 88-89, (2020).

Pascual ORTUÑO MUÑOZ, “Del arancel al expediente electrónico. Notas históricas sobre el modelo de oficina judicial español”, *Revista Jurídica Fundación Marino Ruiz-Funes*, 45, (2011).

Eduardo OSUNA CARRILLO DE ALBORNOZ, “Asistencia sanitaria y avances científicos tecnológicos en un ámbito multicultural”, en Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, *Retos y propuestas para el sistema de Salud*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

Bruno PALIER, “El régimen de bienestar continental: de un sistema congelado a las reformas estructurales”, en Eloísa DEL PINO MATUTE Y M^a Josefa RUBIO LARA, *Los Estados del Bienestar en la encrucijada: Políticas sociales en perspectiva comparada*, Tecnos, II Edición, Madrid, 2017.

Jesús PALOMAR I BAGET, “La capacitación y la formación de los empleados públicos para el uso de redes sociales y herramientas digitales”, en J. Ignacio CRIADO GRANDE, *Nuevas tendencias en la Gestión Pública*, INAP, Madrid, 2016.

Alberto PALOMAR OLMEDA, “Buen Gobierno: infracciones en materia de gestión económica-presupuestaria y régimen sancionador”, en Emilio GUICHOT REINA, *Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno: estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Tecnos, Madrid, 2014.

Alberto PALOMAR OLMEDA, “El control judicial de las decisiones en materia de transparencia administrativa”, en Julián VALERO TORRIJOS y Manuel FERNÁNDEZ SALMERÓN, *Régimen jurídico de la transparencia en el Sector Público: del derecho de acceso a la reutilización de la información*, Aranzadi, Navarra, 2014.

Alberto PALOMAR OLMEDA, “Sujeciones físicas y farmacológicas. Razones para su prescripción. Derechos afectados y legalidad aplicable”, en Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, *La seguridad del paciente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

Ramón PARADA VÁZQUEZ, *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

José Ramón PARADA VÁZQUEZ, “Los servicios públicos en España”, en Alfredo ARISMENDI, Jesús CABALLERO ORTIZ, y Allan RANDOLPH BREWER-CARÍAS, *El derecho público a comienzos del S. XXI: estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, Civitas, Madrid, 2003.

Luis PARDO CÉSPEDES, *Viaje al centro del humanismo digital*, Versus, Vizcaya, 2019.

Luciano PAREJO ALFONSO, “El Estado social administrativo: algunas reflexiones sobre la crisis de las prestaciones y de los servicios públicos”, *Revista de Administración Pública*, 153, (2000).

Luciano PAREJO ALFONSO, “A las puertas de su entrada vigor: algunas cuestiones que suscitan las Leyes 39 y 40 de 2015, examinadas a la luz, en particular, de la autonomía local”, *Revista Asamblea*, 34, (2016).

Marc PARÉS I FRANZI, “La participación ciudadana en la esfera pública: enfoques teórico-normativo y modelos de democracia”, en *Participación y calidad democrática: evaluando las nuevas formas de democracia participativa*, Ariel, Barcelona, 2009.

Vera PARISIO, “Gestione dei servizi pubblici local e tutela delle risorse pubbliche”, en José Luis PIÑAR MAÑAS, *Crisis económica y crisis del Estado de Bienestar: el papel del derecho Administrativo*, Reus, 2016.

Vera PARISIO, “Le professioni sanitarie in Italia tra efficienza e equità della prestazione sanitaria”, en Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, *La seguridad del paciente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

M^a Ángeles PARRA LUCÁN, “Responsabilidad por los efectos indeseables de los medicamentos”, *Revista CESCO de Derecho de consumo*, 10, (2014).

Fabio PASCUA MATEO, “La administración electrónica en las nuevas leyes de régimen jurídico y de procedimiento”, *Revista Asamblea*, 34, (2016).

Andrés PASTOR BERMÚDEZ y Pedro NOGALES FUENTES, “El futuro del trabajo en la Administración Pública ¿estamos preparados?”, *Revista Vasca de Gestión de personas y Administraciones Públicas*, 3, (2019).

Juan Antonio PAVÓN PÉREZ, “La protección de datos personales en el Consejo de Europa: El Protocolo Adicional al Convenio 108 relativo a las autoridades de control y a los flujos transfronterizos de datos personales”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, 19-20, (2001-2002).

María Magdalena PAYERAS CAPELLÁ, “Los servicios de acceso y alojamiento: descripción técnica y legal”, en Santiago CAVANILLAS MÚGINA, *Derecho de la sociedad de la información*, Comares, Granada, 2005.

Gregorio PECES BARBA, *Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales*, Mezquita, Madrid, 1982.

Rosario PEDROSA SANZ, “El desarrollo histórico de la Política Social de la Unión Europea y su estado actual”, *Estudios de Economía aplicada*, 27, 3, (2009).

Manuel PEREIRO CÁRCELES, “La utilización del blockchain en los procedimientos de concurrencia competitiva”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 50, (2019).

Raúl PÉREZ, “Ciberataque al Ayuntamiento de Zaragoza: exigen 30.000 euros para liberar los equipos bloqueados”, *ABC Digital*, 20 de noviembre de 2019.

Gorka R. PÉREZ, “Trabajo podrá levantar actas automatizadas de infracción sin necesidad de inspectores”, *El País Digital*, 27 de enero de 2021.

Jordi PÉREZ COLMÉ, “Cuando el ordenador cuántico de Google mejore no habrá forma de ganarle”, *El País Digital*, 25 de octubre de 2019.

Vicente PÉREZ DAUDÍ, “La aplicación de las nuevas tecnologías al proceso: ¿realidad o ciencia ficción?”, en Olga FUENTES SORIANO, *Era digital, sociedad y derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

Joan Lluís PÉREZ FRANCESCH, “Tendencias y escenarios en el sistema educativo. Desarrollo del capital humano y social en la Unión Europea y España”, *Instituto Español de Estudios Estratégicos*, 116, (2017).

Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, *El sistema funerario en el derecho español*, Aranzadi, Pamplona, 1997.

Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, *Farmacia y patrimonio*, Ibarra de Arce, Andújar, 1999.

Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “Responsabilidad por acto sanitario y progreso de la ciencia o de la técnica”, *Revista española de Derecho Administrativo*, 104, (1999).

Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “Aproximación metodológica y conceptual a los centros, servicios y establecimientos sanitarios”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, 47, (2002).

Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, *Creación y regulación de centros y establecimientos sanitarios*, Bosch, Barcelona, 2003.

Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “El futuro de la ordenación farmacéutica en Andalucía”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, 2, (2003).

Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “Administración sanitaria y telemedicina”, *Actualidad Administrativa*, 27, (2003).

Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “La nueva dimensión de la historia clínica en el siglo XXI”, *Actualidad Administrativa*, 36, (2003).

Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “Derecho de los usuarios en los servicios sanitarios: propuesta de un nuevo catálogo”, *Actualidad Administrativa*, 47-48, (2003).

Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “Transmisibilidad, caducidad y cotitularidad de las farmacias (Comentario a la STC 109/2003, de 5 de junio)”, *Revista Jurídica de Navarra*, 36, (2003).

Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, *Comentarios al estatuto del personal estatutario de los servicios de salud*, Tomo I y II, Bosch, Barcelona, 2004.

Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “El vínculo del personal estatutario de los servicios de salud y la competencia jurisdiccional”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, 53, (2004).

Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, *La organización nacional de ciegos españoles*, Fundación ONCE, Madrid, 2006.

Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, *Régimen jurídico de las especialidades en enfermería*, Comares, Granada, 2006.

Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “Los centros y servicios sanitarios en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida”, *Revista Vasca de Administración Pública*, 75, (2006).

Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “Telecomunicaciones y salud electrónica en Europa”, *Revista Internacional de Administración Pública*, Vol. III, Instituto de Administración Pública de Jalisco y sus municipios A.C., Guadalajara, Jalisco, México, (2006).

Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “La telemedicina como un servicio de la sociedad de la información y de comercio electrónico”, en Agustín MADRID PARRA

(Dir.), *Derecho patrimonial y tecnologías*, Universidad Pablo de Olavide-Fundación El Monte-Marcial Pons, Madrid, 2007.

Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “Telecomunicaciones y salud electrónica en Europa”, *Opera Prima de Derecho Administrativo, Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo*, 1, (2007).

Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “Salud, sanidad y farmacia en el nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Semestre II, XXIX, (2007).

Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “Competencias sobre salud, sanidad y farmacia”, en Santiago MUÑOZ MACHADO y Manuel REBOLLO PUIG, *Comentario al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “La Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de farmacia de Andalucía: transmisibilidad, cotitularidad y caducidad”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, 69, (2008).

Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “La Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de farmacia de Andalucía: transmisibilidad, cotitularidad y caducidad”, *Revista Mexicana Statum Rei Romanae de Derecho Administrativo (Homenaje Internacional a Jorge Fernández Ruiz)*, 1, (2008).

Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “Turismo de salud: autorización y registro de balnearios, estaciones termales y curhoteles en Andalucía”, en Jorge FERNÁNDEZ RUIZ y Javier SANTIAGO SÁNCHEZ (Coord), *Régimen jurídico del turismo y de la zona marítimo-terrestre (Memoria del Congreso Internacional de Derecho Turístico)*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2009.

Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “Los centros y servicios sanitarios en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida”, en Víctor Rafael HERNÁNDEZ MENDIBLE (Coord), *Derecho Administrativo Contemporáneo*, Ediciones Paredes, Caracas, 2009.

Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “Reconocimiento del título de farmacéutico especialista en la Unión Europea: farmacia hospitalaria”, *AÍDA-Ópera Prima de Derecho Administrativo (Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo)*, 6, (2009).

Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “Reconocimiento del título de farmacéutico especialista en la Unión Europea: farmacia hospitalaria [Comentario a la STJCE (Sala 2ª) de 8 de mayo de 2008]”, *Noticias de la Unión Europea*, 306, (2010).

Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “El conjunto mínimo de datos de los informes de la historia clínica en el Sistema Nacional de Salud español”, *AÍDA-Opera Prima de Derecho Administrativo (Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo)*, 8, (2010).

Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “Libertad de establecimiento de farmacias en la Unión Europea”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXV, Semestre II, (2010).

Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, *Incidencia del Estatuto Básico del Empleado Público en el acceso al empleo del personal de los servicios de salud*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2011.

Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “Ordenación farmacéutica y libertad de establecimiento en la Unión Europea”, *Noticias de la Unión Europea*, 321, (2011).

Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “Empleo público, función pública y personal estatutario”, *Boletín de Función Pública del Instituto Nacional de Administración Pública*, 5, (2011).

Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “La fuerza mayor como causa de exención de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria cuando la ciencia o la técnica no ha evolucionado lo suficiente”, en Jorge FERNÁNDEZ RUIZ (Coord.), *Estudios jurídicos sobre Administración pública*, Universidad Nacional Autónoma de México-Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México D.F., 2012.

Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “Bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, 84, (2012).

Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “Prólogo del libro”, en Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ y Rafael BARRANCO VELA (Dir), *Derecho y salud en la Unión Europea*, Comares, Granada, 2013.

Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “Reflexiones en torno a la organización de los servicios sanitarios y el ejercicio profesional en la Unión Europea”, en Juan Francisco

PÉREZ GÁLVEZ y Rafael BARRANCO VELA (Dir), *Derecho y salud en la Unión Europea*, Comares, Granada, 2013.

Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “La e-salud en la Unión Europea”, en Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ y Rafael BARRANCO VELA (Dir), *Derecho y salud en la Unión Europea*, Comares, Granada, 2013.

Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “Crisis y revisión en el seno del Servicio Andaluz de Salud: bolsa de empleo y modelo de carrera profesional”, en Francisco BALAGUER CALLEJÓN y Estanislao ARANA GARCÍA (Coordinadores), *Libro Homenaje al profesor Rafael Barranco Vela*, Cívitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2014.

Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “El personal al servicio de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social”, en AAVV, *Estudios sobre Seguridad Social (60 años de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social)*, Organización Iberoamericana de Seguridad Social, Madrid, 2014.

Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “El personal del servicio andaluz de salud: código numérico, acreditación y carrera profesional”, en José María PÉREZ MONGUIÓ y Severiano FERNÁNDEZ RAMOS (Coordinadores), *El derecho de salud de Andalucía*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2015.

Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “La e-salud: retos que plantea la evolución tecnológica y su incidencia en el sistema sanitario”, *Derecho y Salud*, 25, Extraordinario XXIV Congreso, (2015).

Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “Prólogo” en Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ (Dir), *La sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud en el siglo XXI*, Comares, Granada, 2015.

Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “La sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud”, en Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, *La sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud en el Siglo XXI*, Comares, Granada, 2015.

Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “Prólogo” en Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ (Dir), *Reconstrucción y gestión del sistema de salud*, Comares, Granada, 2015.

Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, *Reconstrucción y gestión del sistema de salud*, Comares, Granada, 2015.

Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “Indicación, uso y autorización de dispensación de medicamentos y productos sanitarios de uso humano: acreditación”, *Derecho y Salud*, Vol. 26-Extra, (2016).

Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “Prólogo” en Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ (Dir), *Salud electrónica (Perspectiva y realidad)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “Personal sanitario y salud electrónica: perspectiva y retos pendientes”, en Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ *Salud electrónica. Perspectiva y realidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “Prólogo” en Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ (Dir), *Profesionales de la salud. Problemas jurídicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “La evaluación de las tecnologías sanitarias y la creación de una red de autoridades u órganos responsables”, en Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, *Profesionales de la salud. Problemas jurídicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “Régimen jurídico de la evaluación de las tecnologías sanitarias y de la red de autoridades y órganos responsables”, en Josefa CANTERO MARTÍNEZ (Directora), *La liberalización de la asistencia sanitaria transfronteriza en Europa*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2017.

Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, *Prescripción, indicación, uso y autorización de dispensación de medicamentos y productos sanitarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “Aseguramiento y protección del derecho a la intimidad del paciente cuando es atendido en presencia de alumnos, residentes en formación o profesionales en estancia formativa o prácticas”, en Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, *La seguridad del paciente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “Crecimiento competencial compartido de las profesiones sanitarias”, en Jorge FERNÁNDEZ RUIZ y Teresita Rendón HUERTA BARRERA (Coordinadores), *El derecho administrativo ante la crisis actual del Estado liberal*, Porrúa, Guanajuato, 2018.

Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “Evidencias, restricciones y contradicciones del sistema farmacéutico español”, en Francisco Javier JIMENEZ DE CISNEROS CID (Director), *Homenaje al Profesor Ángel Menéndez Rexach*, Tomo II, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2018.

Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “El potencial de la salud electrónica en Iberoamérica”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 271, (2018).

Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “La justicia cautelar en el ámbito de la salud: valoración y ponderación circunstanciada de los intereses concurrentes”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, 100, (2018).

Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “Reforma y simplificación de la denominada erróneamente “prescripción de enfermería”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, 102, (2018).

Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “El cierre de grandes corporaciones o franquicias en España: una crisis sanitaria que deja indefensos a los ciudadanos”, en Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, *Retos y propuestas para el sistema de Salud*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “El sueño de “hacer las Américas” y “hacer las Españas”: un viaje de ida y vuelta que ha propiciado el legado de una natural afinidad cultural y académica, y la existencia de una profunda relación fraternal”, en Jorge FERNÁNDEZ RUÍZ y Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, *Homenaje de AIDA al profesor D. Jesús González Pérez*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “La sostenibilidad de los sistemas de salud en Europa y la nueva economía”, en Daniel MÁRQUEZ GÓMEZ (Coordinador), *Derecho Administrativo*, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas-Colegio Nacional, México D.F., México, 2019.

Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, Ponencia: “Salud electrónica: perspectiva y realidad”, *III seminario de Derecho Sanitario, Jornada sobre Telemedicina. “La salud en el S. XXI: aspectos legales y éticos de la telemedicina”*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 3 de diciembre de 2020.

Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ y Antonia VILLEGAS OLIVA, “Medicamentos y productos sanitarios de uso humano: acreditación y competencias

profesionales”, en Juan Francisco Pérez Gálvez (Dir), *Profesionales de la salud. Problemas jurídicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ y Antonia VILLEGAS OLIVA, “El conjunto mínimo de datos de los informes de la historia clínica en salud mental”, *European Journal of Education and Psychology*, Vol. 4, 2, (2011).

Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ y Antonia VILLEGAS OLIVA, “El personal estatutario del Sistema Nacional de Salud español”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 10, (2013).

Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ y Fátima PÉREZ FERRER, “El final del peregrinaje jurisdiccional del personal estatutario”, *Noticias de la Unión Europea*, 264, (2007).

Antonio E. PÉREZ LUÑO, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984.

Antonio E. PÉREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1984.

Antonio E. PÉREZ LUÑO, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1991.

Antonio E. PÉREZ LUÑO, “Las generaciones de derechos humanos antes el desafío posthumanista”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, *Sociedad digital y Derecho*, Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, Madrid, 2018.

Enrique PÉREZ-LUÑO ROBLEDO, *El procedimiento de habeas data*, Dykinson, Madrid, 2017.

María PÉREZ PEREIRA, “Los prestadores de servicios de la Sociedad de la Información: cuestiones generales”, *Revista de la Contratación Electrónica*, 89, (2008).

Nicolás PÉREZ SERRANO, “*La evolución de las declaraciones de derechos. Discurso de Apertura del curso académico 1950-51*”, Publicaciones de la Universidad de Madrid, Madrid, 1950.

Pedro A. PERNÍAS PECO, “Nuevos empleos, nuevas habilidades: ¿estamos preparando el talento para la cuarta revolución industrial?”, *ICE*, 888, (2017).

John PERRY BARLOW, *Declaración de Independencia del Ciberespacio*, Suiza, 8 de febrero de 1996.

Rolf PFEIFER y Christian SCHEIER, *Undeterstanding intelligence*, Mit Press, Cambridge, 1999.

Francisco PI Y MARGALL, *El reinado de Amadeo de Saboya y la República de 1873*, Hora H, Barcelona, 1970.

José Luis PIÑAR MAÑAS, “Derecho de acceso a la información pública: régimen general”, en Isabel WENCES, Mario KÖLLING y Sabrina RAGONE, *La Ley de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno: una perspectiva académica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014.

José Luis PIÑAR MAÑAS, *Reglamento General de Protección de datos: hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*, Reus, Madrid, 2016.

José Luis PIÑAR MAÑAS, “El objetivo del nuevo Reglamento Europeo de Protección de Datos”, en José Carlos LAGUNA DE PAZ, y otros, *Derecho administrativo e integración europea*, Reus, Madrid, 2017.

José Luis PIÑAR MAÑAS, “¿Qué regulación de derechos en la sociedad digital?”, *Revista de Derecho Digital e Innovación*, 1, (2019).

José Luis PIÑAR MAÑAS, “Protección de datos. Las claves de un derecho fundamental imprescindible”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 88-89, (2020).

Gerardo PISARELLO, *Los derechos sociales y sus garantías*, Trotta, Madrid, 2007.

José Ángel PLAZA LÓPEX, “Existe un tecnovirus cuyo nivel de contaminación mental mengua la libertad de las personas”, *El País Digital*, 26 de abril de 2020.

Juli PONCE SOLÉ, “La calidad en el desarrollo de la discrecionalidad reglamentaria: teorías sobre la regulación y adopción de buenas decisiones normativas por los Gobiernos y Administraciones”, *Revista de Administración Pública*, 163, (2003).

Juli PONCE SOLÉ, “Procedimiento Administrativo, globalización y buena Administración”, en *Derecho Administrativo Global: organización, procedimiento, control judicial*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

Juli PONCE SOLÉ, *El derecho y la (ir) reversibilidad limitada de los derechos de los ciudadanos. Las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social*, INAP, Madrid, 2013.

Juli PONCE SOLÉ, “Reforma constitucional y derecho sociales: la necesidad de un nuevo paradigma en el Derecho Público español”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 11, (2017).

Juli PONCE SOLÉ, “La prevención de riesgos de mala administración y corrupción, la inteligencia artificial y el derecho a una buena administración”, *Revista Internacional: Transparencia e integridad*, 6, (2018).

Juli PONCE SOLÉ, “El derecho Administrativo del S.XXI”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 52, (2019).

Juli PONCE SOLÉ, “Inteligencia artificial, Derecho Administrativo y reserva de la humanidad: algoritmos y procedimiento debido tecnológico”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 50, (2019).

María PONS CARMENA, *Modelo social europeo y protección de los derechos sociales fundamentales*, Reus, Madrid, 2015.

Jacinto M. PORRO GUTIÉRREZ, “La participación ciudadana no es una opción”, en María ZAMBONINO PULITO, *Buen gobierno y buena administración*, Iustel, Madrid, 2019.

Sandro POZZI, “Facebook pagará en EE. UU. multa de 5.000 millones y deberá mejorar sus sistemas de protección de datos”, *El País Digital*, 24 de julio de 2019.

PP y PSOE, *Pacto de Estado para la reforma de la justicia*, de 28 de mayo de 2001.

Javier PRADERA CORTÁZAR, “El despegue de la reforma”, en Santos JULIÁ DÍAZ, Javier PRADERA CORTÁZAR y Joaquín PRIETO PÉREZ, *Memoria de la transición*, Taurus, Madrid, 1996.

M^a Paz PRENDES ESPINOSA, “Tecnologías avanzadas para afrontar el reto de la innovación educativa”, *Revista Iberoamericana de Educación a Distancia*, 24, (2021).

Cayetano PRIETO ROMERO, “El nuevo procedimiento para la iniciativa legislativa y el ejercicio de la potestad reglamentaria”, *Revista de Administración Pública*, 201, (2016).

Alfonso PUNCEL CHORNET, “Inteligencia artificial para la transparencia pública. El sistema de Alertas tempranas (SALER) de la Generalitat Valencia”, *Boletín Económico de IC, Información Comercial Española*, (2019). Alberto RECIO ANDREU, “La crisis del neoliberalismo”, *Revista de Economía Crítica*, 7, (2009).

Javier PUYOL MONTERO, “Una aproximación a algunos elementos de Internet de las Cosas”, *Diario la Ley*, 8603, (2015).

Javier PUYOL MONTERO, *Aproximación jurídica y económica al Big Data*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

Javier PUYOL MONTERO, “Los principios del derecho a la protección de datos”, en José Luis PIÑAR MAÑAS, *Reglamento General de Protección de datos: hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*, Reus, Madrid, 2016.

Javier PUYOL MONTERO, *Una aproximación a los aspectos legales de las nuevas tecnologías*, SEPIN, Madrid, 2017.

PwC, “*Will robots steal our jobs? The potential impact of automation on the UK and other major economies*”, Madrid, 2017.

Silvia QUESADA DÍEZ, “La acción social en la Unión Europea: Evolución histórica”, *Alternativas. Cuadernos de trabajo*, 6, (1998).

Raquel Yolanda QUINTANILLA NAVARRO, “El teletrabajo: de la dispersión normativa presenta a la necesaria regulación normativa europea y estatal futura”, en OIT, *El futuro del trabajo que queremos*, Ministerio de empleo y Seguridad Social, Madrid, 2017.

Gabriel RAFART, “Del Bienestar como bien colectivo a su consideración como mercancía privada. Entre el Estado de Bienestar y Estado Neoliberal contemporáneo”, *Apuntes de Cátedra. Gral. Roca. Publicidades*, 53, (2002).

Artemi RALLO LOMBARTE, “Nuevas tecnologías, nuevos derechos”, en Benigno PENDAS GARCÍA, *España constitucional (1078-2018) trayectorias y perspectivas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018.

Artemi RALLO LOMBARTE, “Del derecho a la protección de datos a la garantía de los nuevos derechos digitales”, en *Tratado de Protección de Datos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

Carles RAMIÓ MATAS, *La Administración Pública del futuro (Horizonte 2050). Instituciones, política, mercado y sociedad de la innovación*, Tecnos, Madrid, 2017.

Carles RAMIÓ MATAS, *Inteligencia artificial y Administración Pública: robots y humanos compartiendo el servicio Público*, Catarata, Madrid, 2019.

Nuria RAMÍREZ DE CASTRO, “Mak, la rodilla biónica que acorta el tiempo de recuperación tras una cirugía”, *ABC Digital*, 20 de julio de 2020.

Olga RAMÍREZ HERÁNDEZ y Miquel SALVADOR SERNA, “¿Del Gobierno Digital al Gobierno Abierto? Iniciativas para transformar la gestión de recursos humanos con un componente tecnológico y cambio institucional”, en Juan Ignacio CRIADO GRANDE, *Nuevas tendencias en la gestión pública. Innovación abierta, gobernanza inteligente y tecnologías sociales en unas administraciones públicas colaborativas*, INAP, Madrid, 2016.

Álvaro RAMÍREZ-ALUJAS y Nicolás DASSEN, “Gobierno abierto: la ruta hacia una nueva agenda de reforma del Estado y modernización de la Administración Pública en América Latina y el Caribe”, en *Gobierno Abierto y transparencia focalizada: tendencias y desafíos ara América Latina y el Caribe*, Editorial BID, México, 2012.

Sonia RAMOS GONZÁLEZ y Marian GILI SALDAÑA, “El productor implantantable que presenta un riesgo anormal de avería es defectuosa, aunque no haya causado daño físico alguno y su fabricante es responsable de los perjuicios relacionados con la operación quirúrgica de sustitución del producto”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 15, (2015).

Lucrecio REBOLLO DELGADO y Mercedes SERRANO PÉREZ, *Manual de Protección de Datos*, Dykinson, Madrid, 2017.

Lucrecio REBOLLO DELGADO y Pilar ZAPATERO MARTÍN, *Derechos digitales*, Dykinson, Madrid, 2019.

REDACCIÓN ABC, “Instagram la nueva adquisición Facebook, de fundadores veinteañeros y solo 13 empleados”, *ABC Digital*, 11 de abril de 2012.

REDACCIÓN DE LA CRÓNICA DE MURCIA, “Un ciberataque ruso colapsa todos los servicios informáticos del Ayuntamiento de Alhama”, *La crónica de Murcia digital*, 29 de noviembre de 2019.

REDACCIÓN EL MUNDO DIGITAL, “Hacienda publicará un listado con el absentismo laboral entre los funcionarios de las Administraciones”, *El Mundo Digital*, 1 de mayo de 2018.

REDACCIÓN EL PAÍS, “Una ola de ciberataques bloquea LexNet, el sistema de notificaciones judiciales”, *El País Digital*, 4 de septiembre de 2017.

REDACCIÓN EL PAÍS, “Un robot se presenta a la alcaldía de un distrito de Tokio para acabar con la corrupción”, *El País Digital*, 18 de abril de 2018.

REDACCIÓN LA INFORMACIÓN, “La Segunda República: una radiografía económica-social en su 86 cumpleaños”, *La información*, (2017), https://www.lainformacion.com/espana/Segunda-Republica-economico-social-cumpleanos-rediografia_0_1017498443.html.

REDACCIÓN LA SEXTA COLUMNA, “¿Es la sociedad culpable de la fuga de “youtubers” a Andorra?”, *La Sexta*, 5 de febrero de 2021.

Fernando RENAU FAUBELL, “El procedimiento administrativo electrónico único y su incidencia sobre los derechos de los administrados”, en Víctor CAZURRO BAHONA, *Derecho digital: perspectiva interdisciplinar*, Bosch, Madrid, 2017.

Lucía REY ARES, David RODEIRO PAZOS, Sara FERNÁNDEZ LÓPEZ y Guillermo ANDRÉS ZAPATA HUMANÍ, “La 4ª Revolución industrial: industria 4.0”, en César GARCÍA NOVOA y Diana SANTIAGO IGLESIAS, *4ª Revolución Industrial: impacto de la automatización y la inteligencia artificial en la sociedad y la economía digital*, Aranzadi, Navarra, 2018.

José Luis REY PÉREZ, ¿Un nuevo modelo de bienestar?, en José Luis REY PÉREZ, y Alberto COLINO, *Sostenibilidad del Estado de Bienestar en España*, Dykinson, Madrid, 2015.

Jeremy RIFKIN, *La tercera revolución industrial: como el poder lateral está transformando la energía, la economía y el mundo*, Paidós, Barcelona, 2011.

Juan Carlos RIOFRÍO MARTÍNEZ-VILLALBA, “La cuarta ola de derechos humanos: los derechos digitales”, *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, 35, (2014).

M^a Isabel RIVAS CASTILLO, “Las relaciones electrónicas entre Administraciones Públicas”, en María ZAMBONINO PULITO, *Buen gobierno y buena administración*, Iustel, Madrid, 2019.

Alicia RIVERA, “Computación cuántica: nuevas reglas del juego para los ordenadores”, *Revista de seguridad nuclear y protección radiológica*, 27, 1, (2015).

Ricardo RIVERA ORTEGA y Zulima SÁNCHEZ SÁNCHEZ, “Participación ciudadana en el ámbito local”, en Santiago MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho municipal*, Iustel, Madrid, 2011.

Antonio ROCA, “¿Una nueva revolución industrial? Una perspectiva histórica”, *Gaceta Sindical*, 27, (2016).

ROBOT PEPPER, en una audiencia en la Cámara de los Comunes del Reino Unido, 16 de octubre de 2018.

Stefano RODOTÀ, “¿Cuál Derecho para el nuevo mundo?”, *Revista de Derecho Privado*, 9, (2005).

Susana RODRÍGUEZ BALLANO, “Habemus nuevo Reglamento General de Protección de Datos”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 919, (2016).

Gregorio RODRÍGUEZ CABRERO, “Los límites del Estado de Bienestar y las tendencias en el desarrollo de la reforma social”, en Berta ÁLVAREZ MIRANDA y otros, *Dilemas del Estado de Bienestar*, Fundación Argentaria, Madrid, 1996.

Gregorio RODRÍGUEZ CABRERO, *El Estado de bienestar en España: debates, desarrollo y retos*, Editorial Fundamentos, Madrid, 2004.

María Luz RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, “Protección social para los trabajadores de la economía de plataforma: propuestas para aliviar su vulnerabilidad”, *Revista General del Trabajo y de la Seguridad Social*, 57, (2020).

Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, “Los servicios de interés general en la Unión Europea entre estado y mercado”, en Luciano PAREJO ALFONSO y José VIDA FERNÁNDEZ, *Los retos del Estado y la Administración en el S. XXI. Libro*

homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, Vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

Carlos María RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, “Exposición general del significado y alcance del principio de transparencia y de su regulación internacional y en España”, en Isaac MARTÍN DELGADO, *Transparencia y acceso a la información pública: de la teoría a la práctica*, Iustel, Madrid, 2019.

Beatriz RODRÍGUEZ VILLAR, “La Ley 39/2015: claves de la reforma y problemática competencial”, *Revista Asamblea*, 34, (2016).

Carlos M. ROMEO CASABONA, y otros, “Retos éticos y necesidades normativas en la actividad asistencial” en *Medicina Personalizada de Precisión*, Fundación Instituto Roche, 2018.

Carlos M. ROMEO CASABONA, “Revisión de las categorías jurídicas de la normativa europea ante la tecnología del big data aplicada a la salud”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 1, (2019).

Carlos María ROMEO CASABONA y Guillermo LASCOZ MORATINOS, “Inteligencia artificial aplicada a la salud: ¿qué marco jurídico?”, *Revista Derecho y Genoma Humano*, 52, (2020).

Eduardo ROMERO, “Algunos dilemas jurídicos en torno a los vehículos autónomos”, *Diario LA LEY CIBERDERECHO*, 35, (2020).

Iván ROMERO, “Fuga de Youtubers ¿cuántos impuestos deben pagar en España?”, *El País Digital*, 1 de febrero de 2021.

Laia ROS, “¿Por qué Estados Unidos quiere prohibir TikTok?”, *La Vanguardia digital*, 29 de septiembre de 2020.

William David ROSS, *Aristóteles*, Editorial Charcas, Buenos Aires, 1981.

Isabel RUBIO, “Así es la inteligencia artificial que pone voz a Alexa y encuentra tus compras en Amazon”, *El País digital*, 25 de octubre de 2018.

Isabel RUBIO, “Apple se disculpa por escuchar conversaciones privadas con Siri: no hemos estado a la altura”, *El País Digital*, 29 de agosto de 2019.

María Josefa RUBIO LARA, “Las transformaciones del Estado de bienestar socialdemócrata. Continuidad y cambios de sus señas de identidad”, en Eloísa DEL PINO

MATUTE y M^a Josefa RUBIO LARA, *Los Estados del Bienestar en la encrucijada*, Tecnos, Madrid, 2017.

Gregorio RUBIO NOMBELA, “Caridad, beneficencia y asistencia social”, en AA. VV., *Problemas fundamentales de beneficencia y asistencia social*, Ministerio de Gobernación, Madrid, 1967

Rafael RUBIO NÚÑEZ, *Parlamentos Abiertos. Tecnología y redes para la democracia*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2014.

Rafael RUBIO NÚÑEZ, “La tecnología en el Parlamento durante la crisis del Covid-19”, *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, 8, (2020).

Rafael RUBIO NÚÑEZ y Ricardo VELA NAVARRO-RUBIO, *El Parlamento Abierto: el parlamento del S. XXI*, Editorial UOC, Barcelona, 2017.

Rafael RUBIO NÚÑEZ y Ricardo VELA NAVARRO-RUBIO, “El Parlamento Abierto en España”, *Revista General de Derecho Constitucional*, 27, (2018).

Agustín RUBINI, “Fintech in a Flash: Financial Technology made easy”, *Banking Innovation*, (2018).

Josefa Dolores RUÍZ RESA, “Liberalismo, socialismo y estado de bienestar”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 16-18, (2013-2015).

Catalina RUIZ-RICO RUIZ, “Los municipios ante el reto jurídico de la transparencia”, en Manuel SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, *Visiones actuales de la transparencia. Comunidades Autónomas, municipios y entidades locales transparentes y participativas*, Universidad Complutense, Madrid, 2017.

Gerardo RUIZ-RICO RUIZ, *Los derechos sociales en el Estado Constitucional*, Editorial Porrúa, Ciudad de México, 2016.

Francisca RUÍZ LÓPEZ, “El derecho a la salud en el Estado social”, en Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, *Reconstrucción y gestión del sistema de salud*, Comares, Granada, 2015.

Francisca RUÍZ LÓPEZ, “La protección de la tercera edad en el Estado Social del S. XXI: restos y perspectivas”, en Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, *La seguridad del paciente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

Francisca RUÍZ LÓPEZ, “Principios estatutarios y competencias en salud en el Estatuto de Andalucía”, en Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, *Retos y propuestas para el sistema de Salud*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

Bharati SADASIVAM, “El trabajo de las mujeres importa”, *El País Digital*, 29 de agosto de 2017.

Javier SALAS, “El algoritmo que adivina los delitos futuros falla tanto como un humano”, *El País Digital*, 19 de enero de 2018.

Javier SALAS, “Por qué hay que prohibir que nos manipulen el cerebro antes de que sea posible”, *El País Digital*, 14 de febrero de 2020.

Pascal SAINT-AMANS, “¿Están las grandes compañías de Internet modelando un nuevo sistema económico? Los retos de las políticas tributarias”, *Vanguardia Dossier*, 63, (2017)

Nacho SÁNCHEZ, “A bordo del autobús que recorre Málaga con el conductor sin las manos al volante”, *El País Digital*, 20 de febrero de 2021.

Javier SÁNCHEZ AGESTA, *Sistema político de la Constitución española de 1978*, Nacional, Madrid, 1981.

Luis SÁNCHEZ AGESTA, *Historia del constitucionalismo español*, Instituto de Estudios políticos, Madrid, 1964.

Eduardo SÁNCHEZ IGLESIAS, “La dependencia tecnológica como rasgo determinante del modelo productivo español: el caso del sector industrial (2002-2016)”, *Gaceta sindical*, 28, (2017).

Miguel SÁNCHEZ MORÓN, “Una reforma precipitada o la desarticulación gratuita del régimen jurídico de las Administraciones Públicas”, *El Cronista del Estado y Democrático de Derecho*, 56, (2015).

Miguel SÁNCHEZ MORÓN, “¿Deben suprimirse las Diputaciones Provinciales?”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 65, (2018).

Amat SÁNCHEZ VELASCO y otros, “Empleo y salud laboral: los efectos tóxicos de la precariedad”, *Gaceta Sindical*, 28, (2017).

Marina SANCHO LÓPEZ, “Estrategia legales para garantizar los derechos fundamentales frente a los desafíos del Big Data”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 50, (2019).

Ramón SAINZ DE VARANDA, *Colección de leyes fundamentales*, Acribia, Zaragoza, 1957.

Pascual SALA SÁNCHEZ, “La normatividad de la Constitución y sus principales aplicaciones, especialmente la configuración del Estado Social y Democrático de Derecho”, en Benigno PENDAS GARCÍA, *España constitucional (1078-2018) trayectorias y perspectivas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018.

Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, “Los proyectos de Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas”, *Documentación Administrativa*, 2, (2015).

Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, “Reformas incompletas, proyectos de futuro: el régimen jurídico de las Administración Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, *Revista Asamblea*, 34, (2016).

Jaime Orlando SANTOFIMIO GAMBOA, *Procedimientos administrativos y tecnología*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2011.

Jaime Orlando SANTOFIMIO GAMBOA, “Tecnología e inteligencia artificial: incidencias en el derecho aplicable a la Administración Pública”, en Diego ZEGARRA VALDIVIA, *La proyección del Derecho Administrativo peruano: estudios por el centenario de la facultad de Derecho de la PUCP*, Palestra Editores, Perú, 2019.

Jaime Orlando SANTOFIMIO GAMBOA, “Reflexiones en torno a e. Fosthoff y el resurgir de la idea de un “mínimo vital” tecnológico en épocas de pandemia y en escenarios de economía de mercado”, *Ponencia en Jornada Anual de la Asociación venezolana de Derecho Administrativo*, 2020.

María José SANTOS GONZÁLEZ, “Regulación legal de la robótica y la IA: retos de futuro”, *Revista Jurídica de la Universidad de León*, 4, (2017).

Jorge SANZ FERNÁNDEZ, “Los drones de UPS transportarán suministros médicos a Hospitales”, *El País Digital*, 27 de marzo de 2019.

Javier SANZ LARRUGA, “El derecho ante las nuevas tecnologías de la información”, *Anuario de la Facultade de Dereito da Univerdade da Coruña*, 1, (1997).

Miguel Ángel SANZ SACRISTÁN, “Fundamentos históricos de la Internet en Europa y en España”, *Boletín de Red IRIS*, 45, (1998).

Xosé Antón SARMIENTO MÉNDEZ, “La información y transparencia en los parlamentos españoles”, *Anuario de Derecho Parlamentario*, 28, (2015).

Tatiana SAURIS, “La riorganizzazione delle politiche sociali e i confini della eccezionalità”, en *Gli operatori sociali nel nuovo welfare*, Carocci editore, Roma, 2017.

Andrew SCHOTTER, *La economía del libre mercado. Una valoración crítica*, Traducción de Gonzalo HERNÁNDEZ ORTEGA, Ariel, Barcelona, 1987.

Klaus SCHWAB, *La cuarta revolución industrial*, Debate, Barcelona, 2016.

Andreu SEGURA BENEDICTO, “Establecimiento de prioridad en las políticas sanitarias y de salud: una responsabilidad ética”, *Derecho y Salud*, 28, (2017).

Amartya SEN, *Desarrollo y Libertad*, Editorial Planeta, España, 2000.

María SEPÚLVEDA GÓMEZ, “Negociación colectiva y derechos digitales en el empleo público”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 54, (2019).

Silvia SERRANO CALLE, “La Ley General de Telecomunicaciones y el ecosistema de Internet”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, *Derecho de las Telecomunicaciones*, Civitas, Madrid, 2015.

Félix SERRANO DELGADO, “Las posibilidades del teletrabajo en las AAPP”, *Boletic*, 62, (2012).

Félix SERRANO DELGADO, “Educación y formación en el S. XXI”, en Ana CARO MUÑOZ, *E-juristas: más allá de la tecnología legal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

Elisa SILIÓ y Ignacio ZAFRA, “Gobierno y comunidades comprarán medio millón de ordenadores y tabletas para los colegios”, *El País Digital*, 16 de junio de 2020.

Marisa SERRANO FERNÁNDEZ, *El impacto de la sociedad de la información en la propiedad industrial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

Mariola SERRENAO ARGUESO y Maialén ABOITIZ CAZALIS, “Las nuevas tecnologías en el ámbito laboral: oportunidades y amenazas para la eliminación de la brecha salarial entre mujeres y hombres”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 56, (2020).

Pere SIMÓN CASTELLANO, *El régimen constitucional del derecho al olvido digital*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

SMARTME ANALYTICS, *Estudio del impacto del coronavirus en el uso del teléfono móvil*, marzo de 2020.

Judith SOLÉ RESINA “Gestión del acervo digital y derechos fundamentales: el testamento digital”, en Luis Martínez, VÁZQUEZ DE CASTRO, *Internet y los derechos de la personalidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

Jordi SOLÉ TURA y Eliseo AJA FERNÁNDEZ, *Constituciones y periodos constituyentes en España (1808-1936)*, S.XXI Editores, Madrid, 1985.

Juan José SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, “Comentario de la sentencia 31/2015, sobre consultas populares no referendarias y otras formas de participación ciudadana”, *El Cronista del Estado social y Democrático de Derecho*, 67, (2017).

Alba SORIANO ARNAZ, “Decisiones automatizadas y discriminación: aproximación y propuestas generales”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 56, (2021).

Francisco SOSA WAGNER, “Ayuntamientos y ahorro energético”, *Revista de Estudios de la Vida Local*, 210, (1981).

Francisco SOSA WAGNER, “Las fronteras del sector público”, *Anuario de derecho constitucional y parlamentario*, 11, 1999.

Francisco SOSA WAGNER, *La gestión de los servicios públicos locales*, Civitas, Madrid, 2002.

Francisco SOSA WAGNER, “Terapia de la embriaguez”, *El cronista del Estado social y democrático de derecho*, 71-72, (2017).

José María SOUVIRÓN MORENILLA, *La actividad de la Administración y el servicio público*, Comares, Granada, 1998.

Lucy SPENCER, “Comida para todos: como la tecnología móvil puede ayudar a combatir el hambre”, *ITU Newmagazing: Cómo las TIC están acelerando la consecución de los ODS*, 3, (2017).

John STUART MILL, *Principios de Economía Política*, trad. Teodoro Ortiz de la edición inglesa de 1909, preparada por W.J. Ashley, México, FCE, 1996.

Sara SUÁREZ GONZALO, “Tus likes, ¿tu voto? Explotación masiva de datos personales y manipulación informativa en la campaña electoral de Donald Trump a la presidencia de EE. UU. 2016”, *Quaderns del CAC*, 44, (2018).

Vicenta TASA FUSTER, “Los desafíos de la cuarta revolución tecnológica e industrial en una sociedad periférica europea y sus consecuencias en la gobernanza política y la regulación legal. Con especial referencia a la Comunidad Valenciana”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 50, (2019).

M^a Eugenia TEJEIRO LILLO, “La transparencia y su implantación en la Administración local”, en María ZAMBONINO PULITO, *Buen Gobierno y Buena Administración. Cuestiones clave*, Iustel, Madrid, 2019.

Ofelia TEJERINA RODRÍGUEZ, “Lo que nos falta de la LOPDGDD”, *Diario la Ley*, 34 (2019).

Ofelia TEJERINA RODRÍGUEZ, “Lo que nos falta de la LOPDGDD”, *Diario la LEY CIBERDERECHO*, 34, (2019).

Pedro TENORIO SÁNCHEZ, “Naturaleza y contenido del derecho constitucional a la protección de la salud y jurisprudencia de nuestro tribunal constitucional relativa al mismo”, *Revista General de Derecho Constitucional*, 27, (2018).

Ramón TEROL GÓMEZ, Alberto PALOMAR OLMEDA Y Javier VÁZQUEZ GARRANZO, *Constitución española*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

Ramón TEROL GÓMEZ, “La posición del Tribunal Supremo sobre el caso Uber. Comentario a la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 4 de junio de 2018, en Enrique ORTEGA BURGOS y Luis MOLL FERNÁNDEZ-FÍGARES, *Actualidad Administrativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

Ramón TEROL GÓMEZ, “El riesgo cierto de prescripción de la infracción administrativa. Sábado inhábil, notificación electrónica y plazos máximos de resolución

de los procedimientos sancionadores”, en Enrique ORTEGA BURGOS, *Derecho Administrativo 2020*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

Edurne TERRADILLOS ORMAETXEA, “El derecho a la protección de datos de los empleados públicos: similitudes y peculiaridades en comparación con los trabajadores por cuenta ajena”, *Revista General de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social*, 54, (2019).

Göran THERBORN, Whe, How, and why does a welfare state become a Welfare State? Ponencia presentada en el Taller ECPR Workshop, *Feiburg*, marzo 1983.

Göran THERBORN, “Los retos del Estado del Bienestar”, en Rafael MÚÑOZ DEL BUSTILLO, *Crisis y futuro del Estado de Bienestar*, Alianza, Madrid, 1989.

Enrique TIerno GALVÁN y Manuel SÁNCHEZ SARTO, *Del ciudadano y el Leviatán: Thomas Hobbes*, Tecnos, Madrid, 1996.

Richard M. TITMUSS, *Essay on Welfare State*, Allen & UNWIN, Londres, 1958.

Adrián TODOLOSÍ SIGNES, “Los retos del Derecho del Trabajo ante la irrupción de la economía de plataformas de empresa”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 75, (2018).

Beatriz TOMÁS MALLÉN, “Las sinergias entre el Reglamento General de Protección de datos de la Unión Europea y el Convenio 108+ del Consejo de Europa”, en Rosario GARCÍA MAHAMUT y Beatriz TOMÁS MALLÉN, *El Reglamento General de Protección de Datos: Un enfoque nacional y comparado*, Tirant, Valencia, 2019.

Joaquín TOMÁS VILLAROYA, *El sistema político del Estatuto Real 1834-1836*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, p. 95; *Vide* Luis DÍEZ DEL CORRAL, *El liberalismo doctrinario*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956.

Leopoldo TOLIVAR ALAS, “La Universidad de Clarín”, *Boletín de Letras del Real Instituto de Estudios Asturianos*, 62, (2008).

Leopoldo TOLIVAR ALAS, “Servicio sociales locales: competencias propias e impropias”, *Revista de estudios locales*, 123, (2009).

Leopoldo TOLIVAR ALAS, “Principio de participación”, en Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, *Los principios jurídicos del derecho administrativo*, La Ley, Madrid, 2010.

Leopoldo TOLIVAR ALAS, “Otros aspectos del sector público sanitario tras la crisis: análisis territorial y ciudadano y propuestas de modelos de optimización”, *Revista Jurídica de Asturias*, 40, (2017)

Leopoldo TOLIVAR ALAS, “Estado de Derecho: defensa frente al populismo y la corrupción”, en Antonio FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica*, Real Academia de jurisprudencia y legislación, Madrid, 2019.

Leopoldo TOLIVAR ALAS y Miriam CUETO PÉREZ, *La prestación de servicios socio-sanitarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

Mariano TORCAL LORIENTE, “Desafección política en España en una perspectiva comparada”, en Francisco José LLERA RAMO, *Desafección política y regeneración democrática en la España actual: diagnósticos y propuestas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.

Javier TORRE DE SILVA Y LÓPEZ DE LETONA, *Internet, propiedad industrial y competencia desleal*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

Raymond TORRES, “Transformación productiva y futuro del trabajo”, en María Emilia CASAS BAAMONDE y Carlos DE LA TORRE GARCÍA, *El futuro del trabajo en España: impacto de las nuevas tendencias*, Wolters Kluwer, Madrid, 2019.

Victoria TORRES BENAYAS, “Sólo mil jóvenes sin recursos recibirán una Tablet prestada para poder seguir sus clases online”, *El País Digital*, 2 de abril de 2020.

José Manuel TOURNÉ, “Protección de la propiedad intelectual: la “solución” Sinde”, *El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 59, (2015).

Manuel TUÑÓN DE LARA, *La España del S. XXI*, Laia, Barcelona, 1975.

UIT, “Recomendación acerca del Internet de las cosas”, 15 de junio de 2012.

UIT, “Revisión del Reglamento de Telecomunicaciones Internacionales”, Dubái, 2012.

Gemma UBASART GONZÁLEZ, “Transformaciones en la cultura política y demandas de participación: nuevos retos para los actores políticos y las instituciones públicas”, *Revista Internacional de éticas aplicadas*, 27, (2018).

Marcos VÁQUER CABALLERÍA, “Los problemas de la contraposición entre económico y social en la doctrina europea de los servicios de interés general”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 8, (2005).

Marcos VÁQUER CABALLERÍA, “Derechos sociales, crisis económica y principio de igualdad”, *Informe comunidades autónomas*, (2011).

José Raúl VAQUERO PULIDO, “La brecha digital en la construcción de parlamentos abiertos”, *LinkedIn*, (2017).

Rafael Enrique VALENZUELA MENDOZA, “Seguridad inteligente como herramienta para implementar el gobierno abierto en las ciudades”, en J. Ignacio CRIADO GRANDE, *Nuevas tendencias en la gestión pública*, INAP, Madrid, 2016.

Julián VALERO TORRIJOS, “Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas en la prestación de servicios de intermediación”, en Santiago MÚÑOZ CAVANILLAS, *Deberes y responsabilidad de los servicios de acceso y alojamiento: un análisis multidisciplinar*, Comares, Granada, 2005.

Julián VALERO TORRIJOS, “Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas por difusión de contenidos propios de Internet”, en Santiago CAVANILLAS MUGICA, *Responsabilidad de los proveedores de información en Internet*, Comares, Granada, 2007.

Julián VALERO TORRIJOS, “Acceso a los servicios y a la información por medios electrónicos”, en Eduardo GAMERO CASADO y Julián VALERO TORRIJOS, *La ley de administración electrónica: comentario sistemático a la ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos*, Aranzadi, Navarra, 2010.

Julián VALERO TORRIJOS, “La reforma de la Administración electrónica, ¿una oportunidad perdida?”, *Revista española de Derecho Administrativo*, 172, (2015).

Julián VALERO TORRIJOS, “El concepto de servicio público a la luz de la Constitución”, *Revista Universidad de Murcia*, (2016).

Julián VALERO TORRIJOS, “La intervención administrativa en la economía colaborativa desde la perspectiva de los servicios de la sociedad de la información”, en Rosalía ALFONSO SÁNCHEZ y Julián VALERO TORRIJOS, *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital*, Aranzadi, Navarra, 2017.

Julián VALERO TORRIJOS, “La necesaria reconfiguración de las garantías jurídicas en el contexto de la transformación digital del Sector Público”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO y José Luis PIÑAR MAÑAS, *Sociedad digital y derecho*, Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, Madrid, 2018.

Julián VALERO TORRIJOS, “Las garantías jurídicas de la inteligencia artificial en la actividad administrativa desde la perspectiva de la buena Administración”, *Revista catalana de Derecho Público*, 58, (2019).

Julián VALERO TORRIJOS, “Transparencia, acceso y reutilización de la información del Sector Público”, en Isaac MARTÍN DELGADO, *Transparencia y acceso a la información pública: de la teoría a la práctica*, Iustel, Madrid, 2019.

Julián VALERO TORRIJOS, “Administración electrónica en tiempos de pandemia”, *Boletic*, 86, (2020).

Julián VALERO TORRIJOS, “El acceso y la reutilización de la información del Sector Público desde la perspectiva de la reforma de la Administración electrónica”, en Isaac MARTÍN DELGADO, *La reforma de la Administración electrónica: una oportunidad para la innovación desde el derecho*, INAP, Madrid, 2020.

Julián VALERO TORRIJOS y Juan Ignacio CERDÁ MESEGUER, “Transparencia, acceso y reutilización de la información ante la transformación digital del sector público: enseñanzas y desafíos en tiempos del Covid-19”, *Eunomia*, 19, (2020).

Yannick VANDERBORGHT, “Las tensiones en la reforma del Estado de Bienestar: qué podemos aprender del debate de la renta básica”, en José Luis REY PÉREZ, y Alberto COLINO, *Sostenibilidad del Estado de Bienestar en España*, Dykinson, Madrid, 2015.

Juan VELARDE FUERTES, *El tercer viraje de la Seguridad Social en España*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1990.

Clara I. VELASCO RICO, “La ciudad inteligente: entre la transparencia y el control”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 50, (2019).

Gianmarco VERUGGIO y Fiorella OPERTO, “Roboethics: a bottom up interdisciplinary discourse in the field of applied ethics in robotics”, *International Review of Information Ethics*, 6, (2016).

Gabriele VESTRI, “La inteligencia artificial ante el desafío de la transparencia algorítmica. Una aproximación desde la perspectiva jurídico-administrativa”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 56, (2021).

José M^a VIA I REDONS, “Política sanitaria en la España de las autonomías”, *Revista de Humanidades*, 2, (2002).

José VIDA FERNÁNDEZ, “Las garantías para el acceso a una Internet abierta en el Reglamento (UE) 2015/2120: una batalla perdida para la neutralidad de la red”, *Revista General de Derecho Europeo*, 40, (2016).

José VIDA FERNÁNDEZ, “Los servicios públicos de solidaridad en la Unión Europea: los límites del mercado único y la competencia en los servicios de interés general”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, *Los servicios públicos tras la crisis económica: en especial la asistencia sanitaria en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

Florentina VIDAL GALACHE, “El impacto de la Ley General de Beneficencia de 1822 en Madrid”, *Revista de la Facultad de Geografía e Historia*, 1, (1987).

Florentina VIDAL GALACHE, “El cambio social: del liberalismo a la democracia”, en Ángeles LARIO GONZÁLEZ, *Historia contemporánea: del surgimiento del Estado contemporáneo a la Primera Guerra Mundial*, Alianza, Madrid, 2014.

Florentina VIDAL GALACHE, “El cambio social: del liberalismo a la democracia”, en Ángeles LARIO GONZÁLEZ, *Historia contemporánea universal: del surgimiento del Estado contemporáneo a la Primera Guerra Mundial*, Alianza, Madrid, 2014.

Florentina VIDAL GALACHE, “La revolución industrial”, en Ángeles LARIO GONZÁLEZ, *Historia contemporánea universal: del surgimiento del Estado contemporáneo a la I Guerra Mundial*, Alianza Editorial, Madrid, 2015.

Carlos VIDAL PRADO, *El derecho a la educación en España. Bases constitucionales para el acuerdo y cuestiones controvertidas*, Marcial Pons, Madrid, 2017.

Mónica VILASAU SOLANA, “Las exigencias de información en el RGPD y en la LO 3/2018 de protección de datos y garantía de los derechos digitales, ¿contribuyen a

la formación de un consentimiento de mejor calidad?, en Rosario GARCÍA MAHAMUT y Beatriz TOMÁS MALLÉN, *El Reglamento General de Protección de Datos: Un enfoque nacional y comparado*, Tirant, Valencia, 2019.

Raquel VILLAÉCIJA, “Decathlon bloque la venta de máscaras de buceo para donarlas a hospitales”, *El Mundo Digital*, 26 de marzo de 2020.

Jorge VILLARINO MARZO, “Cuarta generación de derechos: reflexiones sobre la libertad de expresión en Internet”, *Revista de las Cortes Generales*, 100-102, (2017).

José Luis VILLAR PALASÍ, “Concesiones administrativas”, en *Nueva enciclopedia jurídica*, Seix, Barcelona, 1952.

José Luis VILLAR PALASÍ, *La intervención administrativa en la industria*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1964.

Siro VILLAS TINOCO, *Las claves de la revolución industrial: 1733-1914*, Planeta, Barcelona, 1990.

Francisca VILLALBA PÉREZ, “Externalización de los servicios sanitarios: nuevas perspectivas y orientaciones”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 182, (2017).

Ignacio VILLAVERDE MENÉNDEZ, *Los derechos del público*, Tecnos, Madrid, 1995

Manuel VILLORIA MENDIETA, “El Buen Gobierno y la lucha contra la corrupción en las instituciones públicas”, en Alberto PALOMAR OLMEDA y Mario GARCÉS SANAGUSTÍN, *La gestión de los Fondos Públicos: Control y responsabilidad*, Aranzadi, Navarra, 2013.

Manuel VILLORIA MENDIETA, “Publicidad activa”, en Isabel WENCES, Mario KÖLLING y Sabrina RAGONE, *La Ley de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno: una perspectiva académica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014.

Manuel VILLORIA MENDIETA, *La publicidad activa en la Ley Transparencia, acceso a la información y buen gobierno: posibilidades e insuficiencias*, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2014.

Manuel VILLORIA MENDIETA, “Desarrollo, buen gobierno y transparencia: revisión conceptual”, *Tiempo de Paz*, 114, (2014).

Stephen WENG, y otros, “Prediction of premature all-cause mortality: A prospective general population cohort study comparing machine-learning and standard epidemiological approaches”, *PLoS One*, 14, 3, (2019).

Vicent WRIGHT, *El neoliberalismo en Europa occidental: un balance*, Colección Ensayos, Fundación Juan March, Madrid, 1995.

WORLD ECONOMIC FORUM, “*The future of Jobs Report 2020*”, octubre de 2020.

Roberto YAGUAS GÓMEZ, *Contratos de conexión a Internet, hosting y búsqueda*, Civitas, Madrid, 2012.

Kung-Hsing YU, Andrew BEAM, L., Isaac S., KOHANE, “Artificial intelligence in healthcare”, *Nat Biomed Eng*, Núm. 2, 10, (2018).

Rafael YUSTE, Sara GOERING y otros, “Four ethical priorities for neurotechnologies and IA”, *Nature*, 551, (2017).

Alexander ZLOTNIK, “Inteligencia artificial en las Administraciones Públicas: definiciones, evaluación de viabilidad de proyectos y áreas de aplicación”, *Boletic*, 84, (2019).

WEBGRAFÍA

http://administracionelectronica.gob.es/pae_Home/pae_SolucionesCTT/pae_CTT_-_Que_es_.html

https://www.antena3.com/noticias/salud/disenan-calculadora-que-predice-riesgo-mortalidad-pacientes-coronavirus_20210415607830797e97ed00012b3809.html

<http://ceipzonalospinos.blogspot.com/>

<http://contenttechnologiesinc.com/>

<http://formacioinnovacio.cat/>

<http://innovacioneducativa.aragon.es/educacion-presenta-una-plataforma-online-para-que-pueda-ser-usada-por-todos-los-centros-de-la-comunidad/>

<http://neurosky.com/>

<http://www.icab.cat/files/242-500413-DOCUMENTO/CartaDretsDigitalsCAS-v1.pdf>

<http://xtec.gencat.cat/ca/recursos/>

<https://andaluciasmart.es/administracion-electronica-moad>

<https://blogsaverroes.juntadeandalucia.es/>

<https://braininitiative.nih.gov/>

<https://brainly.com/>

<https://convertidor.mobi/robot-robear-riken-japon/>

<https://databank.bancomundial.org/Governance-Indicators/id/2abb48da>

<https://decide.madrid.es>

<https://dle.rae.es/crisis?m=form>

<https://dle.rae.es/digital>

<https://dle.rae.es/digitalizar>

<https://dle.rae.es/internet>

<https://dle.rae.es/robot>

<https://dle.rae.es/sociedad>

<https://dpej.rae.es/lema/aplicaci%C3%B3n-de-fuentes-abiertas>

<https://dpej.rae.es/lema/internet>

<https://dpej.rae.es/lema/red-social>

<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/code-practice-disinformation>

<https://ec.europa.eu/jrc/en/publication/eur-scientific-and-technical-research-reports/digcomp-21-digital-competence-framework-citizens-eight-proficiency-levels-and-examples-use>

<https://www.dw.com/es/neuralink-de-elon-musk-muestra-a-un-mono-con-chip-cerebral-usando-videojuego-con-el-pensamiento/a-57173399#:~:text=Ciencia%20y%20Ecolog%C3%ADa-Neuralink%2C%20de%20Elon%20Musk%2C%20muestra%20a%20un%20mono%20con%20chip,superadas%20por%20la%20inteligencia%20artificial.>

<https://educamosclm.castillalamancha.es/>

https://elpais.com/sociedad/2018/10/16/actualidad/1539678495_813483.html

<https://escholarium.educarex.es/LMS/index.php?bd=escholarium>

<https://www.forbes.com.mx/forbes-life/tecnologia-coche-volador-klein-vision/>

<https://grupoadd.es/el-robot-giraff>

<https://grupoadd.es/el-robotug#:~:text=TUG%20Robot%20es%20un%20robot,los%20centros%20sanitarios%20y%20hospitales.&text=El%20robot%20TUG%20lleva%20a,cuidado%20y%20tratado%20del%20paciente.>

<https://ikasnova.digital/>

<https://portal.edu.gva.es/mulan/es/13/>

[https://portal.mineco.gob.es/es-es/ministerio/participacionpublica/Paginas/Participacion_publica_\(presentacion\).aspx](https://portal.mineco.gob.es/es-es/ministerio/participacionpublica/Paginas/Participacion_publica_(presentacion).aspx)

<https://red-viajes.com/11-ciudades-con-wifi-publico-gratuito-en-todas-partes/>

https://sede.administracion.gob.es/PAG_Sede/ServiciosElectronicos/RegistroElectronicoDeApod

<https://support.google.com/accounts/answer/3036546?hl=es>

<https://www.20minutos.es/noticia/4520495/0/el-gobierno-vasco-destinara-35-millones-a-dotar-de-ordenadores-portatiles-a-todos-los-alumnos-de-entre-12-y-17-anos/>

<https://www.aecoc.es/innovation-hub-noticias/5-avances-de-la-inteligencia-artificial-que-probablemente-veremos-en-los-proximos-5-anos/>

<https://www.alleghenycounty.us/Human-Services/News-Events/Accomplishments/Allegheny-Family-Screening-Tool.aspx>

<https://www.edu.xunta.gal/espazoAbalar/es/espazo/proxecto-abalar/contidos-educativos>

<https://www.educa.jcyl.es/es>

<https://www.educa2.madrid.org/educamadrid/>

<https://www.educarm.es/home>

<https://www.educastur.es/>

https://www.elconfidencial.com/alma-corazon-vida/2009-06-23/los-inmigrantes-acuden-menos-al-medico-que-los-espanoles_240482/

<https://www.epdata.es/datos/espana-pisa-datos-graficos/484>

<https://www.europapress.es/esandalucia/sevilla/noticia-junta-destina-45-millones-compra-ordenadores-portatiles-centros-educativos-20200728160230.html>

<https://www.gnoss.com/recurso/amarauna/c5913f54-3adc-4e61-af597f9a3a55af96#:~:text=Amarauna%3A%20la%20plataforma%20inteligente%20de,c ontenidos%20epresados%20en%20lengua%20vasca.>

https://www.gobiernodecanarias.org/educacion/web/servicios/en_familias/#:~:text=%C2%BFQu%C3%A9%20es%20en_familia%3F,las%20familias%20del%20alumnado%20o canario.

<https://www.google.com/search?q=cl%C3%A1usulas+smart&oq=cl%C3%A1usulas+smart&>

<https://www.gradscope.com/>

<https://www.humanbrainproject.eu/en/>

<https://www.infosalus.com/salud-investigacion/noticia-desarrollan-piel-electronica-interesante-futuro-protesis-medicina-personalizada-robotica-20201130075033.html>

https://www.iom.int/jahia/webdav/shared/shared/mainsite/about_iom/en/council/94/f

<https://www.juntadeandalucia.es/educacion/eaprendizaje>

<https://www.larioja.org/educarioja-centros/es/programas-gestion/racima>

<https://www.lassuranceretraite.fr/portail-info/home.html>

<https://www.lavanguardia.com/local/paisvasco/20190404/461454397276/mas-de-300-escolares-de-16-centros-educativos-muestran-sus-proyectos-cientificos-y-artisticos-este-viernes-en-bilbao.html>

<https://www.madrid.es/portales/munimadrid/es/Inicio/El-Ayuntamiento/Calidad-y-Evaluacion/Modelos-de-Calidad-y-Excelencia/Cartas-de-Servicios/Cartas-de-Servicios-vigentes/Servicios-prestados-Portal-Institucional-y-Sede-Electronica/?vgnnextfmt=default&vgnextoid=961cceed6ad0b610VgnVCM200001f4a900aRCRD&vgnnextchannel=5ef34225faf07410VgnVCM2000000c205a0aRCRD>

<https://www.mscbs.gob.es/ssi/familiasInfancia/ServiciosSociales/Siuss/home.htm>

<https://lssi.mineco.gob.es/la-ley/Paginas/preguntas-frecuentes.aspx?Faq=%C3%81mbito+de+aplicaci%C3%B3n>

<https://www.netacad.com/es/careers/success-stories/france-iot-entrepreneurs>

<https://www.ogp.euskadi.eus/ogp-compromisos/-/rendicion-de-cuentas-a-traves-de-planes-de-mandato/>

<https://www.rocheplus.es/innovacion/investigacion-ciencia/microrobots-header.html>

<https://www.senado.es/web/relacionesciudadanos/transparencia/index.html>

<https://www.sevilla.org/DecideSevilla/>

<https://www.smartcitylab.com/blog/es/inclusion-y-compartido/como-cuida-una-smart-city-de-los-abuelos/>

<https://www.sspa.juntadeandalucia.es/servicioandaluzdesalud/todas-noticia/la-instalacion-del-robot-opentrons-en-el-hospital-regional-de-malaga-permite-la-agrupacion-de>

<https://www.sunrisemedical.es/blog/iot-discapacidad-casas-inteligentes#:~:text=El%20Internet%20de%20las%20cosas,accesibles%20para%20todo%20el%20mundo.>

<https://www.tuv-sud.es/es-es/servicios/actividades/transformacion-digital/smart-elderly-cuidado-inteligente-de-la-tercera-edad#:~:text=Las%20soluciones%20de%20atenci%C3%B3n%20m%C3%A9dica,pueda%20envejecer%20en%20su%20hogar.>

<https://www.vix.com/es/btg/tech/14042/5-robots-que-ya-estan-revolucionando-la-medicina>

<https://yedra.educantabria.es/MODACC/#:~:text=Plataforma%20Educativa%20YEDRA%20%2D%20Identificaci%C3%B3n>

“La cirugía asistida por el robot Da Vinci cumple 15 años en España”, *Redacción médica*, 19 de enero de 2021, <https://www.redaccionmedica.com/secciones/tecnologia/la-cirugia-asistida-por-el-robot-da-vinci-cumple-15-anos-en-espana-7210>

“Sophia, el robot 'social' que ayudará contra la pandemia cuidando a ancianos y enfermos de coronavirus”, https://www.antena3.com/noticias/tecnologia/sophia-el-robot-social-que-ayudara-contr-la-pandemia-cuidando-a-ancianos-y-enfermos-de-coronavirus_20210125600e6d57a81ee90001d4d512.html